

Revista **de** Direita **UPIS**

2012 v. 10

EDITOR

Carlos Aureliano Motta de Souza

CONSELHO

Antonio Pedro da Silva Machado

Beatriz Emilia Bartoly

Esdras Dantas de Souza

Esdras Neves de Almeida

Ives Gandra da Silva Martins

Ivo Montenegro

João Maurício Leitão Adeodato

Luiz Antonio Borges Teixeira

Magda Montenegro

Marco Aurélio Mendes de Farias Mello

Orival Grahl

Pietro Lemos Costa



Faculdades Integradas

Diretor-Presidente

Diretor Administrativo

Diretor Financeiro

Diretor de Ensino

Diretora de Avaliação

Diretor de Pós-Graduação

Vicente Nogueira Filho

José Rodolpho Montenegro Assenço

Ruy Montenegro

Benito Nino Bisio

Andrezza Rodrigues Filizzola Bentes

José Ronaldo Montalvão Monte Santo

A **Revista de Direito UPIS** é publicação anual das Faculdades Integradas da União Pioneira de Integração Social – UPIS.

SEP/ Sul - EQ. 712/912 - Conjunto “A”
CEP 70390-125 - Brasília-DF

As informações e opiniões expressas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade dos respectivos autores.

Revista de Direito UPIS / União Pioneira de Integração Social. v. 1 (2003) –
Brasília, DF/ UPIS, 2012.

v. 10.

ISSN 1678-3107

Publicação anual

1. Direito – Periódicos

União Pioneira de Integração Social – UPIS

CDU 34 (03)

Revisão de Originais

Ruy Davi de Góis

Revisão Final

Ruy Davi de Góis

Geraldo Ananias Pinheiro

Magda Montenegro

Tradutor

Pietro Lemos Costa

Capa

Marcelo Silva Alves

Diagramação, editoração eletrônica e impressão

Gráfica e Editora Inconfidência

SUMÁRIO

- 5** Apresentação
- 9** Reexame da prova diante dos Recursos Especial e Extraordinário
Luiz Guilherme Marinoni
- 31** A validade do ato processual praticado por advogado suspenso
Estefânia Ferreira de Souza Viveiros
- 47** As Políticas de Inovação do MCTI e a questão da Propriedade Intelectual nos cursos superiores
Rubens de Oliveira Martins
- 55** Reclamação – a ampliação do cabimento no contexto da “objetivação” do processo nos tribunais superiores
Osmar Mendes Paixão Côrtes
- 69** O princípio da separação de poderes na visão pragmática das modernas democracias: a impossível disputa entre o STF e a Câmara dos Deputados
Carlos Aureliano Motta de Souza
- 93** Forças Armadas: igualdade de gênero e profissionalização
Erick Wilson Pereira
- 119** Os juros remuneratórios na cédula de crédito rural
Fernando Pinho
- 149** Uniformizar a jurisprudência ou legislar? A Súmula Vinculante e o papel do Supremo Tribunal Federal: análise da Súmula Vinculante nº 11
Ranulfo José Prado
- 177** Normas para colaboradores

SUMMARY

- 5** **Presentation**
- 9** **Review of the evidence due of Special and Extraordinary Appeals**
Luiz Guilherme Marinoni
- 31** **The validity of procedural's act performed by a suspended lawyer**
Estefânia Ferreira de Souza Viveiros
- 47** **The Innovation Policies of MCTI and the issue of Intellectual Property in higher education**
Rubens de Oliveira Martins
- 55** **Complaint – the expansion of its place in the context of “objectification” of the case in the higher courts**
Osmar Mendes Paixão Côrtes
- 69** **The principle of separation of powers in the pragmatic view of modern democracies: the impossible struggle between the Supreme Court and Chamber of Deputies**
Carlos Aureliano Motta de Souza
- 93** **Armed Forces: gender equality and professionalization**
Erick Wilson Pereira
- 119** **The remuneration rates on the ballot rural credit**
Fernando Pinho
- 149** **Standardize jurisprudence or regiment it? The Binding Precedent and the role of the Supreme Court: Analysis of Binding Precedent number 11**
Ranulfo José Prado
- 177** **Norms for contributors**

