

Cadernos da Ejef

Série Estudos Jurídicos nº 3
Direito Processual

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - TJMG

Belo Horizonte - 2006

Projeto gráfico:ASCOM/COVIC
Diagramação, formatação e revisão: EJEF/GEDOC/COTEC
Marcos Aurélio Rodrigues
Maria Célia da Silveira
Tadeu Rodrigo Ribeiro

Cadernos da EJEF: Série Estudos Jurídicos: Direito Processual - n. 3 (2006) - . -
Belo Horizonte, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Escola Judicial
Des. Edésio Fernandes, 2006 - .

n.

Irregular.

Monografias apresentadas no Curso de Especialização em Direito Processual,
TJMG, 2005.

1.Direito processual .I. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Escola Judicial
Des. Edésio Fernandes.

CDU: 347:9
CDD: 341.4

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Presidente

Des. Hugo Bengtsson Júnior

Primeiro Vice-Presidente

Des. Orlando Adão de Carvalho

Segundo Vice-Presidente

Des. Sérgio Antônio de Resende (até 02.03.2006)

Des. Antônio Hélio Silva (a partir de 03.03.2006)

Terceiro Vice-Presidente

Des. Mário Lúcio Carreira Machado

Corregedor-Geral de Justiça

Des. Roney Oliveira

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Superintendente

Des. Sérgio Antônio de Resende (até 02.03.2006)

Des. Antônio Hélio Silva (a partir de 03.03.2006)

Superintendente Adjunta

Des.^a Jane Ribeiro Silva

Diretora Executiva

Maria Cecília Belo

Gerente de Documentação, Pesquisa e Informação Especializada

Pedro Jorge Fonseca

Coordenadora de Comunicação Técnica

Eliana Whately Moreira

Gerente de Formação Permanente e Acompanhamento de Magistrados e Servidores

Thelma Regina Cardoso

Coordenadora de Formação Permanente de Magistrados e Servidores

Eliane Melo

Assessora Jurídica

Heloísa C. Monteiro de Moura



SUMÁRIO

A relativização da coisa julgada material no processo penal	7
ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL	
Da prova ilicitamente obtida no processo penal: lineamentos teóricos	11
BRUNO CÉSAR GONÇALVES DA SILVA	
Prática eletrônica dos atos processuais	31
CARLOS FREDERICO BRAGA DA SILVA	
A necessária estruturação do processo penal a partir dos princípios constitucionais	35
FELIPE MARTINS PINTO	
Da terminologia jurídica na perspectiva do poder/dever dado aos Tribunais pelo § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil.	41
GUSTAVO DE CASTRO FARIA	
O novo regime do agravo à luz da Lei 11.187, de 19.10.2005	45
HELOÍSA C. MONTEIRO DE MOURA	
Coisa julgada e transrescindibilidade	51
JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA	
O interesse de recorrer da decisão que determina a desconsideração da personalidade jurídica	67
LEONARDO DE FARIA BERALDO	
Breve análise dos argumentos sobre a possibilidade de investigação criminal realizada pelo Ministério Público	79
MARCELO CUNHA DE ARAÚJO PATRÍCIA TEIXEIRA DE OLIVEIRA	
Ação declaratória de constitucionalidade - o paradoxo da inconstitucionalidade	83
JAUBERT CARNEIRO JAQUES ERON GERALDO DE SOUZA ERNANI PEDRO DO COUTO MARCOS ANTÔNIO DO COUTO	
Processo e democracia - a ação jurídica como exercício da cidadania	105
ROSEMIRO PEREIRA LEAL	
Direito Processual Civil Brasileiro a partir de Liebman e após Fazzalari	117
NEWTON TEIXEIRA DE CARVALHO	

A relativização da coisa julgada material no processo penal*

ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL**

É cediço que, nesta quadra, têm-se travado debates doutrinários, com reflexos e repercussões no campo jurisprudencial, a respeito da relativização da coisa julgada material.

É também cediço que, a par de outros aspectos, como de *injustiça* intolerável pela excessiva gravidade do julgamento, o tópico de relevo desses debates tem sido o denominado por muitos de *coisa julgada inconstitucional*.

Mas, antes de enfocarmos o aspecto da *coisa julgada inconstitucional*, mister se faz a análise sobre a *injustiça da coisa julgada material*, em casos especiais, de importância e de relevo social e jurídico do problema.

No tocante ao processo civil, indubitavelmente, há um caso especial, já analisado e decidido pelo STJ, de alta relevância social, que serve de esteio, de apoio, para a corrente que admite a relativização da coisa julgada material.

Trata-se, por evidente, da ação de investigação de paternidade, com sentença transitada em julgado e em que posteriormente venha a ser realizado o exame de DNA, não conhecido ou não realizado ao tempo do processo, com comprovação positiva ou negativa da filiação biológica, em sentido inverso ao admitido pela aludida sentença.

Ora, o STJ, em boa hora, decidiu, admitindo a reabertura do processo e rediscussão de seu objeto, para minimizar o problema relacionado com os direitos da personalidade, questão de relevância social e jurídica, pois todos têm o direito de ver declarada verdadeiramente a relação de filiação que os liga. Nada há de mais justo. Não permitir a rediscussão de tal matéria ou objeto seria estabelecer em definitivo a grave injustiça de não ligar uma pessoa à outra pelos laços da consangüinidade, ou de não desligá-las quando resultasse comprovada, a posteriori, a improcedência do pedido de reconhecimento da paternidade.

Se no campo civil o relevo da questão social permite desconsiderar o fenômeno da coisa julgada material, com maior razão é de se permitir a mesma desconsideração no campo penal, que trata diretamente com o bem maior da liberdade do ser humano e com o princípio filosófico da ressocialização e da readaptação do mesmo para convivência social, como princípio de justiça.

Afirmar, como temos afirmado nas vezes em que somos chamados a pronunciar, principalmente no tópico atinente à progressão de regime de cumprimento de pena, que não podemos concedê-la porque a sentença estabeleceu o regime integralmente fechado e tornou-se definitiva e imutável porque prolatada pelo Estado-juiz, indubitavelmente é externar um pensamento despreocupado com a realidade do momento. O momento está a exigir, do Estado moderno, que surgiu para servir o homem, que volte a sua política de bem administrar para a recuperação e aprimoramento do homem, a razão de ser do Estado politicamente organizado, e não para transformá-lo num monstro ou em um poço profundo de complexos e revolta.

* Palestra proferida no III ENJUR, em Campo Belo (MG).

** Desembargador do TJMG.

Estabelecer por lei ordinária o regime de cumprimento de pena - integralmente fechado - implica raciocinar que se estabeleceu a *hediondez* do malferimento do princípio filosófico da recuperação e da possibilidade de reinserção social do homem que cometera determinada *natureza* de delito. Esta lei rotulada de *crimes hediondos* nada mais fez que estabelecer no tocante ao cumprimento de penas a *desigualdade para os iguais*, considerados pela lei penal criminosos.

No concernente ao tópico da “coisa julgada inconstitucional”, temos que a sua relativização se assenta, principalmente, no *princípio da proporcionalidade*, ou seja, se a *coisa julgada* é protegida ou agasalhada constitucionalmente, essa proteção não pode prevalecer sobre outros valores constitucionalmente também protegidos e do mesmo grau hierárquico.

No campo penal, se a progressão de regime de cumprimento de pena se encontra vedada por uma sentença considerada em caráter *absoluto transitada em julgado*, é lógico, racional e até mesmo jurídico, que este valor se põe em choque com outros valores igualmente protegidos pela Constituição Republicana, como o valor da *individualização da pena*, devendo aquela circunstância considerada coisa julgada ceder diante deste valor também constitucionalmente garantido.

Não somos nós, vozes isoladas e sem apoio, que estamos a brandir a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Sabemos que no STF, na ação direta de inconstitucionalidade a respeito do tema, 4 (quatro) ministros contra 2 (dois) já votaram pela inconstitucionalidade desse mencionado dispositivo legal, sendo imperioso afirmar que, recentemente, o Ministro Marco Aurélio concedeu liminar em *habeas corpus* para suspender a execução de pena privativa da liberdade, em regime integralmente fechado, fixado em sentença considerada coisa julgada.

O que mais me chamou a atenção no concernente à inconstitucionalidade do citado dispositivo de lei, no voto lúcido do Ministro Sepúlveda Pertence, foi a afirmação:

Individualização da pena é a operação que tem em vista o agente e as circunstâncias do fato concreto e não a natureza do delito em tese.

De nada vale individualizar a pena no momento da aplicação, se a execução, em razão da natureza do crime, fará que *penas idênticas*, segundo os critérios da individualização, signifiquem coisas absolutamente diversas quanto à sua efetiva execução (RTJ, 147/608).

Não há dúvida de que o estabelecimento de regime para o cumprimento da pena integra o princípio e o mandamento constitucional da *individualização*. Também não há dúvida de que o estatuído no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072 fere o princípio da individualização na medida em que estabelece tratamento (na execução) desigual para iguais, ou seja, para os que receberam pena idêntica por delitos de natureza diferente.

Para os mais prudentes e cautelosos, como a Des.^a Jane Silva, a Constituição da República não estabelece expressamente a vedação de progressão de regime, circunstância que lhes possibilita interpretar a norma contida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, consoante ou conforme ao sistema constitucional, que possibilita a execução da pena privativa da liberdade progressivamente.

Essas últimas digressões se fizeram necessárias para mostrar e demonstrar que realmente gravitam, em torno da matéria ou assunto, senão uma forte e marcante inconstitucionalidade, ou, no mínimo, uma aplicação ou interpretação do texto legal tidas e havidas por incompatíveis com a Constituição da República.

Contudo, o que importa no momento é saber se é possível e conveniente, diante da ventilada circunstância, dispensar a *ação revisional criminal* para reexaminar em sede da execução criminal ou até mesmo do recurso de agravo a questão da *progressividade* do regime de cumprimento de

pena, nos casos em que a sentença transitou em julgado e nela resultou fixado o regime integralmente fechado.

Entendo, particularmente, que é possível, a despeito de ter votado e acompanhado os meus Colegas integrantes da 3ª Câmara Criminal do TJMG, no sentido contrário, ou seja, votando pela impossibilidade de modificar o regime de cumprimento de pena estabelecido em sentença, que se fez coisa julgada, permitindo a progressão de regime.

Essa minha afirmação repousa no fato de que, desde época de antanho, no direito brasileiro, a doutrina constitucional que ressalva a coisa julgada da eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade exclui dessa disciplina a coisa julgada das sentenças penais firmadas em norma penal desfavorável ao indivíduo ou agente, e nada mais é desfavorável ao recluso do que a norma inculpada no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072.

Também não podemos perder de vista a sábia lição do jurista José Carlos Barbosa Moreira sobre a imutabilidade da coisa julgada: “*O que se protege com a autoridade da coisa julgada material (o que se torna imutável) é só o resultado final do pleito*”. Ora, permitindo-se o cumprimento de pena privativa da liberdade em progressão, como estabelece o Código Penal e a própria Lei de Execuções Penais, em sentenças transitadas em julgado e em que se estabeleceu o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena, não estaríamos modificando o resultado final da ação penal condenatória, ou seja, de procedência do pedido para improcedência do mesmo.

Finalmente, devo ressaltar que o art. 3º do Código de Processo Penal admite a interpretação extensiva, a aplicação analógica e os princípios gerais de direito para a lei processual penal.

Com essa linha de raciocínio, tenho que no campo processual penal se permite a aplicação do novo *parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil*, segundo o qual o executado poderá, por meio de simples *embargos à execução*, demandar a inexigibilidade do título judicial (sentença) *originado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação incompatíveis com a Constituição da República*.

Ora, se no cível se permite afastar a ação rescisória e discutir os efeitos da coisa julgada material por via de simples embargos à execução, com maior razão é de se permitir no campo penal, dada a relevância social da matéria, discutir a possibilidade de progressão de regime de pena privativa da liberdade, fixado em sentença transitada em julgado, *com lastro em interpretação incompatível com a Constituição da República, até que o Supremo Tribunal Federal ponha, de vez, uma pá de cal na matéria*, por via de procedimento na fase da execução, ou até mesmo através do recurso de agravo nos Tribunais de Justiça.

Finalizando a minha exposição, despretensiosa, mas sobretudo um convite à reflexão sobre o assunto, agradeço a atenção dos colegas aqui presentes, que tiveram a fidalguia de me ouvir.

Obrigado. A chama está lançada.

-:-:-

“Difícilmente, com efeito, o jurista conhecerá experiência mais próxima de Babel: falando todos do mesmo (as proibições de prova), raros falam, afinal da mesma coisa. Mudando de autor, muda-se invariavelmente de rio, raramente se lavando nas mesmas águas.” Manuel da Costa Andrade (*Sobre as proibições de prova em processo penal*)

Sumário: 1 Introdução. 2 A teoria da prova. 2.1 Colocação do problema. 2.2 Estrutura analítica da prova. 3 Da prova obtida por meio ilícito. 3.1 Considerações iniciais. 3.2 Origem da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito. 3.3 Finalidade da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito. 3.4 O conceito de prova ilicitamente obtida: variações e tendências. 4 Conclusão. 5 Referências bibliográficas.

1 Introdução

Não existe dúvida de que, em um processo penal democrático, diferentemente do que corresponde a uma sociedade autocrática, há que se reconhecerem com maior amplitude as garantias processuais do acusado, com caráter de direito fundamental, assumindo-se, inclusive, o risco da absolvição de um culpado, pois essa possibilidade sempre é menos gravosa que a de assunção do risco oposto, isto é, o risco da condenação de um inocente.

O que pode, então, explicar a permanente preocupação de juristas e estudiosos das ciências penais com os problemas do direito processual penal e a freqüente criação de foros de debate, nos quais o tema da prova se situa entre as questões mais debatidas e sobre a qual mais se tem escrito atualmente.

Evidentemente são muitos os aspectos do instituto da prova que podem constituir-se em objetos de reflexão, tais como: espécies, meios, licitude, valoração, etc. Por isso, propõe-se este trabalho a enfrentar o complexo tema da prova ilícita, que no entender de Moreira (1996):

O problema das provas ilícitas inclui-se entre os mais árduos que a ciência processual e a política legislativa têm precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito. (MOREIRA, 1996, p. 21.)

Roxin, por sua vez, abordando o tema, assevera que:

Aún no se ha impuesto una terminología uniforme en este difícil círculo de problemas. Bajo el concepto general de *prohibiciones probatorias* se sintetiza aquí a todas las normas jurídicas que contienen una limitación de la práctica de la prueba en el procedimiento penal. Se dividen en dos grupos: *prohibiciones de producción de la prueba* y *prohibiciones de valoración de la prueba*¹. (ROXIN, 2003, p. 190.) (Grifos do autor.)

No mesmo sentido Serrano (1990) afirma, com base em Roxin (2003), que em matéria de restrições probatórias dois aspectos devem diferenciar-se: “[...] *las prohibiciones de práctica de la*

¹“Ainda não se impôs uma terminologia uniforme para este difícil círculo de problemas. Debajo do conceito geral de *proibições probatórias* sintetizam-se aqui todas as normas jurídicas que contêm um limite da prática da prova no procedimento penal. Dividem-se em dois grupos: *proibições de produção da prova* e *proibições de valoração da prova*.” (Tradução nossa e grifos do autor.)

prueba ('*Beweiserhebungsverbote*') y las prohibiciones de valoración de la prueba ('*Beweisverwertungsverbote*')"². (SERRANO, 1990, p. 336.) (Grifos do autor.)

Faz-se mister, neste momento, trazer à baila esta diferenciação entre os momentos sobre os quais pode recair a chamada vedação ou proibição probatória, para pontuar que a reflexão a que se propõe o presente estudo se volta para o primeiro momento, ou seja, se volta para as "[...] *prohibiciones de obtención de la prueba*"³. (ROXIN, 2003, p. 191.)

No entanto, cabe destacar que não se volta a análise pretendida para todas as formas de obtenção proibida da prova, pois as "*prohibiciones de obtención de la prueba*" podem decorrer do tema a ser provado, do meio ou do método empregado, ou até mesmo de pessoa que autorize a produção da prova.

Observe-se, assim, que no entender de Roxin:

[...] a) determinados hechos no pueden ser objeto de la práctica de la prueba (*prohibiciones de temas probatorios*) o b) determinados medios de prueba no pueden ser empleados (*prohibiciones de medios probatorios*) o c) en la producción de la prueba no se puede hacer uso de ciertos métodos (*prohibiciones de métodos probatorios*), o se puede d) ordenar o realizar la obtención de la prueba solo por determinadas personas (*prohibiciones probatorias relativas*)⁴. (ROXIN, 2003, p. 191.) (Grifos do autor.)

Restringir-se-á, portanto, a abordagem deste trabalho à análise da proibição, ou melhor, da inadmissibilidade da prova obtida por "meio ilícito", ou seja, por meios que não podem ser empregados na obtenção de elementos de prova.

Por ser, assim, de fundamental importância para o desenvolvimento do trabalho a abordagem da teoria da prova, constituirá a mesma seu inicial objeto de estudo, visando sua análise concentrar-se no âmbito da estrutura analítica da prova.

Encerrada essa etapa, será abordada a questão relativa à prova obtida por meio ilícito, resgatando-se sua origem e apontando-se as finalidades atribuídas ao princípio da inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas.

Em seguida, imprescindível será, para o desenvolvimento do estudo proposto, tratar da conceituação doutrinária de prova ilícita, uma vez que somente revisitando tal conceito é que supõe este trabalho poder superar a noção tradicionalmente utilizada pela doutrina brasileira⁵, para alinhar-se à conceituação de prova obtida por meio ilícito, como aquela prova obtida com violação a uma norma de direito fundamental.

Assim sendo, para abordarem-se a origem, a finalidade e o conceito da prova obtida por meio ilícito, o estudo buscará respaldar-se em literatura temática que incluirá, além de alguns autores

²"[...] as *proibições de prática da prova* (*Beweiserhebungsverbote*) e as *proibições de valoração da prova* (*Beweisverwertungsverbote*)."
(Tradução nossa e grifos do autor.)

³"[...] *proibições de obtenção da prova*."
(Tradução nossa.)

⁴"[...] a) determinados fatos não podem ser objeto da prática da prova (*proibições de temas probatórios*) ou b) determinados meios de prova não podem ser empregados (*proibições de meios probatórios*) ou c) na produção da prova não se pode fazer uso de certos métodos (*proibições de métodos probatórios*), ou se pode d) ordenar ou realizar a obtenção da prova só por determinadas pessoas (*proibições probatórias relativas*)."
(Tradução nossa e grifos do autor.)

⁵Oportunamente, será abordada a conceituação mais difundida e compartilhada pela doutrina brasileira, que define como provas ilícitas aquelas obtidas com violação de uma norma de direito material, o que as distingue das provas ilegítimas, que são as provas obtidas com violação de normas de direito processual.

brasileiros, vários autores estrangeiros como: os argentinos Hendler (1996) e Hairabedián (2002); os espanhóis Serrano (1990), Miranda Estrampes (2004) e Vieira Morante (2003); o português Andrade (1992) e o alemão Roxin (2000; 2003), pois especificamente na doutrina desses autores tais temas ocuparam relevante destaque e importância, merecendo por isso especial consideração.

2 A teoria da prova

2.1 Colocação do problema

Mister se faz aqui apresentar alguns lineamentos acerca da Teoria da Prova, pois, conforme advertência de Ruiz Vadillo (1993, p. 106): “[...] *los problemas respecto a la teoría general de la prueba son muchos y no fáciles de solucionar*”⁶.

É em virtude disso que se encontra certo casuísmo no trato da matéria por parte da doutrina, que ao discorrer sobre o tema não busca analisar o instituto da prova em bases teóricas, restringindo-se a análises estritamente dogmáticas, abdicando-se de abordar as categorias que o integram e constituem, cujo conhecimento é imprescindível para ulterior abordagem de sua disciplina.

Trazendo à colação a lição de Mittermaier (1997, p. 55) registre-se que considera este a prova como resultante da soma dos motivos geradores da certeza.

Manzini (1996, v. III, p. 197), redator principal e quase único do Código de Processo Penal italiano de 1930⁷, código este que se constituiu como referencial legislativo para a elaboração do Código de Processo Penal brasileiro ainda em vigor, é autor que em virtude disso influenciou, em muito, a doutrina processual penal brasileira em vários aspectos.

Ao conceituar prova, afirma esse autor que:

La prueba es la actividad procesal inmediatamente dirigida al objeto de obtener la certeza judicial, según el criterio de la verdad real acerca de la imputación o de otra afirmación o negación que interese a una providencia del juez. La ley procesal penal usa por lo demás del término de prueba, no solo en el sentido expresado, sino a veces también para indicar los medios de comprobación o los conseguidos con el empleo de esos medios⁸. (MANZINI, 1996, v. III, p. 197-198.)

Cordero, por sua vez, afirma que:

Llamamos ‘instrucción’ todo lo que se refiere a la prueba; y ateniéndonos a la etimología, esta última palabra evoca un examen o una selección; los procesos son máquinas retrospectivas; en efecto, formuladas varias hipótesis históricas por los contendores, es menester verificarlas. *Las pruebas son los materiales sobre los cuales se lleva a cabo esa tarea: expresiones orales corpora delicti, documentos, huellas dactilares, etc.*⁹ (CORDERO, 2000, v. II, p. 3.) (Grifos nossos.)

⁶ “[...] os problemas relativos à teoria geral da prova são muitos e não fáceis de solucionar”. (Tradução nossa.)

⁷ Neste sentido, cf.: Alcalá-Zamora y Castillo (1996, t. I, p. IX).

⁸ “A prova é a atividade processual imediatamente dirigida ao objetivo de obter a certeza judicial, segundo o critério da verdade real acerca da imputação ou de outra afirmação ou negação que interesse a uma providência do juiz. A lei processual penal utiliza-se por demais do termo prova, não só no sentido expressado, mas às vezes também para indicar os meios de comprovação ou os conseguidos com o emprego desses meios.” (Tradução nossa.)

⁹ “Chamamos ‘instrução’ a tudo o que se refira à prova; e atendo-nos à etimologia, esta última palavra evoca um exame ou uma seleção; os processos são máquinas retrospectivas; com efeito, formuladas várias hipóteses históricas pelos contendores, é mister verificá-las. *As provas são os materiais sobre os quais se leva a cabo essa tarefa: expressões orais corpora delicti, documentos, impressões digitais, etc.*” (Tradução e grifo nossos.)

Sentís Melendo (1976, p. 94), procurando estabelecer “o que é a prova”, afirma “que prova é verificação”, e que essa verificação recairia sobre as alegações e afirmações produzidas em relação aos fatos¹⁰.

Na doutrina brasileira, Marques, por sua vez, afirma que:

A demonstração dos fatos em que assenta a acusação e daquilo que o réu alega em sua defesa é o que constitui a prova. [...] A prova é, assim, elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o meio de que este se serve para a averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações. (MARQUES, 1997, v. II, p. 253.)

Há também vários outros doutrinadores brasileiros que buscaram, a seu modo, conceituar o instituto da prova, mas o que parece ser traço comum entre os autores até aqui citados é que os mesmos acabam por não realizar uma análise teórico-analítica do instituto da prova¹¹.

Manzini (1996, v. III, p. 208), por exemplo, chega a ponto de afirmar que: “[...] *la distinción entre fuentes, medios y elementos de prueba no tiene importância científica esencial, y prácticamente no tiene ninguna [...]*”¹².

Isso provavelmente se deve à enorme complexidade que o tema comporta, o que talvez explique a insuficiência dos conceitos expostos, vez que por esse instituto pretende-se: “[...] *representar e demonstrar os elementos da realidade objetiva pelos meios intelectivos autorizados em lei [...]*”, fixando-os nos autos do processo e tendo-os como base para todo e qualquer provimento jurisdicional. (LEAL, 2004, p. 178.)

2.2 Estrutura analítica da prova

O instituto jurídico da prova, segundo Leal (2004, p. 181-182) é constituído da articulação entre as categorias do elemento de prova, meio de prova e do instrumento de prova, que são os aspectos de sua configuração teórica.

Caso não se verifique no momento de produção da prova a incidência dessas categorias, não se pode afirmar a configuração da mesma, ao menos no sentido jurídico-processual, pois esta resulta do concurso dessas categorias e tal deve ocorrer segundo a disciplina inferida das normas processuais.

A categoria do elemento de prova refere-se aos dados da realidade objetiva, existentes na dimensão do espaço, concernente ao ato, fato, coisa ou pessoa, tal como um cadáver ou um elemento qualquer existente na faticidade. (LEAL, 2004, p. 178.)

Um elemento de prova, por si só, não é prova nem possui aptidão para contribuir na formação da *cognitio*, pois, só após a obtenção deste elemento pelo meio de prova lícito e legal e de sua

¹⁰ No particular aspecto do objeto da prova, parece acertada a posição de Sentís Melendo (1976, p. 94.) No mesmo sentido é também o entendimento de Grinover; Dinamarco; Araújo Cintra (2003, p. 350).

¹¹ Neste sentido cf.: Tourinho Filho (2003, p. 476): “Que se entende por prova? Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum*”. Cf. também: Mirabete (2004, p. 256): “Essa demonstração que deve gerar no juiz a convicção de que necessita para seu pronunciamento é o que constitui prova”; e, finalmente, cf.: Grinover; Dinamarco; Araújo Cintra (2003, p. 347): “[...] a prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”.

¹² “[...] a distinção entre fontes, meios e elementos de prova não tem importância científica essencial, e praticamente não tem nenhuma.” (Tradução nossa.)

fixação nos autos do processo pelo instrumento de prova, é que se tem prova em sentido jurídico-processual, sendo que somente essa é idônea à formação da *cognitio*.

O meio de prova é a categoria que disciplina a obtenção dos elementos de prova.

É através dessa categoria que se realiza a captação/apreensão dos dados da realidade objetiva para sua introdução no processo.

No processo penal brasileiro, destacam-se como meios de prova, regulados pelo Código de Processo Penal (CPP): o interrogatório¹³, disciplinado nos arts. 185 a 196, dispositivos que foram recentemente alterados pela Lei nº 10.792/03; a acareação, prevista nos arts. 229 e 230; o depoimento do ofendido, disposto no art. 201, e o das testemunhas, disposto nos arts. 202 a 225; a perícia¹⁴, constante dos arts. 158 a 184; o reconhecimento de pessoas e coisas, regulado nos arts. 226, 227 e 228; e a busca e apreensão reguladas nos arts. 240 a 250 do CPP.

Na legislação especial, encontram-se, na Lei nº 9.034/95, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, alguns meios de prova ali definidos e regulamentados, tais como: a utilização de ações controladas, que consiste em retardar-se a intervenção policial, mantendo-se acompanhamento e controle da ação praticada pelo que se supõe ser organização criminosa para concretização da medida legal, no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações (art. 2º, II); o acesso aos dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, mediante autorização do juiz (art. 2º, III); a captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, bem como seu registro e análise, mediante autorização judicial (art. 2º, IV); e, finalmente, a problemática utilização de agentes infiltrados (art. 2º, V)¹⁵.

Na Lei nº 9.296/96, encontra-se a regulamentação do inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando a interceptação de comunicações telefônicas como meio de prova para instruir a investigação criminal ou a instrução processual.

Na Lei Complementar nº 105/01, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, encontra-se a previsão, como meio de prova, da quebra de sigilo prevista em seu art. 1º, § 4º. E, ainda, na Lei nº 10.409/02, que revogou parcialmente a antiga Lei nº 6.368/76, denominada Lei de Tóxicos, encontra-se a previsão dos seguintes meios de prova: agentes infiltrados (art. 33, I); ação retardada da autoridade policial (art. 33, II); acesso aos dados, documentos e informações fiscais, bancárias, patrimoniais e financeiras (art. 34, I); colocação sob vigilância das contas bancárias (art. 34, II); acesso aos sistemas informatizados das instituições financeiras (art. 34, III); e interceptação e gravação das comunicações telefônicas (art. 34, IV).

Diferenciar o meio de prova das demais categorias que integram o instituto da prova é imprescindível para que seja possível desconstituir-se a noção equívoca compartilhada pela doutrina¹⁶ ao utilizar o termo “prova ilícita”, pois não se tem, a rigor, “prova ilícita”, mas sim prova *obtida por meio ilícito*¹⁷. (Grifos nossos.)

¹³O interrogatório também encontra disciplina específica na legislação especial, como, por exemplo, ocorre na Lei nº 10.409/02, que alterou o procedimento para os crimes tipificados na Lei nº 6.368/76 (Lei de Tóxicos) e na Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), que trata do procedimento para as infrações penais de menor potencial ofensivo. Sobre este ponto cf.: Haddad (2000).

¹⁴A perícia também apresenta, em alguns casos, disciplina especificamente prevista na legislação especial, distinta da estritamente estabelecida no Código de Processo Penal, como ocorre na Lei nº 10.409/02, acima citada, e também na Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), por exemplo.

¹⁵Incisos IV e V acrescentados pela Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001.

¹⁶A este propósito cf.: Fregadolli (1998, p. 177); Mendonça (2004, p. 31); e Fernandes (2002, p. 85), entre outros.

¹⁷Cf.: BRASIL. *Constituição Federal*. “Art. 5º, inciso LVI: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A restrição constitucional à obtenção do elemento de prova faz-se necessária em uma ordem democrática, uma vez que:

[...] a busca obsessiva da certeza há de se conter, em Direito, nos limites dos meios de obtenção da prova legalmente permitidos. A existência do elemento de prova, ainda que de certeza inegável, não autoriza, por si mesma, a coleta da prova *contra legem*. (LEAL, 2004, p. 182.)

No dizer de Dias:

A legalidade dos meios de prova, bem como as regras gerais de produção da prova [...] são condições de validade processual da prova e, por isso mesmo, critérios da própria *verdade material*. (DIAS, 2004, v. I, p. 197.) (Grifo do autor.)

Após a obtenção do elemento de prova por meio lícito e legalmente permitido, tem-se, ainda, que fixar o mesmo nos autos de processo. Para tanto, faz-se necessária a utilização da categoria do instrumento de prova, que se destina a materializar de modo gráfico-formal os elementos obtidos.

A este propósito Leal assim exemplifica:

Pelo *instituto da perícia judicial* que, como *meio* de prova autorizado em lei, há de se fazer, através de perito, pela coleta intelectual de *elementos* de prova existentes na realidade objetiva, sendo que o *laudo* é o *instrumento* (documento) expositivo do trabalho realizado. (LEAL, 2004, p. 178.) (Grifos do autor.)

Outro exemplo poderia ser o da realização do interrogatório judicial, que constitui um meio de prova, no qual é possível obter-se a confissão, considerada um elemento de prova, restando esta registrada e fixada nos autos do processo pela formalização do termo de interrogatório, que é o instrumento de prova. Ou ainda, a realização de audiência de instrução, que é o meio de prova para obtenção do testemunho, sendo este o elemento de prova que resta fixado nos autos do processo pela lavratura do termo de depoimento de testemunha.

A prova em sentido jurídico-processual deve ser compreendida como a resultante da extração na faticidade dos elementos de prova pelos meios legalmente previstos, formalizados nos instrumentos que os fixam aos autos do procedimento, servindo de base para a formação da *cognitio*.

“Provar em direito é representar e demonstrar, instrumentando, os elementos de prova pelos meios de prova.” (LEAL, 2001, p. 182.) (Grifo do autor.)

3 Da prova obtida por meio ilícito

3.1 Considerações iniciais

Conforme Roxin:

Todo Derecho Procesal Penal legalmente instituído se enfrenta ante la necesidad de armonizar, por un lado, el interes en la búsqueda de la verdad y, por otro, el interés del procesado en la salvaguardia de sus derechos individuales¹⁸. (ROXIN, 2000, p. 121.)

¹⁸ “Todo Direito Processual Penal legalmente instituído enfrenta-se ante a necessidade de harmonizar, por um lado, o interesse na busca da verdade e, por outro, o interesse do processado na salvaguarda de seus direitos individuais.” (Tradução nossa.)

É justamente neste campo que se situa o complexo tema da prova obtida por meio ilícito. Para tratar do mesmo, é preciso resgatar-se, inicialmente, sua origem e apontar as finalidades atribuídas pela doutrina ao princípio da inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas.

Somente a partir desse resgate é que será possível tecer considerações sobre a finalidade e extensão do referido princípio, estabelecido na norma do art. 5º, LVI, da Constituição Federal brasileira.

Após, imprescindível será tratar da conceituação doutrinária de prova ilícita, uma vez que, apenas revisitando tal conceito, será possível superar a noção tradicionalmente utilizada pela doutrina brasileira¹⁹, para alinhar-se a conceituação de prova obtida por meio ilícito como aquela obtida com violação a uma norma de direito fundamental, exclusivamente.

Aqui, conforme já salientado na introdução deste estudo, o recurso à doutrina de autores estrangeiros será de extrema valia, tendo em vista o fato de os mesmos explorarem tais aspectos mais detidamente.

3.2 Origem da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito

Quanto ao nascimento na doutrina processual da chamada “regra de exclusão”, que no contexto jurídico brasileiro é representada pelo princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, Hairabedián (2002, p. 35) afirma que: “[...] *uno de los temas sobre los que no hay consenso, es el de la ubicación del momento preciso del nacimiento de las exclusiones probatorias*”²⁰.

Não obstante inexistir consenso quanto ao exato momento em que nascem as regras de exclusão probatória, certo é que:

La invalidez de los atos obtenidos en violación a derechos y garantías constitucionales (regla de exclusión), así como también la transmisión de este efecto a los que sean su consecuencia (doctrina de *los frutos del árbol venenoso*), tuvieron su origen en la jurisprudencia, puesto que las constituciones y legislaciones clásicas no contenían expresamente la regla de exclusión²¹. (HAIRABEDIÁN, 2002, p. 33.) (Grifo do autor.)

É comum atribuir-se ao direito norte-americano a pioneira elaboração e aplicação das exclusões probatórias a partir de 1914, no caso “*Weeks v. US*”, sendo que:

[...] uno de los elementos que más han influido en la percepción generalizada de que las exclusiones probatorias son un *invento* estadounidense, es el nombre por el cual es conocida la doctrina mundialmente denominada de *los frutos del árbol venenoso*, que proviene de la jurisprudencia de aquel país²². (HAIRABEDIÁN, 2002, p. 34-36, *passim*.) (Grifos do autor.)

No mesmo sentido Hendler afirma que:

Es conocida y originaria del proceso penal estadounidense la regla según la cual no debe admitirse como prueba la que haya sido obtenida con violación de los derechos constitucionales del acusado.

¹⁹ Como já mencionado, anteriormente, tal ponto será desenvolvido no presente texto.

²⁰ “[...] um dos temas sobre os quais não há consenso, é o da definição do exato momento do nascimento das exclusões probatórias.” (Tradução nossa.)

²¹ “A invalidez dos atos obtidos por violação de direitos e garantias constitucionais (regra de exclusão) bem como a transmissão deste efeito a todos que sejam sua consequência (doutrina dos *frutos da árvore venenosa*) tiveram sua origem na jurisprudência, uma vez que as constituições e legislações clássicas não continham expressamente a regra de exclusão.” (Tradução nossa e grifo do autor.)

²² “Um dos elementos que mais influiu na percepção geral de que as exclusões probatórias são uma *invenção* dos Estados Unidos é o nome pelo qual é conhecida mundialmente a doutrina denominada *frutos da árvore venenosa*, que provém da jurisprudência daquele país.” (Tradução nossa e grifos do autor.)

Su origen se remonta a un caso fallado por la Corte Suprema federal em 1914. Se la invoca, frecuentemente, con motivo de arrestos, allanamientos de domicilio, incautaciones o bien confesiones que se sostiene obtenidas en infracción a los respectivos resguardados de las enmiendas IV y V de la Constitución. Establecida, en principio, para los tribunales federales, a partir de 1961 se la entendió aplicable también a los Estados²³. (HENDLER, 1996, p. 200.)

No contexto jurídico brasileiro, o princípio da inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas surge, ao lado do princípio da presunção de inocência, como um dos princípios mais marcantes da nova abordagem processual penal que a doutrina e a jurisprudência vêm empreendendo a partir da fundamentalidade instituída pela Constituição Federal de 1988.

Grinover, Fernandes e Gomes Filho afirmam que:

Durante algum tempo dividiu-se a doutrina brasileira a respeito da admissibilidade processual das provas ilícitas. Aliás, no tocante à prova civil aplicável ao direito de família, pode-se mesmo afirmar que preponderava, até a Constituição de 1988, a teoria da admissibilidade. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1999, p. 136.)

Conforme Gomes, no âmbito do Direito Processual Penal:

[...] a primeira decisão do STF que reconheceu a inadmissibilidade da prova ilícita deu-se em dezembro de 1986 (RTJ, 122/47). Tratava-se também de um caso de interceptação telefônica clandestina. Determinou-se o trancamento do inquérito policial, fundado nessa prova: *os meios de prova ilícitos não podem servir de sustentação ao inquérito ou à ação penal*. (GOMES, 2003, p. 473.) (Grifos do autor.)

Porém, somente na Constituição Federal de 1988 a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito passou a ter previsão expressa, inserindo-se no art. 5º, LVI, entre as garantias e direitos fundamentais, tornando-se um dos princípios nucleares para a instituição de um modelo garantista e constitucionalmente adequado de processo penal.

3.3 Finalidade da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito

Assim como não existe um consenso na doutrina quanto ao nascimento das “regras de exclusão”, “[...] no hay consenso ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, acerca de cuales son los fundamentos de la aplicación de sanciones probatorias”²⁴. (HAIRABEDIÁN, 2002, p. 41.)

Buscando fundamentar e indicar as finalidades das regras de exclusão, destacam-se na doutrina argumentos, tais como: o referente à necessidade de promoção de resultados seguros; o pautado em uma função preventiva e dissuasória das regras de exclusão e o da finalidade protetora dos direitos fundamentais, entre outros secundariamente citados na doutrina²⁵.

²³ “A regra segundo a qual não se admite como prova a que foi obtida por violação dos direitos constitucionais do acusado é conhecida e originária do processo penal dos Estados Unidos da América. Sua origem remonta a um caso decidido pela Suprema Corte federal em 1914. É invocada freqüentemente devido a detenções, invasões domiciliares, arrestos de bens, além de confissões obtidas com a infração das salvaguardas garantidas pelas emendas IV e V da Constituição. Estabelecida, de início, para os tribunais federais, a partir de 1961, começou também a ser aplicada nos Estados.” (Tradução nossa.)

²⁴ “[...] não há consenso nem na doutrina nem na jurisprudência, acerca de quais são os fundamentos da aplicação de sanções probatórias [...].” (Tradução nossa.)

²⁵ Gomes considera que: “Múltiplas são as finalidades da regra da exclusão da prova: a) evitar buscas e apreensões desarrazoadas, b) os Tribunais não podem tornar-se cúmplices de uma deliberada infringência da Constituição, ainda mais quando emana de quem jurou sua defesa (por exemplo: parlamentares), c) o povo tem que ter certeza de que a Justiça não obtém vantagem de uma atividade ilícita etc. [...] Mas de todas as possíveis finalidades da regra de exclusão (dos autos) da prova ilícita, entretanto, uma é de substancial relevância: *evitar influências indesejáveis sobre o convencimento do Julgador*”. (GOMES, 2003, p. 476.) (Grifos do autor.)

As funções e finalidades das exclusões probatórias foram sendo revisitadas e rediscutidas pela jurisprudência, o que propiciou o surgimento de várias perspectivas.

Em relação ao contexto norte-americano, Hendler noticia que:

La filosofía que inspira el principio fue evolucionando también con la jurisprudencia. Concebida originalmente como una regla sobre admisibilidad de pruebas establecida en función de atribuciones reglamentarias de la Corte Suprema, fue caracterizada posteriormente como una herramienta disuasiva de conducta policial y, finalmente, como encaminada a la preservación de la integridad de los procesos judiciales²⁶. (HENDLER, 1996, p. 200-201.)

Para a perspectiva ligada à idéia de que as regras de exclusão decorrem da necessidade de se assegurar a promoção de resultados seguros no processo penal, argumento presente principalmente na doutrina estadunidense, segundo Hairabedián (2002, p. 41), afirma-se que a inadmissibilidade dos elementos de provas obtidos ilicitamente decorre da insegurança em fundamentar-se uma decisão sobre provas obtidas com afronta à sua disciplina legal: “[...] se observa que la ilicitud puede afectar la aptitud de la evidencia para reflejar la verdad y puede permitir o provenir de una manipulación del elemento de prueba”²⁷.

Do emprego de tal fundamento surge a seguinte indagação: se um elemento de prova obtido ilicitamente, mas cujas confiabilidade, precisão e idoneidade para formação da *cognitio* não tenham sido postas em dúvida pela violação dos preceitos normativos, seria o mesmo, ainda assim excluído, ou poderia ser utilizado?

Segundo Hairabedián (2002, p. 41-42), se se considerar como parte da doutrina norte-americana que o fundamento das regras de exclusão seja o de apenas assegurar a prova confiável, tal elemento de prova poderia ser utilizado, pois a prova seria segura.

Entretanto, parece insuficiente reduzir-se o fundamento das regras de exclusão ao asseguramento da “prova confiável”, pois, se assim fosse, da análise de um laudo resultante de um exame de DNA (perícia), ter-se-ia a fixação, nos autos, de um elemento com alto grau de confiabilidade e poder-se-ia utilizá-lo a despeito da constatação, por exemplo, de que o material genético submetido à perícia tenha sido obtido através de intervenções corporais inconstitucionais.

Desse modo, poder-se-iam aceitar frontais violações aos direitos fundamentais na busca da “prova confiável”, rompendo-se inclusive com a perspectiva garantista inerente à norma da inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente.

Conforme Oliveira:

A questão da ilicitude da prova *nem sempre* se justifica pela sua inidoneidade probatória. Rigorosamente, uma coisa pode não ter nada a ver com a outra. Uma gravação ambiental é – ou pode ser – extremamente útil e constitutiva de certeza judicial para a comprovação de determinado fato, independentemente de sua origem lícita ou ilícita. Do mesmo modo, quaisquer outros meios de prova podem se revelar igualmente aptos a produzir certeza, segundo apenas critérios técnicos ou de aferição de veracidade processual; sem embargo, a sua obtenção *poderá* ser lícita ou ilícita. (OLIVEIRA, 2004, p. 183.) (Grifos do autor.)

²⁶ “A filosofia que inspira o princípio foi também evoluindo com a jurisprudência. Concebida de início como uma regra sobre a admissibilidade de provas estabelecidas em função de atribuições regulamentares da Suprema Corte, foi posteriormente caracterizada como uma ferramenta dissuasiva (dissuasória) da má conduta policial e, finalmente, direcionada à preservação da integridade dos processos judiciais.” (Tradução nossa.)

²⁷ “[...] observa-se que a ilicitude pode afetar a aptidão da evidência para refletir a verdade e pode permitir ou provir de uma manipulação do elemento de prova.” (Tradução nossa.)

Ademais, para se afirmarem a confiabilidade e a credibilidade, ou não, do elemento de prova, é necessário valorar e valorizar o mesmo, o que só pode ocorrer efetivamente após a sua admissibilidade.

O argumento da função preventiva e dissuasória como fundamento da inadmissibilidade de provas obtidas ilicitamente, “[...] *el principal fundamento a las exclusiones probatorias dado en los Estados Unidos [...], sendo sua finalidade [...] la prevención de futuras violaciones a las leyes en la actividad probatoria*”²⁸. (HAIRABEDIÁN, 2002, p. 46.)

Tal prevenção de violação a direitos na atividade probatória dá-se por duas vias: a da dissuasão, pois a exclusão da prova obtida ilicitamente criaria um efeito inibitório de condutas negativas no desempenho da atividade probatória, e a da prevenção e educação “[...] *o assimilación consiste en la internalización progressiva de los operadores del sistema penal, en las virtudes y necesidad de utilizar médios legales en la persecución del crimen*”²⁹. (HAIRABEDIÁN, 2002, p. 46-47.) (Grifo do autor.)

Andrade (1992, p. 144) menciona que, no processo penal norte-americano, o que é efetivamente decisivo para se delimitar o âmbito de incidência da regra de exclusão é “[...] *determinar se terá ou não ocorrido uma violação da lei por parte da polícia*”.

Na doutrina brasileira, afirma Oliveira (2004, p. 340) que o princípio da inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente “[...] *cumpre uma função eminentemente pedagógica, ao tempo em que também tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica*”. (Grifo do autor.)

Na doutrina espanhola, Serrano também menciona que:

[...] no cabe duda de que la principal ventaja de la *prueba prohibida* es su efecto disuasorio, como ha declarado el T.C. en su sentencia 114/84, de 29 de noviembre, recogiendo la jurisprudencia norteamericana, y es dicho efecto además el que explica su difusión en los países democráticos³⁰. (SERRANO, 1990, p. 331.) (Grifo do autor.)

Segundo Hairabedián, um dos fundamentos menos empregados para justificar a inadmissibilidade da prova ilicitamente obtida é o de que a mesma funcionaria como um remédio contra as atividades probatórias incorretamente realizadas, que assim se expressa:

[...] la razón de ser de la exclusión de prueba inconstitucional no se agota en la disuasión de inconduitas policiales, sino que también sirve para garantizar los mecanismos de respeto a los derechos constitucionales de los ciudadanos; y si éstos se ven vulnerados, el acusado merece contar con un remedio contra la actividad incorrectamente realizada que le causó perjuicio, independientemente de la subjetividad del funcionario que intervino³¹. (HAIRABEDIÁN, 2002, p. 54.)

É claro que tal “remédio” surte efeitos apenas no plano processual através da exclusão do elemento. Tal fundamento traz implicitamente outro, que se refere à reparação ao prejudicado, no

²⁸ “[...] o principal fundamento dado às exclusões probatórias nos Estados Unidos [...], sendo sua finalidade [...] a prevenção de futuras violações às leis na atividade probatória.” (Tradução nossa.)

²⁹ “[...] ou *assimilação* consiste na internalização progressiva dos operadores do sistema penal, nas virtudes e necessidade de se utilizar meios legais na persecução do crime.” (Tradução nossa e grifo do autor.)

³⁰ “Não há dúvida de que a principal vantagem da *prova proibida* é seu efeito dissuasivo, como declarou o Tribunal Constitucional em sua sentença 114/84, de 29 de novembro, seguindo a jurisprudência norte-americana, sendo tal efeito o que explica sua difusão nos países democráticos”. (Tradução nossa e grifo do autor.)

³¹ “A razão de ser da exclusão da prova inconstitucional não se esgota na dissuasão de más condutas policiais, porém serve também para garantir os mecanismos de respeito aos direitos constitucionais dos cidadãos, e, se estes se virem atingidos, o acusado merece receber um remédio contra a atividade incorretamente realizada que lhe causou prejuízo, independentemente da subjetividade do funcionário que interveio.” (Tradução nossa.)

qual a finalidade da inadmissibilidade da prova serviria para reparar o dano causado à pessoa pela violação constitucional sofrida. (HAIRABEDIÁN, 2002, p. 55.)

No entender deste trabalho, não obstante as perspectivas doutrinárias acima mencionadas, ao princípio da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito deve ser atribuída uma finalidade mais específica, a chamada “regra de exclusão” se destinaria a tutelar os direitos fundamentais³² passíveis de violação durante a atividade probatória desenvolvida no processo penal. Afinal, “[...] a prova penal está toda interligada com os direitos e as garantias individuais”. (VARGAS, 1992, p. 170.)

Andrade (1992, p. 142) menciona que na doutrina alemã entendimento semelhante é sustentado por Rogall, para quem “[...] circunscreve a intencionalidade protectiva das proibições de prova à idéia de um instrumento da proteção dos direitos individuais”. (Grifo nosso.)

Segundo Hairabedián também se encontra em julgados de algumas Cortes norte-americanas a idéia de que:

[...] La razón de ser de la exclusión de prueba inconstitucional no se agotaba en la disuasión de conductas policiales, sino que también servían para garantizar los mecanismos de respeto a los derechos constitucionales de los ciudadanos; [...]. Un aspecto que muchas veces la jurisprudencia no tiene en cuenta, es que el régimen de las exclusiones probatorias está destinado a proteger la vigencia efectiva de las garantías constitucionales³³. (HAIRABEDIÁN, 2002, p. 83 e 89.) (Grifo nosso.)

Vale destacar que os argumentos referentes à dissuasão ou prevenção parecem muito mais caracterizar uma conseqüência ou um desdobramento meramente especulativo que pode ocorrer, ou não, em virtude da finalidade de proteção dos direitos fundamentais passíveis de afetação durante a persecução penal exercida pela regra de exclusão.

A garantia constitucional da exclusão da prova obtida por meio ilícito pressupõe a afirmação de que os direitos fundamentais³⁴ são limites à atividade probatória, seja ela desenvolvida pelo Estado ou por particulares³⁵, demarcando fronteiras que não podem ser ultrapassadas.

3.4 O conceito de prova ilicitamente obtida: variações e tendências

Como salienta Miranda Estrampes (2004, p. 20): “[...] el tema de la prueba ilícita es uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal penal [...]”, afirmando ainda: “[...] que no existe unanimidad en la doctrina acerca de lo que debe entenderse por prueba ilícita [...]”³⁶.

³² Ao falar em direitos fundamentais, este estudo refere-se aos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal, em seu Título II, Capítulo I, art. 5º, notadamente aqueles sujeitos à afetação durante a atividade probatória desenvolvida na persecução penal, tais como: vida, integridade física, liberdade individual, intimidade, privacidade, inviolabilidade de domicílio, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, etc.

³³ “[...] A razão de ser da exclusão de prova inconstitucional não se esgotava na dissuasão de más condutas policiais, senão que também serviam para garantir os mecanismos de respeito aos direitos constitucionais dos cidadãos; [...]. Um aspecto que muitas vezes a jurisprudência não leva em conta é que o regime das exclusiones probatorias está destinado a proteger a vigencia efectiva das garantías constitucionais.” (Tradução e grifo nossos.)

³⁴ Oliveira afirma que o princípio da inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas “[...] exerce ainda uma função de proteção específica aos direitos fundamentais da intimidade, da privacidade, da honra, da imagem e da dignidade humana [...]”, mas afirma também que tal se dá para alcançar a função pedagógica por ele defendida. (OLIVEIRA, 2004, p. 186-187.)

³⁵ Isto, pois, conforme visto neste trabalho, ambos podem violar direitos fundamentais ao se lançarem à obtenção de elementos de prova.

³⁶ “[...] o tema da prova ilícita é um dos mais complexos e polémicos da dogmática processual penal [...]”, afirmando ainda: “[...] que não existe unanimidade na doutrina acerca do que se deve entender por prova ilícita”. (Tradução nossa.)

No mesmo sentido,³⁷ afirma Roxin que:

Aún no se ha impuesto una terminología uniforme en este difícil círculo de problemas. Bajo el concepto general de *prohibiciones probatorias* se sintetizan aquí a todas las normas jurídicas que contienen una limitación de la práctica de la prueba en el procedimiento penal³⁸. (ROXIN, 2003, p. 190.) (Grifo do autor.)

Abordando as provas vedadas, Miranda Estrampes (2004, p. 31) diferencia provas irregulares ou ilegais, que contrariem expressa disposição legal, das inconstitucionais, obtidas ou praticadas com infração dos direitos fundamentais da pessoa³⁹.

A questão que se coloca é a de se saber qual dessas provas seria efetivamente ilícita e, portanto, inadmissível no processo.

Miranda Estrampes (2004, p. 19-24, *passim*) considera que o posicionamento doutrinário poderá variar conforme se trabalhe com o que ele denomina de concepção ampla ou restritiva do conceito de prova ilícita.

Segundo Vieira Morante, na concepção ampla de prova ilícita se incluiriam as definições de vários autores: daqueles que entendem só haver prova ilícita quando a obtenção caracterizar ofensa à dignidade das pessoas; daqueles que afirmam haver ilicitude quando a obtenção se der de forma fraudulenta; dos que defendem que a ilicitude decorra da obtenção de modo contrário ao Direito: “[...] esto es, obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico, con independencia de la categoría o naturaleza de éstas últimas: constitucionales o legales (procesales o no), o incluso de disposiciones o principios generales”⁴⁰; dos que defendem decorrer a ilicitude da obtenção em desacordo com normas processuais; e finalmente dos que entendem dar-se a mesma com a violação de normas constitucionais. (VIEIRA MORANTE, 2003, p. 245-246.)

Ou seja, no âmbito das concepções amplas existem conceitos variados, cada qual estabelecendo seu próprio parâmetro, para afirmar a ilicitude na obtenção de certo elemento de prova e, assim, determinar sua inadmissibilidade no processo.

Sob a ótica deste trabalho, tal pluralidade de conceitos decorre de um desencontro da doutrina quanto ao ponto de partida de fixação do referido conceito, podendo acarretar extremo casuísmo no trato de matéria tão importante.

Já a denominada concepção restritiva limita o conceito de prova ilícita, exclusivamente àquela obtida com violação a normas de direito fundamental. (MIRANDA ESTRAMPES, 2004, p. 22.)

Na doutrina brasileira, em tema de provas ilegais, proibidas ou vedadas, ou seja, em relação àquelas provas contrárias “[...] a uma específica norma legal, ou a um princípio do direito positivo [...]” (GRINOVER, 1998, p. 47), percebe-se que a conceituação do que vem a caracterizar a prova

³⁷ Ainda, Ramos Rubio afirma que: “[...] não existe unanimidade doutrinal na definição do que seguiremos denominando *prova ilícita* [...]”. (RAMOS RUBIO, 2000, p. 18.) (Grifo do autor.)

³⁸ “Ainda não se impôs uma terminologia uniforme para este difícil círculo de problemas. Sob o conceito geral de *prohibiciones probatorias* sintetizam-se aqui todas as normas jurídicas que contêm um limite da prática da prova no procedimento penal.” (Tradução nossa e grifo do autor.)

³⁹ O referido autor considera ainda que estas constituem o capítulo mais importante das provas ilícitas. (MIRANDA ESTRAMPES, 2004, p. 31.)

⁴⁰ “[...] isto é, obtida ou practicada con infracción de normas do ordenamiento jurídico, con independencia da categoría ou natureza destas últimas: constitucionais ou legais (processuais ou não), ou incluída de disposições ou princípios gerais.” (Tradução nossa.)

como ilicitamente obtida está muito mais próxima de se encaixar no quadro geral das denominadas concepções amplas, mencionadas por Miranda Estrampes (2004, p. 19-22) e por Vieira Morante (2003, p. 245-246), que no quadro delimitado pela chamada concepção restritiva, está ligada, exclusivamente à proteção dos direitos fundamentais. Isso porque a doutrina processual penal brasileira trabalha com a clássica definição de prova ilícita como aquela decorrente da violação de uma norma material, o que, inclusive, a distinguiria da denominada prova ilegítima, resultante da violação de normas processuais.

Para Fernandes:

A violação de uma vedação será sempre ilegal, mas a violação de uma proibição de natureza substancial torna o ato ilícito, enquanto a violação de impedimento de ordem processual faz com que o ato seja ilegítimo. Em síntese, a prova ilegal consiste em violação de qualquer vedação constante do ordenamento jurídico, separando-se em prova ilícita, quando é ofendida norma substancial, e prova ilegítima, quando não é atendido preceito processual. (FERNANDES, 2002, p. 84.)

Já Grinover afirma que:

A distinção é relevante: a violação do impedimento configura, em ambos os casos, uma ilegalidade: mas, enquanto no primeiro caso haverá um *ato ilegítimo*, no segundo caso haverá um *ato ilícito* (*Nuvolone*). (GRINOVER, 1998, p. 48.) (Grifos da autora.)

Acompanhando tal terminologia, diz-se ser uma prova ilegal toda vez que a mesma caracterizar violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material.

Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima ou ilegítimamente produzida; quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilícita ou ilicitamente obtida. (GRINOVER, 1998, p. 48.)

Para enfatizar o quanto tal conceituação é, atualmente, sedimentada em nossa doutrina, vale ainda destacar referência a Gomes (2003, p. 471), para quem a prova ilícita “[...] *viola regras de direito material e distingue-se da prova ilegítima que conflita com regra de direito processual* [...]”. (Grifo do autor.)

De igual modo também Camargo Aranha merece referência, ao afirmar que:

Quando a prova proibida afrontar uma norma de direito material, falamos em *prova ilícita*; quando colidir com uma de direito instrumental, chamamos de *prova ilegítima*. (CAMARGO ARANHA, 2004, p. 50.) (Grifos do autor.)

Não obstante o entendimento compartilhado pela doutrina brasileira, percebe-se, notadamente em Grinover (2000), uma tendência à releitura, ou melhor, à redefinição do que venha a ser prova obtida por meio ilícito, considerando-a como aquela cuja obtenção se deu com violação às normas constitucionais.

Nesse sentido, afirma essa autora que:

A Constituição brasileira de 1988 adotou francamente a posição que advoga a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI), assim entendidas as colhidas com infringência a disposições de direito material e, sobretudo, a princípios ou normas constitucionais. (GRINOVER, 2000, p. 100.)

E principalmente:

[...] Note-se, ainda, a relevância no Brasil das garantias constitucionais: as provas obtidas infringindo normas e princípios inseridos na Lei Fundamental são consideradas ilícitas, e

expressamente tidas por inadmissíveis no processo penal pela própria Constituição (art. 5º, LVI). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (guardião da Constituição) não as admite sequer em face do princípio da proporcionalidade, e a tendência majoritária do Supremo é afastar do processo também a denominada *prova ilícita por derivação* [...]. (GRINOVER, 2000, p. 95.) (Grifo da autora.)

Tal conceituação vem sendo difundida no processo penal brasileiro, inicialmente através dos trabalhos acima citados, e posteriormente pela elaboração do atual Projeto de Lei nº 4.205/01, em tramitação nas Casas Legislativas nacionais, que pretende alterar a disciplina do instituto jurídico da prova no processo penal brasileiro.

A conceituação apresentada no projeto de lei sobre o que venha a ser prova ilicitamente obtida tenta romper com o clássico critério da violação à norma de direito material, introduzindo, em contrapartida, como critério para se constatar a ilicitude na obtenção da prova, a violação às normas ou princípios constitucionais. Abdica-se, portanto, da noção tradicional acima exposta e busca-se um parâmetro fixado constitucionalmente.

Conforme se verifica no mencionado projeto de lei, o que determinaria a inadmissibilidade de um elemento de prova no processo seria sua obtenção com violação às normas ou princípios constitucionais. Observe-se:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as *obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais*.
§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras.
§ 2º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório.
§ 3º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença⁴¹. (Grifo nosso.)

Entende este estudo que a redação dada ao dispositivo, presente no projeto, andou bem no tocante à vinculação da inadmissibilidade da prova à sua obtenção com violação de normas constitucionais, considerando apenas essas como sendo provas obtidas ilicitamente. Entretanto, melhor seria, ainda sob a ótica deste estudo, que o eixo de reflexão para a caracterização de uma prova como aquela obtida ilicitamente se orientasse exclusivamente para a proteção de direitos fundamentais, ou seja, que se caracterizasse, exclusivamente, como prova ilícita aquela obtida com violação às normas de direitos fundamentais.

Tal posicionamento já é encontrado na doutrina espanhola. Serrano, por exemplo, sustenta que as proibições probatórias se destinam a proteger os direitos fundamentais dos acusados, e nesse sentido afirma que:

Otro de los medios, entre los dispuestos por el Derecho y que el ciudadano puede utilizar para proteger sus derechos fundamentales frente a injerencias desproporcionadas, es el de las prohibiciones probatorias⁴². (SERRANO, 1990, p. 331.)

Menciona ainda este mesmo autor ser esta posição defendida na doutrina espanhola “[...] por algunos autores y por la jurisprudencia del TC (STC, 114/84, de 19 de noviembre)”⁴³. (SERRANO, 1990, p. 337.)

Também Miranda Estrampes (2004, p. 22) menciona que, sob a rubrica de “*concepcion restrictiva*” da prova ilícita, aqui já mencionada, encontra-se na doutrina espanhola uma

⁴¹ Projeto de Lei nº 4.205/01.

⁴² “Outro meio que o cidadão pode usar, entre os dispostos pelo Direito, para proteger seus direitos fundamentais em face das ingerências desproporcionadas está o das proibições probatórias.” (Tradução nossa.)

⁴³ “[...] por alguns autores e pela jurisprudência do TC (STC 114/84, de 19 de novembro) [...]” (Tradução nossa.)

perspectiva que: “[...] circunscribe exclusivamente el concepto de prueba ilícita a la obtenida o practicada con violación de derechos fundamentales”⁴⁴.

Conforme Gonzáles Montes, citado por Miranda Estrampes:

Los límites del derecho a la prueba consagrado constitucionalmente (art. 24.2 CE) tienen que suponer una infracción del mismo nivel, [...] sólo pueden ser tachados de ilícitos y no admisibles en el proceso aquellos medios de prueba en cuya obtención se hubiere violado un derecho fundamental del mismo rango al menos o superior que el derecho a la prueba⁴⁵. (GONZÁLES MONTES *apud* ESTRAMPES, 2004, p. 22.)

Miranda Estrampes (2004, p. 23) sintetiza afirmando que, para os partidários dessa corrente, “[...] la prueba ilícita o la prueba prohibida se debe circunscribir únicamente a los casos en que, en su obtención, dentro o fuera del proceso, resulten vulnerados alguno de los derechos fundamentales”⁴⁶.

Ramos Rubio, por sua vez, afirma categoricamente que, em face da interpretação dada ao art. 11.1 da *Ley Orgánica del Poder Judicial* (LOPJ), pelas Cortes espanholas, esta é a única conceituação possível no direito espanhol. Assim:

La interpretación que del art. 11.1 LOPJ han hecho tanto el TC como el TS, permite sostener de manera categórica en nuestro ordenamiento un concepto de *prueba ilícita* referido exclusivamente a la que es obtenida violentando derechos y libertades fundamentales⁴⁷. (RAMOS RUBIO, 2000, p. 18.) (Grifo do autor.)

Ou seja, os direitos fundamentais delimitam a forma constitucionalmente válida de obtenção de elementos para a formação legítima da *cognitio*. Também Hairabedián, ao discorrer sobre o “*significado constitucional de las exclusiones probatorias*”, afirma que:

[...] como conclusión del análisis precedente, puede delimitarse el campo de la actuación de las exclusiones probatorias en relación a aquellas pruebas que han sido obtenidas violando garantías constitucionales o su reglamentación directa y que a esto es a lo que se alude estrictamente cuando se habla de *prueba ilícita*⁴⁸. (HAIRABEDIÁN, 2002, p. 29.) (Grifo do autor.)

Sustenta este estudo a adoção da assim denominada pela doutrina espanhola concepção restritiva da prova ilícita, pois a própria norma que institui o princípio da inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas é, no ordenamento jurídico brasileiro, uma norma de direito fundamental⁴⁹, inferida do disposto no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, que é efetivamente garantia fundamental dos demais direitos fundamentais afetados pela persecução penal, tendo como finalidade tutelá-los.

⁴⁴ “[...] circunscribe exclusivamente o conceito de prova ilícita àquela obtida ou praticada com violação de direitos fundamentais.” (Tradução nossa.)

⁴⁵ “Os limites do direito à prova consagrado constitucionalmente (art. 24.2 CE) devem prever uma infração do mesmo nível [...] só podem ser considerados ilícitos e não admissíveis no processo os meios de prova em cuja obtenção se tenha violado um direito fundamental do mesmo nível ou superior ao direito à prova.” (Tradução nossa.)

⁴⁶ “[...] a prova ilícita ou a prova proibida deve circunscrever-se unicamente aos casos em que, em sua obtenção, dentro ou fora do processo, resultem vulnerados alguns dos direitos fundamentais.” (Tradução nossa.)

⁴⁷ “A interpretação que do art. 11.1 LOPJ têm feito tanto o TC como o TS, permite sustentar de maneira categórica em nosso ordenamento um conceito de *prova ilícita* referido exclusivamente à que é obtida violentando direitos e liberdades fundamentais.” (Tradução nossa e grifo do autor.)

⁴⁸ “[...] como conclusão da análise precedente, pode delimitar-se o campo da atuação das exclusões probatórias em relação àquelas provas que tenham sido obtidas violando garantias constitucionais ou sua regulamentação direta e que a isto é o que se alude estrictamente quando se fala de *prova ilícita*.” (Tradução nossa e grifo do autor.)

⁴⁹ Tal norma, como é sabido, está inserida no Título II da Constituição Federal, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Interessante, ainda, é apontar que, na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, encontra-se a utilização do conceito de prova ilícita “[...] como tais consideradas as que obtidas com violação de direitos fundamentais”⁵⁰. (Grifo nosso).

Ressaltar a conceituação utilizada neste julgamento pelo Supremo Tribunal Federal afigura-se importante, na medida em que tal julgado pode e deve ser tomado como paradigmático para o desenvolvimento e fixação deste conceito de prova obtida por meio ilícito, assim como o foi para a doutrina espanhola a jurisprudência do TC, STC, 114/84, de 29 de novembro, que assim dispõe:

[...] en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fé. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales⁵¹. (RAMOS RUBIO, 2000, p. 17.) (Grifo nosso.)

O princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos integra a base normativa que compõe o “modelo constitucional de processo”, instituído para definir a forma legítima de construção das decisões e possibilitar durante a construção desta, a proteção dos direitos fundamentais passíveis de afetação durante a persecução penal, sendo esta, portanto, a principal finalidade a ser atribuída ao referido princípio.

Em virtude da conceituação de prova obtida por meio ilícito como sendo aquela obtida com violação a norma de direito fundamental, tem-se uma consequência interessante, pois nem todas as violações à disciplina das proibições de produção de prova determinariam a ilicitude da mesma e, portanto, não implicariam inadmissibilidade do elemento de prova.

Segundo Roxin (2003, p. 191), a proibição probatória pode referir-se ao meio utilizado, ao tema probatório, ou às denominadas proibições relativas⁵², e para o processo penal brasileiro, apenas quando a ilicitude recair sobre o meio empregado é que a mesma será inadmissível no processo.

É possível exemplificar isso do seguinte modo: quanto ao tema, pode-se obter um elemento de prova com *violação* do sigilo, direito fundamental, sem que a prova possa ser considerada inadmissível, pois tudo dependerá do *meio* empregado.

Caso se obtenha um segredo pela violação do sigilo através de uma interceptação ilegal de correspondência, a prova será fatalmente ilícita. Porém, se uma pessoa é regularmente intimada a comparecer em juízo e prestar seu depoimento de forma lícita e legal e, ao fazê-lo sem qualquer violação a direito fundamental, vier a revelar um segredo que estava por lei obrigada a guardar⁵³, apesar da violação do sigilo, não terá havido obtenção de elemento de prova com emprego de meio ilícito. Neste segundo caso, o meio empregado para a obtenção do elemento de prova terá sido lícito, qual seja o depoimento de testemunha⁵⁴; a proibição recai sobre o tema probatório, o segredo, e nessa hipótese a prova não pode ser considerada inadmissível. Sua abordagem, entretanto, poderá encontrar obstáculos no campo da teoria das nulidades, ou até mesmo no campo da valoração e valorização do elemento de prova captado.

É oportuno destacar, como o fazem Grinover (1998, p. 52) e Hairabedián (2002, p. 60), que

⁵⁰ Conforme item 10, do voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence no acórdão do *Habeas Corpus* nº 80.949, julgado em 30 de outubro de 2001, e abordado no Capítulo I deste trabalho.

⁵¹ “[...] em todo tipo de procedimiento se respetarán as regras da boa-fé. Não surtirão efeito as provas obtidas, direta ou indiretamente, violentando os direitos ou liberdades fundamentais.” (Tradução e grifo nossos.)

⁵² No mesmo sentido cf.: Serrano (1990, p. 336).

⁵³ Hipótese do art. 207 do Código de Processo Penal (CPP).

⁵⁴ Disciplinado pelos arts. 202 ao 225 do Código de Processo Penal (CPP).

existe uma diferença entre o âmbito de incidência da nulidade processual e o âmbito da inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente.

Consideram ambos os autores serem as nulidades uma conseqüência jurídica que só se verifica dentro do processo, uma vez que recai sobre atos processuais, ao passo que a inadmissibilidade da prova afeta também atos realizados fora do processo e até mesmo antes deste.

E, de fato, é possível verificar-se que a obtenção de um elemento de prova com violação a normas de direito fundamental pode ocorrer tanto na fase extraprocessual como na intraprocessual. (MIRANDA ESTRAMPES, 2004, p. 28.)

Em face da conceituação proposta, resta fixado que uma prova será inadmissível no processo somente se a obtenção, captação ou apreensão do elemento de prova se der através de meio ilícito, ou seja, com violação a normas de direito fundamental.

Quando a proibição não se referir ao meio empregado, ou quando este não afetar direito fundamental, o elemento de prova obtido poderá ser admitido não impedindo, entretanto, que o ato processual seja filtrado pela teoria das nulidades, ou que, resistindo a esta, tenha sua idoneidade ou credibilidade para a formação da *cognitio* afastadas pela valorização do mesmo.

Assim conceituada a prova obtida por meio ilícito, tem-se ainda outra conseqüência, talvez a principal delas: se a inadmissibilidade do elemento de prova só recai sobre aqueles cujo meio de obtenção viole direito fundamental, quando a obtenção do elemento de prova se realizar na fase processual da persecução penal, com afronta aos direitos fundamentais, ao contraditório, à ampla defesa, ao devido processo legal, ao juízo natural, etc., que estruturam o “modelo constitucional de processo”, serão tais elementos de prova inadmissíveis no processo penal e não apenas quando estes forem obtidos com violação à privacidade, à intimidade, ao sigilo, etc., pois todos os direitos aqui relacionados são fundamentais na ordem constitucional brasileira.

4 Conclusão

No intuito de proceder a uma adequada análise do tema proposto, buscou este estudo apoiar-se em sistemática abordagem metodológica, de modo a possibilitar não apenas a elaboração de considerações a respeito da questão em tela, como também permitir que pudessem ser extraídas algumas conclusões, como as descritas a seguir.

a) Meio de prova é, entre as categorias integrantes do instituto jurídico da prova, aquela sobre a qual deve recair a análise da licitude/ilicitude da obtenção dos elementos de prova, justamente por ser a categoria que disciplina a captação/apreensão dos referidos elementos.

b) Prova, em sentido jurídico processual, é categoria abstrata, resultante da atividade intelectual de inferência no instrumento de prova do elemento de prova fixado no mesmo, após sua obtenção por meio lícito, visando orientar a formação da *cognitio*.

c) As “regras de exclusão” (*exclusionary rules*) são originárias da jurisprudência norte-americana, sendo tal consideração lugar comum na doutrina. Entretanto, seu desenvolvimento não ficou à mercê de sua evolução naquele país, desdobrando-se em diversas e variadas vertentes, hoje encontradas na doutrina de outros países.

d) No contexto jurídico brasileiro, as “regras de exclusão” passaram a ter previsão expressa no plano constitucional a partir de 1988, com a instituição do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, inferido da norma do art. 5º, inciso LVI, da CF.

e) O princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos é uma garantia

fundamental que possui uma nítida função de proteção dos demais direitos fundamentais passíveis de afetação durante a persecução penal, sendo esta sua finalidade.

f) O efeito dissuasório ou preventivo, considerado por parte da doutrina como a finalidade da inadmissibilidade da prova ilicitamente obtida, é apenas uma consequência possível que pode ser verificada, ou não, em decorrência da finalidade protetiva dos direitos fundamentais por ela exercida.

g) Não há propriedade na utilização do termo “prova ilícita”; o que existe, a rigor, é “prova obtida por meio ilícito”, recaindo a ilicitude sobre o meio de prova, e não sobre a própria prova; sobre esta recai a inadmissibilidade.

h) Prova obtida por meio ilícito é aquela obtida com violação a norma de direito fundamental, exclusivamente.

5 Referências bibliográficas

ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. Vincenzo Manzini – Nota bibliográfica. In: MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín. Buenos Aires: El Foro, 1996, v. I. 575 p.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1992. 343 p.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. 326 p.

BRASIL. *Código de Processo Penal brasileiro*. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, 1.064 p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). In: *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CORDERO, Franco. *Procedimento penal*. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000, v. II. 526 p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004, v. I. 600 p.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 381 p.

FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 236 p.

GOMES, Luiz Flávio. Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (*exclusionary rule*). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 809, p. 471-484, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A legislação brasileira em face do crime organizado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 87 a 99.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As provas ilícitas na Constituição. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 45 a 53.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 100 a 118.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães.

As nulidades no processo penal. Com nova jurisprudência e em face da Lei nº 9.099/95 e das leis de 1996. 6. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 315 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo.* 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 359 p.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *O interrogatório no processo penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 298 p.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal.* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002. 287 p.

HENDLER, S. Edmundo. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos.* Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996. 232 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo - Primeiros estudos.* 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. 312 p.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal.* Trad. Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín. Buenos Aires: El Foro, 1996, v. III. 735 p.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal.* Campinas: Bookseller, 1997, v. II. 441 p.

MENDONÇA, Rachel de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória.* 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 179 p.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal.* 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004. 849 p.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal.* 2. ed., rev. e ampl. Barcelona: Bosch, 2004. 195 p.

MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal.* Trad. Herbert Wuntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997. 401 p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 205, p. 11-22, 1996.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal.* 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 919 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 237 p.

RAMOS RUBIO, Carlos. La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudência. *In: La prueba en el proceso penal.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 15 a 74.

ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal.* Trad. Carmen Gómez Rivero e Maria del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000. 158 p.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal.* Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2003. 601 p.

RUIZ VADILLO, Enrique. La actividad probatória en el processo penal español. *In: La prueba en el proceso penal.* Madrid: Centro de Estudios Judiciales, 1993, p. 101 a 142.

SENTÍS MELENDO, Santiago. Natureza da prova - Prova é liberdade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 246, fasc. 850 a 852, p. 93-100, abr./maio 1976.

SCHLUCHTER, Ellen. *Derecho procesal penal*. Trad. Iñaki Esparza Leibar e Andrea Planchadell Gargallo. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999. 190 p.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidades y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990. 352 p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 5. ed., rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2003. 858 p.

VARGAS, José Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. 328 p.

VIEIRA MORANTE, Javier. Tratamento de la prueba ilícita. *In: Constitución y garantías penales*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 239 a 287.

-...-

Sumário: 1 Introdução. 2 Emenda Constitucional 45/2004. 3 Princípios processuais e Lei nº 11.280/2006. 4 Conclusão.

1 Introdução

É antiga a preocupação com o tempo necessário para a solução de pendências judiciais, sendo por demais conhecida a assertiva de Rui Barbosa de que “*Justiça tardia é injustiça qualificada*”. Porém, nos últimos tempos, percebe-se claramente uma verdadeira revolta contra o sistema jurídico em vigor no Brasil, em que, com louváveis exceções, raramente se obtém a solução das lides em prazo razoável. Diariamente se fala em indignação e na sensação de impunidade em decorrência da morosidade do aparelho judiciário.

Tal insatisfação acabou chegando ao Congresso Nacional, que editou a Emenda Constitucional nº 45/2004, a chamada “*Reforma do Poder Judiciário*”, além de várias outras leis, dentre elas a de nº 11.280/2006. Por mais que se critique o conteúdo material das alterações levadas a efeito, não se pode deixar de reconhecer que muitas modificações foram editadas com o salutar intuito de solucionar árdua questão apresentada diariamente aos órgãos do Poder Judiciário, os quais devem obtemperar se, no oferecimento da prestação jurisdicional, a forma solene e a certeza possível devem ser prestigiadas em detrimento da rapidez na solução final das demandas.

Acredito que o anseio da sociedade por uma justiça mais célere, eficiente e, *principalmente*, de qualidade poderá ser atingido se as ferramentas da tecnologia forem utilizadas, prestigiando-se os princípios processuais da simplicidade, economia processual e da oralidade.

2 Emenda Constitucional 45/2004

Modificação de peso no direito constitucional positivo foi introduzida após a edição da EC nº 45, de 08 de dezembro de 2004, a qual, no que ora nos interessa, incluiu o inciso LXXVIII no elenco dos direitos e garantias fundamentais, assegurando “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

O gabaritado Professor Paulo Bonavides ensina que os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam: concretizam-se. A metodologia clássica da Velha Hermenêutica de Savigny, de ordinário aplicada à lei e ao Direito Privado, quando empregada para interpretar direitos fundamentais, raramente alcança decifrar-lhes o sentido (*Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 592).

Sem mais delongas, é preciso observar imediatamente o cumprimento dos direitos fundamentais. Não se pode mais admitir o adiamento da sua aplicação, sob pena de injustificável atraso e não-inclusão no mundo globalizado. Ressalte-se que, além do direito de obter o resultado da lide em tempo aceitável, também foram garantidos os *meios* através dos quais irá se conseguir oferecer a prestação jurisdicional mais rápida, como direito fundamental do cidadão a ser

* Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Passos.

concretizado. Insista-se, referidos meios têm de ser compulsoriamente utilizados para que o Poder Judiciário realize a sua finalidade precípua. Ensinou Aristóteles (*Política*. Editora Martin Claret, 2004, p. 15) que a justiça constitui a base da sociedade e que se dá o nome de julgamento à aplicação do que é justo. Simples. Assim, ordinariamente as decisões judiciais devem, em última análise, procurar fazer justiça, e não conter lições jurídicas sobre a demanda, a não ser que o caso exija.

O processo judicial representa um poderoso meio oficial para a obtenção da verdade possível, porquanto a verdade absoluta é um fim quase inatingível. Nada obstante, muito mais importante do que uma decisão solene e processualmente correta é um decisório materialmente justo. Para tanto, é mister lembrar que quanto maior o número de elementos de convicção maiores são as chances de sentença acertada. No item 5 da exposição de motivos do Código de Processo Civil, é mencionada preciosa lição de Betti, segundo o qual a finalidade precípua do processo é dar razão a quem efetivamente a tem. A justiça constitui valor fundamental da sociedade e a compreensão atual do moderno processo civil deve ser esta. A lisura e a justiça das decisões judiciais são extremamente relevantes para se valorizar o estado de direito e agregam valor à democracia.

Acrescente-se, ainda, que acertadamente se entende que a produção judicial rápida, só por si, a ninguém interessa. Ela tem de ser qualificada, ou seja, deve conter e verdadeiramente exteriorizar um raciocínio dialético fundamentado e apto a assegurar em amplo sentido a boa solução da lide e a efetivação dos valores consagrados no ordenamento jurídico.

3 Princípios processuais e Lei nº 11.280/2006

Sabe-se que as regras processuais devem ser interpretadas em conformidade com os princípios jurídicos fundamentais consagrados na Carta Política da Nação, possibilitando a sua plena realização. Assim, em boa hora, o legislador editou a Lei nº 11.280/2006, a qual, dentre outras alterações, modificou a redação do art. 154 do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 154. (...)

Parágrafo único. Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-estrutura de Chaves Pública Brasileira – ICP – Brasil (NR).

Agora, cabe aos órgãos do Poder Judiciário fazer valer os meios necessários à concretização do direito fundamental à prestação jurisdicional com qualidade, eficiência e presteza. Para tanto, acredito que nada melhor do que se inspirar em alguns dos princípios informadores da teoria geral do processo.

Sustento que devem ser prestigiados os princípios da simplicidade, da economia processual e da oralidade, segundo o qual

é salutar que exista sempre um expressivo número de manifestações das partes sob forma oral, principalmente na audiência, onde tais manifestações se devem concentrar, porque, dessa maneira, é possível se alcançar o julgamento da matéria posta em juízo com menor número de atos processuais (WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 5. ed., volume 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 68).

Atualmente, são utilizados meios arcaicos e burocráticos para registrar a prática dos atos processuais. Todos aqueles que militam no foro sabem da dificuldade de se reduzir a termo, com a fidelidade recomendada, tudo aquilo que foi debatido em audiência. Referida dificuldade fulmina o princípio da oralidade, porque os sentimentos, a maneira de se expressar e a entonação das palavras não são assimiladas no papel.

Assim, a gravação da prática dos atos processuais utilizando recursos de audiovisual, com uma simples *web cam*, por exemplo, ou o recurso de um DVD, para registrar a imagem e o som obtidos na audiência, se transformaria em excepcional ferramenta de agilização da prestação jurisdicional *de qualidade*, é mais do que imperioso frisar. Também iria aliviar o magistrado da penosa obrigação de ditar para o escrevente de audiência o termo, permitindo que o julgador use o seu precioso tempo para outras tarefas mais importantes.

Todos os juízes sabem que o magistrado que preside a audiência e tem contato direto com as partes e com a prova no momento da sua realização assimila as impressões obtidas. O objetivo do princípio da oralidade é o de facultar às partes a produção de provas atuais, dele decorrendo a necessidade da atuação imediata do juiz, ainda o de que a prova colhida permaneça presente em sua mente. Como consequência desse princípio, decorre a obrigação de o juiz que colheu a prova oral sentenciar, utilizando-se das impressões obtidas de forma direta no contato pessoal com as partes e testemunhas, favorecendo o conhecimento da verdade, muitas vezes manifestada na fisionomia, no tom da voz, na firmeza e prontidão das respostas ou, até mesmo, na simplicidade ou no embaraço da má-fé. (Apelação Cível nº 1.0480.01.021517-0/001, Relator o Exmo. Sr. Des. Gouvêa Rios, *DJ* de 06.05.2005.)

A gravação dos atos processuais com recursos eletrônicos irá qualificar a prestação jurisdicional e possibilitar o pleno reexame do ato processual em qualquer tempo, inclusive no segundo grau de jurisdição, diminuindo o prazo necessário para a produção da prova, verdadeiro “*gargalo*” da primeira instância, para utilizar expressão atualmente em voga, além de conservar as referidas impressões mencionadas no parágrafo anterior, obstando a sua dissipação.

Questões atinentes à imagem e à intimidade das partes e das testemunhas poderiam ser facilmente resolvidas antes do início da audiência, havendo uma prévia combinação para que se buscasse preservar o material obtido, a não ser que houvesse a permissão expressa dos interessados para a sua divulgação, sob as penas da lei.

Distorções das imagens seriam difíceis de admitir, porquanto seriam inúteis, uma vez que fornecidas cópias aos advogados das partes, além da cópia de segurança a ser gravada no servidor do fórum da comarca. A fiscalização não seria complicada, e já existe tipificação penal para aqueles que danificam as peças do processo. A OAB poderia perfeitamente auxiliar os advogados na implementação das conquistas tecnológicas, autorizando a utilização de computadores nas salas que já existem nos fóruns.

Interessante seria realizar, antes da divulgação da norma regulamentadora, da maneira como é feito nos Estados Unidos da América, um amplo debate na comunidade jurídica, com a participação de advogados, integrantes do Ministério Público, Defensores Públicos e demais Procuradores, com o escopo de produzir norma de qualidade. Referida discussão seria uma demonstração de urbanidade e iria contribuir para melhorar as relações institucionais, permitindo a realização da justiça e o atendimento adequado do jurisdicionado.

Porém, nunca é demais lembrar que, em regra, os atos processuais são públicos, bem como que o art. 417 do Código de Processo Civil determina que o depoimento, datilografado ou registrado por taquigrafia, estenotipia ou *outro método idôneo de documentação*, será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores, *facultando-se às partes a sua gravação*, bem como que o art. 225 do Código Civil em vigor estabelece que as reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, *quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes*, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

Finalizada a instrução, o juiz pode ditar a sentença, no caso de se considerar preparado. É sabido que existe recurso que reconhece a voz e a transfere para a máquina, possibilitando a

impressão da sentença. A assinatura, ou o fecho eletrônico, também é por demais conhecida. Ora, hoje em dia contratos de altíssimo valor são realizados por meios eletrônicos, como transferência internacional de numerário. Na minha opinião, não há justificção plausível para não se adotarem tais tipos de recursos ordinariamente nos processos judiciais, a não ser que a natureza da causa recomende o contrário.

Também é interessante se falar na economia de dinheiro proporcionada pelo abandono paulatino do uso do papel, além da diminuição de espaços de arquivos, dentre várias outras conquistas que serão agregadas com o passar do tempo.

Leino Luiz Streck, com a percuciência que lhe é reconhecida, assim se manifesta, *verbis*:

Imprescindível, pois, que se discuta essa crise do Direito e do Estado, bem como seus reflexos na sociedade, a partir do papel a ser exercido pelo Poder Judiciário (e, mais especificamente, da justiça constitucional). Nunca é demais lembrar o diagnóstico de há muito tempo feito por José Eduardo de Faria: preparado/engedrado para o enfrentamento dos conflitos interindividuais, o Direito e a dogmática jurídica (que o instrumentaliza) não conseguem atender às especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa. O paradigma (modelo/mo de produção de Direito) liberal individualista-normativista está esgotado. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clamam novas posturas dos operadores jurídicos. Torna-se necessário, pois, diante desse quadro, rediscutir as práticas discursivas dos juristas. *Deixar vir o novo à presença: esse é o desafio* (Hermenêutica e concretização da Constituição: as possibilidades transformadoras do direito, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 682) (grifei).

4 Conclusão

Na *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* já mencionada neste estudo, o professor argentino Ricardo Hara exalta o pensamento do jurista Juan Bautista Alberdi, segundo o qual “*La interpretación, el comentario, la jurisprudencia son los grandes medios, de remediar los defectos de las leyes. La ley es un Dios mudo: habla siempre por la boca del magistrado, quien la hace ser sabia o inicua*” (op. cit., p. 44).

Dizem ser o Brasil o país mais desigual de todo o mundo e, por esse motivo, o mais injusto. A ausência de justiça é fator de estorvo da evolução social. As inovações tecnológicas a serem regulamentadas pelos tribunais, além de se ajustarem perfeitamente aos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade e eficiência, irão, com toda a certeza, contribuir para que a voz do direito seja finalmente ouvida em todos os rincões do nosso País, permitindo aos magistrados falar mais alto do que as iniquidades.

Partindo das premissas acima indicadas, deve-se frisar que, a teor do atual ordenamento constitucional positivo, constitui direito fundamental a ser concretizado o oferecimento, por parte do Poder Judiciário, de prestação jurisdicional com qualidade, eficiência e presteza. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais a isso se propõe no enunciado da sua missão¹. Para tanto, é mister dotar os órgãos do Poder Judiciário das ferramentas tecnológicas aptas a permitir a realização do direito fundamental ora examinado. Sintetizando, é imperioso que se enfrente como necessária a discussão sobre abandonar a burocracia e prestigiar a essência dos direitos fundamentais, e não apenas a sua declaração.

¹“Garantir, no âmbito de sua competência, a prestação jurisdicional com qualidade, eficiência e presteza, de forma a atender aos anseios da sociedade e constituir-se em instrumento efetivo de justiça, equidade e de promoção da paz social.” (Site do TJMG.)

1 Os princípios e sua função na construção do arcabouço processual penal

Gradualmente, e principalmente a partir do final do século XX, com a veiculação das regras principiológicas em normas jurídicas, os operadores do direito pátrios vêm reconhecendo a merecida importância dos princípios constitucionais como *ratio essendi* do sistema posto e como instrumento indispensável para a manutenção do complexo de normas e instituições jurídicas de um Estado Democrático de Direito.

No atual estágio de evolução da estrutura do Estado brasileiro, não há mais espaço para se compreender o Direito como sendo um *mero somatório de regras avulsas, produto de actos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si*, não podendo, o mesmo, exaurir-se em prescrições normativas compulsivamente publicadas e revogadas pelos órgãos oficiais.

Ademais, o Direito legítimo não se restringe ao mero agrupamento aleatório de preceitos com vigência simultânea, mas sim aspira a um ordenamento coerente e consistente, que se traduz em coesão de propósitos e materialização de valores superiores havidos na sociedade. Esses valores fundamentais são positivados em princípios constitucionais que, não sendo postos somente à contemplação, como se vivenciou em tempos idos do constitucionalismo, tornam-se, nas palavras do processualista Fazzalari, *valores canonizados*, os quais explicitam a idéia de Direito inspiradora da Constituição e cuja aplicação visa ao alcance do ideal de Justiça concretamente almejado pela sociedade.

O processo penal representa muito bem a batuta que rege a relação entre o cidadão e o Estado: *se encontrarmos um processo criminal iníquo, com procedimentos arbitrários, prepotentes, é evidente que estaremos em face de um Estado ditatorial, déspota. Se, ao contrário, o processo for constituído por um procedimento que tenha em mira salvaguardar da maneira mais completa possível a dignidade da pessoa humana, estaremos em face de um Estado democrático.*

Assim, em um Estado Democrático de Direito, a adequada estruturação do processo penal submete-se, obrigatoriamente, ao conteúdo dos ditames constitucionais que impõe regras garantistas como decorrência da proteção imprimida à liberdade e à dignidade da pessoa humana.

Inserida nessa ordem democrática, a liberdade individual deixa de ser compreendida sob olhar exclusivamente privado, tornando-se relevante para toda a coletividade e para o próprio Estado a quem interessa tanto a absolvição do inocente quanto a condenação do culpado pela prática de um delito.

Aliás, diante das nefastas e irreparáveis conseqüências de uma condenação equivocada para a pessoa condenada e para a sociedade como um todo, o Estado, ao deparar com o conflito entre o direito à liberdade e o direito de punir, opta sabiamente pelo primeiro, assumindo o risco concreto de absolver alguns criminosos para afastar o perigo de condenar inocentes, pois o dano

* Advogado criminalista. Mestre e Doutorando em Ciências Penais pela UFMG. Diretor de Comunicações do Instituto de Ciências Penais.

social de uma condenação infundada é muito maior que o prejuízo causado por uma errônea absolvição.

O processo penal hoje não pode ser compreendido como um instrumento de realização da justiça material, ou, em outras palavras, como mero apêndice do direito substancial. O objetivo a ser alcançado consiste em se desenvolverem os atos que antecedem a decisão com justiça, pois não existe decisão justa se não houver justiça no processo.