APRESENTAÇÃO

A Revista de Direito da UPIS vem a lume em momento crítico de confrontações entre dois Poderes da União: o Legislativo e o Judiciário. Vários são os pontos que arranham a harmonia entre esses dois Poderes. As questões envolvendo a ficha limpa, o direito de greve dos funcionários públicos, a desnecessidade do Art. 52, inc. X da CRFB são temas importantes e polêmicos que têm colocado os Poderes em lados opostos.

Recentemente, a pauta de controvérsias tem aumentado significativamente, em especial após o julgamento da AP 470, conhecida vulgarmente como “mensalão”. Encerrado o julgamento, surgiu a dúvida: a quem compete determinar a perda de mandato de parlamentares federais: ao STF ou à Câmara dos Deputados? Esse assunto proporcionou manifestações públicas dos Presidentes da CD e do STF. Como não está resolvida essa pendência, a Revista abre suas páginas com artigo do Editor, realizando um passeio perspectivo no texto constitucional. Se não traz mais luzes ao tema, pelo menos suscita entre os acadêmicos a emulação para o debate.

Abrindo a Revista, em artigo denso e abrangente, o Professor Doutor Luiz Guilherme Marinoni trata da questão do *reexame da prova diante dos Recursos Especial e Extraordinário*. Tendo como alvo a qualidade da prestação jurisdicional, aborda os diversos aspectos envolvendo a validade da prova, preocupado com a convicção judicial formada nas instâncias inferiores mediante a apresentação de provas. Sua contribuição, a um tempo, é uma aula sobre o assunto e estimula o seu estudo.

A súmula foi imaginada pelo saudoso Ministro Victor Nunes Leal, na década de 60, para tentar corrigir ocorrências comuns de decisões divergentes entre as Turmas do STF. O Ministro Nunes Leal se ofereceu, então, a estudar todos os casos havidos e que resultaram em subida ao Pleno para decisão sobre qual Turma havia decidido corretamente determinada questão. Em 1964, entra vigor um Repertório de Jurisprudência com mais de 600 verbetes, que vieram a se chamar “súmulas”, aos quais todos os minis-

tos ficariam jungidos. Com o tempo, os demais tribunais do país passaram a adotar o critério do STF e iniciaram a compilação de súmulas, com efeito vinculante no âmbito do respectivo tribunal, mas meramente persuasivo para os juízes subordinados. Esse esforço se propaga e, em 1974, vai entrar definitivamente no CPC com o título de “Uniformização da Jurisprudência”. Com a EC 45/2004, determinadas decisões do STF passam a ter caráter vinculante. O Prof. Ranulfo, em percuciente trabalho de pesquisa, analisa a Súmula nº 11 do STF, que trata do uso de algemas, desenvolve um raciocínio cartesiano para, em brilhante conclusão, apontar os vícios que contornaram a propositura daquela Súmula, que culmina com a sua aprovação. Dos quatro cantos do País, vozes de respeitável valor jurídico se opuseram a essa Súmula. Nas delegacias de Polícia, foi motivo de escárnio e, como toda regra que não tem como finalidade o interesse público, acaba resvalando para o descumprimento.

O Professor Doutor Rubens Martins brinda nossa Revista com artigo importante para aqueles que detêm responsabilidade no campo do ensino superior. O Brasil já foi extremamente bem-sucedido na instalação de ações capazes de unir o conhecimento científico adquirido na academia com o setor produtivo do País, alavancando seu desenvolvimento. O Centro de Tecnologia da antiga Telebrás, em Campinas, foi um dos mais avançados fomentadores da indústria de tecnologia de ponta. São exemplos: as centrais telefônicas de processamento automático (CPA), o desenvolvimento e o desenho de chips que eram enviados ao Vale do Silício para produção e o desenvolvimento das pesquisas sobre fibra ótica. À época, o Brasil pertencia ao seletor grupo de sete países que dominavam essa tecnologia e aos cinco países que produziam a fibra ótica. O Prof. Rubens Martins aborda, com rara reflexão crítica, o problema atual do Brasil, que perdeu essa capacidade de fomentar a indústria de ponta. Indica e sugere as políticas públicas e programas que têm sido elaborados com o objetivo de apoiar e induzir ações para promover maior articulação entre o setor acadêmico e o setor produtivo, nomeadamente no que se refere à proteção da propriedade intelectual e à transferência de tecnologias para aumento da competitividade do País.