A construção justa do provimento depende, necessariamente, da observância dos princípios constitucionais, que, em razão de sua dimensão teleológica, consistem no norte que conduz o aplicador do Direito na trilha para a proteção dos valores sociais fundamentais, erigindo-se como verdadeiro tronco que envolve o ordenamento jurídico, sem impedir-lhe de crescer, mas, pelo contrário, fornecendo-lhe a seiva que o nutre, permitindo, assim, que haja um desenvolvimento enraizado nos valores jurídicos dominantes na comunidade.

Nos princípios constitucionais, amalgamam-se *ratio* e *telos* do sistema jurídico como um todo.

Na condição de espírito do ordenamento, os princípios apresentam-se *originários*, por não derivarem de nenhum outro princípio ou regra e se constituírem em gênese das demais normas do ordenamento e possuem uma evidente *dimensão axiológica*, que se consubstancia no fato de os mesmos refletirem o ideal de justiça engendrado, desejado e buscado pelo povo em um determinado momento histórico, representando, assim, a tendência ideológica da coletividade.

O administrativista Bandeira de Mello, de maneira cristalina, demonstra o alcance da agressão a um princípio conforme explica, *violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra.*

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura nele esforçada.

Tem-se, enquanto *critérios de interpretação e de integração*, uma função de suma importância dos princípios em geral e, de modo ímpar, dos princípios constitucionais, dotados da força impositiva derivada da sua posituação no sistema de normas jurídicas.

Tais princípios não são uma redoma que impede a sociedade de avançar, evoluir, ousar, encontrar melhores perspectivas, mas, muito pelo contrário, são catalisadores da evolução do sistema jurídico, os quais permitem o alargamento da matéria sem o respectivo aumento de regras legais.

Os princípios, a partir de sua abertura cognitiva, permitem penetrar o mais profundamente possível no espírito social, implicando a permanente adaptação de seu conteúdo a conjunturas jamais imaginadas pelo legislador e, conseqüentemente, garantindo a legitimidade do ordenamento jurídico e a efetiva possibilidade de concretização do ideal de justiça.

O direito é apenas uma parte da cultura global e, por esse motivo, a aplicação da norma jurídica ao caso concreto deve sempre estar afinada com as forças sociais que a todo momento colhem novas acepções para os conteúdos, superando, assim, o equivocado entendimento que orbitou por muito tempo na práxis jurídica e que ainda, vez por outra, assombra-a, de que a interpretação legal deveria se exaurir na interpretação gramatical, despida da conexão histórico-social e alheia à perquirição do sentido e da finalidade da norma.

A tarefa de compreensão autêntica do conteúdo normativo impõe a superação histórica e a fidelidade à situação presente, considerando, como doutrina Engisch o sentido contido na lei, permanentemente atualizado. Assim, *importa que nós juristas, ao interpretar, transcendamos o horizonte visual do simples prático e nos esforcemos por alcançar uma compreensão de puro plano espiritual-cultural. Poderemos também dizer que não se trata apenas daquilo a que o jurista do quotidiano chama 'interpretação', mas ainda de uma verdadeira e omnímota compreensão num sentido mais elevado, mesmo que esta nos arraste para uma posição filosófica, histórico-cultural ou política.*

O complexo principiológico em que se assenta o sistema constitucional detém os conteúdos primários reitores e informativos do sistema jurídico normativo, sendo fonte de validade e de efetividade de todas e de qualquer uma das suas normas e vinculando os atos estatais e individuais dos integrantes da sociedade organizada às diretrizes principiológicas estatuídas.

Nessa linha de raciocínio, Couture identifica o papel dos princípios na edificação da hierarquia das normas. Conforme doutrina, a lei concede ou nega poderes e faculdades dentro das bases estabelecidas na Constituição. O espírito desta orienta aquela, que deve inspirar-se nos valores basilares entranhados na comunidade.

A versatilidade dos princípios constitucionais permite à Constituição da República, transcender a construção normativa formal e se harmonizar ao presente de cada grupo social, irradiando-se aos mais diversos acontecimentos e situações que possam ocorrer ao longo dos tempos, efetivando-se de maneira heterogênea e plural, em coerência com as variadas e variáveis necessidades e características da comunidade, sem que nelas se esgote.

Importante ressaltar que essa multiplicidade de sentidos que podem ser extraídos das normas principiológicas deve obedecer à objetividade de seu conteúdo, que assegura a sua concretização. A possibilidade de adequação das disposições contidas nos princípios em determinado momento temporal e em diversas situações distintas, não implica serem as mesmas subjetivas ou aleatórias, não representando, em hipótese alguma, obscuridade, lacunosidade ou inefetividade.

A participação dos destinatários do provimento é um imperativo da própria estrutura democrática, que não pode estar restrita à esfera eleitoral, irradiando seus ditames a todos os segmentos dos poderes estatais.

O princípio do contraditório, ao facultar aos interessados e contra-interessados na decisão final efetivos mecanismos de participação igualitária, permite a construção democrática do provimento, legitimando o Poder Jurisdicional e assegurando o cumprimento dos conteúdos fundantes da própria natureza estatal.

2 O princípio do contraditório sob a égide do Estado Democrático de Direito

Incluído neste cenário, o princípio do contraditório, enquanto garantia constitucionalmente assegurada, emerge como elemento fulcral para construção de um processo penal umbilicalmente coligado à atual ordem constitucional, consistindo no mecanismo de viabilização da efetiva participação das partes na construção da decisão final do processo.

No século XIX, construiu-se uma definição do princípio do contraditório, influenciada pela concepção liberal individual da realidade, mitigando a sua importância e engendrando-lhe um caráter meramente formal, como detinham praticamente todas as garantias do Estado Liberal, sem plena eficácia na prática jurídica. Nesse período, o contraditório era concebido como a garantia processual de ser ouvido, representado pelo brocardo latino *audiatur et altera pars*.

Importante ressaltar que o princípio do contraditório, nos moldes como foi insculpido pelo Estado Liberal, cumpriu a sua missão, como já mencionado. Entretanto, hoje não oferece respostas adequadas às necessidades mais prementes. Dessa forma, a manutenção da influência

das idéias liberais individualistas no direito processual, notadamente, no direito processual penal, vem sendo diretamente responsável por irreparáveis e inumeráveis injustiças.

Andrea Pisani, criticando as desigualdades de oportunidades dos contraditores em processo informados pelos ideais liberais, conclui que *a relação jurídica pressupõe que à igualdade formal das partes corresponda a igualdade substancial: somente desse modo é possível deduzir que do livre confronto das partes resulte sempre a justa composição da controvérsia.*

Com o surgimento do modelo de Estado Democrático de Direito, modificaram-se os parâmetros de tratamento dos direitos e garantias dos indivíduos. Mantiveram-se a liberdade e a dignidade da pessoa humana como valores fulcrais do ordenamento. No entanto, o Estado abandonou a sua postura estática e passou a buscar a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como o direcionamento da organização e funcionamento da máquina estatal tendo em vista a proteção e efetivação desses valores.

Assim, o Estado pátrio, não pode, simplesmente, dispor os direitos de seus governados, não assegurando a viabilização de realização desses direitos, pois, *em matéria jurídica, é preciso buscar sempre garantias e seguranças. Não basta que um direito seja reconhecido e declarado; é necessário garanti-lo, porque chegam ocasiões em que será discutido e violado.*

Ademais, a democracia, enquanto eixo estruturante de um Estado, não se restringe, simplesmente, à forma de seleção dos agentes políticos, compondo-se como critério para o exercício do poder estatal em todos os seus estratos.

Diante dessa conjuntura, a ordem democrática transpõe-se para o sistema processual, que, enquanto vertente do poder estatal, abre o desenvolvimento de seus trabalhos para a participação dos indivíduos, cujos direitos serão afetados pelo provimento, em simétrica paridade de posições jurídicas, sendo-lhes distribuídas as mesmas oportunidades no decorrer do *iter* processual.

A extensão das diretrizes democráticas para a seara do processo reveste-se de transcendental importância, sendo instrumento de efetivação de direitos e eficaz mecanismo de contenção e controle do poder dos governantes, propiciando uma legitimação do Estado, na medida em que permite o aperfeiçoamento da ordem jurídica a partir da abertura às reivindicações dos governados.

Para desempenhar os relevantes papéis que lhe são devidos na estrutura do Estado Democrático de Direito, o sistema processual necessita de validade e eficácia, que só podem ser atingidas através de mecanismos que possam garantir a sua concreta realização.

Dentre os instrumentos que conferem validade e eficácia ao ordenamento jurídico, o princípio constitucional do contraditório é a viga mestra que permite o confronto equânime entre as partes.

Para cumprir este mister, o contraditório deve ser pleno e efetivo. Pleno, porque o princípio deve informar todos os atos preparatórios do provimento final, e efetivo, porque, além da previsão formal, é imprescindível a presença de meios que possibilitem condições concretas para as partes poderem atuar na instrução processual em simétrica paridade.

Como já afirmado, o processo, como decorrência dos ditames do Estado Democrático de Direito, deve ser conduzido de forma a cumprir as garantias positivadas no texto constitucional. Nesse sentido, é indispensável que se assevere às partes a permanente e concreta oportunidade de participação na instrução dos atos processuais, pois *o respeito ao contraditório assume o valor de uma condição de legitimidade constitucional da norma processual.*

3 Crítica à inadequada aplicação dos princípios jurídicos

Ainda hoje, a prática jurídica impõe grandes obstáculos à efetiva aplicação dos princípios, principalmente quando estes, aparentemente, colidem com o texto literal da norma infraconstitucional. Tal oposição ecoa em tipos legais válidos e com reiterada aplicação prática.

Deve-se creditar tamanha resistência na adequada utilização dos princípios a um legado que pode ser atribuído, precipuamente, à busca de maior segurança como reação à arbitrariedade, à incoerência e ao abuso de poder do período anterior à Revolução Francesa.

Esse antídoto às perseguições que se operaram no período medieval extirpou o terror e a ameaça constantes e imprevisíveis dos flagelos inquisitoriais, encontrando um terreno extremamente fértil para se reproduzir, uma vez que os operadores do Direito buscavam um supedâneo que lhes permitisse elevar o Direito ao patamar de ciência.

Na busca de uma maior precisão e previsão do resultado da interpretação das normas jurídicas, desenvolveu-se o Positivismo Jurídico, que visava alcançar o *pensamento jurídico normativo por meio do "cálculo modal"*.

Cumprido sublinhar que a lógica formal de natureza pura, ainda hoje, detém uma função relevante e necessária na elucidação e no exame dos conceitos jurídicos puros e essenciais, v.g., conceitos de norma jurídica, relação jurídica, direito subjetivo, dever jurídico, pessoa jurídica, entre outros.

Todavia, a lógica tradicional demonstra-se cabalmente insuficiente para permitir a apreensão de conteúdos jurídicos, elaborados sob o influxo de uma determinada realidade empírica, erguida em um momento específico, em um local determinado e informada por valores sociais e políticos próprios de um certo instante histórico.

As normas jurídicas positivadas não são *expressões puras de valores ideais*, não possuindo *validade essencial em si e por si*. Pelo contrário, estão essencialmente entranhadas por conteúdos jurídicos que alteram o seu sentido na mesma frequência em que se modificam os anseios, valores e necessidades sociais.

Tratando-se de hermenêutica jurídica, o excessivo apego à letra normativa impõe um conhecimento dogmático, abstrato, divorciado da realidade e que solidifica o mito de que o sistema jurídico tem respostas para todas as questões apresentadas pela sociedade, conduzindo o aplicador do Direito a um resultado desvairado, absurdo, injusto, imprestável para o alcance do ideal de justiça a ser buscado pelo ordenamento jurídico.

Entretanto, apesar da patente insuficiência da lógica tradicional para a apreensão dos conteúdos jurídicos, ela ainda habita a prática jurídica e os bancos universitários, fechando os olhos de muitos aplicadores do Direito para as desigualdades sociais e para o contexto político-histórico e econômico.

E, dessa forma, o operador do Direito, forma-se, ou é formado, ou ainda melhor, é conformado, desde as carteiras universitárias às falaciosas idéias de neutralidade e imparcialidade do Direito.

Assim, o poder jurídico-político passa a se autolegitimar, ainda que não o faça de uma maneira explícita, ignorando conteúdos externos e, muitas vezes, mascarando a verdadeira feição da realidade.

Os ingressos das faculdades de Direito são submetidos a métodos didáticos conservadores e ultrapassados, que constroem um conhecimento divorciado da realidade dos discentes, que, desmotivados pela incapacidade de alcançarem respostas para os conflitos que permeiam o seu

cotidiano, entregam-se à engrenagem de produção de um conhecimento descontextualizado, incoerente e distorcido.

As necessidades de uma sociedade heterônoma e plural somente podem ser atendidas com a adequada utilização dos princípios constitucionais, que gera, como consequência direta, uma maior legitimidade dos atos praticados e maiores segurança jurídica e estabilidade do Estado, sem que haja a imposição de uma estrutura normativa rígida, mas, pelo contrário, permitindo, diante da maior amplitude e do maior estágio de generalidade dos princípios em face das normas gerais, as permanentes atualização e adequação do sistema normativo ao contexto socioeconômico, cultural e político dessa mesma sociedade.

-:-:-

No beligerante cenário da década de 40, em que a 2ª Grande Guerra espoliava nascituras preocupações com os avanços dos mais diversos campos da ciência, um microcosmo discernido, alheio às (in) justificativas de campanha, mantinha premente a busca pelo aprimoramento das construções técnico-científicas, cambiando, tais como mísseis intercontinentais, expoentes figuras que zelavam pela manutenção dos sinais vitais do conhecimento.

Nesse campo estéril, enquanto a Força Expedicionária Brasileira já apontava seus caças monopostos em direção às terras italianas, de lá os ventos faziam desembarcar no Brasil *Enrico Túlio Liebman*, aluno de *Giuseppe Chiovenda*, disseminador de conhecimento inovador e harmonioso, ícone da *Escola Processual de São Paulo*, que influenciou, sobremaneira, os estudos de *Alfredo Buzaid*, "um de seus mais valorosos e fiéis discípulos"¹, autor do anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973.

Fiel aos ensinamentos da moderna escola científica de direito processual, *Buzaid* apôs no seio do Digesto Processual nítida característica de apuro terminológico, sendo raras as ressalvas realmente cabíveis, destacando, inclusive, na Exposição de Motivos da novel legislação, sua preocupação em "aplicar os princípios da técnica legislativa, um dos quais é o rigor da terminologia na linguagem jurídica". Por assim dizer, eram águas passadas a carência terminológica encontrada no Código de 1939, fruto do efervescente crescimento científico alcançado.

Renegar importância ao rigorismo terminológico no âmbito do Direito Processual Civil é tanto desconsiderar o despertar do "processualismo científico", preconizado, desde 1868, por Oskar von Bülow, quanto menosprezar seu grau de desenvolvimento. Nesse sentido leciona Dinamarco, consignando que

Mede-se o grau de desenvolvimento de uma ciência pelo refinamento maior ou menor de seu vocabulário específico [...] onde o método não chegou ainda a tornar-se claro ao estudioso de determinada ciência, é natural que ali também seja pobre a linguagem e as palavras se usem sem grande precisão técnica.²

Embora não devesse ser necessário sobrelevar a importância da terminologia jurídica, é forte incumbência de que se devem desonerar aqueles que a defendem, haja vista que o tema em comento ousa levar à irresignação estudiosos atulhados em pragmatismo, que, esquecendo-se da cientificidade imanente ao direito, descartam o apego terminológico a ele indispensável.

Tendo andado tão bem o Poder Legiferante, esculpindo detidamente os termos por ele empregados na legislação processual, o mesmo zelo não pode faltar por parte dos operadores de direito, especialmente dos que exercem a função judicante, ao manejarem os conceitos, os institutos e as denominações que reclamam os atos processuais.

Nesse particular, a Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, trouxe inovações significativas no ordenamento jurídico-processual, com apontamentos que revelam a preocupação do legislador infraconstitucional em bendizer a celeridade na tramitação dos processos, direção essa coroada

* Advogado.

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 38.

² *Ibidem*, p. 136/137.

pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição.

Sobredita lei, dentre outras mudanças, acrescentou o § 3º ao artigo 515 do Código de Processo Civil, autorizando o Tribunal, ao receber o recurso de apelação, a julgar desde logo a lide se: I) a causa tiver sido extinta sem julgamento de mérito; II) versar questão exclusivamente de direito; e III) estiver em condições de imediato julgamento.

Lança-se, pois, a seguinte indagação: subsumindo-se os fatos insertos nos autos à norma do § 3º do artigo 515, haverá, por parte do Tribunal, *reforma, cassação ou anulação* da sentença?

Vê-se, pela perfunctória análise dos mais recentes julgados que se adequam às proposições ora trazidas, que os Tribunais, em especial o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ainda não trouxeram à deliberação a confusão terminológica suscitada, dando por bem atermar no fechamento de seus acórdãos, preponderantemente, a expressão “cassar a sentença”, em vez de “reformular a sentença”. Via de conseqüência, “cassam” a decisão monocrática e julgam o mérito da demanda aforada, fato que, por um olhar mais crítico, parece situar-se na contramão do avanço terminológico alcançado pela Ciência do Direito Processual Civil. Senão, vejamos:

Decisão 01: Com esses fundamentos, dou provimento ao recurso para *cassar* a r. sentença apelada, e, valendo-me da faculdade contida no artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido inicial e decreto despejo do imóvel objeto deste processo e assinando para a desocupação do imóvel no prazo de até trinta dias. Inverto os ônus sucumbenciais. Custas recursais, pelo apelado.³(grifo)

Decisão 02: Assim, não há que se falar em extinção do feito sem julgamento do mérito, razão pela qual casso a r. sentença hostilizada e, com amparo no art. 515, § 3º, do CPC, passo a julgar desde logo a lide, por tratar o caso dos autos de matéria de direito, estando o processo em condições de imediata decisão.⁴ (grifo)

Preliminarmente, o que já reduz a extensão do debate, é de se concluir pela equivalência das expressões “cassar” e “anular”, reportando-nos, para tanto, à análise léxica e, especialmente, à Teoria das Nulidades.

O termo “cassar” não é especificamente jurídico. Aurélio Buarque de Holanda define o verbo como sinônimo de “*tornar nulo, sem efeito*”⁵, o que, por si só, já traz a nítida noção de similitude encarnada nas expressões.

Não bastasse a pertinente lição do lexicógrafo alagoano, festejados doutrinadores se ocuparam de tratar das nulidades no processo, com especial destaque para Aroldo Plínio Gonçalves, em sua célebre obra voltada para o tema, que trouxe em suas linhas a idéia de nulidade como conseqüência jurídica atribuída a um ato jurídico praticado em desconformidade com seu modelo normativo (ato dito “irregular”), conseqüência essa que reclama efetiva declaração por enunciado judicial, suprimindo-se, assim, os efeitos daquele ato viciado.⁶

Nessa esteira, ao tratar da *nulidade das sentenças*, assevera: “Os motivos que podem levar à declaração de nulidade das sentenças podem ser os vícios existentes em atos do procedimento que a preparou, e que são, portanto, anteriores a ela, ou podem decorrer dos requisitos de que deve revestir a própria sentença”.⁷

Salienta, ainda, que os motivos que podem dar causa à declaração de sua nulidade podem

³ TJMG - Apelação Cível nº 474.251-2 - Belo Horizonte - 04.05.2005.

⁴ TJMG - Apelação Cível nº 382.816 - Itaúna - 26.02.2003.

⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Eletrônico Século XXI*, Versão 3.0, 1999.

⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Belo Horizonte: Aide Editora, 1993.

⁷ *Ibidem*, p. 106.

estar em seu próprio conteúdo, quando o magistrado exerce seu ofício julgando *extra* ou *ultra petita*.

Analisando as conjecturas previstas *in abstracto* pelo legislador ao acrescentar o § 3º ao artigo 515 do Código de Processo Civil (*mens legis*), não nos parece sensato creditar o apontamento da norma a alguma das hipóteses acima elencadas, hipóteses essas que dariam ao Tribunal o encargo de inferir vício da sentença apreciada, de forma a considerá-la como um ato em desconformidade com a lei que a rege, sendo, por conseguinte, passível de anulação.

O que quer trazer a proposição contida no § 3º do artigo 515 é a possibilidade de discussão do *meritum causae* pelo Tribunal, em sendo superado o entendimento a respeito da extinção do processo sem julgamento do mérito.

Ademais, urge frisar que, para casos como esses, não gozam os Tribunais de competência originária para seu julgamento, o que nos leva a crer que, se a hipótese fosse, deveras, de cassação da sentença monocrática, o órgão colegiado, ao deliberar sobre o mérito da causa, consubstanciaria nítida supressão de grau de jurisdição, uma vez que sentença de 1ª instância, nesse caso, não se pode admitir que houve, visto que cassada, anulada, sendo, logo, inexistente para o mundo jurídico.

Em que pese a vigente Constituição de 1988 não tenha consagrado a garantia ao duplo grau de jurisdição, como o fez a Constituição Política do Império de 1824 (em seu artigo 158), é inquestionável sua aceitabilidade como princípio constitucional, e, como tal, sempre que possível, deve ser respeitado.

Parece-nos mais apropriado dizer que, cassada uma sentença - o que, como visto, só se admite em virtude de um vício congênito em sua estrutura e/ou conteúdo - o Tribunal *ad quem*, para que não extrapole os limites de sua competência, deverá, como acertadamente o faz na maioria dos casos, remeter os autos ao juízo de origem para que este profira nova decisão a respeito do tema e sane a(s) impropriedade(s) apontada(s).

Exemplo da correta aplicação terminológica, perseguida pelo presente trabalho, veio com a Emenda à Constituição nº 45/2004 ao tratar da (controvertida) súmula vinculante.

Define o § 3º do artigo 103-A da Constituição que, naqueles casos em que se vislumbrar decisão judicial que demonstre inobservância à sumula nos casos em que for cabível sua aplicação, ou, ainda, quando a instância ordinária a houver aplicado indevidamente, o Supremo Tribunal Federal, julgando procedente a reclamação, “cassará a decisão judicial reclamada, e *determinará que outra seja proferida* com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.⁸ (grifo)

Consectário lógico de tais premissas é a propriedade do termo “reforma”, em se tratando das decisões dos Tribunais que, valendo-se da faculdade contida no artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, afastem os obstáculos procedimentais do artigo 267 e reformem o entendimento contido na sentença de 1ª instância.

De outra feita, por não nos faltar empatia, é compreensível a rejeição do termo “reforma” no tocante à parte da decisão pretoriana que julga o mérito da causa, uma vez que ela, nesse particular, nada reforma, dizendo o direito pela primeira vez frente ao caso concreto. “Reforma”, em seu sentido estrito, pressupõe a existência de um *corpus* a ser reformado, material ou intelectual.

Talvez por isso, parte do Tribunal de Justiça de Minas Gerais vem esquivando-se da encruzilhada terminológica e moldando o dispositivo de seus votos de forma *sui generis*, afastando o uso dos tradicionais verbos indicadores da subserviência da decisão monocrática (reformar,

⁸ BRASIL. Constituição de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

cassar e anular) aos comandos exarados pelos Tribunais Superiores. E assim o faz:

Decisão 03: Com tais argumentos, dou provimento ao apelo, para afastar o decreto de extinção do feito, sem julgamento do mérito [...]. Apreciando o mérito, julgo procedente o pedido inicial, para reintegrar a autora na posse definitiva do bem, confirmando a liminar deferida⁹.

Contudo, esquivar-se do objeto da discussão não contribui para o aprimoramento da Ciência do Direito. Pode-se concluir que, ao aplicar o disposto no § 3º do artigo 515 do CPC, o Tribunal estará reformando a sentença monocrática no que tange à apreciação dos fatores que levaram a demanda a ser rejeitada, extinta, sem que seu mérito fosse debatido e, enfim, decidido.

O que se reforma é, pois, o comando extintivo, o entendimento nele consubstanciado. A posterior deliberação sobre o mérito da lide é, tão-somente, desdobramento da decisão reformada, expressamente autorizado pelo § 3º, sobre o qual não pode incidir juízo de reforma, anulação ou cassação.

Nada mais correto, portanto, sob o prisma do entendimento defendido, o acolhimento pelos Tribunais do uso da expressão "reforma", em se tratando da hipótese do permissivo legal encontrado no § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil, como bem traçado no julgado que se faz mister transcrever:

Decisão 04: Assim sendo, nos termos do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso de apelação, *reformando* a r. sentença para julgar improcedente o pedido inicial, condenando o autor [...].¹⁰

Consabido que o reconhecimento dos direitos passa, inexoravelmente, pela sua instrumentalização mediante as palavras, vocalizadas ou escritas, de forma que a falta de critério no emprego dos signos reveladores das mais diversas situações jurídicas pode acarretar dúvidas que tornam ainda mais tortuosos os meandros da Ciência Jurídica, impregnando-a de obscurantismos que fazem exsurgir, em última análise, obstáculos ao próprio acesso à Justiça.

Na expressão do saudoso mestre Miguel Reale, de tal sentimento de apego ao refinamento dos institutos jurídicos, em especial sob sua perspectiva terminológica, salta aos olhos afirmar que:

cada cientista tem a sua maneira própria de expressar-se, e isto também acontece com a Jurisprudência, ou Ciência do Direito. Os juristas falam uma linguagem própria e devem ter orgulho de sua linguagem milenar, dignidade de que bem poucas ciências podem invocar.¹¹

Especializar, apurar a linguagem jurídica é, dentre outros fins, assimilar e aplicar os paradigmas trazidos pela moderna ciência do Direito Processual à tradicional cultura romano-germânica, paradigmas esses edificados à vista de rigorosos critérios que fertilizam o campo do saber e proliferam o avanço técnico-científico.

-:--

⁹ TJMG - Apelação Cível nº 429.362-5 - Belo Horizonte - 01.04.2004.

¹⁰ TJMG - Apelação Cível nº 439.938-2 - Itapeverica - 29.10.2004.

¹¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 12. ed. São Paulo, 1985, p. 08.

Sumário: 1 Considerações gerais. 2 Alterações no art. 522 do CPC. 3 Alterações no art. 523. 4 Alterações no art. 527, inciso II. 5 Alterações no art. 527, parágrafo único. 6 Alterações no art. 527, inciso V. 7 Alterações no art. 527, inciso VI. 8 Conclusões.

1 Considerações gerais

A Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, acrescentou ao art. 5º da Constituição da República o inciso LXXVIII, elevando o princípio da celeridade ao *status* de garantia constitucional.¹ Na tentativa de instrumentalizar a referida garantia, cinco novas leis já foram publicadas no curto período compreendido entre 19 de outubro de 2005 e 17 de fevereiro de 2006, alterando diversos dispositivos do Código de Processo Civil brasileiro (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

No presente trabalho, nosso objetivo é examinar, especificamente, a primeira delas, Lei 11.187, de 19 de outubro de 2005, publicada no *Diário Oficial da União* de 20 de outubro de 2005, em vigor desde 18 de janeiro de 2006 (PLC 72/2005).

A mencionada lei alterou os artigos 522², 523 e 527 do CPC, conferindo nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento.

2. Alterações no art. 522 do CPC

De imediato, estabeleceu o legislador reformista ser o agravo retido, como regra geral, o recurso adequado para atacar as decisões interlocutórias de primeira instância. Tratando-se, no entanto, de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, o agravo deverá ser por instrumento³.

Na sistemática do CPC de 1939, o agravo de instrumento só era cabível nos casos expressamente previstos no art. 842 e seus incisos e em outras hipóteses contempladas em leis extravagantes. Não existia o agravo retido, mas um recurso parecido, o agravo no auto do processo, que só seria conhecido pelo órgão *ad quem* como preliminar do recurso de apelação e cujas hipóteses de cabimento também eram expressamente previstas no art. 851 e incisos do antigo código.

* Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG. Professora do Curso de Direito da Faculdade Arnaldo. Professora do Curso de Pós-graduação em Direito Processual do IEC/PUC Minas. Professora do Curso de Pós-graduação em Direito Processual Civil do CAD/Universidade Gama Filho. Professora e assessora jurídica da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes do TJMG.

¹ Art. 5º, inciso LXXVIII, da CF: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

² Antiga redação do art. 522: "Das decisões interlocutórias cabe agravo, no prazo de 10 (dez) dias, retido nos autos ou por instrumento".

³ Nova redação do art. 522: "Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento".

Na versão originária do CPC de 1973, o agravo de instrumento foi previsto como o recurso cabível contra qualquer decisão interlocutória, sendo certo que ele poderia ser interposto, também, sob a forma retida, de acordo com a escolha do agravante.

A Lei 9.139, de 30 de novembro de 1995, responsável por dar nova disciplina procedimental ao recurso de agravo, estabelecendo, dentre outras alterações, que o agravo de instrumento passasse a ser interposto diretamente no tribunal e modificando o art. 558 do CPC para que fosse possível a atribuição de efeito suspensivo, não alterou a sistemática anterior no que concerne à opção pelo regime recursal. Assim, salvo poucas exceções, ainda a esta época a escolha da modalidade de agravo a ser utilizada decorria do alvitre do recorrente.

Com a reforma de 2001, por meio da Lei 10.352, de 26 de dezembro, pode-se dizer que a liberdade de escolha entre as espécies de agravo foi, em verdade, eliminada, reservando-se o agravo de instrumento para casos de urgência, mantendo-se o retido para situações que não revelassem a premente necessidade de uma imediata análise pelo tribunal. Embora aquele diploma legal ampliasse o rol de situações em que a retenção do agravo fosse obrigatória, possibilitando, inclusive, ao relator a possibilidade de determinar a conversão do agravo de instrumento em retido, previu o legislador, no entanto, a possibilidade de agravo interno contra esta decisão. Este mecanismo fez com que o agravo de instrumento continuasse a ser largamente utilizado pelo recorrente, uma vez que a conversão em retido dependeria de decisão do relator ou do órgão colegiado, se a parte recorresse da decisão do relator.

Assim, a recente Lei 11.187/2005 não trouxe, a princípio, grandes modificações no que concerne à escolha da modalidade recursal a ser utilizada, consolidando tendência já presente na Lei 10.352/2001, conforme registrado, sendo relevante, porém, a modificação introduzida no art. 527, inciso II, como veremos adiante, que pôs fim à possibilidade de interposição de agravo interno contra a decisão que converte o agravo de instrumento em retido.

O *caput* do art. 522 foi, pois, alterado, absorvendo a previsão contida no § 4º do art. 523 do CPC, razão pela qual este último restou expressamente revogado.

Ao se valer, na nova redação do art. 522, da expressão *lesão grave e de difícil reparação* para justificar as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento, optou o legislador reformista pelo emprego de conceito vago e indeterminado, a ser examinado caso a caso pelo juiz. E isso porque, embora muitos processualistas vislumbrem na expressão uma idéia de urgência, a demandar o exame imediato pelo tribunal, como acontece nas decisões que concedem ou negam pedido de liminar de tutela antecipada, casos existem em que a idéia de urgência não se faz tão presente, mas cujas decisões deverão ser impugnadas, também, por via de agravo de instrumento, por se configurar a lesão grave e de difícil reparação, como ocorre nas decisões sobre competência do juízo. Em outras hipóteses previstas em leis especiais e extravagantes, como, por exemplo, nos arts. 59, § 2º, e 100, primeira parte, da Lei 11.101/2005 (Lei de Falências), o recurso adequado para impugnar as decisões será, ainda, o de agravo de instrumento. A recente Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que cuida da fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e que entrará em vigor no dia 23 de junho próximo, previu, nos arts. 475-H e 475-M, § 3º, o agravo de instrumento como o meio hábil para atacar aquelas decisões.

Pela nova redação do art. 522, será ainda o agravo de instrumento o recurso correto para atacar decisões que inadmitam a apelação ou que tratem dos efeitos em que a apelação é recebida.

3 Alterações no art. 523

De início, o legislador reformista revogou expressamente o § 4º do art. 523, conforme mencionado, em virtude de ter incorporado o conteúdo desde parágrafo, com as modificações, ao *caput* do art. 522 e ao § 3º do art. 523.

O § 3º do art. 523 foi alterado para impor a obrigatoriedade da interposição oral do agravo retido contra as decisões proferidas em audiência de *instrução e julgamento* ⁴. A regra anterior não especificava qual o tipo de audiência em que poderia ser interposto o agravo retido na forma oral, usando o legislador de 2001 apenas o termo genérico *audiência*.

Leonardo José Carneiro da Cunha ressalta que a alteração põe em destaque o princípio da oralidade, do qual decorrem os princípios da concentração e da imediação (imediatidade)⁵.

Antonio Adonias Aguiar Bastos adverte, porém, que, ao modificar o § 3º e ao revogar o § 4º do art. 523 do CPC, o legislador parecer ter criado uma terceira e conturbada figura: o agravo retido, oral e imediato, contra decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento⁶.

Para Caetano Levi Lopes⁷, a nova redação do art. 523, § 3º, cria uma espécie de preclusão instantânea para a parte insatisfeita com a decisão proferida na audiência de instrução e julgamento, que deverá imediatamente impugná-la, na via oral⁸, sob o risco de, não o fazendo, ser atingida pela preclusão.

Como o legislador reformista não tratou do lapso temporal para a apresentação das contra-razões pela parte adversa, na hipótese de interposição oral e imediata do agravo retido nas audiências de instrução e julgamento, a questão tem suscitado dúvidas entre os estudiosos. O problema não existia sob a égide da Lei 10.352/2001, já que, àquela época, a interposição do recurso em audiência era uma opção do agravante, e não uma imposição legal. Assim, se o agravante poderia ter-se valido do prazo de 10 (dez) dias para interpor o agravo retido, e não o fez, preferindo a interposição oral e imediata em audiência, seria correto o prazo para resposta de 10 (dez) dias, em razão do princípio da isonomia, já que fora uma opção do agravante, e não uma imposição não se valer do prazo legal.

Com a recente modificação, o tema gera controvérsias. Há quem entenda que, não havendo disposição específica sobre o assunto, deve valer o decêndio previsto pelo art. 523, § 2º, do CPC. Como os prazos não podem ser presumidos, o atual sistema impõe ao agravante a imediatidade, mas deixa ao agravado o prazo de 10 (dez) dias para apresentar contra-razões. Assim, a medida legislativa em nada contribuiria para a celeridade processual e ofenderia o princípio da isonomia⁹.

Outros processualistas, diferentemente, defendem, com mais acerto, a nosso ver, que as contra-razões deverão ser colhidas na própria audiência de instrução e julgamento, a fim de que a *mens legis* realmente se efetive, na tentativa de se alcançar a tão almejada celeridade do processo, agilizando sua tramitação. Apresentadas as contra-razões na audiência, esta será encerrada com o incidente já resolvido, podendo o juiz se retratar diante do agravo ou manter a decisão, cabendo ao agravante reiterar, oportunamente, seu agravo retido, nas razões ou contra-razões de eventual apelação¹⁰.

⁴ Antiga redação do art. 523, § 3º: "Das decisões interlocutórias proferidas em audiência admitir-se-á interposição oral do agravo retido, a constar do respectivo termo, expostas sucintamente as razões que justifiquem o pedido de nova decisão".

⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro. As recentes "modificações" no agravo. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, 33:64-72, dez./2005.

⁶ BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. "Uma leitura crítica do novo regime do agravo no direito processual civil brasileiro".

⁷ LOPES, Caetano Levi. Palestra "Processo civil brasileiro - Aspectos mais relevantes da reforma em andamento". Belo Horizonte, 23.02.2006.

⁸ Nova redação do art. 523, § 3º: "Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante".

⁹ Defendendo essa posição: Antonio Adonias Aguiar Bastos, na obra citada.

¹⁰ Abraçando esse posicionamento: Caetano Levi Lopes, Leonardo José Carneiro da Cunha nas obras citadas; Teresa Arruda Alvim Wambier em sua obra clássica *Os agravos no CPC brasileiro*. São Paulo: RT, 2005; Rafael Wallbach Schwind, "O recurso de agravo com as alterações introduzidas pela Lei 11.187/2005", site Migalhas; Antonio Pessoa Cardoso, O novo agravo de instrumento. *Revista Jurídica Consulex*, 213:58-59, nov. 2005.

Teresa Arruda Alvim Wambier, filiando-se a essa corrente, ressalta que, interposto o recurso oralmente na audiência, o juiz ouvirá a outra parte e, na própria audiência, deverá, se for o caso, retratar-se. Segundo a professora:

*não se perca, porém, de vista que o juiz só determinará que a outra parte se manifeste, no caso de agravo retido, se se inclinar a retratar-se e não em qualquer caso, necessariamente. Na dúvida, ouve a parte contrária. Seguro de sua decisão, não se retrata e prossegue a audiência*¹¹.

Nessa esteira, Leonardo José Carneiro da Cunha esclarece que, se o advogado do agravado não estiver presente à audiência, se a decisão do juiz for mantida, não precisará do contraditório. Se o magistrado exercer o juízo de retratação, no entanto, deverá ouvir o agravado, conferindo-lhe prazo¹².

De se ressaltar, nesse passo, que, se a decisão interlocutória proferida na audiência de instrução e julgamento puder ocasionar lesão grave e de difícil reparação à parte, continua sendo possível a interposição de agravo de instrumento.

4 Alterações no art. 527, inciso II

O art. 527, inciso II¹³, sofreu alterações, primeiramente, para impor ao relator a obrigatoriedade de converter o agravo de instrumento em retido, excetuadas as hipóteses ali elencadas.

Na redação anterior, a norma empregava a expressão *poderá converter*, cuidando o legislador reformista de trocá-la pelo imperativo *converterá*.

A nova redação¹⁴ também acrescentou a esse preceito mais duas hipóteses (retiradas do art. 523, § 4º, que restou revogado) em que o relator não converterá o agravo de instrumento em retido: decisões de inadmissão da apelação e nas relativas aos efeitos em que a apelação é recebida.

A modificação mostrou-se interessante, porquanto a redação anterior dava a entender que era uma faculdade do juiz converter o agravo de instrumento em retido, quando é cediço que os juízes não dispõem, no processo, de faculdades, mas sim de poderes, razão pela qual a antiga norma deveria ser compreendida como um poder-dever: a decisão poderia ser prolatada, se configurada a hipótese descrita na norma; presentes os requisitos previstos na norma, deveria o juiz aplicá-la.

A redação atual do dispositivo ficou mais clara: interposto o agravo de instrumento em situações diferentes daquelas previstas como excepcionais no art. 522, o relator deverá converter o agravo em retido.

Dessa decisão, de acordo com a nova regra, não caberá mais agravo interno para o órgão colegiado. A modificação buscou coibir a utilização desse expediente, que, conforme mencionamos, sob a égide da Lei 10.352/2001, muito contribuiu para que os recorrentes

¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op.cit.*, p. 269-270.

¹² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Op. cit.*

¹³ Antiga redação do art. 527, inciso II: "poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil e incerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente".

¹⁴ Nova redação do art. 527, inciso II: "converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa".

continuassem se valendo do agravo de instrumento em vez do retido, muitas vezes indevidamente, com a expectativa de que a provável conversão acaso efetuada pelo relator pudesse ser, a final, revista por órgão colegiado do tribunal.

O receio, no entanto, é que o mandado de segurança volte a ser empregado em larga escala para atacar a decisão de “conversão indevida”, como espécie de verdadeiro sucedâneo recursal.

5 Alterações no art. 527, parágrafo único

O parágrafo único do art. 527, na nova dicção, estabelece que a decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II (conversão do agravo de instrumento em retido) e III (atribuição de efeito suspensivo ou deferimento de antecipação da tutela), somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar.

Depreende-se, pois, da redação que é, também, irrecorrível a decisão do relator que concede efeito suspensivo ou ativo ao agravo.

Segundo a nova regra, a decisão liminar, proferida nas hipóteses dos incisos II e III, somente será possível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar. Extingue-se, assim, com a reforma, o agravo interno para atacar essas decisões, voltando à cena, porém, o antigo instituto da reconsideração, devendo o agravante, portanto, pedir ao relator a reconsideração da decisão.

Por outro lado, pode-se afirmar que, no que concerne ao inciso III (efeito suspensivo ou tutela antecipada recursal), a norma acabou por incorporar antiga praxe já empregada por alguns tribunais do País.

No que respeita à previsão do inciso II (conversão do agravo de instrumento em retido), a alteração torna-se, porém, sem sentido, conforme ressalta, com total procedência, Leonardo José Carneiro da Cunha, ao afirmar que “*julgado o agravo retido, não há mais como ser desfeita a conversão, subtraindo-se a utilidade do agravo de instrumento então interposto*”, ofendendo a norma o princípio da efetividade, razão pela qual seria inconstitucional¹⁵.

Mais uma vez, aqui, com a impossibilidade de oposição de recurso (agravo interno), surge a possibilidade de que passem a ser impetrados inúmeros mandados de segurança.

6 Alterações no art. 527, inciso V

O novo texto substituiu a redação *cópias das peças por documentação*. Abre-se, assim, a possibilidade de o agravante juntar documentos que ainda não tinham sido trazidos.

A modificação permite ao agravado:

apresentar, no Tribunal, elementos que o agravante tenha, eventualmente, omitido com o objetivo de aumentar suas chances de êxito no pleito de efeito suspensivo ou de antecipação dos efeitos da tutela recursal formulado no agravo de instrumento¹⁶.

Rafael Wallbach Schwind ressalta, contudo, que a alteração não acarreta grandes mudanças na prática, vez que, mesmo antes da Lei 11.187/2005, o agravado já poderia apresentar, em suas contra-razões, a documentação que julgasse conveniente, o que abrangia tanto as peças dos autos de origem como também demais documentos não constantes dos autos¹⁷.

¹⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Op. cit.*, p.71.

¹⁶ MEDEIROS, Edmundo Emerson. Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, internet.

¹⁷ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Op. cit.*

7 Alterações no art. 527, inciso VI

Com a reforma, foram excluídas as hipóteses dos incisos I e II das situações nas quais o Ministério Público seria eventualmente ouvido. Assim, na hipótese de agravo de instrumento com seguimento liminarmente negado ou no caso de conversão de agravo de instrumento em retido, não mais será necessário que o relator remeta os autos para a manifestação do Ministério Público.

8 Conclusões

De maneira concisa, eis as principais alterações trazidas pela Lei 11.187/2005.

Com certeza, o novo diploma legal tem como objetivo imprimir maior celeridade ao processo, atendendo, assim, ao espírito da Emenda Constitucional 45/2004, responsável pela reforma do Judiciário, buscando harmonizar os princípios fundamentais do processo civil brasileiro: celeridade e segurança jurídica.

Algumas alterações, no entanto, poderão, a curto prazo, acarretar efeito contrário, como a excessiva utilização do mandado de segurança contra ato judicial, como sucedâneo recursal, repetindo situação comum antes da Lei 9.139/1995.

-:-:-

Sumário: 1 Introdução. 2 Preclusão e coisa julgada. 3 Eficácia preclusiva da coisa julgada. 4 Questões prejudiciais próprias. 5 Conexão por prejudicialidade. 6 Prejudicialidade constitucional. 7 Prejudicialidade impeditiva. 8 Prejudicialidade determinativa. 9 Vias de discussão da inconstitucionalidade do título executivo judicial. 10 Critério de relevância (transcendência) da matéria. 11 Referências bibliográficas.

1 Introdução

A história dos meios de impugnação da sentença transitada em julgado é feita de alternâncias (se não de vacilações) entre nulidade e rescindibilidade, sendo de se notar que o vigente CPC brasileiro, na esteira do de 1939, não lhe enumera os meios - atitude da qual, insuficientemente, se extrai a tese de que a ação rescisória seria o único.

Agora, com o parágrafo único, acrescido a seu art. 741, retorna ao direito anterior ao CPC de 1939 - porém, como demonstraremos, limitadamente à matéria constitucional.

Já o conceito de bem jurídico, assegurado pela coisa julgada, não pode ser identificado com a relação jurídica substancial ou a situação ou o efeito dela imediatamente derivados. O Código Civil de 2002 (art. 189) erige, em objeto da prescrição, a pretensão. Ora, como a prescrição induz extinção do processo com julgamento de mérito (art. 269, IV, CPC), como é de mérito a sentença hábil a fazer coisa julgada (art. 468, CPC), a coisa julgada diz respeito à pretensão. A pretensão é, pois, a *res in iudicium deducta* que, após o trânsito em julgado, torna-se *res iudicata*.

O Código Civil de 2002 inaugura relevante etapa na evolução da ciência do Direito Processual, pondo solução eclética ao debate sobre a natureza processual ou substancial da coisa julgada. E, com isso, atribuindo igual valor ao aspecto lógico e ao aspecto materialístico.

Quer-nos parecer que o problema dos vícios da sentença não pode ser buscado tão-somente no processo em que proferida. A coisa julgada, diversamente da preclusão, opera fora dos autos, irradiando-se alhures. Essa a razão - que cremos impercebida - da insuficiência do exame das vias de impugnação à sentença de mérito trãnsita, por força da qual se tem repetidamente falado em "flexibilização". Quer-nos parecer que o problema dos vícios da sentença não pode ser solucionado apenas com o novo julgamento da mesma espécie (o que seria o *rescissorium*), quando se queira a discussão além do prazo da ação rescisória, porque estaria legitimada a eternização do contraditório, em prejuízo da segurança das instituições jurídicas.