Outra importante contribuição nesta edição é a do Dr. Fernando Pinho, ao tratar da interpretação legal a ser dada ao limite dos juros remuneratórios, na ausência de regulamentação pelas autoridades econômicas. Após discorrer sobre a matéria de forma geral, o autor focaliza o tema nas operações materializadas por meio de cédula de crédito rural, demonstrando que, muito embora o entendimento predominante é o de que os juros remuneratórios estão limitados em 12% ao ano, o artigo procura demonstrar que, ainda que se pudesse estabelecer limitação dos juros remuneratórios praticados em cédula de crédito rural, o teto não seria de 12% ao ano.

Um Estado democrático que *“adota uma normatividade constitucional pela qual homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações deve-se obrigar a ter como um dos seus propósitos maiores a plena realização dos valores de igualdade em redutos tradicionalmente masculinos, mesmo que profundamente marcados pelo poder patriarcal e seus preconceitos”*. É com esse enfoque que o Dr. Erick Wilson Pereira aborda, em interessante artigo, a gradual inserção das mulheres no, até bem pouco tempo restrito, mundo das Forças Armadas. O trabalho aborda as leis e políticas públicas inclusivas para estabelecer e conceder a igualdade de oportunidades, direitos e obrigações nas instituições militares. Conclui por demonstrar que tais políticas *“constituir-se-iam em armas eficazes, paradigmáticas e simbólicas contra a perpetuação do estado de subordinação feminino, o qual não se coaduna com a perspectiva de uma sociedade verdadeiramente democrática e moderna que progride no sentido de materializar suas categorias políticas e jurídicas formais”*.

Estefânia Viveiros, com sua aguda inteligência, sempre que se debruça sobre qualquer tema jurídico complexo, é capaz de produzir um trabalho denso, arguto e conclusivo no melhor estilo de quem é apaixonado pelo Direito. Tendo sido membro do Tribunal de Ética da OAB/DF e depois presidente dessa seccional por dois períodos, escolheu um assunto de grande importância para a sociedade e para o qual não são dedicadas as devidas atenções: o ato processual praticado por advogado suspenso. Após detida análise do art. 4º do Estatuto da Advocacia e do art. 13, do CPC,

bem como de toda a jurisprudência produzida sobre o assunto, a autora conclui que tem havido um afastamento “*da repercussão da sanção disciplinar imposta ao advogado dos atos processuais praticados no processo por advogado desprovido de capacidade postulatória*”. Ao final, ressalta a importância do papel da OAB na fiscalização dos advogados e aplicação da penalidade prevista no Estatuto da Ordem, sempre que este for transgredido.

Em metódico artigo, o Dr. Osmar Paixão aponta a crescente importância da Reclamação no âmbito do STF e STJ, em razão de diversos fatores que obrigaram essas Cortes a elastecerem a utilização dessa ação originária. A jurisprudência do STF evoluiu relativamente quanto à utilização da reclamação em sede de controle concentrado de normas. Demonstra, igualmente, serem inevitáveis as reinterpretações dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade. É dentro desses contornos que a reclamação tem sido cada vez mais admitida, no âmbito dos Tribunais Superiores, por ser uma medida originária destinada a fazer valer os entendimentos já tomados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

O Editor

Luiz Guilherme Marinoni

Professor Titular de Direito Processual Civil da UFPR. Pós-doutor pela Universidade de Milão. Visiting Scholar na Columbia University. Advogado.

Reexame da prova diante dos Recursos Especial e Extraordinário

1. Aferição dos critérios jurídicos para a utilização da prova e para a formação da convicção judicial

Quando se pensa na relação entre a prova¹ e os tribunais não é possível esquecer-se da questão da impossibilidade do seu reexame por ocasião dos recursos especial e extraordinário.

Nessa linha, cabe lembrar a importância da prova para a formação da convicção judicial e, diante disso, do valor da imediatidade entre o juiz e a sua produção para uma prestação jurisdicional de maior qualidade. A imediatidade é privilégio do juiz de primeiro grau, embora isso não constitua obstáculo para a reapreciação dos julgados pelos tribunais mediante recurso de apelação, pois esses podem reexaminar a prova para formar a sua própria convicção sobre os fatos. Os tribunais, ainda que destituídos do benefício da imediatidade, estão autorizados a rejulgar a matéria de fato.

Os recursos especial e extraordinário, entretanto, não viabilizam novo exame da causa, nos moldes do recurso de apelação. Tais recursos têm âmbito restrito, permitindo apenas o reexame da solução que pode ter afrontado a lei federal (recurso especial – art. 105, III, CF) ou a Constituição Federal (recurso extraordinário – art. 102, III, CF).

Bem por isso dizem as Súmulas 279 do Supremo Tribunal Federal e 7 do Superior Tribunal de Justiça² que os referidos recursos não permitem o reexame de prova. Ocorre que a doutrina e os tribunais têm tido dificuldades em precisar esse conceito.

O conceito de reexame de prova deve ser atrelado ao de convicção, pois o que não se deseja permitir, quando se fala em impossibilidade de reexame de prova, é a *formação de nova convicção sobre os fatos*.³ Não se quer, em outras palavras, que os recursos extraordinário e especial viabilizem um juízo que resulte da análise dos fatos a partir das provas.

Acontece que esse juízo não se confunde com aquele que diz respeito à valoração dos critérios jurídicos respeitantes à utilização da prova e à formação da convicção. É preciso distinguir reexame de prova de aferição: i) da licitude da prova; ii) da qualidade da prova necessária para a validade do ato jurídico ou iii) para

o uso de certo procedimento, iv) do objeto da convicção, v) da convicção suficiente diante da lei processual e vi) do direito material; vii) do ônus da prova; viii) da idoneidade das regras de experiência e das presunções, ix) além de outras questões que antecedem a imediata relação entre o conjunto das provas e os fatos, por dizerem respeito ao valor abstrato de cada uma das provas e dos critérios que guiaram os raciocínios presuntivo, probatório e decisório.

Note-se que o que se veda, mediante a proibição do reexame de provas, é a possibilidade de se analisar se o tribunal recorrido apreciou adequadamente a prova para formar a sua convicção sobre os fatos. Assim, por exemplo, é proibido voltar a analisar as provas que convenceram o tribunal de origem sobre a presença de culpa.

2. Prova, motivação e qualificação jurídica dos fatos

Como é óbvio, o problema do reexame da prova não possui relação com a falta de motivação e com a qualificação jurídica dos fatos.

A ausência de motivação constitui, por si só, violação do Código de Processo Civil e da Constituição Federal, pouco importando o conteúdo da decisão que deixou de ser motivada. Uma decisão que, além de não motivada, violou critério jurídico ao estabelecer uma presunção – por exemplo – é antes de tudo, violadora do dever de motivar. A motivação, por ser necessária à aferição do uso adequado da prova, configura razão suficiente para a impugnação da decisão.