Cogitaremos de vício, sim, da sentença como ente produzido no universo extra-autos, em contato com a realidade e até mesmo com a porção de lide remanescente. Isto é, sob a advertência de prioridade da pretensão, prosseguiremos ao encontro de conexões por prejudicialidade, quando, sem abalo à coisa julgada (cuja imutabilidade é constitucionalmente protegida até mesmo em face da futura lei), seria conjurado o vício porventura existente.

* Procurador do Estado de Minas Gerais. Professor de Direito Processual Civil das Faculdades de Direito da UFMG e da PUCMinas. Advogado.

2 Preclusão e coisa julgada

É tempo de a doutrina brasileira voltar ao tema das interações entre preclusão e coisa julgada, em face do advento da regra do parágrafo único do art. 741 do CPC.

Convém, neste sentido, observar que, além da hipótese - que era única - do inciso I do referido artigo, o parágrafo único introduz a oponibilidade de outras exceções, também fundadas em antecedente lógico da sentença.

Já se ultrapassou, pois, o momento do Direito Processual Civil brasileiro em que bastasse dizer que o art. 474 e o art. 741, ambos do CPC, se harmonizem em que “as causas modificativas ou extintivas da obrigação, argüíveis na execução, são as supervenientes à sentença, e não aquelas que, preexistindo, deixaram de ser opostas”¹.

O argumento de inconstitucionalidade da inovação vertida em *inexigibilidade do título judicial trânsito* só poderia ser utilizado, se se demonstrasse, com a introdução da exceção de inexigibilidade antecedente à sentença, total impossibilidade de harmonia.

Não é o caso, como veremos. O confronto entre a preclusão (de questões) e a coisa julgada, atento aos limites da pretensão - a teor do art. 189 do Código Civil -, permitirá deduzir o que possa remanescer da exaustão do contraditório e possa justificar a desconstituição de sentença inconstitucional. Nisso consiste o muito que admitimos de “flexibilização” (vá a expressão, que não consideramos feliz).

A correlação entre preclusão e coisa julgada é objeto de profundo estudo de Chiovenda², que nos poupa - em parte - o trabalho. Se bem o faça o Mestre, admitindo o reexame de algumas questões (quanto a decisões interlocutórias), após o encerramento das discussões, mas ainda antes da sentença, não deixa de ser relevante sua alusão à influência retroativa da lei interpretativa (porque o exemplo é perfeitamente assimilável à interpretação constitucional sufragada pelo Supremo Tribunal Federal - de que se ocupa o aludido parágrafo único do art. 741 do CPC brasileiro:

Não convém esquecer, na verdade, que a preclusão das questões não opera automaticamente, mas em virtude de um sucessivo ato do juiz, que, na decisão definitiva, (...) cumpre a atuação da vontade da lei, mediante a sua declaração no caso concreto: (...) O precedente aviso por ele expresso pode ser tornado definitivo respeito às partes, mas não respeito ao legislador(!).

Ainda sob aprendizado com o Mestre³, procedemos à transcrição do trecho imediato (de nosso interesse, ante a prejudicialidade existente entre os embargos à execução e esta última):

A mais importante aplicação destas proposições respeita às ‘questões prejudiciais’. (...) decididas em uma lide podem sempre livremente discutir-se em uma ‘lide sucessiva’; a menos que - [o que não se verifica no direito brasileiro, em que não reproduzida a discutida regra do art. 34 do Codice di Procedura Civile Italiano] -, por disposição especial de lei ou por demanda das partes, a contestação surgida no processo precedente sobre um ponto prejudicial seja elevada ao grau de

¹ PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao CPC*. Vol. VIII, 2. ed. São Paulo: RT, 1979, p. 609.

² CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusionone, in *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, v. 3, 1993, p. 278-9.

³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Ibidem*, p. 268.

uma ação declaratória (declaratória incidental); caso em que nos encontramos frente a uma demanda autônoma, concernente a um bem da vida diverso, isto é, a certeza sobre a relação prejudicial (...).

Do ponto em que tangenciada a regra do art. 34 do CPC italiano (que adota - ao contrário do CPC brasileiro - a teoria do julgado implícito), necessário se faz o estudo da eficácia preclusiva da coisa julgada (a fim de que possamos responder à indagação - a que nos propomos - de sua não-extensão a outras pretensões nascidas da violação do direito, raciocinando ainda sob atenção ao art. 189 do Código Civil de Reale).

3 Eficácia preclusiva da coisa julgada

A partir deste ponto, Chiovenda não mais responderia (brasileiramente) ao problema de que nos ocupamos. Verdadeiro que afirma a não-extensão da coisa julgada (e de sua eficácia preclusiva) às questões decididas no curso do processo, não logra fazê-lo (nem o deveria) quanto às prejudiciais, que, quando eleváveis a subordinantes - dispensando ação, vêm-se integradas, no sistema italiano, por força da só contestação, ao dispositivo sentencial. Assim determinativas ou impeditivas da solução da prejudicada, nunca seriam decididas *incidenter tantum*, no processo peninsular. Mesmo porque, ao cuidar do bem jurídico, ressalva-o como *conceito complexo*⁴, para cuja determinação se deve retornar aos motivos da sentença.

Não inutilmente, salientamos, na introdução deste trabalho, o conceito de bem jurídico que interessa à coisa julgada. Entre nós, é certo que a prejudicial só faz coisa julgada se posta em declaratória incidente (art. 469, III, CPC). Mas não há regra - ao menos expressa - quanto a haver (ou não) a eficácia preclusiva sobre a prejudicial decidida *incidenter tantum*: o que tolhe o alcance da comparação com o processo italiano.

Todavia, prosseguindo, é-nos útil o confronto entre Chiovenda e Carnelutti, a respeito da finalidade do processo: atuação do direito (para o primeiro) ou composição da lide (para o segundo). Ao estudarmos a prejudicialidade, temos o reflexo das concepções sobre a coisa julgada: para a solução da lide prejudicada, a atuação do direito depende da compatibilidade com a solução da lide prejudicial, vale dizer, a atuação da lei será, em última análise, um problema de composição entre lides.

Verifica-se, ainda, que Chiovenda versou a lide sucessiva⁵, mas para a solução da prejudicial (simples). A *lide sucessiva* é examinada, a sua vez, por Carnelutti⁶, que a admite mesmo *quando as diversas lides estejam em relação de "subordinação"*.

4 Questões prejudiciais próprias

Do exposto, deriva saber se a questão prejudicial, não posta em causa declaratória incidente, possa ser agitada em outra lide: 1) se não alegada, mas (se e quando) não atingida pela eficácia preclusiva; 2) e se, concernente a um bem jurídico diverso, porventura incompatível com o bem jurídico consagrado no julgado.

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Ibidem*, p. 269.

⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. Ob. cit. na nota 2, supra.

⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*, v. I, Padova: CEDAM, 1936, p. 629.

É que Chiovenda (e com ele a esmagadora maioria da doutrina, e não só a italiana) encarou apenas a prejudicial simples, renovável como *simples* questão. Não se ocupou da prejudicial complexa, ao dizer de sua conversibilidade em causa, em ação. Veja-se⁷:

A resolução (...) dada pelo juiz às 'simples' questões lógicas que se apresentam no processo, seja ela contida em sentenças interlocutórias ou na sentença definitiva, 'respeite a questões processuais ou substanciais', de fato ou de direito, mesmo porque é distinta do pronunciamento de acolhimento ou rejeição, não tem a eficácia própria desta última [que seria a c. j., com a eficácia preclusiva]: ela tem somente uma eficácia mais limitada, imposta por 'exigências de ordem e de segurança no desenvolvimento do processo', que consiste na preclusão da faculdade de renovar 'a mesma questão no mesmo processo'.

Prejudicial, para efeito da influência sobre a prejudicada, em hipótese em que não tenha havido declaratória incidente, não é tão-somente a questão simples, também a complexa, que, podendo ser objeto de outro processo, em ação autônoma, interfira, se suscitada na forma de um pleito, no bem jurídico tutelado na causa prejudicada. No processo italiano, vale dizer, a lide subordinante faz natural presença na sentença (salvo se o juiz a decide, apesar de incompetente), se não pelo *accertamento incidentale*, por *speciale volontà di legge*. Tal a dicção, proclamadamente chiovendiana do art. 34 do Codice. Portanto, mesmo que pela só contestação, integraria, a sua solução, necessariamente, a coisa julgada, sem necessidade de lide diversa: não é o que se passa entre nós, brasileiros.

5 Conexão por prejudicialidade

Raciocine-se, agora, porém, a exemplo do que ocorreria (eliminada a iniciativa de terceiro, para fins de raciocínio) na oposição, que se propõe, reconhecidamente, *ad excludendum*.

Cuida-se, pois, de verificar - sob *pretensão diversa*, incompatível com a anterior - as prejudiciais não decididas ou decididas *incidenter tantum*. Abrangidas a matéria processual e a substancial, diríamos, de vícios transrescisórios, argüíveis por extralimitados à lide, não abrangidos pela eficácia preclusiva concernente ao deduzido e ao dedutível, porém influentes sobre a lide, a ponto de elidir, ali onde produzida, a coisa julgada. Diz-se da exegese dos arts. 468, 469, III, 471 e 474, CPC, ora em face do novel parágrafo único do art. 741 do mesmo diploma legal.

Atendida tal advertência - que delimita os *motivos* de mérito aduzíveis em oposição à execução do julgado, para que não sejam os *motivos* daquele, com o que se violaria a própria coisa julgada - cumpre respeitar-se o ensinamento de LIEBMAN⁸:

No processo de oposição, entretanto, readquirem importância as relações jurídicas substanciais, em confronto com as quais, perante o órgão da execução, se mostrava insensível o título.

Mas não só as relações substanciais, ante a conexão por prejudicialidade. Forte no art. 189 do Código Civil, pelo qual falamos nas pretensões, lembramos mesmo que foi preciso superar a visão de Menestrina⁹, de só haver prejudiciais em questões de mérito. (O que não se confunde com a restrição brasileira da declaratória incidente à relação prejudicial substancial.) No sentido de tal superação, que envolveu árduo trajeto, inserem-se assinalados esforços doutrinários, como os de Barbosa Moreira¹⁰ e Thereza Alvim¹¹.

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Ibidem*, p. 267.

⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 186.

⁹ MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1963, p. 50.

¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões prejudiciais e coisa julgada. In *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara*, vol. XVI, 1967, p. 170.

¹¹ ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977, p. 25.

Prejudicial, seja processual, seja de mérito, é a questão determinante da decisão de questão vinculada, ante a “igualdade de natureza das operações mentais realizadas pelo juiz para resolver a condicionante e a condicionada (principal)”¹².

São conhecidos os argumentos de Barbosa Moreira em refutação do requisito de “autonomia, no sentido de poder [necessariamente, a prejudicial] constituir, em processo distinto, questão principal, objeto de julgamento ‘per se’”¹³. Há tanto questões prejudiciais, quanto causas prejudiciais - estas últimas, as suscetíveis de constituir processo autônomo, de cunho declaratório. Sem o qual, por isso que “conhecidas incidentalmente, ficam abertas, em qualquer outro processo, à livre apreciação do órgão judicial”¹⁴ (art. 469, III, CPC vigente).

Livre apreciação? Mesmo excludente do bem jurídico tutelado, por versar bem jurídico incompatível com aquele? (Vê-se que subsiste a indagação que constitui o cerne do presente estudo.) O tema não tivera resposta antes das inovações legislativas que aqui comentamos (art. 189 do Código Civil e parágrafo único do art. 741 do CPC).

6 Prejudicialidade constitucional

As questões prejudiciais a que falte estatura para converter-se em causas, isto é, sem vinculação a outra relação jurídica (conforme indicam, tratando de outra relação jurídica material, os arts. 4º, I, 5º, 325 e 470, CPC vigente), se bem não abrangidas pela coisa julgada, são atingidas - em regra - pela eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 474, CPC vigente). Nosso intuito é o de ressaltar de ambas a *prejudicial constitucional*, não alegada, se consistente em *lide diversa*, devendo versar relação jurídica outra, substancial ou processual.

Não alegada, reitere-se. Nesse sentido, o parágrafo único do art. 741 do CPC (tanto quanto o inciso I do mesmo dispositivo legal), refere-se a matéria nova, a motivo (de embargos à execução ou de ação declaratória autônoma) superveniente. E não precluso, porque, embora antecedente lógico, antecedente obrigatório, cognoscível *ex officio*, de ordem pública, sendo invocável o *jura novit curia* até após as instâncias ordinárias.

Chega-se, assim, a Pontes de Miranda¹⁵: “Quanto às questões prejudiciais, podem ser relativas ao ‘mérito’ ou não. As que não são relativas ao mérito podem prejudicar todo o processo, o que lhes tira a qualidade de prejudiciais e as faz extintivas do processo”. (Não concordamos com a negação do caráter prejudicial, podendo a prejudicialidade ser extintiva.)

Volte-se, pois, a uma das “exceções processuais”, a *exceptio praejudicialis*, verberada por Bülow¹⁶, quando lhe operou a transposição, da teoria da concorrência de processos para a da concorrência de ações, dizendo que:

o que se tem chamado até nossos dias *exceptio praejudicii* é, na realidade, outra instituição, completamente distinta: o decreto de prejudicialidade. (...) Nunca devia remeter-se (a cognição mencionada), por via de exceção, ao *judicium*, ao debate principal e de fundo.

Em crítica à obra pioneira, destaca Pontes de Miranda¹⁷ a exacerbação do aspecto lógico, no que Bülow encontrara a prejudicialidade a partir da matéria processual:

¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ob. cit., p. 192-3.

¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ibidem*.

¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ob. cit., p. 249.

¹⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Ibidem*, p.174.

¹⁶ BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 204/208.

¹⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Ob. cit., p. 169.

Quando OSKAR VON BÜLOW (*Die Lehre von den Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen*, 230 e 231) se intrigava com a 'forte' diferença entre as exceções prejudiciais e as outras, era o 'dado' que deveria ver sob as diferentes exceções.

O "dado" lógico (continuaria Pontes) existiria independentemente de regras legisladas, as quais apenas revelam "a mudança de técnica processual"¹⁸, a que remontaria a discussão jusromanista, "com as deslocções do momento da alegabilidade"¹⁹.

Diríamos, porém, que a análise pontiana não destrói o relevo da alusão à possibilidade de prejuízo para todo o processo, pela prejudicialidade, tomada até mesmo a partir de "pressupostos processuais"²⁰. Já o aspecto lógico se entrelaça com o materialístico, ante a regra - a nosso ver, diretora - do art. 189 do Código Civil.

E poderíamos retirar de Calamandrei²¹ a assertiva de que "como se tem no nosso direito ao menos um caso de sentença inexistente" [para falarmos no art. 741, I, CPC brasileiro], a preclusão das impugnações não sana nem a inexistência nem a nulidade do julgado (lembrando-se que a *cassazione civile*, recurso, é correspondente à nossa ação rescisória - pelo que se fala de vícios transrescisórios). Do que deriva o estabelecimento de disciplina comum, de inexigibilidade do título executivo judicial (sistema a que remontam o inciso I e o parágrafo único, ambos do art. 741 do CPC brasileiro), a que aproveita o tratamento da *legitimidade constitucional*, sob juízo de *relevância da questão*, segundo o mesmo grande processualista:

Em uma causa (...) aparecerá relevante a prejudicial de ilegitimidade constitucional [que] se choque não com leis atinentes à relação substancial que o juiz deva aplicar *in iudicando*, mas leis atinentes às formas processuais que o juiz seja levado a observar *in procedendo*²².

Pareceria antever a necessidade de revisão, na evolução do processo civil brasileiro sobre a prejudicialidade, Adroaldo Fabrício²³, ao observar que "os conceitos de prejudicialidade e de coisa julgada hoje dominantes estão muito próximos aos que vigiam no direito romano (e, portanto), da tese restritiva sobre a extensão da coisa julgada e da cumulação sucessiva de pedidos". No âmbito do bem jurídico disputado e sua correlação com a preclusão do deduzido e do dedutível, pode reassumir, é verdade, posto decisivo o fundamento jusromanista dos "textos sobre as questões prejudiciais, nos quais, ainda que se fale de *quaestiones* em sentido lógico, fala-se para dizer que a *res iudicata* não se estende a essas"²⁴.

Por isso, cabe reparo aos excessos cometidos na interpretação do art. 470 do CPC²⁵, de modo a tratar o problema como apenas de técnica processual. O próprio crítico, aliás, o faz com alguma vacilação, quando reconhece que "a prejudicialidade não concerne à relação lógica entre as questões, [mas] preexiste às questões, porque se liga a dados, ao que está à base das questões prejudiciais, mas pode existir sem elas"²⁶.

¹⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Ibidem*, p. 168.

¹⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Ibidem*, p. 169.

²⁰ BÜLOW, Oskar von. *Ob. cit.*, p. 9.

²¹ CALAMANDREI, Piero. *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*. In *Opere Giuridiche*, VIII, Napoli: Morano, 1968, p. 284.

²² CALAMANDREI, Piero. *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*. In *Opere Giuridiche*, III, Napoli: Morano, 1968, p. 622.

²³ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. 2. ed., Rio: Forense, 1995, p. 22-3.

²⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa giudicata e preclusione*. Milano: Giuffrè, v. III, 1993, p. 260.

²⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. V. notas 17, 18 e 19, *supra*.

²⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao CPC*, cit., vol. V, p. 169.

Daí, a disputa entre Pontes de Miranda²⁷ e Barbosa Moreira²⁸, declarando este último:

Caso se houvesse de considerar que, mesmo 'sem' a propositura da ação declaratória incidente, a autoridade de coisa julgada se estenderia à afirmação ou negação da relação jurídica subordinante, ter-se-ia reduzido o instituto – que melhor sorte merece – a total inutilidade. De nada adiantaria a parte (autor ou réu), em semelhante hipótese, exercer o direito que lhe confere o art. 5º do Código de Processo Civil, porque com isso em nada se alterariam os contornos do *thema decidendum*.

E por isso, conclui Barbosa Moreira²⁹:

Se o pedido originário se refere exclusivamente à relação jurídica subordinada, uma de duas: ou alguma das partes pede a declaração (positiva ou negativa) da relação jurídica subordinante, e então – mas 'só' então! – pode formar-se a respeito dela a *res iudicata*, ou nenhuma das partes o fez, e neste caso, ainda que o órgão judicial se pronuncie *expressis verbis* ao propósito na sentença, apenas o terá feito como razão ou motivo de decidir, e tal pronunciamento não adquirirá, em absoluto, a *auctoritas rei iudicatae*.

Lembre-se, ainda, o debate entre Ernane Fidélis³⁰ e Ovídio Baptista³¹, quanto à declaração implícita de propriedade, na decisão da ação reivindicatória.

Responde Ernane Fidélis³² que “a coisa julgada material abrange também a questão prejudicial incidente, mas sem extravasamento dos limites da lide, tudo nos termos do art. 468”³³. Ou - diríamos - não a abrangeria, se sem a limitação, o que seria o mesmo visto pelo opositor, em discussão que remonta exatamente à distinção do caráter de prejudicialidade da declaração.

Vê-se, pois, na ressalva de *lide diversa*, que de duas situações cuidaram os processualistas citados. Difere da prejudicial argüida em declaratória incidente, sobre a mesma relação jurídica material, a relativa a outra relação jurídica, subordinante - pluralidade de lides sobre pluralidade de relações jurídicas -, o que não é pura opção de técnica processual.

A possibilidade de que a relação jurídica material possa ser posta em termos de ação declaratória incidente, *ex vi* do art. 325, CPC, em causa prejudicial daquela em que já comparece como causa de pedir imediata, não esgota o tema da prejudicialidade. A prejudicialidade, a sua vez, dita *própria*, se faz entre relações subordinante e subordinada - ao dizer da prejudicialidade constitucional, versando quer relação jurídica material, quer relação jurídica processual - como queremos demonstrar.

A argüição de inconstitucionalidade do julgado põe-se em lide outra - deduzida, *ex novo*, em *petitum*, e, pois, não atingida sequer pela eficácia preclusiva, muito menos pela coisa julgada. Há questão comum (a da lei aplicada), a partir do mesmo fato básico, partindo para efeito diverso.

O parágrafo único do art. 741, CPC, introduziu, afinal, a oponibilidade de embargos à execução por inexigibilidade da sentença inconstitucional. Trata-se de uma *prejudicial de*

²⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao CPC*. cit., vol. IV, p. 195.

²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo CPC. In *Temas de Direito Processual*, 1ª série, Saraiva, 1977, p. 96.

²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ibidem*.

³⁰ SANTOS, Ernane Fidélis dos. - *Comentários ao CPC*, vol. III, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 304-5.

³¹ SILVA, Ovídio Batista da. - *Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1979, p. 159.

³² SANTOS, Ernane Fidélis dos.- Ob. cit., p. 305.

³³ SANTOS, Ernane Fidélis dos.- *Idem, Ibidem*.

inconstitucionalidade no direito brasileiro - e a ninguém estranha que prejudicial *a posteriori* - porque a prejudicialidade não supõe necessariamente nem a anterioridade de exame, nem a suspensão da causa principal.

Em tempo de rever o tema das questões prejudiciais, no seu mais amplo sentido, falamos de: prejudiciais constitucionais processuais e prejudiciais constitucionais substanciais. Umhas e outras - não agitadas antes do julgado, por isso que não atingidas quer pela coisa julgada, quer pela eficácia preclusiva. Pertencentes a *lide diversa*, voltadas à incompatibilidade de resultado - podem ser suscitadas em contraditório de embargos à execução ou de ação autônoma (e assim, mesmo sob a futura reforma, na etapa de cumprimento da sentença, como fase do mesmo processo).

As questões prejudiciais constitucionais não se submetem à coisa julgada, por isso mesmo que não há, entre nós, ação declaratória incidente de inconstitucionalidade. Mas - pergunta-se - toda e qualquer prejudicial constitucional, não debatida, pode ser disputada *a posteriori*?

Eis aí o âmago do problema a ser deslindado. Se a sutil distinção entre a coisa julgada e a eficácia preclusiva, no campo de todas as outras prejudiciais, leva, por caminhos diversos, a resultado próximo - isto é, o de não se poder diminuir ou excluir o decidido *de meritis*, o mesmo não se pode dizer quanto à prejudicial constitucional conexa. Do contrário, de nada valeria a relação jurídica subordinante, de fundamento constitucional e, em última análise, de nada valeria a autoridade da Constituição.

Calamandrei³⁴, ao discutir o problema do possível atrito entre a autoridade judiciária monocrática e a Corte Constitucional e, por isso, ao referir-se à "prelibação" sobre a questão de legitimidade constitucional, cabendo, na competência do primeiro, rejeitar a "questão manifestamente infundada", apontou (versando, embora, sistema em que a suspensão por prejudicialidade é obrigatória) o critério:

(...) atribui[-se] portanto à Corte Constitucional a competência 'exclusiva' para declarar *erga omnes* a ilegitimidade constitucional de uma lei; mas reserva [-se] à autoridade judiciária uma competência *in limine* que diz respeito a dois pontos: a relevância daquela lei naquela controvérsia e a pertinência *prima facie* da exceção de ilegitimidade.

Quando escrevia sua excelente tese sobre a ação declaratória incidente, fazendo-o *de lege ferenda* (porque, sob o Código revogado, com a regra de absorção das premissas necessárias, em risco de extensão da coisa julgada), Ada Pellegrini Grinover³⁵ apenas acenou com a conexão carneluttiana³⁶, atenta ao risco de comprometimento da teoria dos limites objetivos: tratava-se do dilema (observado por Cunha Campos³⁷) de não se ter como excluir da abrangência da coisa julgada a solução da questão comum às lides, conexas por interdependência.

A conexão ainda veio, no CPC de 1973, tratada pelo pedido ou pela causa de pedir. Mas agora, a prejudicial de inconstitucionalidade, *ex vi* do parágrafo único do art. 741, CPC, cria, ao reverso, a possibilidade da coisa julgada contrária, subordinante *a posteriori*, sobre a *lide conexa*: as críticas mantiveram viva, paradoxalmente, a contribuição de Carnelutti.

³⁴ CALAMANDREI, Piero. *Corte costituzionale*, cit., p. 621.

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental*. São Paulo: Ed. USP, 1972.

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ibidem*, p. 76.

³⁷ CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites objetivos da coisa julgada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1988, p. 134-5.

O critério carneluttiano serve para afastar o risco da atitude de renovação da instância sob aparente modificação dos elementos objetivos da ação. E por isso merece reestudo, destinado a frear as soluções que sancionem a eterna rediscussão da coisa julgada sob argumento de inconstitucionalidade (o que ocorreria toda vez que a discussão seja obliquamente constitucional).

Carnelutti, como é sabido, distingue (como elementos da lide) as *partes*, o *bem* e os *interesses em conflito*. A identificação prescinde das razões jurídicas - como a coisa julgada não abrange os motivos. Assim, se o CPC brasileiro adota o pedido e a causa de pedir, quando da identificação das ações (a exemplo do § 2º de seu art. 301), adota a lide, quando da coisa julgada (a exemplo dos arts. 468 e 471).

Não estamos por dizer que a questão constitucional não integre a coisa julgada no contraditório em via de exceção, no contraditório concreto e difuso. Pertencente ao *meritum causae*, evidentemente que o fará, o que até destaca a estreiteza do campo da - chamada - flexibilização (ou relativização) da coisa julgada, mesmo em face da regra do aludido parágrafo único do art. 741, CPC.

Humberto Theodoro Jr.³⁸, sobre o tema, faz uma afirmativa voltada exatamente à necessidade de critério limitativo: “Em face da coisa julgada que viole diretamente a Constituição, deve ser reconhecido aos juízes um poder geral de controle incidental da constitucionalidade da coisa julgada”.

E, retomando o tema³⁹:

A inexigibilidade do ‘crédito exequendo’ será automática decorrência do pronunciamento de inconstitucionalidade do STF. Não havendo, porém, esse dado vinculante, continuará o juiz dos embargos com o poder natural de reconhecer a inconstitucionalidade da sentença, se esta ‘evidentemente’ tiver sido dada contra a ordem constitucional.

Vale lembrar, *in genere*, sobre o tema, o grande estudo de Barbosa Moreira, com as seguintes observações, alusivas ao art. 4º do CPC de 1939 (correspondente aos arts. 2º e 460 do CPC de 1973):

Se os dados do art. 287 [hoje o art. 468] e seus parágrafos se afigurassem decisivos no sentido de impor, sem dúvida possível, a conclusão ainda subscrita pela maior parte da nossa doutrina, no tocante à extensão da *auctoritas rei iudicatae* aos pronunciamentos sobre questões prejudiciais, prontamente nos curvaríamos ao império da lei. (...) No âmbito, porém, da *res iudicium deducta*, o art. 4º veda claramente a solução, ‘com força de coisa julgada’, de questões outras que não a principal ‘objeto do pedido’.

À época da tese, embora o texto legal também dissesse de sentença que decida *total ou parcialmente a lide*, detinha-se o eminente processualista, na literalidade do art. 287 do Código de 1939, ante a expressão reduzida, *nos limites das questões decididas*, em que truncada a fonte de que se servira o Projeto - posteriormente recuperada no art. 468, CPC vigente: *nos limites - da lide e - das questões decididas*.

³⁸ THEODORO JR., Humberto. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 97.

³⁹ THEODORO JR., Humberto. *Ibidem*, p. 99.

Mesmo assim, prosseguia Barbosa Moreira:

No que tange à expressão 'das questões decididas', a despeito da pluralização, não seria descabido, em princípio, à semelhança do que se propôs para o texto original, entendê-la como referência à possibilidade de cisão 'parcial' sobre a lide. Existirá tal possibilidade - abstraindo-se da controvérsia puramente teórica sobre a validade dos conceitos carneluttianos de 'processo integral' e 'processo parcial' - *de lege lata*, no direito brasileiro?⁴⁰

E, depois de refutar as possíveis críticas à solução apenas insinuada, arrematava:

"A lei mesma, entretanto, pode dispor que não se definam de uma só vez todas as questões concernentes a uma lide". Aí estava aberto o campo para a aplicação da conexão carneluttiana a partir da mesma *questão* entre duas *lides*.

Como assevera Machado Guimarães⁴¹, "o âmbito de incidência do efeito preclusivo ultrapassa os limites objetivos da coisa julgada, porque atinge questões (deduzidas e deduzíveis) ... e torna irrelevantes (segundo Falzea, que cita) as situações jurídicas anteriores".

Não menos verdade é, porém (como lembra o mesmo processualista carioca⁴²) que "a lei pode estabelecer exceções à eficácia preclusiva" como faz no art. 1.010, I, do Código [referir-se-ia, hoje, ao art. 741, I, CPC, o que cremos extensível a seu parágrafo único].

O grande interesse de Barbosa Moreira sobre o tema faz, agora, com que produza um ensaio de impressionante argúcia, em que pontifica:

Quem sustente a inexistência da coisa julgada terá coerentemente de rejeitar o cabimento de ação rescisória contra a sentença. (...). Destarte, paradoxalmente, a superlativa gravidade do vício (inclusive a ofensa à Constituição) não satisfará - ao contrário de vícios 'menos' graves - o requisito básico da admissibilidade da rescisória. (...). De outra parte, quem prefira trilhar o outro caminho, aceitando que a coisa julgada existe, mas pode ser posta de lado, precisará acertar as contas com disposições igualmente categóricas do Código de Processo Civil, a saber as dos arts. 471 e 474. (...). Do exposto infere-se com facilidade que não é preciso relativizar o que quer que seja para negar a existência do obstáculo da *res iudicata* à cognição da matéria litigiosa em processo subsequente relativo a 'outra lide'.⁴³

É esta segunda atitude, evidentemente, a que queremos desenvolver, mas não sem acreditar que certos casos de inexistência ou nulidade insanável do processo (arrastando, consigo, a coisa julgada) não possam ser remetidos diretamente a garantias constitucionais.

Escrevendo ainda quando o direito processual civil brasileiro não consagrava a declaratória incidente (temos o devido respeito quando extraímos do contexto, o raciocínio), acrescentaria Barbosa Moreira⁴⁴ não ser

⁴⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ob. cit., p. 249.

⁴¹ GUIMARÃES, Luís Machado. Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo. In *Estudos de direito processual civil*, Rio/São Paulo: Ed. Jurídica Universitária Ltda., 1969, p. 32.

⁴² GUIMARÃES, Luís Machado. Ob. cit., p. 31, nota 67.

⁴³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material. In *Revista de Direito Processual Civil*. Gênese, vol. 34, p. 730-1, 2004.

⁴⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais ...*, cit., p. 251.

possível, sem introduzir à força no sistema um instituto que o legislador não quis consagrar com os amplos contornos traçados por outros ordenamentos [a declaratória incidente - como hoje se diria da ação declaratória de inconstitucionalidade, não admitida, entre nós, em via incidental], chegar a solução que concilie o respeito ao texto com a conveniência de abrir ensejo, quando necessário, à 'decisão' (em sentido próprio) da controvérsia prejudicial, ainda nos casos de interesse 'superveniente'. A parte interessada, preenchendo as condições necessárias, pode ajuizar 'em separado' o pedido de declaração e requerer a junção dos dois processos com fulcro na conexão de causas (...).

Ora, de conexão por prejudicialidade é exatamente o que se trata entre embargos à execução e a execução de sentença, como entre ação declaratória e execução (neste sentido, a exauriente demonstração de Olavo de Oliveira Neto)⁴⁵.

Sob alusão às fases sucessivas da prestação de contas, do pedido genérico e sua liquidação⁴⁶ que, no recente ensaio, toma como indicativos de excepcionalidade legal em que o julgador interfira mais de uma vez na esfera jurídica do jurisdicionado (como visto - porque a lei mesma não queira a solução de uma só vez sobre toda a lide), Barbosa Moreira desenvolve precaução quanto aos temas constitucionais, sobretudo ante a garantia constitucional do *due process*⁴⁷:

Ora, a interferência, quando de outra vez, pode ser sobre *lide diversa*. Cremos que a articulação das garantias não afasta o exame de lide diversa - como tal, a lide conexa por prejudicialidade - nem o direito positivo é falto de regramento, em tal sentido. (Tem o parágrafo único do art. 741, CPC, que, pelo menos por não dispor sobre procedimento, não deve sofrer objeção de inconstitucionalidade. Aliás, repete, praticamente o art. 618, CPC, acrescentando-lhe o *discrímen* constitucional.)

E agora, voltando à matéria constitucional, não haveria processo válido, na falta do devido processo. E, pois, em matéria processual constitucional - com toda a raridade dos casos, mas nem por isso em dicção puramente acadêmica - deduz-se a prejudicial de inconstitucionalidade, articulável *a posteriori*.

Qual o significado da expressão *tida por inconstitucional*, no texto do parágrafo único do art. 741, CPC? A resposta se impõe. E a partir de alternativas. Tida por inconstitucional, do ponto de vista formal ou do ponto de vista material? Tida por inconstitucional, por quem? Pelo Supremo Tribunal? Em ação direta? Em controle difuso? Em diversos ou em um único caso? Ou por qualquer juiz ou tribunal? Ou pelo embargante, mesmo em tese inovadora, em *leading case*?

Impende considerar que, para a hipótese de embargos à execução, a garantia do juízo é indispensável - afastada qualquer suposição de interditalidade, de quebra do devido processo legal nos referidos embargos à execução.

Resta, pois, declinar as razões de nulidade ou de inexistência de processo, alçáveis à estatura constitucional, e as violações constitucionais substanciais, discutíveis em ação a ser levada a efeito contra a situação decorrente da *res iudicata*.

Ousando, por todos os ângulos de raciocínio, sugerimos a perquirida regra de sobredireito: haverá mister *pedido* de aplicação de regra constitucional e *causa de pedir* extraída de

⁴⁵ OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994, p. 90/95.

⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais...*, cit., p. 249.

⁴⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações...*, cit., p. 735.

fundamento de violação constitucional. É, ainda, a mesma e única vez que se terá exercido, sobre a pretensão, a garantia da jurisdição. A sentença, na lide conexa prejudicial, há de fundar-se em comando constitucional - porque, em tal hipótese, não terá havido *devido processo*, falto de ampla defesa.

Teremos, destarte, causa prejudicial, lide nova, não reproduzida na anterior, mas determinante daquela. Reúnam-se, pois, pedido (de inconstitucionalidade) e causa de pedir (constitucional) em binômio constitucionalizado - restará aberta a via excepcional. Não existirá o obstáculo do *uma vez já exercitada* a persecução do bem jurídico.

Retomemos, agora, o critério de *relevância* da "exceção de ilegitimidade constitucional", retirado da lição transcrita de Calamandrei e lhe acrescentemos a junção com o pensamento de Carnelutti, mediante o extraordinário trabalho compatibilizador de Luigi Montesano⁴⁸:

(...) indicando como só da teoria da lide possam deduzir-se resultados, que impeçam de um lado a extensão do julgado à mera solução das várias questões surgidas sobre as relações substanciais, de que participam os sujeitos do processo, de outro lado a negação total, contrária à lei, de qualquer acerto incidental.

De fato, sem pedido, não há coisa julgada. E, com mera contestação, não se justifica a rediscussão *de meritis*. De modo intercalar, a prejudicialidade - para nós, brasileiros, ao menos a constitucional - pressupõe a conexão de lides, *ex vi* do parágrafo único do art. 741, CPC.

Assim, coincidentemente, Cappelletti⁴⁹, em tempo de encontro da chave de volta do critério de *relevância* da prejudicial:

A norma cuja legitimidade constitucional se discute deve ser 'relevante' no processo principal, ou seja, e mais precisamente, deve ser tal que dela 'dependa' no todo ou em parte o juízo na causa principal. Em outras palavras, o *status* de sujeição àquela norma deve ser 'condicionante' respeito ao (juízo sobre a) relação jurídica ou sobre o *status*, substancial ou mesmo somente processual, que se discute no processo principal.

Podemos repetir - agora - a sugestão formulada no ensaio de Barbosa Moreira⁵⁰, de ser a *coisa julgada material situação dotada de eficácia preclusiva*, buscando a seu próprio e saudoso colega de Escola Processual de Copacabana, de quem retira a fundamentação, a compatibilidade da verdadeira exegese do parágrafo único do art. 741, CPC vigente, com os dois institutos processuais: "De maior extensão é a eficácia preclusiva da coisa julgada substancial, que opera não só no mesmo processo como também em 'outros processos' relativos à mesma 'lide ou a outras lides logicamente subordinadas'"⁵¹.

Assim a limitação não se estende a outra lide, *subordinante*.

E que lide é esta?

⁴⁸ MONTESANO, Luigi. In Tema di accertamento incidentale e di limiti del giudicato. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, CEDAM, anno 6, n. 1, p. 345, 1951.

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*. Varese: Univ. Firenze, Fondazione Piero Calamandrei, Multa Paucis, 1972, p. 103.

⁵⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações...*, cit., p. 732.

⁵¹ GUIMARÃES, Luiz Machado. *Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo*, cit., p. 16.

7 Prejudicialidade impeditiva

Seria o caso de o título não se manter, quando - fazendo com que seja tido por inconstitucional o fundamento adotado - haja outros fundamentos constitucionais não apreciados. É o caso do tributo considerado inconstitucional e depois reputado constitucional (tese que afastaria de exame o fundamento de não-ocorrência do fato gerador), exemplo lembrado por Talamini⁵². Note-se que aí se suplanta a discussão da causa de pedir, qualquer que fosse, porque remanesce sobranceiro o interesse, como tal entrevisto carnelutianamente.

Reportamo-nos à lição de Olavo de Oliveira Neto⁵³, que identificaria, aí, modalidade de conexão própria (de lides) e por prejudicialidade impeditiva, entre execução e embargos, ou entre execução e declaratória de nulidade do título: *não é possível a conexão por prejudicialidade determinativa, já que na execução não há decisão de mérito*.

Os velhos casos de sobrevivência da *querela nullitatis insanabilis* pertenceriam à mesma modalidade.

8 Prejudicialidade determinativa

Todavia, é o que cumpre lembrar, a conexão por *prejudicialidade determinativa* é perfeitamente cabível em ação declaratória autônoma - vale dizer, não na via dos embargos à execução, estes restritos à inexigibilidade.

Retiraríamos de Liebman⁵⁴ a alusão “ao grau e [à] eficácia da cognição do juiz em referência à questão prejudicial ora indicada (...) [como concernentes a um] *petitum* de (...) declarar a inexistência do crédito e eliminar, *por conseqüência*, a eficácia executória do título” [destacamos].

Na essência, portanto, a discussão processual constitucional dos sucessos desde a formação do título executivo.

A prejudicialidade determinativa exclui o prosseguimento da execução, pela falta de pressuposto da execução.

9 Vias de discussão da inconstitucionalidade do título executivo judicial

E reencontramos na generalidade dos *pressupostos* de Bülow o cabimento de ambos: 1) embargos à execução; ou 2) ação declaratória de nulidade do título - em conexão própria por prejudicialidade aí se entrevendo *condições do processo executório*. O que pode ser objeto dos embargos (ou da ação de nulidade) é o exame da prejudicial (processual ou substancial) - não examinada quando do julgamento da prejudicada - agora ao argumento da inconstitucionalidade da interpretação adotada. Mais uma vez, repisando seus passos, o processo civil brasileiro é infenso à tese dos julgamentos implícitos.

Lembre-se que Barbosa Moreira⁵⁵ não se inclina a admitir a eliminação da imunidade da *res iudicata* à posterior declaração de inconstitucionalidade, mesmo em ação direta (embora, *de lege*

⁵² TALAMINI, Eduardo. Ob. cit., p. 69.

⁵³ OLIVEIRA NETO, Olavo de. Ob. cit., p. 93 e 95.

⁵⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos*, cit., p. 151.

⁵⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações...*, ob. cit.

ferenda, em atenção à particular gravidade do vício, entenda razoável admitir o ajuizamento da rescisória a qualquer tempo).

Mas pode acontecer - e é o que releva - que a prejudicial, derivada, embora, de antecedente, não tenha sido alegada, e, no entanto subordinante, não esteja atingida pela eficácia preclusiva (e ainda menos pela coisa julgada).

Não se discute, pois, o julgado inconstitucional, pelo só fato do julgamento, posterior ou anterior, de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal em ação direta; também não se discute o julgado inconstitucional, pelo só fato de diversos julgamentos, posteriores ou anteriores, de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal em via difusa; tais casos seriam para rescindibilidade, ou, se antes, para as vias recursais.

A “flexibilização” é comunicação de efeito subordinante (impeditivo ou determinativo) pela prejudicial constitucional. Respeita a coisa julgada, em que atua fora de seus limites. Atinge-lhe não a substância, mas o efeito. Supõe conexão de lides - pena de, equivocadamente, ser utilizada como sucedâneo de recurso ou de ação rescisória (a nenhuma das hipóteses, entretanto, concernente).

Não se exclui mesmo a discussão de inconstitucionalidade do julgado, pelo só argumento, em pretensão de *leading case* (a exemplo, até mesmo, da inconstitucionalidade da súmula vinculante), no âmbito da prejudicialidade determinativa.

Eduardo Talamini⁵⁶, é verdade, repudia “a interpretação literal e isolada da última parte do parágrafo único do art. 741”. É correta a sua preocupação de conter a onda flexibilizante. Mas, a nosso ver, as salvaguardas legais da própria coisa julgada são bastantes.

10 Critério de relevância (transcendência) da matéria

O juízo de relevância a que nos referimos é, simplesmente: há que se raciocinar, em face do parágrafo único do art. 741 do CPC, sobre normas de exigibilidade distintas: a invocada durante a formação da coisa julgada; e a invocável quando da aplicação, da operacionalização, da realização do julgado. Esta, em prejudicial de inconstitucionalidade e *a posteriori*. Ambas sobre fato antecedente à execução (ou efetivação) do julgado. A inconstitucionalidade da primeira estará demonstrada pela sede constitucional e superioridade da segunda.

É por isso que a exemplificação, no casuísmo a que têm sido levados os artigos doutrinários sobre o tema, reúne a aplicabilidade das garantias individuais, substanciais e processuais, possivelmente transcendentais, em demonstrada a conexão, aos limites da lide e das questões decididas. Sob invocação de tais garantias, será, em tese, lícito deduzir pretensão impreclusa - a de desconstituição da coisa julgada que tenha transposto os limites concedidos à própria jurisdição e, de conseguinte, se consiga o controle de constitucionalidade sobre o abuso do poder de julgar.

O problema não é de rescindibilidade, nos embargos à execução (e na declaratória autônoma) de inexigibilidade do título sentencial, mas de exercício de outra pretensão, com seus próprios prazos - não havendo quer a coisa julgada, quer a eficácia preclusiva sobre a prejudicial (própria, subordinante) constitucional.

⁵⁶ TALAMINI, Eduardo. Ob. cit., p. 57.

O novo julgamento não pode, a nenhum título, ser *rescissorium*, mas de lide diversa.

O sistema de direito processual civil brasileiro inclui, não inutilmente, a decisão, uma única vez (art. 471, CPC), da *lide proposta* (art. 128, CPC).

Caberá a advogados e julgadores o exame da identidade ou da diversidade de lides. *Lide diversa*, esta deverá ter a seu favor a garantia constitucional da jurisdição. E este nos parece o problema a que se reduz a chamada flexibilização ou relativização - terminologias indireta e inadequadamente aplicadas à *lide diversa*, conexas por prejudicialidade, a exemplo dos embargos relativamente à execução.

A razão - que é de interesse público - é hábil a obstar o prosseguimento da execução.

Seja o particular, seja a pessoa de direito público, a garantia do devido processo legal - diretamente vinculada ao perdimento de bens - interessa à execução. Embora não se possa rediscutir a lide, pode existir lide conexa por prejudicialidade não julgada. É o que dita a regra do parágrafo único do art. 741, CPC - cujo sistema constitucional precisa ser revelado.

Os meios derivam do fim constitucional a ser alcançado e são implicitamente postos pela Constituição. É o que ensina Carlos Maximiliano⁵⁷ e o que deve ser revelado pela doutrina - no que incluímos mais uma tentativa, entre tantas.

11 Referências bibliográficas

- ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977.
- BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964.
- CALAMANDREI, Piero. Vizi della sentenza e mezzi di gravame. In *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, v. VIII, 1968.
- _____. Corte Costituzionale e autorità giudiziaria. In *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, v. VIII, 1968.
- CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites objetivos da coisa julgada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro. *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*. Univaresse. Firenze, Fondazione Piero Calamandrei, Multa Paucis, 1972.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1936, v. I.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. In *Saggi di diritto procesuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, v. III.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental*. São Paulo: Ed. USP, 1972.
- GUIMARÃES, Luís Machado. Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo. In *Estudos de direito processual civil*. Rio/São Paulo: Ed. Jurídica Universitária Ltda., 1969.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

⁵⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 312.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. IV e V.

MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1963.

MONTESANO, Luigi. Tema di accertamento incidentale e di limiti del giudicato. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova: CEDAM, anno 6, n° 1, 1951.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões prejudiciais e coisa julgada. In *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara*, vol. XLI, 1967.

_____. Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material. In *Revista de Direito Processual*, Curitiba: Gênese, vol. 34, 2004.

OLIVEIRA NETO, Olavo. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. Tomo I, v. VIII.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1979.

TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade. In *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 106, 2002.

THEODORO JR., Humberto. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

-:-:-

Sumário: 1 Introdução. 2 Desconsideração da personalidade jurídica e o direito ao contraditório. 3 Alguns casos concretos julgados pelos nossos tribunais. 4 Interesse e legitimidade para recorrer. 5 Interesse de recorrer em casos de desconsideração da personalidade jurídica. 6 Soluções e precauções que podem ser tomadas. 7 Conclusão.

1 Introdução

A chamada teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que, por estar positivada no Código de Defesa do Consumidor - CDC¹ e no Código Civil de 2002 - CC/2002², nem mais deveria ser denominada de teoria, ainda traz muita polêmica a nós operadores do Direito. E vejam que se trata de instituto que está entre nós há décadas, sendo Rubens Requião o precursor da teoria no Brasil.

Assim, o presente trabalho tem por escopo analisar qual seria a parte legítima e interessada a interpor recurso contra a decisão que determina a desconsideração da personalidade jurídica.

2 Desconsideração da personalidade jurídica e o direito ao contraditório

Como já assinalado no item anterior, busca-se, com o presente trabalho, discutir a questão da legitimidade e do interesse de recorrer contra a decisão que desconsidera a personalidade jurídica de uma sociedade. Porém, para isso, faz-se mister analisar, perfunctoriamente, o presente instituto, para, ao final, poder concluir o problema levantado, qual seja, o da recorribilidade da decisão que desconstitui a personalidade jurídica.

A pessoa jurídica existe para possibilitar a reunião de esforços e recursos destinados à realização de atividades produtivas, impossíveis pelos meios isolados de um só homem. E, primordialmente, tem a função limitadora dos riscos empresariais. Em outras palavras, não há que se confundir a pessoa natural dos sócios com a pessoa jurídica da qual fazem parte. São pessoas distintas e com responsabilidades próprias.

Reiterando, é sabido que a pessoa jurídica foi criada para satisfazer legítimas necessidades humanas, mas, pouco a pouco, foi sendo desviada de sua finalidade, possibilitando que, por detrás de sua estrutura, se escondessem pessoas para fins abusivos e fraudulentos. Esses indivíduos se escondem debaixo do *véu da pessoa jurídica*, procurando isentar-se de responsabilidades pessoais que, na verdade, são de seu direto interesse, e não da entidade coletiva.

* Advogado em Belo Horizonte. Pós-graduado em Direito Processual Civil. Professor de Direito Processual Civil na Faculdade Arnaldo Janssen e de Direito Civil na UNIFENAS/BH. Professor da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG. Diretor do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

¹ Art. 28: "O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração".

² Art. 50: "Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

Com efeito, esse reiterado mau uso da pessoa jurídica fez surgir a idéia de que ela estaria passando por uma verdadeira *crise*. E quem bem discorreu sobre o tema foi J. Lamartine Corrêa de Oliveira, na sua clássica obra intitulada *A dupla crise da pessoa jurídica*. Na sua opinião, seria possível identificar duas crises: a do *sistema* e a da *função*. A que nos interessa no caso em comento é a *crise da função*, ou seja, verifica-se quando os tipos legais de pessoa jurídica vão sendo utilizados para funções não previstas pelo legislador em contraste com os valores reitores da ordem jurídica. Em outras palavras, decorre do fato de a pessoa jurídica ter-se distanciado de sua finalidade original, dando margem para sua utilização para fins unicamente inescrupulosos.

Com efeito, foi em decorrência dessa reiterada prática que surgiu, no direito estrangeiro, a doutrina do *disregard of legal entity* ou do *lifting the corporate veil*. Entre nós foi rotulada de *teoria da desconsideração da personalidade jurídica* ou o *levantamento do véu da personalidade jurídica*, tendo em Rubens Requião seu corifeu.

Assim,

constatado o fato de que a personalidade jurídica das sociedades servia a pessoas inescrupulosas que praticassem em benefício próprio abuso de direito ou atos fraudulentos por intermédio das pessoas jurídicas, que revestiam as sociedades, os tribunais começaram então a desconhecer a pessoa jurídica para responsabilizar os praticantes de tais atos.³

Como já assinalado no item anterior, esse instituto tratava-se de mera *teoria*. Porém, em 1990, com advento do CDC, passou a incorporar, de vez, o nosso direito positivo.⁴ Após essa inovação do CDC, outros textos legais passaram a fazer o mesmo, como, v.g., a Lei do CADE,⁵ a Lei de Crimes Ambientais⁶ e o CC/2002.⁷ A Lei 8.620/93, que altera dispositivos de leis de natureza previdenciária, fala em responsabilidade pessoal dos sócios, mas não em desconsideração da personalidade jurídica.⁸

Como bem doutrinou o mestre Rubens Requião:

Em qualquer caso, todavia, focalizamos essa doutrina com o propósito de demonstrar que a personalidade jurídica não constitui um direito absoluto, mas está sujeita e contida pela *teoria da fraude contra credores* e pela *teoria do abuso de direito*.⁹

Dessa forma, vê-se que sempre que a sociedade, seja ela empresária ou não empresária, servir de subterfúgio para a prática de atos emanados de fraude ou ilicitude, pode o julgador, apenas naquele caso específico, desconsiderar a sua personalidade jurídica, tornando-a ineficaz, momentaneamente, e, conseqüentemente, possibilitando que o credor possa buscar a satisfação

³ MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 215-216.

⁴ Vide art. 28 do CDC, Lei 8.078/90.

⁵ Art. 18 da Lei 8.884/94: "A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração".

⁶ Art. 4º da Lei 9.605/98: "Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente".

⁷ Vide art. 50 do CC/2002, Lei 10.406/02.

⁸ Art. 13: "O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social. Parágrafo único. Os acionistas controladores, os administradores, os gerentes e os diretores respondem solidariamente e subsidiariamente, com seus bens pessoais, quanto ao inadimplemento das obrigações para com a Seguridade Social, por dolo ou culpa". Como se pôde observar, não se trata de desconsideração da personalidade jurídica a hipótese em comento, mas, sim, de responsabilidade pessoal da pessoa natural. Todavia, na prática, o resultado será o mesmo, pois os bens da pessoa natural serão atingidos da mesma forma.

⁹ *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 351 .

de seu crédito nos bens particulares dos sócios. O escopo da desconsideração da personalidade jurídica, portanto, é alcançar aquele que se utilizou indevidamente da pessoa jurídica.

Importante frisar que, com a desconsideração da personalidade jurídica, não se está declarando nula a existência da pessoa jurídica, muito pelo contrário, mas, única e tão-somente, tornando-a ineficaz para aquele caso concreto, haja vista a ocorrência de fraude ou ato ilícito.¹⁰

Outro ponto que merece igual destaque é o de que *a desconsideração da personalidade jurídica só terá lugar ante a insuficiência de bens da pessoa jurídica*. Desse modo, se num determinado processo de execução, seja por título judicial ou extrajudicial, ainda existem bens passíveis de ser penhorados, não há que se falar na adoção dessa medida. Faz-se necessário advertir, também, que, havendo outros meios cabíveis para se buscar bens da pessoa jurídica, tais como a fraude à execução e a fraude contra credores, não se poderá desconsiderar a personalidade jurídica. Pois, como já assinalado, trata-se de medida excepcional no Direito, que tem como regra a separação de responsabilidade e de patrimônio da pessoa jurídica em relação aos sócios, na qualidade de pessoas naturais.

Interessante observar que existem alguns julgados defendendo a impossibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica no processo de execução, uma vez que os sócios não integraram a lide no processo de cognição.¹¹ *Data venia*, sem razão esse ponto de vista. *A uma*, porque parte do pressuposto de que toda execução precede de processo de conhecimento, o que não procede, uma vez que existe execução lastreada em título executivo extrajudicial. *A duas*, porque é na fase de execução que se tem conhecimento da solvência da pessoa jurídica, sendo este o momento próprio para a formulação de tal pedido. E, *a três*, exigir um processo de cognição completo, para então poder executar os bens particulares dos sócios, inviabilizaria a sistemática do processo de execução. Ora, “a situação mais habitual de desconsideração da personalidade jurídica é, indubitavelmente, a execução de título extrajudicial ou de título judicial, destacada essa”.¹² Entretanto, entendendo haver a necessidade de instauração de prévio processo de conhecimento, consulte-se a obra de Ana Carolina Santos Ceolin, para quem, “somente depois da sentença condenatória, estará o credor habilitado a propor execução contra os sócios, mas apenas contra aqueles que foram parte no processo de cognição”.¹³

Com efeito, uma vez que a desconsideração da personalidade jurídica repercutirá, diretamente, no patrimônio de pessoas estranhas à lide (terceiros), é imprescindível sejam elas citadas da decisão, sob pena de nulidade. Sem a citação, não se forma a relação processual. Ademais, mesmo sendo ela devidamente formada, deve-se conceder aos sócios, cujo patrimônio está na iminência de ser atacado, a oportunidade de se defenderem.

Aliás, somos adeptos da opinião de que, antes mesmo de o magistrado deferir o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, deve-se dar a oportunidade aos sócios de apresentar defesa.¹⁴

¹⁰ O abuso de direito é ato ilícito, nos termos do art. 187 do CC/2002.

¹¹ “O pedido de desconsideração da personalidade jurídica deve ser trazido pelo autor na peça vestibular do processo de conhecimento. Impossibilidade de acatar o pedido de desconsideração de personalidade jurídica, sob pena de violar os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, uma vez que o sócio-gerente não foi citado em nome próprio e sua responsabilidade não ficou demonstrada na fase inicial do processo de cognição” (TRF 2ª R., 3ª T., AI nº 1999.02.01.032981-2/RJ, Rel. Juiz Frederico Gueiros, DJU de 13.11.2002, p. 320). *No mesmo sentido*: “Com essas considerações, dou provimento ao agravo para reformar a decisão agravada e indefiro o pedido incidental no processo de execução de desconsideração de personalidade jurídica, porque impróprio o procedimento” (TAMG, 8ª C., AI nº 446.480-2, Rel. Juiz Sebastião Pereira de Souza, j. em 02.04.2004).

¹² MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: direito societário*. São Paulo: Atlas, 2004, v. 2, p. 273.

¹³ *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 70.

¹⁴ Vide art. 3º do Projeto de Lei 2.426/2003.

O *princípio do contraditório*, assim como o *princípio do devido processo legal* estão constitucionalmente assegurados no art. 5º, LIV e LV, da CR/88. Destarte, para que os sócios respondam pelas dívidas da pessoa jurídica, com seus bens particulares, faz-se mister que eles tenham a chance de se defender, inclusive produzindo provas, respeitando-se, assim, os princípios supracitados.

Como muito bem coloca Nelson Nery Junior, “todos aqueles que tiverem alguma pretensão de direito material a ser deduzida no processo têm direito de invocar o princípio do contraditório em seu favor”.¹⁵ E acrescenta que “por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis”.¹⁶

Trata-se de incidente processual no qual deve o juiz imprimir a maior celeridade possível. Com isso, não acreditamos que haverá violação de nenhuma regra ou princípio processual, muito pelo contrário, pois possibilitará que o credor possa obter, de forma mais rápida, a tutela jurisdicional. Com a Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da CR/88, fica mais evidente ainda essa regra, porquanto elevou a efetividade do processo a nível constitucional.

E é nesse sentido que a jurisprudência se vem posicionando.¹⁷ Entretanto, ainda existem decisões judiciais que simplesmente atropelam o direito ao contraditório e à ampla defesa, infelizmente.

Além disso, *é muito importante que o juiz, na decisão em que levantar o véu da pessoa jurídica indique, exatamente, quais são os sócios da sociedade que responderão com seus bens particulares.*¹⁸ E isso por razão muito óbvia. Pois, se essa medida só é cabível em casos, devidamente comprovados, de fraude ou ato ilícito, somente aquele que praticou o referido ato pode ser penalizado. Imaginem, por exemplo, uma sociedade limitada com quatro sócios. Dentre eles, apenas um é o sócio-gerente, sendo ele o agente causador do ilícito gerador de danos a terceiros. É claro que apenas ele poderá ser penalizado, uma vez que apenas o causador do ilícito tem legitimidade para responder por ele. Ademais, uma pessoa só pode responder por atos de outra quando houver expressa previsão legal, como ocorre, por exemplo, no disposto no art. 932 do CC/2002.

Último enfoque ao qual não poderíamos nos furtar de tecer comentários a respeito é com relação à possibilidade ou não de o juiz aplicar a doutrina da desconsideração *ex officio*. Nesse ponto, filiamo-nos à tese de Ana Carolina Santos Ceolin, que, ao se referir especificamente sobre isso, garante que ela “não pode ser aplicada de ofício pelo magistrado, nem mesmo às relações consumeristas, dada a ausência de autorização legal”.¹⁹ E, completando essa sistemática, Gladston Mamede escreve que “é medida que não pode ser deferida de ofício pelo magistrado, excetuando-se os casos em que decorra diretamente de nulidade, hipótese em que a atuação *ex officio* lhe é franqueada pelo art. 168, parágrafo único, do Código Civil”.²⁰

¹⁵ *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 136.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 137.

¹⁷ “Estando demonstrado nos autos a existência de dívidas da empresa, bem como a dissolução irregular de suas atividades e a ausência de bens passíveis de penhora, admite-se a desconsideração da pessoa jurídica, com citação do sócio e constrição judicial de seus bens particulares” (TJRS, 5ª C., AI nº 70002452548, Rel. Des. Sérgio Pilla da Silva, j. em 10.05.2001).

¹⁸ Vide arts. 2º, parágrafo único, e 6º do Projeto de Lei 2.426/2003.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 168.

²⁰ *Op. cit.*, p. 270.

Portanto, uma vez esclarecido o que é o instituto, bem como a necessidade de se observar o devido processo legal, passemos a analisar alguns casos concretos de sua aplicação, bem como o interesse de recorrer dessa decisão.

3 Alguns casos concretos julgados pelos nossos tribunais

Como neste trabalho a nossa intenção não é a de analisar e discutir a fundo o instituto da desconconsideração da personalidade jurídica, neste tópico, traremos à colação julgados de casos concretos envolvendo desconconsideração da personalidade jurídica, e, também, de responsabilidade direta e pessoal dos sócios, que, como poderá ser visualizado, tem sido debatido em diferentes conjunturas materiais e processuais, em processos de diversas naturezas, como, *v.g.*, nos casos de:

- a) constituição de nova empresa, no mesmo local, com os mesmos sócios e atividade social;²¹
- b) os fatos devem estar cabalmente demonstrados, não se admitindo presunções;²²⁻²³
- c) excesso de mandato;²⁴
- d) empresa não encontrada no local indicado;²⁵
- e) dissolução irregular da sociedade;²⁶
- f) citação dos sócios;²⁷

²¹ “Comprovada a constituição de nova empresa, no mesmo local, com os mesmos sócios e atividade social, caracteriza uma tentativa de descumprimento das obrigações assumidas” (TJPE, 2ª C., AI nº 0075596-2, Rel. Des. Jovaldo Nunes Gomes, Rel. convocado Juiz Sílvio Beltrão, j. em 20.12.2002, *DOE* de 06.09.2003).

²² “A extinção irregular da sociedade, a fraude e o abuso de direito que autorizam a adoção da teoria devem restar cabalmente demonstrados, não se admitindo meros indícios ou presunções” (TAMG, AI nº 441.039-5, 7ª C., Rel. Juiz José Flávio de Almeida, j. em 17.03.2004). *No mesmo sentido*: “Aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica somente é possível se ficar demonstrado ocorrência de fraude ou abuso de poder, que não se presumem pelo mero fato econômico da insolvência” (2º TACivSP, 12ª C., AI nº 721636-00/7, Rel. Ribeiro da Silva, j. em 13.12.2001).

²³ Ler os comentários no item 6 acerca da possibilidade de aceitar-se a presunção como meio cabível para comprovação do abuso da personalidade jurídica.

²⁴ “Se o sócio-gerente atua com violação do contrato ou da lei, ou com excesso de mandato, ou ainda, se a sociedade se apresenta de forma irregular, desaparecendo sem deixar bens e sem as providências legais cabíveis, os sócios respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei (Decreto nº 3.708, de 10.1.1919, artigo 10)” (TAPR, 4ª C., AI nº 0154290-7, Ac. 13744, Rel. Juiz Clayton Camargo, j. em 28.03.2001, *DJ* de 06.04.2001).

²⁵ “O simples fato de não haver sido a empresa encontrada no local indicado para a citação, sem que ao menos se demonstrasse a tentativa de o fazer na pessoa de seus sócios, não justifica a desconconsideração da personalidade jurídica, que é medida excepcional, que deve ser cercada das cautelas necessárias” (TJRJ, 13ª C., AI nº 2003.002.16986, Rel. Des. José de Samuel Marques, j. em 19.11.2003).

²⁶ “Agravo - Execução de sentença - Inexistência de bens da executada passíveis de penhora - Dissolução irregular da sociedade - Teoria da desconconsideração da personalidade jurídica - Aplicação. - A teoria da desconconsideração da personalidade jurídica consiste num afastamento momentâneo da personalidade jurídica da sociedade, para destacar ou alcançar diretamente a pessoa do sócio, devendo ser aplicada quando se constata que a pessoa jurídica está a encobrir interesses ilícitos de seus sócios, em prejuízo ao direito creditício de terceiro” (TAMG, 3ª C., AI nº 414.004-5, Rel. Juiz Edílson Fernandes, j. em 20.08.2003). *No mesmo sentido*: “Possível, na espécie, que se aplique a *disregard doctrine*, posto que a empresa executada não mais atuando no ramo de suas atividades, ainda que não arquivado qualquer distrato na junta comercial, inexistindo bens livres e desembaraçados em seu nome, havendo débito de valor considerável em sede da demanda executiva” (TJRS, 13ª C., AI nº 70002583623, Rel.ª Des.ª Laís Rogéria Alves Barbosa, j. em 20.02.2003).

²⁷ “Estando demonstrado nos autos a existência de dívidas da empresa, bem como a dissolução irregular de suas atividades e a ausência de bens passíveis de penhora, admite-se a desconconsideração da pessoa jurídica, com citação do sócio e constrição judicial de seus bens particulares” (TJRS, 5ª C., AI nº 70002452548, Rel. Des. Sérgio Pilla da Silva, j. em 10.05.2001).

g) obrigações trabalhistas;^{28,29}

h) obrigações tributárias;^{30,31}

i) grupo de sociedades;³²

²⁸ “Em sede de Direito do Trabalho, em que os créditos trabalhistas não podem ficar a descoberto, vem-se abrindo uma exceção ao princípio da responsabilidade limitada do sócio, ao se aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard of legal entity*) para que o empregado possa, verificada a insuficiência do patrimônio societário, sujeitar à execução os bens dos sócios individualmente considerados, porém solidária e ilimitadamente, até o pagamento integral dos créditos dos empregados” (TST, 3ª T., RR nº 572.516, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJU em 09.11.2001, p. 800). *Em sentido contrário*: “Desconsideração da personalidade jurídica. - Só é legítima a desconsideração da personalidade jurídica, para penhorar-se bem de sócio, se há desvio à finalidade na sociedade constituída ou se o comportamento do devedor se destina a fraudar credor, e, afora tais hipóteses, salvo se o legislador, através de norma própria, sujeita à interpretação restritiva e específica, ampliar o campo de incidência do instituto retromencionado” (TRT, 5ª R., SEDI, MS nº 80.04.00.0765-73- AC 6063/01, Rel. Juiz Waldomiro Pereira, j. em 12.03.2001).

²⁹ No direito do trabalho, sem sombra de dúvidas, é onde são cometidos os maiores abusos em se tratando dessa matéria. “Se nos tribunais de direito comum, os magistrados, vez por outra, ainda se lembram de que a insuficiência de patrimônio, por si só, não significa fraude nem abuso, no Direito trabalhista, a ausência de bens é o único critério considerado” (CEOLIN, Ana Carolina Santos. *Op. cit.*, p. 92).

³⁰ “Nos termos do que dispõe a lei tributária nacional, há que ser observado o princípio da responsabilidade subjetiva, não prevalecendo a simples presunção quanto ao descumprimento, pelo sócio, de suas obrigações sociais. Não tendo ficado provado que o sócio exercia a gerência da sociedade, impossível imputar-lhe a prática de atos abusivos, com excesso de mandato ou violação da lei ou do contrato. Divergência jurisprudencial não comprovada, por isso que os paradigmas colacionados apreciaram hipótese diversa da que tratam os autos, descumprindo as determinações regimentais que regulam o tema” (STJ, 2ª T., REsp nº 109.163/PR, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 06.05.99, RSTJ, 124/214). *No mesmo sentido*: “Os sócios diretores, gerentes ou representantes de empresa por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente pela obrigação tributária, nos termos do art. 135, III, do CTN, quando há dissolução irregular da sociedade ou, segundo a doutrina e a jurisprudência, se comprovada a prática de atos com excesso de poder, infração de lei do contrato social ou estatutos. É a aplicação da *disregard doctrine*, também conhecida como teoria da *disregard of legal entity* ou, em bom vernáculo, teoria da desconsideração da pessoa jurídica, pela qual, visando coibir um possível abuso de direito, entravador e prejudicial à atividade do Estado, o sócio de empresa dissolvida irregularmente em nome da qual não são encontrados mais bens passíveis de garantir a satisfação de seus débitos tributários, ou o que comprovadamente praticou algum daqueles atos mencionados, passa a ser equiparado à própria pessoa jurídica que representa, podendo, sem necessidade de expedição de nova CDA, ser citado e ter seu patrimônio sujeito ao gravame garantidor do implemento da referida obrigação” (TJSC, 5ª C., Al nº 01.005934-7, Rel. Des. Gaspar Rubik, j. em 13.09.2001).

³¹ Não se trata, *in casu*, de desconsideração da personalidade jurídica. O sócio responde, sim, por dívidas tributárias, mas é porque há expressa previsão legal, qual seja, o art. 135 do Código Tributário Nacional. Todavia, na prática, o resultado será o mesmo, pois os bens da pessoa natural serão atingidos da mesma forma.

³² “Processo civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Falência. Grupo de sociedades. Estrutura meramente formal. Administração sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. Desconsideração da personalidade jurídica da falida. Extensão do decreto falencial a outra sociedade do grupo. Possibilidade. Terceiros alcançados pelos efeitos da falência. Legitimidade recursal. - 1. Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo. - 2. Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores. - 3. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o juiz, incidentalmente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. - 4. Os terceiros alcançados pela desconsideração da personalidade jurídica da falida estão legitimados a interpor, perante o próprio juízo falimentar, os recursos tidos por cabíveis, visando à defesa de seus direitos” (STJ, 3ª T., RMS nº 12.872/SP, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. em 24.06.2002, DJU de 16.12.2002, p. 306). *No mesmo sentido*: “O síndico da massa falida, respaldado pela Lei de Falências e pela Lei nº 6.024/74, pode pedir ao juiz, com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que estenda os efeitos da falência às sociedades do mesmo grupo, sempre que houver evidências de sua utilização com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros. A providência prescinde de ação autônoma. Verificados os pressupostos e afastada a personificação societária, os terceiros alcançados poderão interpor, perante o juízo falimentar, todos os recursos cabíveis na defesa de seus direitos e interesses” (STJ, 3ª T., REsp nº 228.357/SP, Rel. Min. Castro Filho, j. em 09.12.2003, DJU em 02.02.2004, p. 332).

- j) confusão patrimonial;³³
- k) transferência de bens do sócio para a sociedade;³⁴
- l) desvio de finalidade;³⁵
- m) alterações no contrato social;³⁶
- n) má administração;^{37,38}
- o) fraude;³⁹
- p) obrigação de prestar alimentos.^{40,41}

³³ “Caracterizada a confusão patrimonial entre sociedades formalmente distintas, é legítima a desconconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades envolvidas. Impedir a desconconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores. A aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o juiz, incidentalmente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. Os terceiros alcançados pela desconconsideração da personalidade jurídica da falida estão legitimados a interpor, perante o próprio juízo falimentar, os recursos tidos por cabíveis, visando à defesa de seus direitos” (STJ, 3ª T., RMS nº 16.105/GO, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. em 19.08.2003, DJU de 22.09.2003, p.314).

³⁴ “Fraude à execução. Sociedade. Transferência de bens de sócio à sociedade da qual participa. Caracterização. Transferência de bens de sócio, executado, para empresa de que faz parte. Teoria da despersonalização de pessoa jurídica. Aceitação pela jurisprudência. Improcedência dos embargos de terceiro” (JTA, 109/2.265).

³⁵ “Execução contra sociedade limitada. Nota promissória. Penhora de bens particulares de sócio. Desconconsideração da personalidade jurídica. Artigo 10 do Decreto nº 3.708/19. Dívida contraída com desvio de finalidade. Abuso de direito caracterizado. - O artigo 10 do Decreto nº 3.708/19 dispõe que os sócios-gerentes das sociedades por quota de responsabilidade limitada respondem solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei. No caso, trata-se de nota promissória que, embora firmada pela sociedade, tem por natureza empréstimo contraído pelo sócio-gerente, como confessado na inicial dos embargos. Destarte, configurado o abuso de direito, resta caracterizado o desvio de finalidade, uma vez que a dívida representada pelo título não foi contraída em benefício da sociedade, mas sim no interesse do sócio-gerente, como pessoa física e distinta da pessoa jurídica” (TJSC, 1ª C. de Direito Comercial, Ap. nº 2000.007921-9, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 06.11.2003, DJ de 21.11.003).

³⁶ “O acórdão impugnado, examinando as circunstâncias dos autos, decidiu que as alterações contratuais realizadas inviabilizam a execução, caracterizando fraude. Afirmou, ademais, que não há notícia da existência de bens de propriedade da devedora, para fins de penhora. Nesse passo, o recurso especial encontra óbice no Enunciado nº 7 da Súmula/STJ. Comprovada a existência de fraude de execução, mostra-se possível a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica para assegurar a eficácia do processo de execução” (STJ, 4ª T., REsp nº 476.713/DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 20.03.2003, DJU de 1º.03.2004, p. 186).

³⁷ “Desde que a sociedade se dissolveu irregularmente, ainda que integralizadas as cotas do capital social, pode ser desconconsiderada a personalidade jurídica da empresa a fim de atingir bens pessoais dos sócios, porque neste caso se presume a má administração e a intenção de não honrar os compromissos, pelo ato ilícito consubstanciado no encerramento irregular das atividades da empresa” (TAMG, 7ª C., Ap. nº 326.432-8, Rel. Juiz Geraldo Augusto, j. em 29.03.2001).

³⁸ Este requisito, previsto no art. 28 do CDC, deve ser interpretado e aplicado com extrema cautela. Isso porque a responsabilidade limitada, típica das sociedades por quotas de responsabilidade limitada e das sociedades por ações, é a essência de tudo. É com base nela que o cidadão empreendedor tem a coragem de abrir um negócio próprio, pois sabe que, em caso de má gestão, só responderá até os limites do capital social. Acharmos muito perigosa a inserção de tal requisito no direito positivo, devendo a doutrina e a jurisprudência temperá-lo, sob pena de se cometer injustiças no caso concreto.

³⁹ “Está correta a desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade anônima falida quando utilizada por sócios controladores, diretores e ex-diretores para fraudar credores. Nesse caso, o juiz falimentar pode determinar medida cautelar de indisponibilidade de bens daquelas pessoas, de ofício, na própria sentença declaratória de falência, presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e os do *periculum in mora*” (STJ, 3ª T., REsp nº 370.068/GO, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. em 16.12.2003, DJU de 14.03.2005, p. 318).

É claro que poderíamos citar ainda outros arestos sobre o tema. No entanto, como já ressaltado, além de este não ser o principal ponto do presente estudo, vê-se que esses são os mais comuns na praxe forense.

Curioso observar ainda que muitos desses conceitos são muito parecidos. O abuso de direito é ato ilícito; a fraude é ato ilícito; a dissolução irregular é ato ilícito; e assim por diante.

4 Interesse e legitimidade para recorrer

Assim como é necessário ter interesse para propor uma ação, o mesmo ocorre com o recurso, ou seja, para se interpor um recurso, faz-se mister tenha o recorrente interesse. Por interesse, entenda como sendo o velho *binômio*: *necessidade + utilidade*.⁴²

Nesse sentido, como bem observou o mestre Humberto Theodoro Júnior, “também para recorrer se exige a condição do interesse, tal como se dá com a propositura da ação. O que justifica o recurso é o prejuízo, ou gravame, que a parte sofreu com a sentença”.⁴³

Importante fazer, aqui, distinção entre *legitimidade* e *interesse* para recorrer.⁴⁴

Com relação à *legitimidade*, José Carlos Barbosa Moreira assevera que:

assim como a legitimação para agir é condição do exercício regular do direito de ação, e portanto da possibilidade de julgar-se o mérito da causa, analogamente a legitimação para recorrer é requisito de admissibilidade do recurso, que precisa estar satisfeito para que o órgão *ad quem* dele conheça, isto é, o julgue no mérito.⁴⁵

Assim, são legitimados para recorrer: as partes do processo, o Ministério Público e o terceiro prejudicado, conforme a redação do art. 499 do CPC. Ou seja, é o *titular do interesse* que pode recorrer. Imprescindível registrar que, “quando o mérito do recurso for a própria legitimidade para a causa, não se pode inadmitir sob o fundamento da falta de legitimidade”.⁴⁶

⁴⁰ “Embargos de terceiros. Execução de alimentos. - Descabe esquivar-se o devedor na personalidade jurídica da sociedade comercial, em que está investido todo o seu patrimônio, para esquivar-se do pagamento da dívida alimentar. Impõe-se a adoção da *disregard doctrine*, admitindo-se a constrição de bens titulados em nome da pessoa jurídica para satisfazer o débito” (TJRS, 7ª C., Ap. nº 598082162, Rel.ª Des.ª Maria Berenice Dias, j. em 24.06.1998).

⁴¹ Nessas questões envolvendo o *Direito de Família*, é muito comum falar-se em *desconsideração invertida* ou *desconsideração ao inverso*. Isso porque, normalmente, a pessoa natural faz mau uso da pessoa jurídica, respondendo, então, com seu patrimônio particular. Ocorre que, em certos casos, seja para fugir de obrigação alimentar ou fraudar a meação do cônjuge em ação de separação, a pessoa natural transfere seus bens, fraudulentamente, para a pessoa jurídica da qual é sócio. Daí falar-se em *desconsideração inversa*, pois a dívida/obrigação, *in casu*, é da pessoa natural, mas, como ele usou a pessoa jurídica para abrigar bens que não são realmente seus, ou para diminuir o seu patrimônio para fraudar credores, seria cabível, portanto, essa medida. *O instituto da fraude contra credores, a nosso ver, seria o meio próprio para atacar essa fraude*. Para maior aprofundamento no tema, consulte duas obras de ROLF MADALENO: a) o livro *A disregard e sua efetivação no Juízo de Família*, publicado pela Livraria do Advogado; b) o artigo *A disregard nos alimentos*, disponível no seu site, cujo endereço é <http://www.rolfmadaleno.com.br>.

⁴² “Cumprida a decisão judicial de complementar a indenização expropriatória, devidamente atualizada e com a anuência dos autores requerentes da providência interventiva, configura-se a ausência de interesse processual de recorrer em face da ausência de *necessidade* e de *utilidade do recurso*” (STJ, 2ª T., REsp nº 261.781/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 20.11.2003, DJU de 09.02.2004, p. 145).

⁴³ *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, nº 528, v. I, p. 514.

⁴⁴ “- I. A legitimidade para recorrer integra os requisitos à admissibilidade do recurso, da mesma forma que a legitimação para agir é condição para o exercício do direito de ação. No direito brasileiro, o art. 499, CPC, elege como legítimos a ‘parte vencida’, o ‘terceiro prejudicado’ e o Ministério Público. - II. A *legitimidade* para recorrer vincula-se ao prejuízo decorrente da decisão, sofrido pela parte ou pelo terceiro. - III. O *interesse* em recorrer traduz-se na utilidade da providência judicial pleiteada, somada à necessidade da via escolhida, que se evidenciam em relação ao ex-sócio que, citado como representante legal da ré, argúi a nulidade da citação e é condenado a devolver o bem objeto de busca e apreensão, sob pena de prisão” (STJ, 4ª T., REsp nº 164.048/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 05.10.2000, LEXSTJ, 140/144).

⁴⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, nº 161, v. V, p. 287.

Já o interesse de recorrer

resulta da conjugação de dois fatores: de um lado, é preciso que o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda situação *mais vantajosa*, do ponto de vista *prático*, do que a emergente da decisão recorrida; de outro lado, que lhe seja necessário usar o recurso para alcançar tal vantagem.⁴⁷

Pode-se dizer, então, que a parte é vencida quando a decisão lhe for desfavorável. A decisão deve, portanto, repercutir no seu direito material propriamente dito, pois, do contrário, não há que se falar em parte sucumbente.

Aliás, outro não é o entendimento da jurisprudência.⁴⁸

Portanto, concluindo este ponto com as sábias palavras de J. E. Carreira Alvim:

além da legitimação, deve o recorrente ter *interesse* em recorrer e este interesse existe em favor da parte sucumbente, ou seja, aquele a quem a sentença trouxe um prejuízo e à qual a lei reconhece um justificado motivo para pedir a remoção dele. Tem interesse em recorrer quem tenha interesse jurídico na reforma da decisão.⁴⁹

Resumindo, em se tratando de *legitimidade*, a pergunta que se deve ser feita é: *quem* pode recorrer? Por outro lado, em sendo caso de *interesse*, a pergunta a ser feita será: *quando* se pode recorrer?

5 Interesse de recorrer em casos de desconsideração da personalidade jurídica

A decisão que defere ou indefere o pedido de desconsideração da personalidade jurídica tem natureza interlocutória, logo desafia recurso de agravo. É claro que a modalidade retida não poderá ser admitida, uma vez que no processo de execução não existe sentença propriamente dita,⁵⁰ razão pela qual devem os sócios, no momento oportuno, interpor agravo de instrumento contra a decisão que desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade.

Bem, conforme visto no item anterior, um dos requisitos de todo e qualquer recurso é o interesse de recorrer. Com base nisso, passemos a analisar o interesse de recorrer da decisão que defere o pedido de desconsideração da personalidade jurídica.

Primeiramente, cumpre observar qual é a conseqüência de decisão dessa natureza. Assim, desconsiderar a personalidade jurídica significa a possibilidade de atacar o patrimônio particular dos sócios. Só isso e nada mais. Não existe, destarte, prejuízo algum para a pessoa jurídica.

Portanto, tendo em vista a inexistência de prejuízo para a sociedade, não poderia ela recorrer de tal decisão, por ausência clara e evidente de interesse de recorrer. Ao admitir-se o recurso da pessoa jurídica, e não dos sócios atingidos pela desconsideração da personalidade jurídica, estão-

⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 315.

⁴⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, nº 166, p. 295.

⁴⁸ "Agravo de instrumento - Embargos de terceiro - Decisão agravada - Ausência de lesividade - Não-conhecimento. - O que justifica o recurso é o prejuízo, ou gravame, que a parte sofreu com a decisão. Daí decorre o interesse de recorrer. Ausente o interesse de recorrer, aliado à ausência de lesividade, o não-conhecimento do recurso é a solução que se impõe. Assim como para propor a ação é condição que o autor tenha interesse de agir, também para recorrer será condição que o recorrente tenha interesse de recorrer. Tem interesse de recorrer a parte prejudicada pela decisão. O que justifica o recurso é o prejuízo, ou gravame, que a parte sofreu com a sentença" (TAMG, 1ª C., AI nº 356.031-0, Rel. Juiz Gouvêa Rios, j. em 27.08.2002).

⁴⁹ *Teoria geral do processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 300.

⁵⁰ Não pretendemos, neste trabalho, discorrer sobre a existência ou não de sentença no processo de execução. É claro que há sentença, mas sem mérito.

se violando duas normas processuais de uma só vez, quais sejam: *a)* a de que ninguém pode, em nome próprio, pleitear direito de outrem (art. 6º do CPC); e *b)* a da necessidade de interesse para recorrer (art. 499 do CPC).

Ora, como já asseverado, é regra do direito recursal que “só a decisão que causa gravame desafia recurso, faltando, àquele que em decorrência dela não tenha prejuízo, interesse em atacá-la”.⁵¹

Portanto, “no caso de desconsideração da personalidade jurídica e inclusão da figura dos sócios no pólo passivo da lide, o interesse e a legitimidade para recorrer se cinge apenas e tão-somente à pessoa física dos sócios atingidos pelo gravame, não podendo a pessoa jurídica interpor recurso em nome próprio para defender interesses alheios (art. 6º do CPC)”. Em outras palavras, “o simples inconformismo da parte com a decisão exarada pelo juízo monocrático não é suficiente para a interposição de recurso, havendo necessidade da existência de efetivo prejuízo para o recorrente, e não de meras suposições”.⁵²

Aliás, é dessa forma que a jurisprudência se vem manifestando: no caso de desconsideração da personalidade jurídica e inclusão da figura dos sócios no pólo passivo da lide, o interesse e a legitimidade para recorrer se cingem apenas e tão-somente à pessoa física dos sócios atingidos pelo gravame, não podendo a pessoa jurídica interpor recurso em nome próprio para defender interesses alheios (art. 6º do CPC). O simples inconformismo da parte com a decisão exarada pelo juízo monocrático não é suficiente para a interposição de recurso, havendo necessidade da existência de efetivo prejuízo para o recorrente, e não de meras suposições.⁵³

Entretanto, ainda existem doutrina e jurisprudência⁵⁴ defendendo a possibilidade de apenas a pessoa jurídica poder atacar a decisão que determina a despersonalização da pessoa jurídica, entendendo que ela teria, sim, interesse de recorrer.⁵⁵ *Data venia*, esse não é o entendimento mais acertado, pelas razões já expostas.

Segundo Barbosa Moreira, “é *vencida* a parte, sem dúvida, quando a decisão lhe tenha causado prejuízo, ou a tenha posto em situação menos favorável do que a de que ela gozava antes do processo, ou lhe haja repellido alguma pretensão, ou acolhido a pretensão do adversário”.⁵⁶

Entretanto, sem embargo de sua incontestada autoridade doutrinária, temos que essa conceituação merece um ligeiro reparo. Quando ele fala em “acolhido a pretensão do adversário”, acreditamos que esse acolhimento deve trazer prejuízo, de ordem material, à parte.

Trazendo essa assertiva ao nosso caso concreto, imaginem a decisão que aplica a doutrina da desconsideração: se a afirmação de Barbosa Moreira estivesse absolutamente correta, a pessoa jurídica teria interesse de recorrer. Contudo, vimos que apenas os sócios detêm esse interesse, pois, afinal de contas, essa determinação repercutirá, única e tão-somente, no patrimônio deles, e não no da pessoa jurídica, que continuará susceptível de penhora, caso se encontre algum bem.

⁵¹ TJSC, 3ª C., AI nº 7.138, Rel. Des. Cid Pedrosa, j. em 22.09.92.

⁵² TAPR, 6ª C., AI nº 15.926, Rel. Juiz Carvilio da Silveira Filho, j. em 12.08.2003.

⁵³ TAPR, 6ª C., AI nº 15.926, Rel. Juiz Carvilio da Silveira Filho, j. em 12.08.2003. *No mesmo sentido*: “Processual civil e tributário. Execução fiscal. Interesse recursal. Pessoa jurídica. Inclusão dos **sócios**. - Não evidenciado o **interesse** de sociedade comercial para **recorrer** de decisório que incluiu os **sócios** no pólo passivo da execução fiscal. Recurso especial improvido” (STJ, 2ª T., REsp nº 546.381/SP, Rel. Min. Castro Meira, j. em 17.08.2004, DJU de 27.09.2004, p. 322). Este último julgado não é caso de desconsideração, mas sim de responsabilidade direta do sócio.

⁵⁴ Posição esta muito minoritária. Confira: TJMG, 11ª C., AI nº 491.959-7, Rel. Des. Maurício Barros, j. em 18.05.2005.

⁵⁵ “Execução contra sociedade - Penhora de imóvel de propriedade do sócio - Legitimidade para arguir impenhorabilidade com base na Lei 8.009/90. - Desconsiderada a personalidade jurídica da empresa devedora, tem ela legitimidade para arguir a impenhorabilidade do imóvel de propriedade do sócio” (STJ, 3ª T., REsp nº 170.034/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 06.06.2000, DJU de 23.10.2000, p. 134).

⁵⁶ *Op. cit.*, nº 167, p. 296-297.

Aliás, só se desconsiderou a personalidade jurídica porque inexistiam bens suficientes para satisfazer o crédito do credor.

Sendo assim, uma vez que a pessoa jurídica não tem bem algum afetado pela execução consumada, resta cristalino que ela não tem interesse de recorrer da decisão que aplica a desconsideração da personalidade jurídica, cabendo o manejo de agravo de instrumento, na devida oportunidade, exclusivamente aos sócios cujos patrimônios individuais serão atingidos.

6 Soluções e precauções que podem ser tomadas

Como se pôde constatar ao longo desse trabalho, a doutrina e a jurisprudência não chegaram, pelo menos ainda, num consenso absoluto acerca da matéria. Alguns pontos ainda são bastante polêmicos, e, se não forem tomadas as devidas precauções, corre-se o sério risco de uma das partes sofrer prejuízos, muitas vezes irreversíveis.

Para aqueles que defendem a tese de que no próprio processo cognitivo já seria possível o requerimento de desconsideração da personalidade jurídica, com base no chamado *litisconsórcio eventual*, confirmam o seguinte julgado do STJ, no qual ficou vedada essa possibilidade.⁵⁷ Evidentemente, apesar de a princípio parecer muito plausível a idéia de, preventivamente, já despersonalizar a pessoa jurídica, outra não poderia ter sido a conclusão do STJ, pois, como já afirmado em item anterior, somente na ausência de bens da sociedade é que há de se cogitar na utilização dessa medida.

Faz-se importante mencionar ainda posicionamento doutrinário e jurisprudencial que exige a comprovação plena da prática de abuso da personalidade jurídica para que seja deferido pedido de desconsideração. Apesar de, em um primeiro momento, concordarmos com essa tese, depois de uma maior reflexão temos que esse não é o melhor caminho a se trilhar.

Lembremos que o CC/2002, no seu art. 212, IV, dispõe que *o fato jurídico pode ser provado mediante presunção*. Presunção, segundo o sempre brilhante Humberto Theodoro Júnior, “é mais um tipo de raciocínio do que propriamente um meio de prova”.⁵⁸ E acrescenta que “com ela pode-se chegar a uma idéia acerca de determinado fato sem que este seja diretamente demonstrado”.⁵⁹ Em outras palavras, *é técnica de raciocínio sobre fato concreto e provado*, comumente chamada pela doutrina de *prova indireta*.

Seria injusto com o credor, que não conseguiu trazer provas irrefutáveis de sua alegação, negar a aplicação dessa norma. Dessa forma, como ao juiz não é dada a possibilidade de não sentenciar, deve ele atentar-se a todo o conjunto probatório ao seu redor, e, com toda a sua prudência e experiência, e apoiando-se nos indícios que constar dos autos, desconsiderar ou não a personalidade jurídica, lembrando que a mera suposição não é presunção.

Caso concreto que vem assombrando o meio empresarial é o da sociedade empresária, regularmente inscrita na Junta Comercial,⁶⁰ com sede própria e que possua uma ou várias filiais.⁶¹ No mencionado registro, consta que a sua sede é em algum bairro isolado, de preferência onde o IPTU e o lote sejam muito baratos. Assim, em caso de insolvência momentânea, fecham-se as portas da filial, ainda mais se a loja for alugada, lesando, assim, seus credores, principalmente o

⁵⁷ “A despersonalização da pessoa jurídica é efeito da ação contra ela proposta; o credor não pode, previamente, despersonalizá-la, endereçando a ação contra os sócios” (STJ, 3ª T., REsp nº 282.266/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 18.04.2002, DJU de 05.08.2002, p. 328).

⁵⁸ *Comentários ao novo Código Civil*. 1. ed. v. III, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, nº 423.5, p. 404.

⁵⁹ *Idem, ibidem*.

⁶⁰ É claro que o exemplo pode ser estendido às sociedades não empresárias, lembrando que essas são inscritas no Ofício do Registro das Pessoas Jurídicas.

⁶¹ “Diante da constatação de que somente uma filial da executada encerrou suas atividades, permanecendo em funcionamento em sua sede, não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica da empresa, visto que não comprovado qualquer indício de fraude” (TJMG, 11ª C., AI nº 491.959-7, Rel. Des. Maurício Barros, j. em 18.05.2005).

locatário. Muitas vezes a sede desafia, até mesmo, as leis da engenharia, de tão mal construída que é. Entretanto, ao se requerer a desconsideração da sua personalidade jurídica, será alegado, na contestação, que a sociedade não se dissolveu e que está em pleno funcionamento. *Em outras palavras, a sede é mera fachada e só existe para lesar terceiros.*

Ora, se essa prática não começar a ser rechaçada pelo Poder Judiciário, todas as pessoas mal-intencionadas passarão a adotar isso como regra de conduta. O caso mais comum na jurisprudência, de aplicação da desconsideração, é justamente em decorrência de dissolução irregular da sociedade. Sendo assim, ou seja, se essa prática viciosa e ilícita vigorar, não existirá mais dissolução irregular, pois sempre será alegado, como matéria de defesa, que a sociedade ainda está em pleno funcionamento.