Por outro lado, a qualificação jurídica do fato é posterior ao exame da relação entre a prova e o fato e, assim, parte da premissa de que o fato está provado. Por isso, como é pouco mais que evidente, nada tem a ver com a valoração da prova e com a perfeição da formação da convicção sobre a matéria de fato.⁴ A qualificação jurídica de um ato ou de uma manifestação de vontade acontece quando a discussão recai somente na sua qualidade jurídica. Se a controvérsia diz respeito à qualificação de uma manifestação de vontade por instrumento público, é claro que sequer se chega perto de reexame de prova, pois aí não importa nem mesmo saber sobre a utilização da prova ou a respeito da formação da convicção sobre o fato, mas somente sobre a sua qualificação jurídica, vale dizer, se essa manifestação constitui reversão de doação, doação condicional ou doação “mortis causa” – por exemplo⁵.

3. Prova essencial à validade do ato jurídico

De acordo com o art. 366 do CPC, quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode

suprir-lhe a falta. Embora esse artigo fale de prova, o instrumento público aí exigido é dito da “substância do ato”. Na verdade, trata-se do chamado documento substancial, que não se presta a provar, mas sim a constituir o direito.

Diante disso, se uma decisão dispensa o instrumento público diante de ato cuja existência dele depende, há evidente violação de lei federal, apta a ser corrigida mediante recurso especial. A alegação recursal de inexistência desse documento não enseja simples reexame de prova, mas sim a análise da existência do próprio ato.

4. Uso de prova incompatível com determinado procedimento

Como é sabido, o mandado de segurança não admite o uso de prova diferente da documental. Assim, caso se afirme, em sede de recurso especial, que uma decisão admitiu o uso de prova diversa da documental no mandado de segurança, há inquestionável alegação de violação de lei federal, sendo equivocado pensar em pretensão de simples reexame de prova.

Nesse caso, existe apenas aferição do valor da prova que fundou o julgamento do recorrido, e não reexame da prova para a verificação da procedência da convicção fática.⁶

5. Discussão sobre a qualidade da prova necessária ao uso do procedimento

Além disso, o procedimento monitorio requer a chamada prova escrita. O CPC alude apenas à “prova escrita sem eficácia de título executivo” (art. 1.102-a), sem dar qualquer outro indicativo desse conceito, deixando de precisar o conceito de prova escrita ou de apontar as provas que mereceriam o qualificativo de “escrita”.

De modo que não deve ser rara a discussão a respeito de se a prova oferecida pelo autor da ação monitoria realmente constitui “prova escrita”. Aqui não importa, como é evidente, definir tal conceito, mas apenas evidenciar que ele pode ser discutido no caso concreto.

Nessa discussão não entra a questão de se saber se o juiz se convenceu adequadamente sobre os fatos, mas sim a de se o juiz poderia ter julgado com base em determinada prova – afirmada não merecedora do qualificativo de “escrita”.⁷ Nesse sentido, o que se coloca no recurso especial diz respeito à natureza da prova sobre a qual a decisão se apoiou. O enfrentamento da natureza da prova utilizada em concreto não pode ser confundido com a análise da convicção fática que a partir dela se formou.

6. Convicção de verossimilhança

O art. 273 do CPC fala em convicção de verossimilhança, conceito sobre o qual há sérias dúvidas na doutrina e nos tribunais, especialmente porque se pretende tratar desse conceito apenas em uma perspectiva processual, esquecendo-se da obviedade de que toda convicção *incide sobre um objeto, o qual, nesse caso, pertence ao plano do direito material.*

Portanto, pouco importa concluir que não se pode analisar, mediante recurso especial, a idoneidade da convicção de verossimilhança, pois ninguém discute que a convicção fática não pode ser reavaliada.

O que realmente importa é saber se os critérios jurídicos de formação da convicção de verossimilhança foram utilizados de maneira adequada, quando é imprescindível cogitar a respeito do objeto material da tutela antecipada.⁸

Isso significa que a análise da convicção de verossimilhança requer, como antecedente lógico, a descoberta dos diferentes pressupostos das várias tutelas antecipatórias – ditas tutelas de urgência quando vistas somente em perspectiva processual. Tais tutelas têm diferentes pressupostos conforme sejam inibitória, de remoção do ilícito, de ressarcimento na forma específica e do adimplemento na forma específica – por exemplo.⁹ Melhor explicando: a compreensão do conceito de convicção de verossimilhança depende da natureza da tutela antecipatória requerida, pois a convicção de verossimilhança, como acontece também com a convicção de verdade, não pode ser compreendida fora do caso concreto.