Portanto, há de se aplicar inclusive a *teoria da aparência*, e, se a presunção for de abuso da pessoa jurídica, há de ser deferido o pedido de desconsideração.

Finalmente, o último ponto sobre o qual gostaríamos de tecer breves comentários é com relação aos legitimados a recorrer. Como a matéria ainda não é pacífica na jurisprudência, aconselhamos que, em caso de citação dos sócios a integrarem a lide, e, futuramente, seja desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade, que recorram da decisão, ao mesmo tempo, os sócios e a pessoa jurídica, pois aí será impossível alegar ausência de interesse de recorrer.

7 Conclusão

A desconsideração da personalidade jurídica veio solucionar problema que estava ocorrendo, reiteradamente, no meio empresarial.

Trata-se, todavia, de medida que só deve ser aplicada pelo magistrado em casos excepcionais, e, claro, nas hipóteses definidas pelo legislador.

Não podemos deixar de comentar, mais uma vez, que essa providência não extingue a personalidade jurídica da sociedade, mas apenas a penetra num determinado caso concreto, ante a comprovada existência de abuso da personalidade jurídica⁶² ou pela confusão patrimonial.

Imprescindível, para tanto, a citação dos sócios da pessoa jurídica, em homenagem ao princípio do contraditório.

Finalmente, cumpre concluir que o interesse de recorrer da determinação judicial que defere pedido de desconsideração da personalidade jurídica é do sócio que tenha o seu patrimônio particular atingido, e não da pessoa jurídica ou de outros sócios não abordados pela decisão.

-:-:-

⁶² Aqui se fala de ato ilícito de maneira geral, não importando se for abuso de direito, ação ou omissão do sócio.

Breve análise dos argumentos sobre a possibilidade de investigação criminal realizada pelo Ministério Público

MARCELO CUNHA DE ARAÚJO*

PATRÍCIA TEIXEIRA DE OLIVEIRA**

Cadernos
da EJEJ

A legitimidade da investigação criminal realizada pelo Ministério Público é, atualmente, questão polêmica, não pacificada pela doutrina e pelos tribunais pátrios.

A Constituição da República de 1988 prevê em seu art. 127 que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Observa-se uma significativa ampliação das funções da instituição, transformada pela Carta de 1988 em verdadeira defensora da sociedade, tanto no campo penal quanto no civil, tendo a titularidade da ação civil pública e, privativamente, a titularidade da ação penal pública (incisos I e III do art. 129 da CF).

Nesse contexto, cabe ao *Parquet*, como parte, formar sua convicção, tornando possível a propositura da ação frente ao Estado-juiz. A *opinio delicti*, por sua vez, se dá através da investigação.

O poder investigatório do Ministério Público está previsto genericamente no art. 129, III, VI, VII, VIII e IX, da Carta Constitucional.

Tais incisos enumeram expressamente atos de investigação que podem ser exercidos diretamente pelo promotor, restando no inciso IX a possibilidade de ampliação do rol de funções institucionais, desde que compatíveis com a finalidade da instituição.

O inciso III dispõe expressamente sobre a capacidade de o Ministério Público exercer o poder investigatório na área civil. É sua função promover o inquérito civil, como instrumento voltado à apuração de atos que violem os interesses coletivos e posterior ajuizamento de ação civil pública em face dos responsáveis, sendo tal competência pacificada em toda doutrina e jurisprudência.

Quanto à possibilidade de investigação realizada pelo Ministério Público na área criminal, porque não há disposição expressa como acontece em relação à matéria civil, não se encontrou, ainda, decisão pacífica a respeito, sendo matéria controvertida nos tribunais.

Está em trâmite no Supremo Tribunal Federal o Inquérito nº 1.968, onde há discussão a respeito da legalidade e possibilidade de o Ministério Público comandar diretamente a investigação criminal.

Existem na atualidade, duas correntes, uma favorável e outra desfavorável à atuação investigativa do *Parquet*, que determinam, de acordo com o seu entendimento, o que é mais adequado perante a sistemática adotada no ordenamento jurídico brasileiro.

A corrente doutrinária desfavorável à atuação do MP em investigações criminais fundamenta seu pensamento, em suma, em quatro afirmativas:

* Marcelo Cunha de Araújo é Promotor de Justiça - MPMG, Mestre em Direito Processual e Doutor em Direito Constitucional.

** Patrícia Teixeira de Oliveira é estudante de Direito da PUCMinas.

1. inconstitucionalidade da investigação criminal realizada pelo *Parquet*, porque incompatível com as competências e atribuições conferidas a ele pela Constituição Federal;

2. necessidade de separação entre as funções de acusação, instrução e julgamento. Sendo o MP órgão incumbido da função acusatória, não lhe é permitido, portanto, o exercício de qualquer atividade de investigação criminal;

3. a imparcialidade com que o Ministério Público deve atuar durante toda a persecução criminal, não podendo, a fim de não comprometê-la, realizar, diretamente, investigações preliminares;

4. o monopólio da investigação criminal assegurado à Polícia Judiciária pela norma contida no art.144 da Constituição Federal. Ao investigar, o Ministério Público estaria usurpando poderes conferidos exclusivamente à Polícia Judiciária, o que seria inconstitucional e contrário ao princípio da separação dos Poderes.

Pelo que percebemos, após inúmeras vezes travarmos essa discussão com juristas contrários à investigação criminal do MP, é que, fora desses transcritos argumentos, a discussão se resume a uma enumeração casuística em que, na opinião do interlocutor, algum membro do Ministério Público teria agido com abuso de poder. Obviamente que, se tais casos existem, existem a forma processual e a autoridade competente que podem sanar essa falha, não sendo suficiente a enumeração de exemplos para comprovação de posição jurídica.

Sobre tais argumentos, concluem os adeptos de tal corrente que a atuação investigatória do órgão ministerial deve-se restringir, na esfera criminal, apenas à requisição de diligências e de instauração de inquérito policial, conforme previsto no art. 129, VII, da Constituição da República.

Por outro lado, a corrente favorável à investigação criminal realizada pelo Ministério Público demonstra que os argumentos trazidos à colação de inconstitucionalidade na investigação ministerial, numa análise mais apurada, não resistem.

De fato, observa-se uma fragilidade das colocações.

Isso porque proceder à colheita de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria, é uma consequência lógica da própria função do Ministério Público de promover, com exclusividade, a ação penal pública (art.129, I,CF).

Necessária a observância da Lei Complementar nº 75/93, em que se faz menção expressa no art.8, V, sobre a competência do membro do MP para realizar inspeções e diligências investigatórias. Tal artigo é explicativo, complementar e, com certeza, harmônico com o artigo 129, IX, da Carta Maior. Interessante notar que a interpretação literal da Constituição, argumentando que a Carta Magna não atribuiu explicitamente a investigação criminal, como o teria feito na seara cível, cede claramente em virtude de sua fragilidade explícita. Existe disposição constitucional que prevê outras funções, fora as descritas na CF (art. 129, IX). Existem outras normas que trazem essa previsão explícita (p. ex., o art. 8, V, da LC 75/93; art. 18, XXI, e; art. 74, VIII, ambos da LCEMG 34/94, entre outros). Veja-se, entretanto, que na maioria dos países a questão é tratada como pano de fundo; verdadeiro pressuposto lógico daquele que possui a legitimação processual penal. É de se perguntar, portanto, por que apenas no Brasil, o país paladino dos direitos fundamentais individuais (em que o nível de corrupção e improbidade justificam), existe um flagrante achaque à atuação do *Parquet*. Estariam os incautos autores pensando no João Ninguém e na preservação de seus direitos individuais ou naquele que pode pagar (caríssimo) pela impunidade?

Já a afirmação, por sua vez, de que a função acusatória do Ministério Público é incompatível com a separação estrita das funções de acusação, instrução e julgamento, trata-se de uma

equivocada analogia entre o processo penal brasileiro e o sistema do juizado de instrução vigente em muitos países europeus.

Inexiste no Brasil, o chamado juizado de instrução, em que o juiz instrutor preside a investigação, com a formação de culpa à revelia da necessária imparcialidade que deve reger os atos judiciais. Ao contrário, na fase inquisitiva preparatória, não pode haver ingerência judicial a não ser em razão de medidas cautelares e controle de legalidade, sendo que o destinatário das investigações criminais, em caso de ação penal pública, conforme a norma constitucional insculpida no art. 129, I, da Lei Maior, é sempre o Ministério Público (LIMA, 2002, p. 53).

Há de se entender que o Ministério Público é parte no processo penal. Não é ele, e sim o juiz da causa quem deve ocupar ponto equidistante entre a acusação e a defesa.

Quanto à questão da imparcialidade, fato é que, sendo o Ministério Público parte formal na ação penal pública, não tem obrigação de agir com imparcialidade, mas sim com impessoalidade. A imparcialidade se espera do juiz, mas não da parte. Impossível, se imaginar, inclusive, a formação de convicção sendo obrigatória uma conduta imparcial.

Nesse sentido, o autor José Frederico Marques ensina:

não há que falar em imparcialidade do Ministério Público, porque então não haveria necessidade de um juiz para decidir sobre a acusação: existiria, aí, *um bis in idem* de todo prescindível e inútil. No procedimento acusatório deve o promotor atuar como parte, pois, se assim não for, debilitada estará a função repressiva do Estado. O seu papel, no processo, não é o de defensor do réu, nem o de juiz, e sim o de órgão do interesse punitivo do Estado (1961, p. 40).

Perceptível também que o art. 144 da CF não institui exclusividade da investigação criminal em favor da Polícia, como fica claro com a leitura dos seus §§ 1º e 4º.

Pela melhor interpretação lógica e contextual de tal artigo, a exclusividade da Polícia Federal se dá em razão das demais Polícias existentes, quanto ao exercício de Polícia Judiciária da União.

A menção à exclusividade, no art. 144, parágrafo 1º, IV, tem como único objetivo impedir a atuação das Polícias Cíveis na esfera federal, intuito confirmado pela ressalva da competência da União existente no parágrafo 4º (FONTES, 2005).

O art. 4º, § 4º, do Código de Processo Penal acaba por resolver a questão ao dizer que a competência da Polícia Judiciária não exclui a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função, concluindo-se não haver monopólio pela Polícia Judiciária na investigação criminal.

Bom exemplo de investigações criminais presididas outras por autoridades administrativas seriam as CPIs dirigidas pelo Poder Legislativo e os procedimentos administrativos disciplinares realizados pelo Poder Executivo. Se exclusiva a investigação criminal pela Polícia, como seriam esses possíveis?

Entender-se de tal forma, a partir de uma interpretação literal do art. 144, § 1º, IV, significaria retirar do Ministério Público, principal destinatário da investigação criminal, a capacidade completa e eficaz de apuração dos fatos na formação de sua convicção, cerceando seu poder-dever de promover a ação penal pública.

Portanto, *“soa incoerente e de um formalismo extremo e contraproducente a idéia de negar ao MP a possibilidade de desenvolver procedimentos de investigação criminal, só porque carregam tal nomenclatura”* (Furtado, 2004).

Pela melhor interpretação do texto constitucional e de forma a tornar mais eficaz a fase da persecução criminal pré-processual, cabível e legal a possibilidade de o MP realizar diligências, em

procedimento investigatório próprio, de forma a dar celeridade ao processo e melhor formar sua convicção.

Assim, ensina o autor Marcellus Polastri Lima (2002, p. 91), ao dissertar sobre a legalidade e legitimidade da realização de diligências investigatórias pelo MP:

Trata-se, à saciedade, de coleta direta de elementos de convicção pelo promotor para elaborar *opinio delicti* e, se for o caso, oferecimento de denúncia, uma vez que, como já asseverado, não está o membro do Ministério Público adstrito às investigações da Polícia Judiciária, podendo colher provas em seu gabinete ou fora deste, para respaldar a instauração da ação penal. (...) Portanto, recebendo o promotor notícia de prática delituosa terá o poder-dever de colher os elementos confirmatórios, colhendo declarações e requisitando provas necessárias para formar sua *opinio delicti* (2002, p. 91).

Necessário ressaltar o alerta do autor Denílson Feitosa Pacheco (1997, p. 249) quanto ao retrocesso que poderá advir da declaração de exclusividade de investigação criminal pela Polícia Judiciária:

Há milhares de investigações criminais em andamento, realizadas pelo Ministério Público, pelas autoridades fiscais e outras autoridades administrativas. O eventual reconhecimento de exclusividade de apuração de infrações criminais para as polícias pode acarretar um colapso nelas, por não terem capacidade operacional, material e humana para receber tantas investigações, geralmente de alta complexidade, de outras instituições. Seria o equivalente a abandonar as polícias à própria sorte (1997, p. 249).

Por fim, importante esclarecer que a decisão proferida pelo STF no julgamento do Inquérito 1.968, mesmo que proferida no sentido de impossibilidade de investigação criminal pelo *Parquet*, só irá surtir efeitos *inter partes*.

De acordo com a Emenda nº 45, de 2004, que deu nova redação ao art.103-A da CF, o efeito vinculante só se dará caso seja aprovada súmula por mais de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional.

O certo é que, por tratar-se de questão de suma importância e relevância social, demanda-se, com urgência, em nome do princípio da segurança das relações jurídicas, uma decisão definitiva dos Tribunais Superiores.

A decisão final, porém, ainda não foi proferida, restando à sociedade refletir sobre os benefícios e malefícios de tal atuação do *Parquet*, maior defensor dos direitos fundamentais da coletividade, na atualidade.

Referências bibliográficas

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Investigação criminal. Direito Comparado dá razão ao MP. *Revista Consultor Jurídico*. 1º de setembro de 2005. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br>

FURTADO, Valter. 15 razões para o MP investigar. *Revista Conjur*, 25 de maio de 2004. Disponível em: www.conjur.com.br

LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1961.

PACHECO. Denílson Feitosa. *Direito processual penal. Teoria, crítica e práxis*. 3. ed. Niterói: Ed. Impetus, 1997.

---:-

Sumário: 1 Introdução. 2 O controle de constitucionalidade no direito comparado. 2.1 Da evolução histórica no direito alienígena. 2.2 Inglaterra. 2.3 França. 2.4 Estados Unidos da América. 2.5 Áustria. 2.6 Itália. 2.7 Alemanha. 3 O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 3.1 Alguns enfoques sobre o processo de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil. 3.2 Constituição Imperial de 1824. 3.3 Constituição Republicana de 1891. 3.4 Constituição de 1934. 3.5 Constituição de 1937. 3.6 Constituição de 1946. 3.7 Emenda Constitucional de 1965 e Constituição de 1967. 4 O controle de constitucionalidade e a Constituição de 1988. 4.1 Da ordem democrática. 4.2 Processo legislativo e controle de constitucionalidade. 4.3 Processo jurisdicional e controle de constitucionalidade. 4.3.1 Do controle de constitucionalidade difuso. 4.3.2 Do controle de constitucionalidade concentrado. 5 Da ação declaratória de constitucionalidade. 5.1 Aspectos gerais e natureza jurídica. 5.1.1 Da finalidade da ação declaratória de constitucionalidade. 5.1.2 Dos efeitos da decisão que declara a constitucionalidade. 6 Do paradoxo da inconstitucionalidade. 6.1 Questões de ordem. 6.2 Do processo como garantia. 6.3 Das soluções previstas no processo coletivo. 6.3.1 O processo coletivo enquanto instrumento hábil ao controle da constitucionalidade. 6.3.2 Da inexistência de litispedência entre ação coletiva e ação individual. 6.3.3 Da opção do autor individual. 6.3.4 Da ampla aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor às demais ações coletivas. 7 Conclusão. 8 Referências bibliográficas.

1 Introdução

O controle de constitucionalidade das leis é uma exigência e mesmo uma das características imprescindíveis do Estado Democrático de Direito, tanto para a preservação da soberania e da uniformização da interpretação do texto constitucional como para a garantia de participação da comunidade na formação e na validação do ordenamento jurídico.

Em verdade, tal controle encontra-se contextualizado na necessidade da implementação de um regime democrático mais direto, em face da crescente insatisfação popular pela chamada democracia representativa. Aliás, é bastante oportuna esta questão porquanto faz trazer à discussão a indagação sempre presente sobre se realmente existe democracia, que não a direta (França, 2003).

No Brasil, o tema é sobremaneira pertinente, partindo-se do confronto do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, com o pensamento de que a soberania não pode ser representada, de Rousseau (1977). O filósofo francês adiantou-se em sentenciar que jamais se verificaria uma democracia plena, decorrência da inconciliável convivência da assembléia de cidadãos da Atenas do século IV com a complexa sociedade pós-moderna.

Vislumbra-se, assim, uma estrutura sempre por construir, por ser patrulhada e rediscutida pelo povo (Quintão Soares, 2001).

E foi, aliás, a partir do advento da Constituição Federal de 1988 que tivemos no Brasil o incremento mais completo do controle de constitucionalidade, cuja evolução se denota,

* Jaubert Carneiro Jaques é doutorando em Direito - PUC-Minas. Eron Geraldo de Souza é mestrando em Direito - PUC-Minas. Ernani Pedro do Couto é graduando em Direito - PUC-Minas. Marcos Antônio do Couto é graduado em Direito - PUC-Minas.

timidamente, desde a Constituição Imperial de 1824, até a inserção, atualmente, dos controles difuso e concentrado.

De qualquer maneira, a maior ou menor participação popular, quer na formulação das leis, quer na manifestação ou possibilidade de influir *a posteriori*, pode ser analisada com mais evidência, em se tomando como objeto de estudo as características principais, ênfases e experiências observadas nos Estados Liberal e Social, e confrontando-as com as do Estado Democrático de Direito, que se propõe catalisador e conciliador dos excessos daqueles (França, 2003).

Assim é que, no Estado Liberal, de manifesto caráter burguês, os ideais perseguem a quase que irrestrita expansão da personalidade, com o mínimo de interferência do Estado; ou seja, a liberdade é a tônica e obtida mediante formulação legislativa exacerbada (fetichismo legal), com ínfima participação popular e quase que completa neutralização jurisdicional.

Prevalcia a máxima do movimento revolucionário francês de 1789, *laissez-faire, laissez-passer*, e o juiz era *la bouche de la loi*. A lei era preceptiva.

Não é preciso muita análise para se chegar à conclusão de que um Estado sob essa configuração sociopolítica é um campo fértil para o aumento das desigualdades sociais, com exclusão dos menos afortunados - em todos os sentidos -, quanto ao acesso aos direitos e garantias fundamentais, notadamente educação, saúde, justiça, relação digna de trabalho e participação legislativa.

Foi justamente este aspecto que mais contribuiu para o gradual surgimento do Estado Social, em que o conceito de liberdade, embora ainda presente, dá lugar à prevalência do ideal de igualdade, que no Estado Liberal era formal, ou seja, somente perante a lei, e que, no Estado Democrático de Direito, passou a ser material.

Com efeito, a igualdade passou a ser um bem a ser criado sob a orientação de normas constitucionais programáticas. Entretanto, a questão democrática ainda assim não se verificou satisfatoriamente equacionada, já que o centro de interpretação da lei foi transferido do legislador para o julgador, cabendo ao pensamento judicial ditar qual era o alcance objetivado pela norma.

Mais uma vez, o povo restou excluído, operando-se a transformação do campo da parlamentariedade para o governo de juizes, com reduzidas oportunidades de efetiva participação popular na discussão quer da formação e interpretação da lei, quer da possibilidade de extirpar a lei ruim do ordenamento jurídico.

Observa-se, pois, que foi a evolução histórica - sob o aspecto do anseio popular de efetiva participação nas abordagens e equacionamento das principais questões sociais -, que ensejou e mesmo impôs a implementação do Estado Democrático de Direito, no qual a liberdade e a igualdade conviveriam sem qualquer tensão que inviabiliza o governo do povo pelo povo, muito pelo contrário, principalmente pelo fato de que agora a legitimação das leis decorreria do próprio fato de as mesmas emanarem do diálogo comunitário, ou, pelo menos, da ampla possibilidade de refutação *a posteriori*.

Bastante ilustradores quanto ao advento do Estado Democrático de Direito são os ensinamentos de Marcelo Cunha de Araújo (2003), quando faz sustentação da Teoria do Direito como *integridade*, e, parafraseando Dworkin (1999),

supõe que a vinculação ao direito beneficia a sociedade não apenas por oferecer previsibilidade ou equidade processual, ou em algum outro aspecto instrumental, mas por assegurar, entre os

cidadãos, um tipo de igualdade que torna sua comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua justificativa moral para exercer o poder político que exerce.

Hodiernamente, e como bem vislumbrou Rousseau (1977), não temos qualquer exemplo de democracia pura, e uma das grandes dificuldades que a humanidade tem a solucionar é justamente dar outra feição ao mecanismo da representação política, já que a comunidade só é chamada a participar por ocasião de processos eleitorais, permanecendo, quanto ao mais, inteiramente à margem do governo.

Essa realidade, por si só, já é de todo preocupante, mas trata-se apenas de um aspecto deturpador da democracia. Entendemos que a falha maior se encontra na reduzida possibilidade que o processo político-eleitoral oferece para uma ampla participação eleitoral passiva, num contexto em que os candidatos aos cargos eletivos não conseguem visibilidade na propaganda eleitoral, pública ou privada, senão mediante conchavos com grandes e comprometidos partidos políticos, ou mediante disponibilidade de quantitativos monetários inteiramente fora do alcance do cidadão comum.

Ou seja, nosso patamar de participação política popular é ínfimo.

Nem por isso, contudo, pode-se dizer que avanços não são observados, e, no caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 alargou as possibilidades de efetiva participação do povo no processo constitucional de controle das leis, e o objeto desta monografia é justamente discutir, no restrito âmbito da ação declaratória de constitucionalidade, a questão da subtração de garantias processuais fundamentais.

2 O controle de constitucionalidade no direito comparado

2.1 Da evolução histórica no direito alienígena

No estudo do controle de constitucionalidade é fundamental buscar no direito alienígena referências legislativas e doutrinárias daquelas nações que de uma forma ou de outra têm influenciado o legislador pátrio, para daí melhor compreender os fundamentos dos institutos aqui adotados.

Embora o processo comparativo nem sempre encontre correspondência com as opções constitucionalistas do Brasil - mormente no que se refere às estruturas estatais e ao apelo, ora político, ora jurisdicional, de que se reveste o controle nos mais diversos países -, nem por isso subtrai do plano de pesquisa qualquer caráter objetivo relevante, muito pelo contrário. É justamente o conhecimento complexo, coordenado, comparado e complementado por informações ecléticas que propicia a abordagem exauriente de um tema.

É verdade que neste trabalho não temos e nem é necessário que se tenha pretensão tão ampla, mas nem por isso algumas constatações poderiam deixar de ser aludidas.

Assim é que da pesquisa doutrinária se depreendem vários sistemas de controle de constitucionalidade das leis, às vezes sob a incumbência jurisdicional, como é o caso dos Estados Unidos da América do Norte, outras vezes através de Conselho Constitucional, cujo exemplo mais citado é o da França, e ainda mediante órgãos especificamente criados e fora do âmbito do Legislativo, Executivo e Judiciário, como é o caso da Itália.

Mas os sistemas não são limitados aos acima arrolados. A Inglaterra e a maioria dos países que integravam a extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, bem como outros de linha marxista apresentam controle exclusivo e eminentemente político.

O Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho (1984), tratando da evolução histórica do controle de constitucionalidade, adverte inicialmente sobre a sua origem mais recente, e em maior amplitude, na Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, de 1776, que antes de qualquer outra tratou diretamente do tema, mas demonstra especial preocupação em buscar as origens do instituto na Grécia Antiga, para o que, norteando-se em Battaglini (1962), afirma que não havia Corte Constitucional em Esparta e Atenas, mas procedimentos em face dos quais se poderiam vislumbrar propostas de controle, que na verdade não era dirigido diretamente contra a norma ou outro ato de Estado, mas sim contra o seu proponente.

Na Idade Média, aponta, no Direito Romano, a possibilidade de os *avogadori* suspenderem a validade de uma lei, ainda parafraseando Battaglini (1962), *verbis*: “Egli, infatti, sempre nelle lettere a Vincenzo Russo, parlando degli Efori, ricorda, accanto ai nomofilaci ateniensi, gli avogadori veneziani”.

2.2 Inglaterra

No direito inglês, o Direito Constitucional teve como fases históricas fundamentais pelo menos quatro períodos, arrolados com bastante clareza por Oswaldo Luiz Palu (2001), no caso, o anterior à conquista da Normandia, em 1066; o iniciado neste ano até a dinastia dos Tudors, cujo marco foi 1485, passando este segundo período pela concessão da Magna Charta (1215), e no qual se observou a formação da *common law*; o terceiro período deu-se entre os anos de 1485 até o de 1832, cujo evento histórico mais importante foi a luta entre o rei e o Parlamento, donde resultaram a Petição de Direitos de 1628, a Revolução de 1648 e o advento da República Britânica, quando Cromwell elaborou possivelmente a primeira Constituição escrita do mundo, em 1653, de vigência sobremaneira breve, e ainda, a Revolução de 1688 (*Glorious Revolution*) e a declaração de direitos de 1689, tendo como marca mais expressiva a criação do Sistema das Regras de Equidade.

Iniciado em 1832, até os dias atuais, o período contemporâneo tem como principais acontecimentos a maior abrangência do direito de sufrágio e a sensível subtração de poderes até então concentrados na Câmara dos Lordes, transferindo-os para a Câmara dos Comuns.

De qualquer forma, a Constituição inglesa consiste, em sua essência, na Carta Magna de 1215 e posteriores acréscimos, e descansa sobre o que se indigita de soberania ilimitada do Parlamento, no que não se fala em leis fundamentais ou *cláusulas pétreas*. Até as regras de sucessão do trono inglês podem ser alteradas pelo Parlamento, e naquele país fala-se mesmo que somente o impossível não pode ser objeto de modificação.

Vê-se, pois, a inequívoca supremacia da vontade política, no que o controle de constitucionalidade, na Inglaterra, não possui contornos legislativos nem jurisdicionais específicos, embora continue fortíssima a tradição de manifesto e inalienável respeito aos direitos individuais, no que quaisquer leis ou outros atos de Estado que os afrontar certamente serão qualificados de inconstitucionais.

2.3 França

Mais uma vez nos socorrendo dos ensinamentos do Prof. Baracho (1984), o ilustrado Mestre mineiro enfatiza que as preocupações com o controle de constitucionalidade em França foram mais intensas por ocasião do período revolucionário, que tinha no Senado uma referência de poder moderador, protegendo o indivíduo dos abusos de autoridades e concedendo-lhe igualdade de proteção por parte da ordem social.

Já naquela época chegou-se a falar na França da necessidade da criação de uma Corte Constitucional.

Atualmente, o dogma da soberania da lei encontra-se sepultado, tendo a França optado por um controle de respeito à Constituição inequivocamente político, a partir da Constituição de 1958. Assim é que, mediante controle quase sempre preventivo, o Conselho Constitucional é composto de nove membros, todos nomeados, sendo três pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembléia Nacional e três pelo Presidente do Senado.

Além desses, há também a previsão de membros vitalícios, que seriam os ex-Presidentes da República, mas que não têm participado das atividades do Conselho.

Nesse contexto, tanto o Legislativo como o Judiciário franceses tiveram parcelas de poder decotadas, o primeiro diante da possibilidade, em muitos casos, do *referendum* por parte do Conselho Constitucional, e o segundo, por não ter atribuição relacionada ao controle de constitucionalidade das leis.

2.4 Estados Unidos da América

Conforme já assinalamos acima, o Prof. Alfredo Baracho (1984) é bastante incisivo em lecionar que foi a Constituição Americana de 1776 a primeira a estabelecer regras específicas de controle de constitucionalidade.

Da mesma forma, Oswaldo Luiz Palu (2001) acrescenta:

Os precedentes do controle da constitucionalidade das leis existiam, difusos, mesmo na História da Inglaterra ou antes; entretanto, a afirmação dessa doutrina deveu-se, sem dúvidas, ao direito norte-americano. A técnica de atribuir à Constituição um valor normativo superior, imune às leis ordinárias, foi a mais importante criação, juntamente com o sistema federal, do constitucionalismo norte-americano e sua grande inovação (*the higher law*) frente à tradição inglesa da soberania do Parlamento.

Aliás, já no período colonial os americanos defrontavam a questão do controle de constitucionalidade, visto que podiam elaborar leis, desde que não violassem o texto da Constituição inglesa.

Atualmente, observam-se nos Estados Unidos da América do Norte os sistemas: *por via de exceção*, através do qual qualquer juiz pode afastar a aplicação de uma lei ou ato normativo inconstitucional, e pela Suprema Corte, quando decidirá com efeito vinculante e *erga omnes*; *por meio de injunção*, instrumento mediante o qual o cidadão se antecipa à aplicação, em seu desfavor, da norma inconstitucional; e *por procedimento declaratório*, utilizado pelo cidadão que requer ao Judiciário declaração em que sejam fixados os limites de seus direitos e deveres diante de uma dada norma, quando aquele contesta sua constitucionalidade.

Observa-se, pois, tratar-se de um sistema concreto-difuso, e, quando da manifestação da inconstitucionalidade por parte da Suprema Corte, o Congresso Nacional americano não se manifesta, e é como se aquela lei nunca tivesse sido votada.

2.5 Áustria

No exame das questões pertinentes ao controle de constitucionalidade austríaco, denota-se desde logo a primordial colaboração de Kelsen, que influenciou sobremaneira os trabalhos constituintes que resultaram na Carta de 1920.

É que Kelsen idealizou e efetivamente viu adotado o modelo de Tribunal Judicial Especial com função exclusiva de tratar da Justiça constitucional e garantir a supremacia da Constituição. Mas

não é só. O Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho (1984), ao abordar o sistema de controle de constitucionalidade na Áustria afirma que “A Corte Constitucional é um mecanismo de controle de constitucionalidade dos atos de autoridade, que, por sua vez, acarreta a limitação dos órgãos do Estado”.

Com essa abrangência, detinha a mesma, até o regime autocrático de 1933, poderes não só para decidir quanto à constitucionalidade ou não das leis, mas também dos atos de toda a Administração, conhecendo de processo eleitoral e de *impeachment*. Ou seja, era a suprema jurisdição política.

Com a restauração do Estado de Direito, a Corte Constitucional teve em parte limitada sua atuação, decidindo tão-somente sobre matéria de inconstitucionalidade. Contudo, o sistema austríaco ainda é referência e atualmente faz contraponto, nas defesas doutrinárias, com o sistema concreto-difuso observado nos Estados Unidos da América do Norte.

2.6 Itália

Baseando-se na doutrina de Vezio Crisafulli (1967), o Prof. Baracho (1984) explica que a instituição de uma Corte Constitucional na Itália, em 1948, não teria ocorrido exclusivamente em face do princípio da rigidez constitucional, mas também diante da necessidade nascida no pós-guerra da adoção e preservação do princípio da primazia da Constituição, que deveria se confrontar com todo o ordenamento infraconstitucional.

E mais:

Ao haver atribuído à Corte Constitucional a competência judiciária, no que toca ao conflito de atribuições entre os 'três poderes do Estado', ocorreu a extensão do princípio da legalidade à área tipicamente política das relações entre os órgãos do Estado (BARACHO, 1984).

Foi dentro desse propósito que a Itália seguiu o caminho da superlegalidade, dotando sua Corte Constitucional de poderes para conhecer do controle de constitucionalidade das leis; dos conflitos de atribuição dos Poderes do Estado, bem como julgar as acusações do Parlamento em face do Presidente da República e Ministros.

Para tanto, a Corte Constitucional italiana é composta por quinze juízes de inquestionável notoriedade e conhecer jurídico, e com mandato de doze anos, dentre os quais professores universitários e advogados com militância comprovada e superior a vinte anos.

2.7 Alemanha

O sistema de controle de constitucionalidade na Alemanha tem como origem a efêmera, mas sempre prestigiada, Constituição de Weimar, que estabeleceu sobre a formação de uma comissão para tratar das questões afins até que lei federal criasse o Tribunal de Justiça Constitucional.

E assim ocorreu - tendo como modelo o sistema austríaco -, através da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, com a denominação Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) e com atribuição de defesa da Constituição, e tem-se revelado também de grande importância nas gestões de conciliação entre a norma constitucional e a realidade política do país e mundial.

Sua competência é irrestrita em face do Poder Público, aí se incluindo o Legislativo, o Judiciário e o Executivo, no que os recursos constitucionais podem ser instrumentos de

impugnação de leis, de sentenças judiciais e de atos administrativos, desde que ocorrendo lesão a direito fundamental (BARACHO, 1984).

3 O controle de constitucionalidade no direito brasileiro

3.1 Alguns enfoques sobre o processo de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 foi promulgada pela Assembléia Nacional Constituinte especialmente eleita para sua formulação, e que, segundo seu preâmbulo, instituía

um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

A situação sociopolítica do País naquela época exigia mudanças e a preparação da Nação para uma nova ordem mundial que já se formava. O Brasil saía de um regime autocrata, imposto pelo Golpe de Estado de 31 de março de 1964, cujos governos ocasionaram lamentável retrocesso institucional, principalmente no que se refere à efetiva e irrestrita participação política, assim como quanto à salvaguarda dos direitos e das garantias individuais.

Nesse contexto, muito havia a se fazer para a restauração democrática, bem como se encontrava o País despreparado para o processo de estreitamento das relações sociais e culturais e do abrandamento das barreiras fronteiriças e alfandegárias, já em curso em todo o mundo.

Verifica-se, pois, que tanto motivos passados como futuros orientaram a opinião pública e o constituinte nos trabalhos de formulação da nova Carta Magna nacional, sendo que, quanto aos dois aspectos, notória foi a preocupação com a preservação e supremacia da Constituição, apelidada de Cidadã, em razão do forte caráter sociocultural imprimido a suas disposições.

E nesse ponto o Constituinte foi realmente pródigo, estabelecendo um sistema de controle de constitucionalidade bastante sofisticado sob o aspecto jurídico-processual, com alcance e abrangência sobre toda a atividade estatal e assemelhada, e, principalmente, com acesso satisfatoriamente facilitado à população.

3.2 Constituição Imperial de 1824

A Constituição de 1824, denominada Constituição Política do Império do Brasil, foi elaborada sob forte influência dos direitos constitucionais francês e inglês, nos quais a opção foi pelo controle político, no que desde logo foi descartada qualquer possibilidade de controle constitucional por parte do Judiciário, tal como já se verificava nos Estados Unidos da América do Norte.

Aliás, a rigor, não se pode falar que essa Constituição Imperial estabeleceu qualquer controle de constitucionalidade, visto que é bastante tímida a referência que fez nesse sentido, no caso, no Título 41, Capítulo I, que tratava “Dos ramos do Poder Legislativo e suas atribuições”, que dispunha, no artigo 15, IX: “velar na guarda da Constituição e promover o bem geral da Nação”.

Não bastasse, na mesma Carta ficou também instituído o Poder Moderador, concentrado exclusivamente nas mãos do Imperador, e com ascensão sobre os demais. Ou seja, não se objetivava a supremacia da Constituição, circunstância de todo incompatível com qualquer controle de constitucionalidade.

3.3 Constituição Republicana de 1891

Situação totalmente diferente observou-se na Constituição da República de 1891. Aliás, mesmo a Constituição Provisória de 1890 já estabelecia controle de constitucionalidade, através da interposição de recurso. Versava seu art. 58, § 1º, que:

Das sentenças da Justiça dos Estados em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar a validade ou a aplicabilidade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela; b) *quando se contestar a validade das leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos os atos ou leis impugnados* [grifamos].

O texto definitivo de 1891 manteve esta redação, e, logo após, verificou-se avanço com a instituição do controle difuso, através da Lei 221, de 20.11.1894, que em seu art. 13, § 10, dispunha: “Os juízes e Tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou a Constituição”.

Já era, pois, indisfarçável a influência do sistema norte-americano de controle de constitucionalidade sobre o Constituinte Republicano.

3.4 Constituição de 1934

Esta Carta trouxe como grande inovação o controle direto e abstrato de constitucionalidade, ao estabelecer que por maioria absoluta de votos os tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, recepcionando, assim, através de seu artigo 179, reforma observada em 1926.

Mas nem por isso se podia falar em Estado Democrático de Direito, porquanto a mesma Carta, em seu artigo 68, vedava ao Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas, quando também não tínhamos um tribunal com essa incumbência.

Por outro lado, não se pode negar ênfase desta Carta ao Princípio da Constituição, porquanto previa a “Representação Interventiva”, em face dos Estados, quando do descumprimento de norma constitucional que o justificasse, além de outorgar poderes ao Senado Federal para suspender a execução de lei ou ato declarado inconstitucional pelo Judiciário.

3.5 Constituição de 1937

Aqui se observou retrocesso, quando se estabeleceu no parágrafo único do artigo 96 que:

No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Verifica-se a sobreposição do casuísmo e mesmo do personalismo, bem em voga na época, mas cuja justificativa foi a de atenuar a supremacia do Judiciário, que se alegava ter ocorrido com a Carta de 1934, em razão do que se deveria aplicar o sistema de freios e contrapesos.

3.6 Constituição de 1946

Esta Constituição não trouxe qualquer modificação relevante no sistema de controle de constitucionalidade.

3.7 Emenda Constitucional de 1965 e Constituição de 1967

No exame dessas Cartas, é imprescindível de antemão esclarecer que foram elaboradas no regime ditatorial imposto à Nação a partir de 31 de março de 1964, em que, dentre outros poderes conferidos ao Presidente da República, estavam o recesso compulsório do Congresso Nacional e a legislatura irrestrita, através de decretos-leis.

Não bastasse, estavam fora do âmbito da apreciação jurisdicional as questões políticas examinadas e decididas pelo Conselho de Segurança Nacional, órgão intimamente relacionado, ou melhor, que se confundia com o próprio regime autocrático.

Dessa forma, não havia falar-se em Constituição enquanto emanção da soberania popular e muito menos em qualquer controle de constitucionalidade, que nem sequer era previsto.

O mesmo se tem a falar sobre a Constituição de 1967 e a posterior Emenda nº 1/69, frutos do mesmo regime político.

4 O controle de constitucionalidade e a Constituição de 1988

4.1 Da ordem democrática

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988, viu-se retomada a ordem democrática, e, como não poderia deixar de ser, novamente incrementado, na sua inteireza, o sistema de controle de constitucionalidade das leis e demais atos administrativos, quer ainda no trâmite do processo legislativo, quer jurisdicionalmente, através do controle *direto* ou *abstrato*, quer *indireto* ou *difuso*, também denominado *concreto*.

4.2 Pcesso legislativo e controle de constitucionalidade

O processo legislativo, cujo objeto precípua é a formação das leis, tem como incumbência, no quadro das propostas maiores do Estado Democrático de Direito, absorver ao máximo possível os anseios populares, para, mediante o debate, assemblear, se chegar à melhor tradução daqueles, convertendo-os em normas de conduta geral.

O artigo 61 da Constituição Federal delimita os trabalhos legislativos na forma e nos casos previstos no seu texto, daí a necessidade e mesmo a obrigatoriedade de todo o procedimento legislativo, mesmo o constitucional derivado, de atender e mesmo se revestir dos princípios eleitos pelo Constituinte Primitivo.

Assim é que, na iniciativa deflagrada para o trâmite legislativo, exige-se que a proposta e o objetivo não venham confrontar com a Carta Magna, e, tanto no nascedouro como no *iter* procedimental legislativo, os sistemas de autocontrole parlamentar devem ser acionados, através das mesas e comissões respectivas, sempre com a preocupação, dentre outras, quanto aos aspectos constitucionais.

Premente também se faz ressaltar que o controle é exigido não só quanto à inconstitucionalidade formal, ou seja, quando a lei é elaborada em desobediência às normas estabelecidas para a sua criação, mas também, e à evidência, no que se refere à inconstitucionalidade material, consistente na divergência ou incompatibilidade das disposições da norma em formação, com o texto constitucional.

É o chamado controle preventivo, de natureza exclusivamente política.

André Del Negri (2003), discorrendo sobre controle de constitucionalidade do processo

legislativo, assevera, quanto à inconstitucionalidade das leis aprovadas sem o devido processo legislativo, e complementa:

Parece não restar dúvida de que a legitimação deve ocorrer na fonte de produção do Direito, e para que as normas possam ser elaboradas de forma legítima há de ter a participação popular mesmo que indiretamente, pelos representantes debatendo e votando os projetos normativos, mas com rigorosa observação ao devido processo constitucional como fator determinante de atendimento aos direitos fundamentais que objetivam a legitimação do Estado Democrático de Direito.

Também Marcelo Cattoni (2000), quanto ao tema e sobre especificamente a possibilidade do controle judicial no processo de formação da lei, é bastante enfático, *verbis*:

... o controle judicial de constitucionalidade das leis é uma expressão utilizada para se referir a uma série de controles judiciais que não se reduzem a um controle judicial de constitucionalidade 'da lei', ou a um controle judicial de constitucionalidade 'de emenda ou de revisão constitucionais', ou ainda, a um controle 'de atos normativos', nem sempre equiparáveis à lei, quanto à sua validade jurídica ou ao seu âmbito normativo de incidência. E, mais que isso, o controle judicial de constitucionalidade das leis deve ser fundamentalmente considerado como controle jurisdicional de constitucionalidade e de regularidade do processo de produção da lei.

4.3 Processo jurisdicional e controle de constitucionalidade

Através do processo jurisdicional, o controle de constitucionalidade é levado a efeito tanto pelo controle difuso como pelo direto, donde decorre a possibilidade ampla de as pessoas, mesmo individualmente consideradas, participarem de maneira efetiva do processo de interpretação da Constituição.

Isto é extremamente louvável e mesmo raro, levando-se em consideração tratar-se o Brasil de um país ainda em fase de reestruturação democrática. Aliás, ainda fazendo abordagem do tema, Marcelo Cattoni (2001) remete-nos ao Prof. José Luiz Quadros Magalhães (2000), que ressaltou:

É necessário que tenhamos consciência da riqueza de nosso sistema para que possamos preservá-lo e protegê-lo das constantes tentativas autoritárias representadas, para nós, pelo fortalecimento do controle concentrado até a eliminação do controle difuso, além de outras tentativas extremamente autoritárias como a súmula vinculante, que representa o fim do Judiciário e a desumanização do processo.

4.3.1 Do controle de constitucionalidade difuso

O controle difuso de constitucionalidade consiste na possibilidade de, em face de um caso concreto, qualquer juiz ou tribunal poder afastar a aplicação da norma que entender ser inconstitucional, viabilizando assim pleno acesso à interpretação do Texto Maior a todos aqueles que eventualmente estejam demandando em juízo.

O instituto possui caráter ímpar não só enquanto instrumento de defesa dos direitos fundamentais, mas também de integração social. Fernando Luís França (2003), no artigo "A integração social democrática pelo controle processual difuso de constitucionalidade", elege os direitos fundamentais como substrato do controle de constitucionalidade e faz uma análise bastante didática desses direitos sob a ótica dos Estados Burguês, Social e Democrático de Direito, concluindo que somente neste último podem-se observar as premissas do processo como *medium* para a passagem do princípio do discurso para o princípio da democracia, porquanto, justamente através do controle difuso de constitucionalidade, é possível não só aos hermenutas jurídicos da Constituição, mas também a todos aqueles que a vivem interpretá-la e fazer valer seus direitos e suas garantias constitucionais.

4.3.2 Do controle de constitucionalidade concentrado

Já o controle concentrado, também denominado direto, só é possível através de legitimação extraordinária previamente outorgada pela legislação atinente, e mediante o manuseio das ações constitucionais típicas, que objetivam, *in abstracto*, a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo.

O texto constitucional deu guarida à ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a, primeira parte), para os casos de lei ou ato normativo federal ou estadual que atentem contra o texto da Carta Magna, e à ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, segunda parte), tendo como objeto a antecipação de declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal cujo teor seja passível de dúvida ou controvérsia judicial relevante.

Do teor do § 2º do art. 103, também da Constituição Federal, depreende-se a possibilidade do manuseio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que tem como objeto medida para tornar efetiva norma constitucional, através de ciência ao Legislativo, ou ainda, imposição de obrigação de fazer, quando a omissão partir de órgão administrativo.

A doutrina as indigitou de “ações sem face”, ou com partes formais, porquanto tratam de interesses transindividuais, metaindividuais ou ainda coletivos e cujo *decisum* possui vinculação *erga omnes*.

5 Da ação declaratória de constitucionalidade

5.1 Aspectos gerais e natureza jurídica

Após essas abordagens genéricas quanto ao sistema de controle de constitucionalidade, suas origens, modelos, alcance e forma de manuseio, promoveremos a partir de agora o estreitamento do enfoque, de maneira a viabilizar o enfeixo proposto para o estudo, ou seja, o paradoxo da inconstitucionalidade observada quando da extensão *erga omnes* dos efeitos da liminar ou sentença de procedência na ação declaratória de constitucionalidade, conforme sustentaremos.