A tutela antecipatória pode ser preventiva ou repressiva e, nesse último caso, ter por objeto um ato contrário ao direito, um dano, um inadimplemento total ou um cumprimento imperfeito da obrigação. Não é preciso dizer que os pressupostos de cada uma dessas tutelas são completamente distintos.

Quando se alega, no recurso especial, que o tribunal recorrido deixou de devidamente analisar os pressupostos da tutela antecipatória *não se cogita acerca de inadequada formação da convicção fática, mas sim de indevida consideração do direito material.* Lembre-se que a tutela antecipatória pode ter como pressuposto, por exemplo: i) a probabilidade de vir a ser praticado ato contrário ao direito (tutela antecipatória inibitória), ii) a probabilidade de vir a acontecer dano (tutela antecipatória inibitória), iii) a probabilidade de ter ocorrido ato contrário ao direito (tutela antecipatória de remoção do ilícito), além do iv) fundado receio de dano que deve se juntar à probabilidade de ter ocorrido inadimplemento total ou cumprimento imperfeito (tutela antecipatória do adimplemento na forma específica).¹⁰

Assim, se o Ministério Público requer, em ação civil pública, a apreensão liminar de produtos ilícitamente expostos à venda, e a decisão recorrida deixa de conceder a tutela antecipatória sob a alegação de inexistência de probabilidade de dano, há evidente violação do direito material, pois pressuposto dessa tutela antecipatória é a probabilidade de a exposição à venda *constituir ilícito – ato contrário ao direito – e não a probabilidade de vir a ocorrer dano*.¹¹

7. Desconsideração da convicção suficiente

Pior que isso é a desconsideração da convicção suficiente para a concessão da tutela antecipatória. O art. 273 do CPC, como dito, afirma expressamente que, para a concessão dessa tutela, basta a convicção de verossimilhança.

Não obstante, são frequentes as decisões que não admitem a antecipação da tutela sob o argumento de inexistência de convicção de verossimilhança sem qualquer alusão e justificativa acerca das razões que levaram a tal conclusão. Quando isso ocorre, pode inexistir apenas uma ilegítima despreocupação em relação ao objeto da convicção, mas muitas vezes a exigência de uma convicção que está além da verossimilhança, chegando perto a de verdade – necessária apenas para a procedência do pedido.

Acontece que o juiz, diante de requerimento de antecipação da tutela, não está autorizado a exigir uma convicção mais aprofundada que a estabelecida no art. 273. *O respeito à convicção fixada como suficiente pelo legislador é uma garantia do jurisdicionado, que tem direito a obter a antecipação da tutela, no caso em que demonstra perigo, quando há “verossimilhança preponderante”, isto é, quando o seu direito é mais verossímil que o do réu.*

É claro que há ilegalidade quando o juiz expressamente afirma que é necessário convicção de verdade, pois há aí flagrante violação do ditado legislativo que lhe obriga a contentar-se com a verossimilhança. Mas, na generalidade dos casos de desconsideração da convicção de verossimilhança, o juiz supõe que essa convicção não está presente. Isso porque desconhece o significado dessa modalidade de convicção, especialmente porque está acostumado a raciocinar a partir da convicção de verdade.

A convicção de verossimilhança se expressa mediante a ideia de verossimilhança preponderante. Isso quer dizer que, no caso de perigo, o juiz deve analisar se o direito do autor é mais provável que o do réu, isto é, se a preponderância pende para o lado da parte autora. Em caso positivo, apenas poderá deixar de conceder a tutela na hipótese em que a sua concessão puder acarretar risco de

prejuízo irreversível ao direito que, no caso concreto, tiver valor maior que aquele que o autor pretende ver imediatamente tutelado. Se o juiz deixar de conceder a tutela, mas dessa forma não raciocinar e motivar, a sua decisão terá violado o art. 273 do CPC.