Inserida no sistema de controle abstrato de constitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade tem natureza jurídica de processo objetivo, a despeito do que ocorre com todas as ações coletivas, no que, enquanto tal, tem como finalidade a defesa da ordem jurídica, e não, ao menos diretamente, a defesa de direitos subjetivos.

A pretensão formulada através da mesma é a declaração, antecipada, da conformidade da lei ou do ato normativo federais com a Constituição da República Federativa do Brasil, desde que objeto de dúvida ou controvérsia judicial relevante.

Na mesma trilha adotada nas demais ações coletivas, a legitimação ativa é extraordinária, nos termos do artigo 103 da Constituição Federal, cujos legitimados a exercem de forma concorrente, disjuntiva e com exclusividade.

Em face do seu caráter objetivo, alguns autores, como é o caso de Nagib Slaibi Filho (1995), afirmam tratar-se de procedimento de jurisdição voluntária, em que não se observa oposição na relação processual. Entretanto, parece-nos não ser o entendimento mais acertado, porquanto o próprio Supremo Tribunal Federal, inobstante os termos da Lei nº 9.868/99 - que veda a intervenção de terceiros -, já decidiu pela possibilidade de admissão da figura do *amicus curiae*, no caso, órgãos ou entidades cuja finalidade social esteja vinculada à defesa dos interesses em discussão na ação declaratória de constitucionalidade.

Ora, não vislumbramos, no âmbito dessa ação, outra função do *amicus curiae*, senão ou aderir ao pedido exordial, ou oferecer-lhe resistência, verificando-se aí o contraditório. Do contrário, tratar-se-ia de personagem processual meramente contemplativo, com afronta aos princípios da

economia processual e da eficiência.

5.1.1 Da finalidade da ação declaratória de constitucionalidade

A ação declaratória de constitucionalidade teria sido criada com a justificativa de evitar o prolongamento de discussões judiciais a respeito de dúvida ou controvérsia relevante, antecipando a pacificação sobre a matéria.

A essa justificativa somar-se-ia também, sustentam outros, o “desafogamento” das estruturas do Judiciário, ocupadas, em grande proporção, com os julgamentos reiterados de uma mesma questão, não raramente contraditórios entre si.

Em artigo publicado na *Revista dos Tribunais*, Luiz Cláudio Portinho Dias (RT, 754/111 - Carvalho Neto, 2003) rejeita todos esses argumentos e sustenta tratar-se de artifício enxertado no texto constitucional com a finalidade exclusiva de inverter os julgamentos desfavoráveis à União.

Contudo, a crítica mais contundente ainda é outra. A constitucionalidade não seria a regra presumida quanto aos atos de Estado? Assim, não seria tão-somente a exceção (a inconstitucionalidade) objeto de acerto (através da ação direta de inconstitucionalidade)? Parafrazeando Ana Maria Scartezini (1996), Inácio de Carvalho Neto (2003) descreve que:

... somente após o exame substancial acurado, mediante técnicas previstas no bojo da Constituição, é possível retirar-se do mundo jurídico norma que lhe é contrária, sustando-se sua eficácia.

Assim, nem se declara a legitimidade do ato administrativo, nem a constitucionalidade da lei. O Estado não necessita declarar que sua atividade é legítima, seja no exercício de sua competência legislativa, seja no de competência administrativa.

5.1.2 Dos efeitos da decisão que declara a constitucionalidade

A ação declaratória de constitucionalidade tem efeito dúplice, de maneira que, em sendo julgada improcedente, declara-se desde logo a inconstitucionalidade, a teor do artigo 24 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Interessa-nos, entretanto, a declaração da constitucionalidade e os efeitos da decisão respectiva.

Duas das principais características das ações constitucionais coletivas no Brasil são a legitimação ativa extraordinária, sem a possibilidade de o juiz promover a *adequacy of representation*, como ocorre nas *class actions* do direito norte-americano, e os efeitos *erga omnes* e vinculante das sentenças nelas prolatadas.

Barbosa Moreira (*RePro*, 61:186) enfatiza que é fundamental nas ações coletivas o fato de o litígio ser apresentado em juízo por um único ente. Para Antônio Gidi (1995),

... ação coletiva é a ação proposta por um legitimado autônomo, em defesa de um direito coletivamente considerado, cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade.

No que se refere particularmente à ação declaratória de constitucionalidade, temos a disposição do artigo 21 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, *in verbis*:

O Supremo Tribunal Federal, por maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que

os juízes e os tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Já o parágrafo único do artigo 28 estabelece:

A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Observa-se, pois, dessas disposições, que não só o julgamento definitivo, mas também a mera concessão liminar, no âmbito da ação declaratória de constitucionalidade, podem produzir efeitos diretos em ações individuais, inclusive com suspensão do próprio julgamento.

6 Do paradoxo da inconstitucionalidade

6.1 Questões de ordem

O acima mencionado artigo 21 da Lei nº 9.868/99, mais que uma inovação, trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro duas questões de alta indagação, senão vejamos.

A primeira trata da possibilidade de que atos praticados numa ação coletiva venham ocasionar efeitos compulsórios no âmbito das ações individuais, o que não se vislumbra em nenhuma outra categoria de feitos destinados à apreciação e julgamento de interesses metaindividuais, mormente para prejudicar o litigante solitário.

Aliás, essa possibilidade também não se verifica, com tanta largueza e eficácia, nas *class actions* do direito norte-americano, fonte principal do nosso processo coletivo.

A segunda e principal questão, decorrente da primeira, é a inequívoca subtração, em face das partes da ação individual, do amplo acesso à prestação jurisdicional, isto implicando não somente o recebimento da petição inicial, mas o trâmite de instrução exauriente e posterior sentença, assegurado o contraditório.

6.2 Do processo como garantia

A Constituição Federal é clara ao estabelecer que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”* (art. 5º, XXXV).

O mesmo artigo, agora no inciso LV, impõe 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”*.

Aliás, trata-se de uma garantia presente em praticamente toda a legislação constitucional dos países de índole democrática, e podemos citar o caso da Itália, cuja redação do artigo 111 de sua Constituição, após a promulgação da Lei Constitucional nº 02, de 23.11.1999, passou a ter a seguinte redação (Tarzia, 2001):

Art. 111 - A jurisdição se pratica mediante o justo processo regulado pela lei. Todo processo se desenvolve no contraditório entre as partes, em condição de igualdade, perante o juiz terceiro e imparcial. A lei assegura sua razoável duração.

Na doutrina, podemos colacionar os ensinamentos sempre muito lúcidos e permeados de relevante crítica científica do Prof. Rosemiro Pereira Leal (2002), *in verbis*:

É que, quando escrevemos, em direito democrático, sobre cidadania como conteúdo de processualização ensejadora de legitimidade decisória, o que se sobreleva é o nivelamento de todos os componentes da comunidade jurídica para, individual ou grupalmente, instaurarem procedimentos processualizados à correição (fiscalização) intercorrente da produção e atuação do direito positivado como modo de auto-inclusão do legislador-político-originário (o cidadão legitimado ao devido processo legal) na dinâmica testificadora da validade, eficácia, criação e recriação do ordenamento jurídico caracterizador e concretizador do tipo teórico da estabilidade constitucionalizada.

Em direito democrático, o processo abre, por seus princípios institutivos (isonomia, ampla defesa, contraditório), um espaço jurídico-discursivo de auto-inclusão do legitimado processual na comunidade jurídica para construção conjunta da sociedade jurídico-política. Tem-se, assim, no legitimado ao processo, por si próprio, o agente legal (remetente-receptor) do exercício e auto-entrega de sua pessoal cidadania no Estado democrático de direito.

Também Luigi Paolo Comoglio (1998), discorrendo a respeito de garantia constitucional e justo processo, arrola como invioláveis determinadas garantias, tais como: *il principio di legalità; l'indipendenza e l'autonomia del potere giudiziario; il diritto di accesso alle corti e di azione in giudizio; attribuito a 'tutti' per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi; il diritto inviolabile di difesa in ogni stato e grado del procedimento; il diritto alla pronuncia di provvedimenti giurisdizionali 'motivati'*, dentre outros.

Ora, a partir do momento que fato externo ao processo venha colidir com essas garantias, mesmo que decorrente de lei, parece-nos que não estamos diante de outra situação senão a de manifesta inconstitucionalidade. Quando o constituinte criou a norma prevendo a ação declaratória de constitucionalidade, certamente objetivou instrumento de espancamento de dúvidas e controvérsias e que apresentasse solução breve e antecipada para o impasse.

Nesse aspecto, parece-nos não de todo censurável a proposta da Carta Magna, não obstante já termos asseverado acima a estranheza de um dispositivo constitucional para declarar constitucional aquilo que possui a prévia presunção de ser constitucional, desculpe-se-nos a redundância.

Contudo, não se depreende do texto constitucional qualquer autorização ou mesmo dedução que autorizasse a imposição contida no artigo 21 da Lei nº 9.868/99, no caso, a drástica suspensão dos feitos nos quais, de forma concreta, está-se a discutir direitos individuais, nas infinitas hipóteses de demandas que a relação humana pode ensejar.

É verdade que o legislador ordinário, ao regulamentar os dispositivos constitucionais, tem autonomia para fazê-lo conforme lhe pareça o mais eficiente e adequado, mas jamais de forma a criar conflito com disposições outras da própria Constituição Federal. Verifica-se, aí, não conflito de fatos, mas conflito mesmo de normas, se é que podemos falar em conflito de normas em face do princípio da supremacia da Constituição.

Mais uma vez, socorrendo-nos da doutrina de Luigi Paolo Comoglio (1998), este enfatiza a necessidade de reformulação

le inadeguate forme di tutela degli interessi 'diffusi', 'collettivi' o 'frammentati', al cui promovimento sono legittimati soggetti esponenziali o rappresentativi di ampie categorie di individui contitolari.

Em notas de rodapé, quanto a esse posicionamento, Comoglio (1998) cita Cappelletti (1988), que também demonstra preocupação com a questão da observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, em casos de concomitância de ação coletiva e ação individual, nos seguintes termos:

In argomento, avuto riguardo alla necessità di disciplinare apposite class actions, nonchè all'esigenza di adeguarvi i concetti tradizionali del contraddittorio, della legittimazione ad agire e dei limiti soggettivi del giudicato.

6.3 Das soluções previstas no processo coletivo

Com o posicionamento que examos acima, não pretendemos, de forma alguma, sustentar a impossibilidade jurídica, processual e mesmo constitucional da ação declaratória de constitucionalidade. Ao contrário, entendemos ser a mesma viável, como outra ação coletiva qualquer.

Por outro lado, depreendemos que o caráter da inconstitucionalidade do referido artigo 21 da Lei nº 9.868/99 consiste justamente em ter o legislador ordinário se afastado da norma procedimental das ações coletivas, cujo princípio supremo é jamais cercear o irrestrito acesso individual à justiça, na sua mais ampla concepção, quer antes, durante ou após o advento do processo coletivo.

Ou seja, há uma enorme preocupação não só quanto à possibilidade de subtração de uma garantia constitucional - o processo -, mas também em resguardar a oportunidade de articulação das exceções pessoais, nem sempre atendidas a contento nos genéricos e abstratos objetos dos feitos coletivos, principalmente em se tratando das ações constitucionais típicas.

É que o direito, enquanto criação racional, só se justifica para e somente para a promoção humana, num contexto em que o homem, na sua individualidade inusitada e irrepitível, deve ser a medida de todas as coisas. Eis o grande desafio do jurista, eis a resposta àqueles que vêem no direito disciplina sem cunho científico. Do contrário, seria admitir, acriticamente, a formulação de normas insuperavelmente rígidas e de indistinta aplicação massificada, característica esta que denotamos, à evidência, no já referido artigo 21 da Lei nº 9.868/99.

Justamente para enfrentar essas questões é que a legislação atinente ao processo coletivo formatou sistemas procedimentais hábeis à defesa das garantias e dos direitos individuais, sem qualquer prejuízo para a discussão coletivamente considerada. Vejamos.

6.3.1 O processo coletivo enquanto instrumento hábil ao controle de constitucionalidade

Gregório Assagra de Almeida (2003), aludindo sobre as ações constitucionais típicas enquanto ações coletivas, discorre:

A Constituição de 1988, além de ter mantido as conquistas anteriores sobre o Controle de Constitucionalidade, muito o aperfeiçoou, especialmente quanto ao Controle Concentrado da Constitucionalidade, objeto material do Direito Processual Coletivo Especial. A instituição, v.g., da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por omissão e da arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição reforça essa afirmação.

É certo que o legislador constituinte de 1988 poderia ter ido mais longe, instituindo uma verdadeira Corte Constitucional no Brasil nos moldes dos sistemas europeus, a fim de que pudesse exercer com mais legitimidade e autonomia o controle concentrado da constitucionalidade no País. Essa circunstância, contudo, não nega, por si só, a tese do Direito Processual Coletivo Especial como um novo ramo do Direito Processual Brasileiro, tendo em vista a amplitude como esse controle pode ser exercido (arts. 5º, XXXV, e 102, *caput*, da CF), especialmente pelo fato de ter sido consagrado no Brasil, na Constituição Federal de 1988, o Estado Democrático de Direito (art. 1º). É justamente a figura do Estado Democrático de Direito que justifica e impõe a necessidade do desenvolvimento da idéia em torno do Direito Processual Coletivo Especial como novo ramo do Direito Processual Brasileiro. Ele deve ser concebido como instrumento processual constitucional

fundamental de proteção dessa nova forma de Estado da justiça material consagrado logo no art. 1º da Lei Pátria Magna, seja quanto às suas instituições, seja quanto aos direitos e garantias constitucionais fundamentais, individuais ou coletivos, consagrados.

6.3.2 Da inexistência de litispendência entre ação coletiva e ação individual

Restando assim enfatizada a propriedade da aplicação de norma processual coletiva, em especial para o trâmite da ação declaratória de constitucionalidade, apontaremos agora os mecanismos que podem e devem evitar a conduta inconstitucional depreendida do artigo 21 da Lei nº 9.868/99. Com efeito, temos que o primeiro aplicativo é o entendimento de que, entre ações coletivas para defesa de interesses difusos e coletivos e ações individuais, não existe litispendência.

É que, nos feitos coletivos, o pedido destina-se à proteção de direitos indivisíveis, impessoais, e cuja titularidade pertence a toda coletividade ou comunidade.

Já nas ações individuais, a pretensão é restrita à esfera jurídica dos interesses do autor, exclusivamente, e nem sempre, como já ressaltamos acima, a sentença de uma ação coletiva será apta ou mesmo específica o suficiente para atender às exceções pessoais de cada jurisdicionado.

Não bastasse, se o fato da existência de uma lei ou ato normativo inconstitucional deve levar à procedência do pedido formulado numa ação declaratória de inconstitucionalidade, por outro lado, nem sempre, é fundamento eficiente para que o cidadão, na ação individual, não tenha sua pretensão acolhida, visto restar-lhe a aplicação de outros dispositivos legais, da equidade e mesmo dos princípios gerais do direito, se assim permitir e justificar o caso concreto.

O que não pode, voltamos a asseverar, é ter o cidadão arrebatada a garantia constitucional de levar a termo o procedimento que aviou, ao pretexto único de que seu pedido, ou parte dele, se encontre embasado em lei ou ato objeto de dúvida em ação declaratória de constitucionalidade, mormente num ordenamento jurídico no qual o controle difuso de constitucionalidade é aplicável irrestritamente.

Colacionaremos abaixo algumas ilustrações doutrinárias nesse sentido, a iniciar pelas abordagens de Antônio Gidi (1995), segundo o qual:

Quanto às ações coletivas propostas em defesa dos direitos coletivos ou difusos, já procuramos haver demonstrado não induzir litispendência ou coisa julgada em relação às ações individuais, porque se trata de ações diversas, por possuírem partes, causa de pedir e pedido absolutamente diferentes.

Idêntico é o posicionamento de Ricardo de Barros Leonel (2002), para quem,

O próprio legislador, cuidando do problema, determina taxativamente que as ações coletivas aforadas em defesa de interesses difusos ou coletivos não induzem litispendência com relação às ações individuais, quando aforadas em virtude do mesmo evento.

Finalmente, o ilustrado Mestre mineiro Humberto Theodoro Júnior (2001), também ensinando sobre a matéria, é, como sempre, bastante convincente:

Como observa Ada Pellegrini Grinover, não há o risco temido por Barbosa Moreira de contradição propriamente entre duas coisas julgadas, ou seja, entre a coletiva e a individual, visto que, na sistemática implantada a partir do Código de Defesa do Consumidor para todas as ações relativas a interesses difusos ou coletivos, a coisa julgada desfavorável está limitada aos entes e pessoas legitimadas às ações coletivas, 'deixando a salvo apenas os particulares, em suas relações intersubjetivas pessoais, os quais (em suas ações individuais) alcançarão uma coisa julgada

normalmente restrita às partes'.

6.3.3 Da opção do autor individual

A segunda possibilidade de evitar o cerceamento do acesso à justiça, conforme se pretende com a norma do artigo 21 da Lei nº 9.868/99, é a seguinte: com a interposição de uma ação coletiva, cujo objeto esteja também sob apreciação judicial em ações individuais, os autores destas deverão promover a suspensão do trâmite de suas ações, no prazo de trinta dias a contar da data em que tomaram conhecimento, nos autos, da ação coletiva, caso vislumbrem possibilidade de usufruir da sentença coletiva.

Caso contrário, deixarão transcorrer *in albis* aquele prazo, presumindo-se que abriram mão do feito coletivo, no que deverão contentar-se com o veredicto da ação individual, favorável ou não aos mesmos.

Com efeito, dispõe o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, cujo microssistema da coisa julgada se aplica a todos os processos coletivos (artigo 90):

As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

6.3.4 Da ampla aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor às demais ações coletivas

Este mesmo procedimento é aplicado na ação civil pública para defesa do meio ambiente, do consumidor, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, da ordem urbanística, dos idosos, deficientes físicos, minorias, da livre iniciativa e do mercado de valores mobiliários, ou seja, de todos os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (artigo 21 da Lei nº 7.347/85).

Mais uma vez, valemo-nos da doutrina de Antônio Gidi (1995), que afirma:

Em outras palavras, não somente o microssistema da coisa julgada, mas toda a parte processual coletiva do CDC, fica sendo, a partir da entrada em vigor do Código, o ordenamento processual civil coletivo de caráter geral, devendo ser aplicado a todas as ações coletivas em defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Esta sustentação repete-se em Hugo Nigro Mazzilli (1999):

Dessa forma, o CDC - que é de aplicação subsidiária em qualquer ação civil pública ou coletiva, para qualquer interesse metaindividual, mesmo que não se refira exclusivamente à defesa dos consumidores - disciplinou a coisa julgada de acordo com a natureza do interesse objetivado.

Conclui-se, pois, não haver qualquer justificativa plausível para ter o legislador ordinário lançado mão do artigo 21 da Lei nº 9.868/99, que possibilita ocasionar manifesta inconstitucionalidade, quando o mesmo legislador, no tratamento das ações coletivas, já laborou em equacionar as questões relacionadas à matéria.

7 Conclusão

Não são poucas as conclusões que se podem abstrair. Inicialmente, denota-se que é

indisfarçável a ausência, no nosso ordenamento jurídico, de uma unidade de desígnio na elaboração das leis, observando-se mensagens incompatíveis entre si e com o contexto do ordenamento jurídico, sem falar na elaboração de leis com dispositivos adrede articulados para atender às necessidades momentâneas de cada programa de governo, ou da ausência de programa.

O artigo 21 da Lei nº 9.868/99 é um exemplo categórico dessa situação, certamente formulado para cercear, por via oblíqua, o amplo acesso à justiça por parte daqueles que se vêem na contingência de demandar contra a União, o que é, a despeito do que se fundamentou no Tópico 6 desta, manifestamente inconstitucional, consistindo assim num lamentável retrocesso quanto às conquistas obtidas com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Aliás, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, cuja maioria absoluta pode deferir a medida cautelar prevista naquele artigo, devem ter prudência redobrada no exame e eventual aplicação do mesmo, primeiro porque, a rigor, não se trata de uma medida cautelar, muito pelo contrário. Consiste, na verdade, em negável atentado ao processo; depois, em função do grave prejuízo que tal procedimento pode ocasionar a milhares ou mesmo milhões de pessoas, resultando assim, para o Estado, o dever de indenizar.

A respeito, são bastante elucidativas as lições do Prof. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004), quando trata da responsabilidade do Estado pela função jurisdicional, conforme segue:

Escudados nessas meditações doutrinárias, podemos sustentar que o erro nos atos jurisdicionais praticados pelo Estado (decisão interlocutória, sentença e acórdão) passíveis de ensejar a responsabilidade do Estado pode ocorrer em qualquer processo (civil, penal, trabalhista, exemplificando), já que a função jurisdicional nele exercida é una e indivisível, já o dissemos, não comportando fracionamentos em razão dos ramos do Direito cujas normas estão sendo aplicadas no julgamento do caso concreto (ver Capítulo II, item 2.2), abrangendo o erro de fato ou o erro de direito, o erro em relação ao encaminhamento do procedimento (*error in procedendo*) ou o erro relativo ao julgamento de mérito (*error in judicando*). [Grifamos.]

Outra conclusão que também abstraímos deste estudo é com relação à resistência quanto à aplicação da doutrina do processo coletivo, não sem razão. É bastante recente a implementação das ações coletivas no nosso ordenamento jurídico, não tendo encontrado ainda guarida quer numa sociedade marcada pelo individualismo, com pouca articulação político-comunitária, quer diante de uma praxe forense arcaica, estática e viciosa.

Também a inexistência de uma codificação processual coletiva mais concentrada e melhor ordenada é motivo que não só dificulta o manuseio, mas também mantém fora do alcance da classe jurídica - pouco afeita à reciclagem e aperfeiçoamento - a novel doutrina.

Uma das conseqüências mais lamentáveis dessa realidade é que a cada dia aumentam as possibilidades de implantação, na ordem jurídica pátria, de sistemas de vinculação da atividade de juízes e tribunais intermediários em face das decisões da terceira instância, ocasionando assim o fim do direito enquanto possibilidade de reformulação da ordem social, haja vista a emenda que fez introduzir no texto constitucional a denominada súmula vinculante (art. 103-A, *caput*).

Contudo, nem mesmo esta realidade justifica o deslize do legislador ordinário, ao formular o artigo 21 da Lei nº 9.868/99, que deve ser afastado da aplicação processual, quer através do controle direto, quer do difuso.

8 Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. *Processo constitucional*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 337, p.105-123, jan./mar. 1997.
- _____. *Teoria geral do processo constitucional*. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 2, números 3 e 4, p. 89-154, 1º e 2º sem. 1999.
- BATTAGLINI, Mario. *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle legge*. Milão: Dott. A Giuffrè Editore, 1962.
- BRAGA, Renato Rocha. *A coisa julgada nas demandas coletivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- BULOS, Uadi Lamêgo. *Mandado de segurança coletivo*. São Paulo: RT, 1996.
- CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Ação civil pública*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à Justiça [Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report]*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 2. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- CARVALHO NETO, Inácio de. *Ação declaratória de constitucionalidade à luz da Lei 9.868/99*. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2003.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e "giusto processo" (modelli a confronto)*. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 90, p. 95-150, abr.-jun. 1998.
- CRISAFULLI, Vezio. *Appunti di diritto costituzionale. La Corte Costituzionale*. Mario Bulzoni Editore, 1967.
- CUNHA, Belinda Pereira da. *Antecipação da tutela no Código de Defesa do Consumidor - Tutela individual e coletiva*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo - Teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- DIAS, Luiz Cláudio Portinho. *O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade dos atos normativos*. In: *RT*, vol. 754. São Paulo: RT, p. 111.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. 14. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Édís e NERY JUNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

FRANÇA, Fernando Luís. A integração social democrática pelo controle processual difuso de constitucionalidade. In LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, vol. III.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2000.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Reforma do Judiciário. *Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD-UFMG*, Belo Horizonte: a. 2, n. 12, p. 4, maio de 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 1997.

_____. *Manual do consumidor em juízo*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Ação civil pública*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 11. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *RePro*: 61:186.

NASCIMENTO FILHO, Firly. *Da ação direta de inconstitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade - Conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: RT, 2001.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Éditions du Seuil, 1977.

SCARTEZZINI, Ana Maria. A ação de declaração de constitucionalidade da lei e os princípios constitucionais. In *Ação declaratória de constitucionalidade*. Coords. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas*

como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STEIN, Ekkehart. *Derecho político*. Tradução de Fernando Sainz Moreno. Madrid: Aguilar, 1973.

TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 103, p. 156-174, jul./set. 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, vol. I.

-...-

Sumário: 1 Introdução. 2 A teoria da ação. 3 Isonomia na paidéia. 4 Processo histórico e processo jurídico. 5 Estado de exceção e sistema democrático. 6 O contraditório, legitimação e cidadania. 7 O non liquet como lugar do processo. 8 Devido processo e o matema protagórico. 9 Conclusões.

1 Introdução

O estudo da cidadania como núcleo (conteúdo) da *democracia* requer a revisitação do percurso histórico da *ação social* à *ação jurídica*. Estaria nesse quadro de cogitações a possibilidade de exibir o perfil conceitual do que se possa entender por cidadania na contemporaneidade, uma vez que se vem repetindo ao longo dos séculos, por ensino de muitos, a convicção singela de que a *democracia*, como governo do povo, surgiu na Grécia de Péricles por volta do séc. V a.C., configurando-se num perene e exemplar modelo para o mundo ocidental.

Essa versão é recebida de modo entusiástico pelos continuadores desse *ethos* (modo de ser político), cujas interfaces, assumindo revestimentos mitológicos, são explicitadas no que possam aproveitar a reafirmação, já dogmática, de que a *democracia* é o melhor regime político para todos os povos da humanidade. Transforma-se, assim, a reflexão sobre a *democracia* numa máxima proverbial (*doxa*) que se fecha numa eloquência aforística, hoje midiática, e se traduz numa *phronesis* (bloco experimental de condutas) segundo as conveniências mais extravagantes (jurisprudência dos interesses) que os Estados, ainda velados por molduras republicanas e liberais, procuram adotar, conforme os cânones irrenunciáveis da cultura greco-ocidental.

Para desatar essa *doxa*, que se ergue a cada dia mais anunciadamente redentora por proclamações parenéticas e constitucionais, é preciso retomar os escritos de Hannah Arendt e de seu especial comentarista Cornelius Castoriadis, máxime no que dizem respeito a essa característica da *condição humana* que interessou tantos escritores: a *política* e o *direito*. É o que se pretende, ainda que nos apertados limites deste artigo, discorrer e comentar.

2 A teoria da ação

Claro que, numa perquirição mais larga, não se poderia aqui contentar com o estudo da *actio* romana na acepção de Celso para enfrentar o tema da *cidadania-democracia*, porque a *actio*, como instituto jurídico, significando *poder de agir*, conforme anota Ovídio Baptista da Silva¹, é, a nosso entender, uma seqüela histórica jurisdicizada que, por uma subjetividade radical, se torna, para os romanos, um poder advindo de uma predestinação que não reproduz as origens gregas da *ação* como *praxis* instituinte de um mundo humano que se concebe numa multiplicidade de falantes (*lexis*) transcendente às individualidades (corpo político-*bios polytikos*).

Coube à Hannah Arendt² fazer uma distinção importante entre o labor, o trabalho e a ação, para situar essas três etapas que marcaram o ingresso do homem em seu próprio mundo. Como bem acentua Cláudio Stieltjes³ em sua brilhante dissertação de mestrado - um primor de pesquisa

* Texto sobre palestra de encerramento do II Congresso de Direito Processual e Cidadania da USJT (Universidade São Judas Tadeu), SP, em 26.08.05.

** Professor da graduação e pós-graduação da UFMG, PUCMinas e Fumec. Advogado militante.

¹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. RT, 1998, vol. I, p. 92.

² ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1981.

³ STIELTJES, Cláudio. *Jürgen Habermans - desconstrução de uma teoria*. São Paulo: Editora Germinal, 2001, p. 16-23.

científica com vistas à desconstrução do agir comunicativo habermaseano - a *vis activa* (conjunto de atividades de reprodução da vida humana) compreende o *labor* vinculado à reprodução metabólica; o *trabalho* como atividade reprodutiva (repetitiva) das rotinas de vida (formas materiais de vida pela *techné*) e a *ação* como atividade integrante do *bios polytikos*. A *ação* (*praxis*), significando estar em presença do outro (estar entre os outros - *inter homines esse*), concorre para a caracterização do *bios polytikos* com a agregação da retórica (*lexis*). Para resumir, pode-se dizer que a *praxis* coletiva, como *corpo social* (*demos*), transmutava-se na *Ágora* (espaço público) numa *comunidade* (*polys*) que se definia como *corpo político decisório* pelo critério da *lexis* (palavra persuasiva). De conseguinte, esse corpo político decisório, por eleger a palavra persuasiva como forma de exclusão da violência na fundação do *mundo humano*, assume o *status* de *polys* engendrada pelo *bios polytikos* a que se refere Hannah Arendt.

3 Isonomia na paidéia

É importante esclarecer, com base em textos especializados de Fustel de Coulanges⁴, Castoriadis⁵ e Arendt, que a *Ágora* grega, como espaço público, cria uma dimensão sinérgica de pessoas autoconscientes (*paidéia*) de pertencerem à *polys*: o *ser político-coletivo* que se identifica pela discursividade decisória em critérios da fala persuasiva. Entretanto, a *isegoria* como princípio da persuasão adotado na *Ágora* é que indica a transformação do *social* em *político*, isto é: a mutação do *demos* constituído pela *praxis* coletiva em *polys*. Aqui se impõe ressaltar que a *lexis* em Aristóteles contemplava a produção do *bios polytikos* expresso numa fala inerente ao consenso por uma estrutura signíca advinda de uma ordem geral e unívoca (*arké*) já preexistente na *lei* da natureza (*physis*) que ao homem caberia descobrir e acatar. Por isso, na *polys*, todos eram iguais perante uma *lei natural*, referencial para todos, na produção da lei humana (*isonomia*), sendo que todos teriam igual liberdade (eram livres) para falar ou decidir na *ecclèsia* (órgão deliberativo) da *polys*, mas não era permitido subestimar a *lei* (a *physis*) compreendida como fundamento divinatório de uma ordem natural (ainda mítica) informativa das tradições instituintes da comunidade grega.

Na Grécia socrática, o *logos* (inteligência comunicante e espontânea) da fala ou o *nomos* (sentido humano) da lei escrita na *Ágora*, mesmo que exercitados por várias interpretações e questionamentos da lei da *physis* na produção das decisões, não perdem, antes dos sofistas, o comprometimento mitológico com a sacralidade invulnerável da *physis* em seus dogmas invariantes e acolhidos por todos como substrato da *polys*, conforme anotou Fustel de Coulanges, ainda que outra seja a assertiva de Castoriadis ao afirmar que, na Grécia democrática, a religião se separou das atividades políticas. Ora, o que Castoriadis não examinou em sua valiosa conferência foi o princípio da *isegoria*, como regente da fala persuasiva, enunciado pelos sofistas no ensino de Protágoras, porque esse princípio proclama pioneiramente, não uma dicotomia definitiva entre religião e política, mas o exercício da política (atividade na *polys*) por uma linguagem coexistente (paralela) às leis naturais pressupostas (*physis*). Essa ruptura com a ninfa eco na estruturação do *ego* humano e a dispensa de *Hermes* como tradutor da linguagem natural (fala dos deuses) para os homens marcam a fundação do *logos* protagórico. A transposição do *Mito* para o *Logos* cria a possibilidade interativa desgarrada de uma *arké* (coerência imanente à linguagem) advinda da *physis* e de uma justiça natural (*themis*) para produzir o *nomos*.

4 Processo histórico e processo jurídico

O *nomos*, na Grécia sofística, advindo do *logos*, e expresso na lei escrita deliberada pelos homens, inaugura, conforme Popper⁶, a capacidade argumentativa enquanto razão na

⁴ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Editora Hemus, 1975, p. 263-266.

⁵ CASTORIADIS, Cornelius. *Figuras do pensável - as encruzilhadas do labirinto*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 268-313.

⁶ POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. Brasília: Editora Cultura, 1980, cap. V.

discursividade (diálogo com a diferença), propugnando uma ordem social (*demos*) engebrada na multiplicidade de interpretações da *physis* caracterizadoras da *polys*. Esta como *ser político* regido por uma linguagem autônoma no sentido protagórico de *isonomia* perante o *nomos* (lei convencional) e não, a rigor, de um *bios polytikos* egresso do pragma agórico pela *praxis* e *lexis* e naturalmente adquirido no *inter homines* esse como querem Hannah Arendt e Castoriadis ao preconizarem a existência na Grécia de Péricles de uma sociedade autônoma (separada da religião), e não mais heterônoma (calcada nos mitos e leis dos homens).

Percebe-se que Castoriadis, no âmago de sua importante distinção entre sociedade autônoma e heterônoma, embora *não* perceba que tal só foi praticável na Grécia socrática em decorrência da *lexis* protagórica (uma vez que sua leitura de Protágoras é feita na “versão caricata e vulgarizada dos sofistas” divulgada por Platão), observou com extraordinária agudez que:

Só é possível a autonomia se a sociedade se reconhecer como autora de suas normas. Por conseguinte, a sociedade não pode escamotear esta questão: por que esta norma de preferência àquela, ou a tal outra? Em outros termos, ela não pode evitar o problema da justiça (respondendo por exemplo, que a justiça é a vontade de Deus, ou a vontade do czar ou, mesmo, o reflexo das relações de produção). E tampouco pode furtar-se à questão dos limites para suas ações. Em uma democracia, o povo pode fazer toda e qualquer coisa – e precisa saber que não deve fazer toda e qualquer coisa. A democracia é o regime da autolimitação; portanto, é também o regime do risco histórico – outro modo de dizer que é o regime da liberdade, e um regime trágico. O que é ilustrado pelo destino da democracia ateniense: a queda de Atenas – sua derrota na guerra do Peloponeso – foi resultado da *hubris* dos atenienses. Mas a *hubris* não supõe apenas a liberdade; ela supõe também a ausência de normas fixas, a imprecisão fundamental das referências últimas de nossas ações. (O pecado cristão é, obviamente, um conceito associado à heteronomia.) A transgressão da lei não é a *hubris*, é um delito definido e delimitado. A *hubris* surge quando a autolimitação é a única ‘norma’, quando se transgridem limites que não estavam definidos em parte alguma.⁷

Em seguida, Castoriadis se pergunta:

A questão dos limites para a atividade auto-instituente de uma coletividade se desdobra em duas etapas. Há um critério intrínseco da lei e para a lei? Pode-se garantir efetivamente que esse critério, seja qual for a sua definição, não será jamais transgredido?⁸

Essa interrogação, que é respondida categoricamente com um *não*, sofre, em Castoriadis, uma conotação axiológica (substantivista), porquanto nos afirma que “qualquer norma da norma tem que ser, também ela, uma criação histórica”, a despeito de efusivamente ressaltar que “não há modo algum de eliminar os riscos de uma *hubris* coletiva. Ninguém pode proteger a humanidade contra o desatino ou o suicídio”.

Portanto, a *democracia*, tanto em Arendt quanto em Castoriadis e por multidões de sociólogos, historiadores, antropólogos e cientistas sociais, é ainda concebida a partir da *polys* grega como “*processo histórico*” da *hubris* fatal condutora de um *devir* imprevisível, sem inclusão de um *logos*, considerado na perspectiva protagórica, da *lexis* advinda do manejo da *língua* já destacada da filosofia da consciência pragmática (praxista). A compreensão de um *bios polytikos* oriundo da substantivação histórica da *praxis* pelo mito de uma linguagem (*lexis*) inerente ao entendimento (binômio da escatologia marxista e do fatalismo epistêmico da razão iluminista) é, sem dúvida, como sugere Castoriadis, o equívoco de Arendt acrescido de uma visão historicista de uma estabilização social pela experiência corretiva das catástrofes. É certo que Castoriadis, ao distinguir o *substantivismo democrático* de Arendt e o de Péricles em sua “Oração fúnebre” ao qual apõe sua adesão, também incorre na retórica de um *ethos* emergente de vocacionais modos

⁷ CASTORIADIS, Cornelius. Ob. cit., p. 303-304.

⁸ CASTORIADIS, Cornelius. Ob. cit., p. 304.

de vida orientados pelo amor, beleza e sabedoria como qualidades individuais mitificadas e instituintes da *política* caracterizadoras da *cidadania* grega. Bem de ver que o discurso democrático, tanto em Arendt quanto em Castoriadis e em seus inúmeros seguidores da sociologia jurídica, assume significados agonísticos (trágicos), porque, em acatando uma *hubris* intrínseca, a ser socorrida pela trama do destino, e desdenhando uma constituição escrita (diploma fundamental), enfatiza um *processo histórico*.

O certo é que o caráter, ainda que fatalmente inescapável, da *hubris* na *democracia* grega é o lugar impostergável da *lacuna da lei* dos liberais, onde é estranhamente erguida uma liberdade individual negativa de toda intervenção estatal e portadora de um saber universal governativo (Weber) da melhor política para as nações. É da *hubris* paradoxal que emerge a mão invisível e controladora de Adam Smith, com todo o magicismo da economia de mercado, e a vontade popular de um povo acéfalo dos republicanos, bem como das leis históricas e salvadoras do funcionalismo mecanicista de Marx. A *hubris* grega como armadilha inescapável de um vazio (*caos*) imanente à conduta e à fala impunha a todos redobradas cautelas no trato das decisões públicas e um regime de autolimitação rigorosa (fundamentação) no encaminhamento do exercício da liberdade decisória. Por isso, na Grécia democrática, a *cidadania* se expressava numa fala que exigia *fundamentação* como autoprivação de uma liberdade ilimitada a fim de mitigar a *hubris* inseparável do agir humano (o risco histórico da imprevisão inevitável das ações). Poder-se-ia dizer que a liberdade plena sustentada pelos neoliberais de hoje implica total descaso à *hubris* da democracia grega, de vez que se dispensam de uma fundamentação consistente ao sustentarem, por uma *hubris* invertida, o sentido natural e autoregulatório do livre mercado. Na Grécia, aqueles que desconsiderassem o perigo da *hubris* em suas falas persuasivas na *polys*, se vitoriosos em suas propostas na *ecclesia*, respondiam pelo fracasso das ações que daí adviesse perante um júri de cidadãos que atuavam como juízes designados por sorteio, conforme anota Castoriadis.

Essa *hubris*, como lugar do *caos* e do vazio inerente ao *nomos*, é a lacuna da lei hoje invadida, em várias legislações, inclusive na nossa, pelo despotismo estatal de uma judicância judicial e administrativa em nome da realização mítica de uma justiça social célere. A usurpação da *hubris* pelo julgador talentoso, inato e supostamente esclarecido (tirano iluminado), estabelece, na aplicação das leis na contemporaneidade, um *ethos* por uma jurisprudência de interesses escorada numa tópica heróica, fundando assim, no dizer de Agamben⁹, uma *zona de anomia* onde se aloja o *estado de exceção* salvífico pela intervenção prestante e redentora (violência sublime) de um decisor onipotente (juiz corajoso).

O sistema jurídico democrático, a exemplo do modelo constitucional-democrático brasileiro, ainda é manejado pela hermenêutica do *status necessitas* em que o Judiciário e o Executivo criam, por suas decisões, escopos metajurídicos a pretexto das lacunas da lei supostamente impeditivas de realização de uma justiça social rápida, valendo-se da dogmática analítica (compulsoriedade das decisões) pela proibição do *non liquet*, enquanto que, na *polys* grega, o discurso democrático se impregnava de uma *hubris* de grande risco (o real jurídico anormativo) inacessível ao preenchimento pela fala persuasiva. Atualmente essa *lacuna* dita fatal nada mais é do que o *topos* estratégico do estado de exceção (jurisprudência e legislações protetivas) como forma judicial e executiva de suspender (*sitiar*) a vigência do ordenamento jurídico quanto a direitos fundamentais (vida, dignidade, liberdade) já líquidos, certos e exigíveis por normas auto-executivas. Essa caricata harmonia entre poderes independentes (Judiciário e Executivo) se faz num ponto em que se suspende a lei, preservando a sua vigência, como bem acentua Agamben:

Longe de responder a uma lacuna normativa, o estado de exceção apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal. A lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a

⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, p. 78.

realidade, a possibilidade mesma de sua aplicação. É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchido pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor¹⁰.

5 Estado de exceção e sistema democrático

A suspensão do cumprimento do texto constitucional por uma cumplicidade hermenêutica do Judiciário e Executivo é que instala o *estado de exceção* permanente e obstativo da operacionalidade do *sistema democrático* em que o operador jurídico, a pretexto de uma *hubris* intransponível, pondo-se muito além das ditaduras comissária e soberana, elabora uma jurisprudência e um elenco de medidas decisórias ocultadoras da norma jurídica, o que reproduz fielmente a tentativa schmittiana, em sua *Politische Theologie*, de inocular o estado de exceção (lacuna da lei) na ordem jurídica pela estratégia da separação entre norma e decisão (*norm und dezision*) apontada no livro *Gesetz und Urteil* sem retirá-las do arcabouço jurídico como institutos equipotentes. Surge assim o que Lévi-Strauss denominou *significante excedente*, que corresponde, consoante anota Agamben¹¹, ao “estado de exceção em que a norma está em vigor sem ser aplicada”, assumindo a decisão força de lei (*force de loi*) que intitulou uma conferência de Derrida na Cardozo School of Law (NY) – *Force de loi: le fondement mystique de l’autorité* (Força de lei: o fundamento místico da autoridade). A sentença como força de lei é conceito carneluttiano largamente adotado (sentença constitutiva) por ensinamento de juristas que estranhamente se dizem seguidores da democracia na atualidade.

O *estado de exceção* obtido por *decisões* excludentes da aplicabilidade da lei delinea-se numa zona de anomia onde há “força de lei sem lei” e onde o “direito busca se atribuir sua própria anomia”. Tem-se uma decisão jurídica proferida no espaço excetivo (anômico) criado pela lei (proibição legal do *non liquet*). Incluem-se aqui as *decisões* (sentenças) encaminhadoras das *tutelas de urgência* que emprestam agilidade judicial por pressupostos solipsistas (*fumus boni juris* e *periculum in mora*) e justificativas ocupantes de um espaço anômico fora das normas auto-aplicáveis dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, cujo reconhecimento *ex ante* e imediato não é, por estratégia, acolhido. Acrescente-se que esse *fumus boni juris* aspirável apenas pela sensibilidade olfática e privilegiada do julgador inatamente eficiente é aferido pelos critérios herméticos de plausibilidade, verossimilhança, inequivocidade e transcendência, qualificadores do estado de exceção de Schmitt, que, “diferente da anarquia e do caos”¹², legitima-se por uma decisão fora, mas a partir do sistema legal por uma interpretação sistemático-jurisprudencial extraída de uma suposta completude dos textos legais encontrada por um juiz-hércules, de Savigny a Bobbio e deste a Dworkin.

Esse lugar (poder) do decidir anormativo é que aponta, a esmo, ilicitudes, e estas, como *condictio sine qua non* das condenações e sanções sentençiais que se notabilizam pela punição implacável (justiceira), encobrindo direitos fundamentais líquidos e certos que, se exercíveis a seu tempo e de modo ininterrupto (ao longo de uma fiscalidade processual difusa e irrestrita), teriam efeito preventivo das infracionalidades e da miséria social. Entretanto, ainda se explora a zona de anomia da lei, sempre aberta ao decisor talentoso, para um julgar pelas normas de realização do direito que diferem das normas vigorantes, tornando-se o *direito processual* mero instrumento autocrático de uma *jurisdição* de escopos metajurídicos (concretizadora de valores sociais e éticos retirados oniscientemente de um real anômico). Diga-se o mesmo do fazer *iustitium* (realizar justiça) que herda o sentido romano de *férias jurídicas* decretadas por uma jurisdição salvadora

¹⁰ AGAMBEN, Giorgio. Ob. cit., p. 48.

¹¹ AGAMBEN, Giorgio. Ob. cit., p. 59.

¹² AGAMBEN, Giorgio. Ob. cit., p. 54.

(atividade dos juízes) que atua numa ordem, dita *superius*, suspensiva da legalidade legislada que continua total ou parcialmente vigente (registre-se que o Judiciário não sofreu paralisação na ditadura militar brasileira de 1964, sendo, ao contrário, fortalecido pelos adeptos do estado de exceção - hermenêutas realistas).

Segundo Agamben¹³, o filósofo Walter Benjamin, contrapondo-se a Schmitt, colocou a zona de anomia (estado de exceção), embora inscrita para ambos no código da ação humana (*hubris grega no bios polytikos?*), como uma violência fora da lei (um real fora da existência jurídica) que o próprio soberano deveria evitar, porque seria esta o lugar reservado ao extermínio do próprio direito (medialidade sem fins imediatos) quando alcançada a justiça social plena. Ver-se-á que é essa *zona de anomia* da linguagem jurídica é que, no direito democrático pós-moderno, há de ser incessantemente ocupada pelo *devido processo* (não o de João Sem Terra) como medialidade fiscalizatória ofertada a todos na implementação ou reconstrução dos conteúdos da constitucionalidade, recusando-se à espera benjaminiana de uma justiça última e plenária por uma jurisdição benfazeja (de escopos metajurídicos ou por ações afirmativas).

6 O contraditório, legitimação e cidadania

O que se teria no direito democrático constitucionalizado é a despersonalização de uma justiça de um *Judiciário* mítico (vassalo de *Themis*) e a instituição de um *Logos* argumentativo-discursivo pelo *direito ao contraditório* na formação das opiniões e vontades construtivas, reconstrutivas e aplicativas da lei jurídica. Claro que esse direito ao contraditório não pode ser exercido a céu aberto por relações intersubjetivas tão do agrado dos sociologistas nostálgicos - adeptos ainda do espaço magnético (telepático) da *Ágora* grega como recipiendária do *bios polytikos* ou da escatologia messiânica (historicista) dos marxianos, que pensam as transformações sociais por um andar botânico (funcionalista) da história ou por uma libido providencial (militância-aceleração ativista) das relações humanas. Na contemporaneidade dos estudos da teoria da *democracia*, a legitimidade e aplicação do direito são entendidos como irrestrito direito de ação coextenso ao procedimento (*legitimatío* ao processo) como direito fundamental de aquisição e atuação de *cidadania*.

Por isso é que a busca de uma identidade política e jurídica de um povo a partir de uma compreensão de um sujeito constitucional (em correlatos hegeliano e lacaniano ou mesmo da criação *ex nihilo* de Preuss), como quer Rosenfeld, a ser elaborado por constituintes numa “tentativa de preencher” a zona anômica do estado de exceção parece equivaler, em Rosenfeld¹⁴:

esse vazio, esse hiato, mediante o alcance do outro para forjar uma identidade comum enraizada em um texto constitucional compartilhado. Mas como nem a linguagem do ‘eu’ nem a do ‘outro’ é adequada para expressar sua visão em comum, o discurso constitucional emerge inevitavelmente, adentra a cena a soar como uma língua estrangeira, alienando desse modo todos os que devem aprender como usá-la. Mais especificamente, o constitucionalismo moderno requer o governo limitado, a aceitação da *rule of law*, ou seja, do Estado de Direito, e proteção dos direitos fundamentais.

Percebe-se que Rosenfeld, ao falar que o constitucionalismo moderno requer a aceitação da “proteção dos direitos fundamentais”, envereda-se pelo paradigma do Estado de Direito do liberalismo, que concebe proteção de direitos fundamentais como uma outorga de direitos vindos de uma assembleia de especialistas (constituintes originários) a um povo-consumidor desses direitos, trabalhando uma *cidadania* já constitucionalmente posta como uma situação de direito pronta e acabada em que os destinatários normativos seriam cidadãos “*desde o início, livres e*

¹³ AGAMBEN, Giorgio. *Ob. cit.*, p. 87.

¹⁴ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003, p. 36.

iguais, respondendo com suas opções e com elas aprendendo” conforme enfatiza Menelick de Carvalho Netto ao concluir a sua apresentação da obra de Rosenfeld. Ora, nesse marco se apregoa uma comunidade de princípios por uma hermenêutica extra-sistêmica, e não uma principiologia discursivo-constitucionalizada (*devido processo legal*) para o exercício processual-procedimentalizado caracterizador de uma *cidadania* como *legitimatío* de auto-includência no sistema de direitos fundamentais criados no âmbito do *devido processo legislativo*, este sim: a ser praticado desde o início da construção constituinte dos direitos, não por normas *interna corporis* infiscalizáveis, mas pelo *devido processo* a ser adotado e aberto a todos (difusa e concentradamente) desde o início da produção da constitucionalidade.

A concepção político-constitutiva ou reconstrutiva do ideal-real de um sujeito constitucional arrancado, como fonte hermenêutica, de um imaginário coletivo de índole sociologista por um movimento histórico-pendular do mito à utopia desserve a compreensão do *direito democrático*. Este não pode ser, na contemporaneidade, trabalhado por uma suposta dialética entre a instância pré-revolucionária e pós-revolucionária pelo *medium* lingüístico de um texto constitucional dado ao povo já considerado portador (ente cidadanizado) de uma escuta esotérica (ideológica) de uma Constituição oracular à invenção ou reinvenção de uma possível identidade. Também a *affectio societatis* rousseuniana não mais abona, porque mítica, um pacto ocorrido hipoteticamente no curso da história humana, uma vez que atualmente não é concebível uma sociedade política erguida à míngua de uma processualidade procedimentalizada¹⁵. O procedimentalismo habermasiano¹⁶, defensor de um direito que já estabelece identidade entre os autores da lei e seus destinatários por uma doação (produção) de normas asseguradoras de direitos fundamentais, adquiridos na história catastrófica da humanidade e postos por uma vontade corretiva no texto constitucional, repete o assistencialismo de uma assembléia de especialistas ou república de eruditos infiscalizáveis na formação de sua vontade constituinte ou de suas decisões soberanas.

De conseguinte, a contextualização de uma identidade constitucional de um povo no espaço-tempo extraprocessual, com dispensa do *devido processo*, mostra, como visto nos nossos dias, o automassacre coletivo pela aprendizagem político-jurídica a partir da faticidade fracassada (lógica do historicismo) como que um genocídio estrutural pedagógico à fundação de uma eticidade significativa de uma ordem de condutas ideais aos moldes de Hegel. Numa teoria pós-moderna do Estado, a constituição democrática fica no lugar do Estado, tornando-se este um espaço crítico-discursivo pelo *devido processo*¹⁷ institucionalmente constitucionalizado, desaparecendo a figura hegeliana do chefe de Estado (guardião da unidade social) ou do presidente de uma República de um povo acéfalo não legitimado ao devido processo por cada qual dos seus integrantes. Daí, o *bios polytikos* na democracia contemporânea é obtido na estrutura da linguagem discursiva processualizada, e não pelo estar (*inter pares*) corporalmente ou entre os outros (*inter homines esse*) com iguais propósitos guiados por uma fala erística e inerente a um entendimento escatológico (multidão reunida, encontro festivo).

7 O *non liquet* como lugar do processo

Na acepção pós-moderna de *democracia* (a que não busca identidade entre seus praticantes por uma pretensão de ordem social (justiça) inspirada numa hermenêutica historicista ou em razões prescritivas e fundadoras graduais de uma esperada e natural idéia de unidade comunitária), o que se reconhece, na estrutura do discurso constitucional, é uma falibilidade constante (*non liquet*) como lacuna normativa e lugar de atuação processual por uma fiscalidade irrestrita (constitutiva e reconstrutiva) do sistema implantado ao exercício de direitos

¹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Editora Landy, 2002, p. 159-199.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Trad. Willian Rehg. Cambridge: MIT, 1996, p. 232, 234 e 235.

¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 87-95.

processualmente fundamentados de vida, liberdade, dignidade, a serem operados e fruídos em simétrica paridade por um pensar processualizado e agir isonômicos em contraditório na hipótese de sua transgressão (controles amplos, incessantes e irrestritos de constitucionalidade, sobre o *non liquet* como *hubris* dessacralizada). Portanto, a cidadania não é um buscar laborioso de integração (identidade) a partir de um *sujeito constitucional coletivo* a ser contextualizado (realizado) por uma *living constitution* exercível no tempo histórico (dialética das multidões) e numa casualidade edípica (cega) fatalmente desconhecadora dos direitos líquidos e certos já processualmente decididos no plano constituinte-originário.

A cidadania democrática pós-moderna exige compreensão pelo exercício de uma *legitimatō* fiscalizatória do sistema jurídico-político extensiva a todos indistintamente. Também, nessa acepção democrática, não é dado a ninguém exercer funções por adivinhação (onisciência, clarividência, onipotência), boas intenções ou autodidatismo prodigioso. A fala há de ser persuasiva (*lexis*), não pela tópica-retórica de um pensamento axiologizado (saberes públicos e privados) calcados na experiência de uma *vida sem mundo discursivo*, mas pelo entendimento argumentativo à operacionalidade processualizada da escritura constitucional.

O sujeito da falta conjecturado de Hegel a Lacan, como significante saltado da linguagem, expressa-se por uma teoria escritural da constitucionalidade democrática processualizada, e não mais pelos enigmas dos sistemas sociais a serem diagnosticados por mentes clínicas. O equívoco de Rosenfeld reside em imaginar o uso da metáfora e metonímia (leis do inconsciente) como alavancas hermenêuticas de achamento de sentido do que já está assegurado na fundamentalidade de direitos não transigíveis, inadiáveis e obteníveis, em caso de não-implementação, pelo *devido processo constitucional*, cujo espaço-tempo de atuação não é o hegeliano. O “eu” e “outro” da cidadania não diferem na acepção processual da *democracia*, porque tanto um quanto o outro estão equiparados por uma legitimação pré-decida processualmente na base constituinte de direitos à sua própria inclusão no sistema jurídico (dispensa da parábola hegeliana do senhor e do servo para realizar reconhecimento)¹⁸.

Como se vê, o *hiato* insuperável do sujeito constitucional de Rosenfeld preenchido por um imaginário coletivo (multiplicidade de pessoas diferentes entre si), simbolizado pela inteligência-guia de hermeneutas das Supremas Cortes, assume um *poder judicante* por decisões schmittianas em lacunas dentro da lei por decisores fora da lei em fundamentos ideológicos do sistema a ser preservado e do qual se dizem guardiães ou depositários. Essa *liberdade negativa* de estar fora e dentro da lei (decisores liberalizantes e comunitaristas) não é encampada por Agamben, que aponta esse *hiato* como espaço de emboscamento do direito legislado em que se exerce uma autoridade suspensiva do sistema legal, sem extingui-lo, ou neste se adote um princípio do discurso que, por uma linguagem retoricamente persuasiva de uma assembléia de protetores históricos e magnânimos, assegure, por uma vontade de potência (veto e sanção) aos moldes nietzschianos (estado de exceção), sem procedimentalidade processualizada, como se lê também no agir comunicativo habermasiano, direitos humanos e soberania popular despojados de qualquer esclarecimento argumentativo dos fundamentos de sua outorga constitucional e de operacionalidade imediata.

Esse direito doado, por supremas vontades, ao povo icônico, insuscetível de uma fiscalidade intercorrente, ampla, irrestrita e incessante de sua legitimidade, eficácia e exigibilidade, não se oferece, portanto, ao contraditório popular, por uma *legitimação* jurídica a qualquer do povo, no espaço-tempo processual, o que acarreta a preservação da zona de anomia estrutural ou de eunomia por interpretações solipsistas propiciadoras de uma dominação secularmente perpetrada (universalista-comunitarista) pela via de *decisões* estratégicas. Na teoria de constitucionalidade

¹⁸ HONNETH, Axel. *A luta por reconhecimento*. São Paulo: Editora 34, 2003.

democrática processualizada, institui-se no eixo paradigmático do sistema jurídico o *devido processo* como ocupante da *hubris* estrutural pela *lexis* jurídica a ser operacionalizado por legitimados isonômicos (cidadãos) à instauração de procedimentos que, regidos pelo princípio jurídico do contraditório¹⁹, possam realizar uma fiscalidade argumentativa ao cumprimento, produção, atuação, ratificação, aplicação ou retificação da normatividade em sua inteireza ordenamental.

Há de se entender o *contraditório* como a oportunidade de produção formalizada de sentido e assegurada a partir dos conteúdos de um ordenamento jurídico na preparação de um provimento (decisão) que possa afetar acerto ou jurissatisfação de direitos processualmente alegados. O que requer atenção na *teoria processual da democracia* na contemporaneidade (que já está na pós-modernidade) é essa novidade do discurso jurídico problematizante de não-aceitação de uma *politéia* como meio natural de o homem engendrar pela *praxis-lexis* de feições gregas uma autolimitação social por uma *isegoria* crédula numa *isonomia* perante uma *lei mítica e utópica* (*themis*), isto é: uma igualdade de todos os diferentes por idênticas crenças numa tradição ou ideais pressupostamente condutoras da vida e destino humano ou numa assembléia de especialistas, heróis ou guerreiros, por um saber irrecorrível (decretos-leis, falas erísticas, jurisprudência unânime por uma *phronesis* do bem-viver, súmulas prototípicas irreversíveis, medidas provisórias-definitivas, tutelas de urgência virtuais, vedação de integral fiscalidade do sistema).

8 Devido processo e o matema protagórico

Claro que a *paidéia* (*bios polytikos*) grega já ensaiava, como escreve Castoriadis, uma *sociedade instituinte* de si mesma e de sua história assentada no imaginário social em oposição à *sociedade instituída* (heterônoma), retirando-se, assim, a dogmática da filosofia política de que existe uma pré-ordem (*Themis*) repleta de sentido (ontologia unitária). Entretanto, tal se deu pela intervenção protagórica na diferenciação do *Mito* e *Logos* (fala argumentativa do *bios polytikos*), conforme anota Stieltjes por menção a Popper. Também, é certo que a Grécia de Péricles, em sua tentativa pioneira de criar a *democracia*, aponta o caráter deficitário da representação parlamentar, preferindo o exercício dos atos decisórios pela *polys* após oitiva da *ecclêsia* (órgão consultivo e às vezes deliberativo-intercorrente), o que transformava o destinatário normativo (usuário do *nomos*) em juiz último de seus próprios atos, anunciando, assim, para os dias atuais, a necessidade de uma *instituição* fiscalizatória de todo o sistema (*ex ante, in fieri e a posteriori*) pelo que hoje se denomina *devido processo constitucional* em toda a sua expansividade normativa. Saliente-se, por igual relevância, a idéia de *tempo-público* na Grécia paideica, que, concebido não cronologicamente, implanta uma reflexão argüente do tempo histórico-cultural, como a assinalar uma conceitualidade procedimentalizada não expressa em mera “manifestação” ou “aparição no espaço público” - o que se chamaria atualmente, em novos contornos teóricos, *tempo processual* estruturado em *contraditório* (oportunidade do pensar e argumentar o direito) no prazo procedimental.

De outra face, os delineamentos da *paidéia*, apesar de nos sinalizarem um controle praxista de constitucionalidade incessante pelo *demos* politizado, mostram que a coletividade grega excluía as mulheres, estrangeiros, menores e escravos, servindo-se da tragédia, em contraponto à teatralidade trivial do populacho, como cenário de advertência do insuperável paradoxo entre as intenções e as ações humanas e que a *ordem* encontrada pelos homens derivava de catástrofes fatais e intermináveis e, por isso, “desprovida de sentido” (*apeiron* eterno). Essa concepção jamais nos remeteria a uma teoria da constitucionalidade democrática processualizada aos moldes atuais²⁰ em face da rota agonístico-divinatória, intrínseca à democracia grega.

¹⁹ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1993.

²⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 5. ed. Porto Alegre: Editora Síntese/IOB, 2004.

O que não se pode relegar ao esquecimento é a teoria da relacionalidade discursiva de Protágoras, que, desterrado da Grécia, com suas obras queimadas e destituído das honrarias que lhe concedeu Péricles, ante o silêncio cruel de Aristóteles e Platão, não vem merecendo estudos demorados quanto aos fragmentos que ainda restaram de seu acervo e que muito concorreriam para lhe resgatar os valiosos ensinamentos negados pela Grécia socrática e deformados pelo *Protágoras* de Platão. A versão de que a preleção protagórica se resumiria na assertiva de que “o homem é a medida de todas as coisas” não tem o menor apoio filosófico, diga-o também quanto a ser um sofista qualquer (e sofista de modo bem censurável para a época - aquele que distorce levemente as verdades platônicas e a lógica aristotélica por mero jogo de palavras).

Ora, é com Protágoras que foi possível a insígnies pensadores construir novos conceitos de razão, rompendo com uma modernidade (ontologia unitária) ainda insistente no discurso de muitos, de Platão a Kant e deste a Hegel e Marx. Para os estudos da instituição do *devido processo constitucional*, o matema de Protágoras²¹ (FHM: Frase-Homem-Mensura) instala, de modo pioneiro, novos critérios discursivos (argumentativos) na formação da opinião e da vontade que são cruciais para a compreensão da democracia no paradigma constitucionalizado da atualidade, como se tem na Constituição Brasileira de 1988 (art. 1º) . O direito fundamental ao devido processo (art. 5º, LIV) e o dever de fundamentação das decisões administrativas e judiciais, a serem preparadas no âmbito dos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, c/c o art. 93, IX e X, da CB/88), trazem uma reflexão indescartável sobre uma nova hermenêutica de produção, atuação e aplicação do direito que não pode mais se entregar aos cânones de uma interpretação exegética ou sistemática aos moldes realistas (jurisdicionais do decisor) em nome de *Themis* ou de um *Logos* mitificado, o que Habermas cognomina de pretensões de validade decisória a partir da filosofia da consciência solipsista do julgador. Ou seja, a partir de um lugar extra-sistêmico em que poderia decidir livremente ou ter faculdades ou poderes subjetivos por uma determinação intra-sistêmica, numa fiel reprodução do que se descreveu como *estado de exceção* significando não a *hubris* grega, mas a zona de anomia schmittiana embutida na lei e exclusiva do soberano que sabe o que é bom ou ruim para o Estado e seu povo, mesmo além do bem e do mal.

O importante em Protágoras é o desabono dessa consciência prodigiosa que se orienta pelo princípio da não-contradição (uma *episteme* cuja *alethéia* lhe é ínsita), como imperativo categórico e irrenunciável das ações humanas. A sua transgressão, por ser impossível ao homem platônico e aristotélico, já que ninguém poderia negá-lo sem, ao mesmo tempo, afirmá-lo, tornou-se o marco apodíctico que proíbe um *logos* relativizador de uma coerência pressuposta do pensar humano, porque as idéias tinham originariamente suas fôrmas no plano da *Physis*, restando ao homem o esforço intelectual de sua imperfeita reprodução pela consciência. Qualquer equívoco seria uma queda na *hubris* inexoravelmente catastrófica para a *polys*. Protágoras, criando o matema FHM, vai afirmar que a *linguagem* (*Frase*) é que é a medida (*Mensura*) do Homem. É o lugar do *logos* construtor do conceito de *homem*, que não é um ser pronto *a priori* (cidadania pré-fabricada) como projeção de idéias autônomas em si mesmas (cada qual com um sentido monádico, incorruptível, indevassável, absoluto), porque, para Protágoras, *tudo o que é pode ser dito por dois enunciados contrapostos* (princípio da contraposição ou princípio antilógico), por exemplo: um justo-injusto; um belo-feio, um bom-mal. Portanto, os contrários são diferentes e não sempre idênticos em virtude da impossibilidade da contradição (princípio da não-contradição), porque só a linguagem monádica é que diria que uma coisa é peremptoriamente bela e feia ou bela ou feia de modo uno e indivisível (insuscetível ao *contraditório*).

O conceito de *processo* em Fazzalari como espécie de procedimento em contraditório entre as partes na preparação do provimento jurisdicional é que abriu ensejo ao argumento (antilogia)

²¹ DUESO, José Solana. *Protágoras de Abdera - Dissoi Logo*. Madrid: AKAL - Clássica, 1996, p. 37-46.

contra uma lógica autocrática da linguagem monádica (princípio da não-contradição) portadora de um saber primeiro e último indiscutível, como quer Dinamarco²², por uma jurisdição salvífica e auto-suficiente em seus propósitos de realização de escopos metajurídicos.

9 Conclusões

A concepção de *democracia* sem o *medium* lingüístico do *processo*, a pretexto de celeridade e justiça rápida, reafirma o discurso luhmanniano de que o importante não é resolver os conflitos estruturais nas comunidades políticas, mas, numa reprodução microssistêmica, reduzir o grau de hostilidade às decisões judiciais. No Brasil e em vários países, ainda se sustenta a tese ingênuas de que, extinta a morosidade da Justiça na resposta às demandas jurídicas, o Judiciário recuperaria seu prestígio junto ao povo, ainda que os direitos fundamentais desse povo já assegurados constitucionalmente possam ser postergados *ad infinitum* em seu reconhecimento judicial.

Em suma, *processo e democracia* estabelecem uma relacionalidade que torna possível uma *linguagem* processualizada (sentido *neo-institucionalista*)²³ supletiva das significâncias na construção decisória da existência, incidência, supressão ou confirmação da normatividade democrática por um controle de constitucionalidade (fiscalidade plenária) incessante e aberto a qualquer do povo, sem quaisquer ônus (art. 5º, LXXVII, da CB/88), como instituto de auto-inclusão do destinatário normativo no sistema de operacionalidade e fruição dos direitos fundamentais também processualmente criados. A aceitação de uma falibilidade sistêmica continuada e fiscalizada pelo *devido processo* de modo ininterrupto rompe com o saudosismo liberalizante ou socialista (Miguel Reale) de heranças ideológicas²⁴ que caminham no tempo rumo a uma suposta democracia social por um taumaturgo processo histórico de premiação àqueles que, privilegiadamente longevos, pensam assistir ao esplendor escatológico da chegada final da paz perpétua, pouco importando se, nesse ínterim, os mortos²⁵ pelo direito adiável dos jurisdicionalistas estiveram, em algum tempo, vivos como seres humanos.

-:~:-

²² DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 63, 77, 89 e segs.

²³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. Ob. cit., p. 159-199.

²⁴ REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 41 - *fine*.

²⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Ob. cit., p. 111-119.

PROCESSO E DEMOCRACIA – A AÇÃO JURÍDICA COMO EXERCÍCIO DA CIDADANIA

SUBSTRACT

Considerando que a *democracia* tem na modernidade a sua hermenêutica na processualidade jurídica (*teoria do processo*) como relação espaço-temporal de criação, modificação, extinção e aplicação do direito, e não mais na dimensão retórica (*ÁGORA*: espaço jurissocial) de subjetividades moralmente comprometidas com o bem-estar coletivo por ações afirmativas de paternalização de metas privadas e públicas, desenvolve-se aqui a enunciação de uma conceitualidade compatível com os conteúdos já constitucionalizados no Brasil que garantem o devido processo como instituto construtivo e fiscalizatório da Sociedade Democrática e de auto-inclusão social pelo exercício da cidadania caracterizada pela *legitimação* irrestrita ao PROCESSO JURÍDICO. Para a compreensão da democracia por uma *teoria jurídico-processual*, que há de ficar no lugar da fala prescritiva do decisor onisciente ainda guiado por uma jurisdição mitificada, é que se impõem incursões na estrutura do discurso democrático ao longo dos séculos.

Belo Horizonte, 26 de agosto de 2005.

Rosemiro Pereira Leal

Sumário: 1 Introdução. 2 Liebman e Fazzalari: coincidências e divergências. 3 Inexistência da relação jurídica processual. 4 Provimento final preparado pelas partes em contraditório. 5 Conclusão. 6 Referências bibliográficas.

1 Introdução

Certamente os adeptos da denominada teoria eclética da ação identificarão no âmbito do processo civil um capítulo fundamental na história científica e na evolução da teoria geral do processo.

A teoria eclética concebida a partir do direito material, comentada pelos doutrinadores e processualistas, conferiu impulso inicial nos estudos a respeito da ação e sua importância para o processo ao discutir a possibilidade jurídica do pedido enquanto condição de ação, celebrando e honrando as idéias preconizadas por Liebman.

O nosso Código de Processo Civil consagrou a teoria eclética proposta por Liebman, implicando o apoio maciço de mais de uma geração de processualistas. Por conseguinte, as designadas condições de ação, mérito e jurisdição são as bases ou pilares de sustentação dos estudos científicos iniciais do processo enquanto disciplina acadêmica. Entretanto, tais processualistas pecam por não trabalhar, justificar ou se preocupar com o estudo aprofundado do processo e do procedimento imprescindíveis à comprovação científica.

Em emérita contribuição, Fazzalari faz uma operação lógica para pôr em prática a metodologia de seu pensamento, consistindo esta numa cisão; descarta uma inclusão (do geral para particular; do particular para o geral) e considera como postulado ou premissa para objeto de estudo o procedimento que passa a ser gênero, tendo o processo como espécie por excelência.

Assim, por ilação de idéias, o processo é conceituado como procedimento realizado em contraditório entre as partes. A partir daí, marcos teóricos esquecidos e relegados pelos estudos de escolas e teorias anteriores são revistos e finalmente valorados como imprescindíveis para a ciência do processo.

O mestre italiano retoma e aperfeiçoa inúmeros conceitos de institutos ligados à ciência do processo, a saber: os princípios, os sujeitos, a jurisdição, a ação e a legitimação, cuja nova semântica científica por ele atribuída faz com que deixem de ser considerados como mera abstração derivada da lei, ganhando, assim, relevância científica conforme será demonstrado no transcorrer deste trabalho.

2 Liebman e Fazzalari: coincidências e divergências

De ressaltar-se, também, que Fazzalari aderiu, incondicionalmente, à teoria da ação como direito abstrato. Assim, igualmente para aquele professor, o direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado pelas partes no processo.

* Juiz de Direito da 1ª Vara de Família da Capital. Mestre em Direito Processual pela PUC-Minas. Doutorando na mesma área e na mesma instituição.

Porém, para Fazzalari, na conclusão do processo, existindo o direito material, o juiz será investido do dever de dizê-lo. Nessa hipótese, poder-se-á constatar, efetivamente, a legitimação do juiz para emanar a providência jurisdicional como fase última da legitimação do mesmo.

Essa fase pode chamar-se de “legitimação à providência jurisdicional”, para distingui-la da anterior legitimação para agir, “legitimação ao processo”, e se vêem as partes em posição passiva, enquanto a providência é imposta em desfavor das mesmas.

Nesse sentido e com essas limitações (de legitimação a receber a providência jurisdicional), pode-se falar de legitimação passiva das partes. Não se pode admitir, fora dessa hipótese, a velha e surrada afirmação no sentido de que, no processo, o autor tem legitimação ativa e o réu legitimação passiva: a legitimação de todos os protagonistas do processo é ativa.

Entretanto, se, ao contrário, o juiz rejeitar o pedido, ou seja, recusar a providência jurisdicional requerida, neste caso se poderá dizer que, ao final, o juiz e as partes não têm a legitimação à providência almejada, ou seja, respectivamente, para emití-la e para recebê-la.

Apesar disso, tanto o juiz quanto as partes não podem se considerar sem “legitimação para agir”, visto que processo houve, e não poderia ser de outra maneira para se chegar à decisão. A legitimação para agir não é sensível ao êxito do processo.

Nota-se, às escâncaras, que a teoria fazzalariana vai de encontro aos ensinamentos de Liebman, já que aquele processualista, conforme visto acima, nega o caráter jurisdicional a toda a atividade que se desenvolve no processo e da qual resulta a carência de ação; e, por conseguinte, nega também o caráter jurisdicional da chamada sentença terminativa.

Citamos, novamente Liebman, visto que os ensinamentos desse mestre exerceram influência enorme sobre muitos outros processualistas, especialmente entre nós, onde conquistou grande notoriedade e difusão em face das aulas que aqui administrou, afluindo, daí, a chamada “Escola de São Paulo”, cujos discípulos - Alfredo Buzaid (responsável pelo projeto que originou nosso vigente Código de Processo Civil), Ada Grinover, Cândido Dinamarco, dentre outros - se dedicaram a difundir os ensinamentos do mestre, sem qualquer ressalva.

Assim, veio à tona, em 1973, o atual Código de Processo Civil, que, no tocante às condições da ação, encampou, também sem nenhuma correção, os ensinamentos de Liebman.

Portanto, a importância de Liebman não se restringiu aos debates doutrinários acerca da teoria da ação. A doutrina dele é, entre nós, “lei” e deixou marcas, por meio do discípulo Alfredo Buzaid, que são, com frequência, criticadas, inclusive no que diz respeito à incompatibilidade do art. 267, VI,¹ do Código de Processo Civil, a impedir que, em se tratando de carência de ação, não haja julgamento de mérito e, por conseguinte, inexistência coisa julgada.

Entretanto, para Fazzalari, mesmo que o processo termine em razão de, desde o começo, uma ou demais partes não poder considerar-se, em hipótese, destinatária dos efeitos do processo, ou que o juiz não poderia, desde o princípio, considerar-se autor; mesmo nessas hipóteses, os atos implementados durante o curso do processo, breves ou duradouros, serão inúteis, mas não inválidos.

3 Inexistência da relação jurídica processual

A tese fazzalariana, do processo como procedimento em contraditório, a nosso sentir, apresenta uma evolução doutrinária em relação ao conceito de processo como relação jurídica, conceito bulowviano encampado por Liebman.

¹ “Art. 267. Extingue o processo, sem julgamento do mérito: (...)

VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”.

A relação jurídica processual assemelha-se à figura da relação de direito material, dogma civilista do século XIX presente no ordenamento jurídico e cuja característica primacial seria a presença do credor como titular do direito subjetivo e do devedor como responsável pelo cumprimento do dever legal, ligados entre si por um vínculo obrigacional.

Transportando o conceito de relação jurídica ditado pelo direito material para o âmbito da ciência processual, vemos sua total incompatibilidade.

Com efeito, não se pode admitir no processo que determinado sujeito - interessado - exija do contra-interessado o cumprimento de um dever jurídico ou prestação. O que se verifica são interesses opostos manifestados em contraditório, criando, em cadeia seqüencial, ato após ato, o provimento final, o qual, por conseguinte, irá afetar a esfera jurídica de um dos interessados, impondo-lhe o encargo previsto na norma, enquanto "*canone di valutazione di una condotta*"^{2,3}.

Contrapondo-se à tese do processo como relação jurídica, Gonçalves apresentou argumentos bastante convincentes de que o conceito bulowviano se encontra superado pelo reconhecimento do processo como procedimento em contraditório. Aduz o autor da insuperável obra *Técnica Processual e Teoria do Processo*, que os conceitos de cunho liberal da relação jurídica são incompatíveis com a moderna ciência do direito processual, mormente após o surgimento da tese de Fazzalari.

Segundo Gonçalves, a presença do contraditório e a simetria de paridade na obtenção do provimento seriam incompatíveis com a figura da relação jurídica, em que prevalece a presença do vínculo obrigacional entre os sujeitos, em que o credor (interessado) poderia exigir do devedor (contra-interessado) a prática de conduta determinada:

O problema que se coloca ao se considerar o processo como uma relação jurídica é o problema da própria relação jurídica. Ao se admitir o processo como relação jurídica, na acepção tradicional do termo, ter-se-ia que admitir, conseqüentemente, que ele é um vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada.⁴

Em conclusão ao raciocínio apresentado e desprezando, de vez, a teoria da relação jurídica processual, Gonçalves assevera que:

inexistindo vínculo entre sujeitos, pelo qual atos possam ser exigidos, pelo qual condutas possam ser impostas entre partes e o juiz, não há como aplicar ao processo a figura da relação jurídica que, construída no século passado, fruto do individualismo jurídico, já não encontra terreno propício para continuar vicejando no Direito (2001:100).

Não se nega o devido valor à teoria da relação jurídica num contexto histórico para o desenvolvimento da Ciência do Direito Processual, mas o que não se pode admitir é sua incontestabilidade como teoria unânime no direito brasileiro.

Cabe ressaltar que, ao estudarmos o direito sob o aspecto democrático, temos de reconhecer o ordenamento jurídico como um todo homogêneo, dotado de normas complementares entre si, a fim de que a exegese jurídica seja obtida por critérios democráticos e inspiração constitucional, em que a prevalência de princípios regrados na Constituição se sobrepõe a conceitos isolados.

Com fundamento no raciocínio acima, é incontestável o reconhecimento de que a concepção de processo como procedimento em contraditório se encontra, sobremaneira, mais afinada ao discurso democrático que a teoria da relação jurídica de índole liberal, fruto de doutrinas do século XIX.

² FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1992, p. 45.

³ "Cânone de valoração de uma conduta" (tradução livre).

⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001, p. 97.

Na concepção fazzalariana, o processo é fator inerente ao Estado de Direito Democrático, situando-se, teleologicamente, não apenas no campo exclusivo do Direito Processual, mas sim no vasto domínio da Teoria Geral do Direito, donde se irradiará a todo o ordenamento jurídico estatal, apresentando-se imprescindível ao desenvolvimento de uma sociedade livre, justa, plural e igualitária.

A missão do processo como instituto geral do Direito e sua classificação com base nas funções do Estado em que se encontra presente também é compartilhada pelo professor Baracho, conforme o trecho a seguir exposto:

o processo como fenômeno geral do Direito depende da natureza da função em que ele se coloca. A classificação dos tipos fundamentais de processos tem relação com a questão das funções do Estado. A idéia de processo aparece em todos os campos do direito, desde que ocorra um conflito de interesses que necessita ser resolvido.⁵

A sociedade na qual o processo não é reconhecido como garantia constitucional, componente necessário do complexo normativo, e não ter tal instituição presença obrigatória na emanção de provimentos estatais que irão afetar interesses jurídicos dos administrados, seja no âmbito jurisdicional, administrativo ou legislativo, não se encontra sob a bênção da democracia, mas sim à sua margem, sujeita a decisões de *imperium* e potestades governamentais de caráter arbitrário.

4 Provimento final preparado pelas partes em contraditório

Ainda em consonância com a doutrina fazzalariana, o ato processual é definido, previamente, em lei. Portanto, na descrição de um ato, previsto é o sujeito ao qual ele é imputado e que terá o poder ou o dever de cumpri-lo, desde que seja a conduta imputada lícita ou de dever. Assim, uma série de atos é imputada às partes, outra o próprio juiz deverá executar. Portanto, pela descrição regrada de cada ato e da série de atos que compõe o processo, extraem-se os sujeitos do processo.

Assim, tanto no processo civil, administrativo, penal ou constitucional são sujeitos do processo: o juiz, seus auxiliares e as partes.

A capacidade para agir do juiz (com exceção da incapacidade natural sobrevinda) advém da investidura no ofício, isto é, desde o momento em que ele foi aceito na ordem judiciária, normalmente mediante concurso público. A mesma coisa diga-se com relação aos auxiliares permanentes (contador, escrivão, escrevente, oficial de justiça, dentre outros) ou ocasionais, mas que também são regularmente nomeados, a exemplo do perito, do assistente social ou do psicólogo.

O juiz deixa de ter legitimidade para atuar em determinado processo dependendo do tipo de jurisdição (civil, criminal, constitucional, etc.), ou da fase do processo (primeira instância: juiz singular; segunda instância: juízes colegiados), bem como da divisão das tarefas num mesmo processo (no Tribunal do Júri: juiz sumariante, na primeira fase; juiz-presidente, na segunda fase).

Certo é que o juiz, seus auxiliares e partes devem ter uma específica "legitimação" para poder cumprir os respectivos papéis num determinado processo, isto é, sendo capazes e devidamente investidos, devem resultar habilitados a participar do processo, impulsionando-o rumo ao provimento através das faculdades, dos poderes e deveres.

Assim, a legitimação para participar de um processo (legitimação para agir) não poderá ser

⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 118.

entendida apenas em relação às partes, deve também ser usada em relação à legitimação dos órgãos jurisdicionais, visto que eles também interagem durante todo o processo.

O Professor Aroldo Plínio Gonçalves comunga com o entendimento fazzalariano no parágrafo anterior encampado, ao afirmar:

O contraditório não é apenas a participação dos sujeitos do processo. Sujeitos do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles que são os 'interessados', ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor (GONÇALVES, 2001, p. 120).

Por conseguinte, a legitimação para agir no processo jurisdicional civil determina-se do mesmo modo como para qualquer processo, baseando-se na providência pleiteada. De considerar-se, para tanto, o resultado do processo e se o pedido foi ou não analisado.

Os efeitos do provimento a ser emitido podem afetar o patrimônio de alguns sujeitos. Portanto, é óbvia a exigência que eles, como possíveis destinatários da eficácia da providência jurisdicional, participem do *iter* na formação do processo.

Por conseguinte e enquanto não proferida a sentença, são os sujeitos antes aludidos hipoteticamente legitimados passivos em relação à providência pedida – tais sujeitos são “contraditores”, visto que legitimados a “dizer e contradizer” durante o procedimento e o processo.

A “situação legitimante” das partes (aquela na base da qual se individualiza quem pode estar no juízo, para dizer e contradizer: autor, réu, interventor) é, então, constituída por dois adendos lógicos: a providência jurisdicional que o requerente (por exemplo, no processo civil, o autor ou o convocado autor da reconvenção, o interventor, o credor) postula e os sujeitos que, em hipótese, por causa dessa providência, prescindindo do real êxito do processo, são diretamente afetados (no processo civil, trata-se do mesmo autor, de um ou mais convocados, do interventor e do devedor executado).

Acerca da legitimação do juiz, é também com lastro no tipo de providência que o mesmo é chamado a emitir que ele próprio poderá julgar a própria legitimação dele e de seus auxiliares, inclusive no tocante à competência, para figurar em determinado processo.

Ainda para as finalidades de legitimação de um juiz num determinado processo, outro requisito é a “imparcialidade” em relação à providência (pedida e emitida). O juiz deve estar acima e além da situação substancial que vai ser a consequência da providência e em relação aos titulares da mesma, isto é, os destinatários dos efeitos da medida jurisdicional. Este “estar além” ou “acima” é a base da “imparcialidade” do juiz, qualidade essencial, por imposição do nosso sistema constitucional.

Da obra de Fazzalari, nota-se a necessidade de destacar a importância do relacionamento entre o processo e a situação substancial deduzida no litígio. É que, do ponto de vista constitucional, a justiça se coloca contra o “ilícito”. Assim, a justiça civil é direcionada a concertar o inadimplemento da obrigação e a tutelar o correspondente direito subjetivo.

Portanto, os processos jurisdicionais são engendrados de forma que, no desenvolvimento dos mesmos, possa constatar-se a existência ou não daquela situação substantiva e, no caso de resultado positivo, possa emitir-se uma providência (por exemplo, a imissão na posse).

Obviamente, ressalta Fazzalari que nem todos os processos finalizam uma “providência

jurisdicional”, visto que podem extinguir-se durante o caminho ou não, comprovada a situação substantiva em razão da qual a providência poderia existir.

Portanto, não se pode considerar a ação pelo resultado do processo, no sentido de que, no final, a providência jurisdicional pedida seja rejeitada. Não é pelo resultado do processo que se poderá dizer que as partes ficaram sem “legitimação para agir”. Ao contrário, houve desencadeamento necessário do processo, justamente para que o juiz pudesse tomar uma decisão. “Ações” aconteceram por parte de todos os partícipes do processo.

Como visto acima, a legitimação para agir diferencia-se da legitimação à providência e não é afetada pela diferença dessas legitimações, diferença que depende, no processo civil, da instrução, a esclarecer se existe ou não o dever e/ou o direito subjetivo, ou que o autor ou o réu não é, respectivamente, titular do direito e do dever, ou que não aconteceu a lesão do direito.

As atividades processuais despendidas para instrução do mérito poderão ser consideradas inúteis, mas não por isso invalidadas por falta de legitimação para agir, visto que esta se adquire com base na situação legitimante e pode ser exercida durante todo o desencadeamento do processo, independentemente do resultado.

A situação que legitima partes e juiz poderia identificar-se, e ainda por alguns é identificada, com o “relacionamento substancial deduzido em litígio”. Porém, na versão mais moderna, entende-se legitimado ao processo civil quem declara, *in limite litis*, um próprio direito subjetivo lesado e também quem é indicado como titular do dever colocado a serviço do tal direito e como autor da lesão.

Encaixam, perfeitamente, neste tópico as lições de Professor André Cordeiro Leal, ao afirmar:

(...) ganham relevo, no âmbito da investigação do Direito Processual, as questões acerca da interpretação do Direito e de sua aplicação em casos concretos, porque, perante a nova ordem constitucional, às garantias do processo e ao paradigma do Estado Democrático de Direito, o provimento jurisdicional, sob o ponto de vista interpretativo, não mais pode ser abordado como ato solitário do julgador.

E isso se dá em razão do fato de que o princípio constitucional do contraditório determina, por um lado, que às partes sejam dadas iguais oportunidades de atuação no ‘procedimento que prepara o provimento’ e, por outro lado, que essas partes, a partir da reconstrução e interpretação compartilhadas também dos próprios fatos, possam efetivamente contribuir argumentativamente para a escolha da norma aplicável ao caso concreto, gerando repercussões obrigatórias na atividade de fundamentação desenvolvida pelos órgãos judicantes. (LEAL, 2002, p. 20.)

As duas situações – aquela constituída pelos efeitos pretendidos na providência jurisdicional e aquela lastreada na *res in judicium deducta* – parecem iguais, mas não são; a segunda é sempre viável. Assim, quantas vezes o conteúdo da providência jurisdicional é diferente em relação àquele do relacionamento substancial controverso – isso acontece nas providências jurisdicionais constitutivas em sentido estrito (em sentido amplo, são constitutivas todas as providências jurisdicionais). De se ater, no processo da legitimação, à providência almejada, e não na situação substancial pregressa, evidentemente. Basta pensar, além das sentenças constitutivas civis e aquelas do juízo administrativo, também na sentença de condenação penal, destinada a criar entre o réu e o Estado uma situação (o Estado tem o dever de segregar o condenado e este, por conseqüência, perde o direito fundamental à liberdade), totalmente diferente daquela situação preexistente, através da qual a pessoa teria o dever de não violar o preceito penal substancial.

Evidentemente que, com a assertiva acima, buscada em Fazzalari, desvalorizado não fica o papel da situação substancial anterior ao processo, como objeto do contraditório e da cognição do juiz, como pressuposto, quando comprovada, da providência jurisdicional. É que, mesmo sendo a providência jurisdicional mais exhaustiva, processo existirá sempre que, durante a instrução dele,

participam, justamente, os destinatários dos efeitos do provimento, em contraditório.

5 Conclusão

Assim e a partir de Fazzalari, não há que se falar mais em relação jurídica, ainda hoje admitida pela doutrina tradicionalista do direito processual, teoria esta concebida por Oscar von Bülow, em 1868, e que, no paradigma de Estado Democrático de Direito, passa a ter importância apenas histórica.

A teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, em simétrica igualdade entre as partes, concebida na Itália por Fazzalari e entre nós, inicialmente desenvolvida por Gonçalves, veio dar seqüência ao ciclo evolutivo do direito processual.

Ademais, verifica-se, no Brasil, que a Constituição Republicana de 1988 traz expressamente a garantia do devido processo legal como direito fundamental (art. 5º, incisos LIV e LV), garantia esta somente compatível com regimes democráticos, uma vez que, nos regimes ditatoriais ou de exceção, há apenas uma garantia formal do processo.

O marco teórico no Brasil é a obra *Técnica Processual e Teoria do Processo*, do Professor Aroldo Plínio Gonçalves, que define o processo como procedimento realizado em contraditório. Essa teoria foi recepcionada e aperfeiçoada pelo Professor Rosemiro Pereira Leal, que entende, atualmente, ser o processo instituição constitucionalizada garantidora de direitos procedimentais pelos princípios do contraditório, da isonomia, da ampla defesa, da anterioridade da lei, do dever da jurisdição, do direito ao advogado, da liberdade incondicionada de requerer, caracterizadores do *due process*, que abrange o direito material do *substantive due process* modulador dos procedimentos para assegurar efetividade.

Com efeito, o Professor Rosemiro Leal (2001:52) afirma que a reflexão fazzalariana do processo, para sua validade jurídico-científica, “terá de partir, na atualidade, do estudo dos fundamentos jurídico-institucionais do processo, e não da qualidade do procedimento em si mesmo”.

Assim, há que garantir, constitucionalmente, o contraditório, para que esse princípio não seja mera abstração e, por conseguinte, se materialize (direito-garantia constitucionalizado) no procedimento.

Conclui-se, portanto, que existirá processo apenas se observados todos os seus princípios instituidores, previstos na Constituição, e não apenas o contraditório, um dentre os demais (ampla defesa e isonomia) a definir, previamente, o que seja processo na Constituição.

Também há que se entender, como bem ressalta Pereira Leal,⁶ em desprezo à teoria instrumentalista, que “a jurisdição não tutela ou cria direitos vigentes, processuais ou materiais, pelo provimento; apenas reconhece, define” e, mediante o processo, na pós-modernidade, o povo tem a liberdade direta e permanente de rever, fiscalizar, construir, destruir, reconstruir ou modificar o ordenamento jurídico, isto é, o povo se sente como co-autor feitor e destinatário da norma jurídica por meio de procedimento interacional.

6 Referências bibliográficas

⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. Verossimilhança e inequívocidade na tutela antecipada em processo civil. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 2, nº 3 e 43, p. 231, 1º e 2º sem. 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BÜLOW, Oscar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1973.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1946.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. rev. atual. v. 1, 2 e 3. São Paulo: Malheiros, 2001.

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1992.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira (coord.) *Estudos continuados da teoria do processo: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em Direito Processual*. 4. ed. v.1 e 2. Porto Alegre: Síntese, 2001.

_____. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 4. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Síntese, 2001.

_____. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Corso di diritto processuale civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952.

_____. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Edição 2001 Araras. São Paulo: Bestbook, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. *Revista de Processo*, [S.l.], v. 17, p.41-49, jan./mar. 1980.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da ação cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. Teoria geral da efetividade do processo. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 1, n. 1, p. 90-107, 1º sem. 1998.

---:-

**Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes
Belo Horizonte, 2006**