Perceba-se que a aferição de tal violação não requer o reexame das provas, e, portanto, é cabível em sede de recurso especial. Não há como confundir reexame de prova para a formação da convicção com desconsideração da suficiência da “verossimilhança preponderante”. No entanto, alguém menos avisado poderia argumentar que, para a constatação da verossimilhança preponderante, é preciso examinar as provas. Contudo, aqui se está tratando da hipótese em que o juiz nega ou não compreende que a verossimilhança preponderante é suficiente – violando o art. 273 – e não se concluindo que é possível reexaminar se as provas produzidas fizeram surgir convicção de verossimilhança.

8. Redução das exigências de prova e direito material

De lado a hipótese em que a convicção de verossimilhança é estabelecida na lei, existem situações de direito material que permitem ao juiz reduzir as exigências de prova, obviamente que justificando.

Isso acontece, quando a situação específica de direito material, para ser bem tratada, naturalmente requer a redução das exigências de prova. Nessas situações, o direito material não se compatibiliza com a convicção de verdade; a dificuldade de o autor provar o seu direito torna racional a admissão de uma convicção que não seja da mesma intensidade daquela usualmente exigida para a procedência do pedido.

Assim, por exemplo, nos casos de lesões pré-natais, em que não é possível exigir do autor a prova capaz de levar à convicção de verdade de que um acidente automobilístico foi o responsável pelo dano à saúde do recém-nascido. Do mesmo modo, na hipótese em que não se pode provar, de maneira a formar convicção de verdade, que a atividade da empresa ré é diretamente responsável pelo dano ambiental.

Agora não importa saber se a redução do módulo de prova é justificável nessas situações. O que interessa, nesse momento, é evidenciar que o juiz, ao reduzir o módulo da prova – evidentemente justificando – pode violar a norma que impõe ao autor o ônus da prova. Na mesma perspectiva, quando a situação concreta permitir a conclusão de que não se pode solicitar algo mais do autor, a decisão violará a regra do ônus da prova ao deixar de reduzir as exigências de prova.

Por isso, o recurso especial pode tratar da questão da redução do módulo de prova, sem que se possa pensar que o seu enfrentamento possa significar reexame de prova. No recurso especial é possível discutir a questão de se a decisão poderia, ou não, ter reduzido a convicção usualmente necessária para a procedência do pedido.

9. Inversão do ônus da prova, verossimilhança da alegação e hipossuficiência

O art. 6º, VIII, do CDC admite a inversão do ônus da prova em duas situações: i) no caso de verossimilhança da alegação e ii) na hipótese de hipossuficiência.

A decisão respeitante à verossimilhança da alegação somente é possível por ocasião da sentença. Nessa ocasião, tratando-se de relação de consumo, o juiz deve julgar procedente o pedido quando a alegação do autor for verossímil. Em tal caso, fala-se que o juiz deve inverter o ônus da prova. Entretanto, a força das palavras não é capaz de eliminar a realidade, uma vez que a constatação de verossimilhança é que permite o julgamento de procedência, até porque é irracional pensar em inverter o ônus da prova quando a instrução já acabou. De qualquer forma, é de inversão do ônus da prova que se fala quando se conclui que a alegação é verossímil.

No outro caso, de hipossuficiência, deve-se entender que hipossuficiente é aquele que, diante do caso concreto, possui grande dificuldade de produzir a prova, assim justificando a inversão do ônus da sua produção, que, por isso mesmo, evidentemente deve ser feita na audiência preliminar para dar à parte – que em princípio não está gravada com o ônus – a oportunidade de produzi-la.

Embora tais possibilidades tenham sido estabelecidas no CDC, são aplicáveis a todas as situações de direito material que tenham as mesmas peculiaridades do direito do consumidor. Mas, pretende-se aqui apenas demonstrar que a decisão que trata da inversão do ônus da prova pode ser objeto de recurso especial.

Não se diga, como já fez o STJ, que “o indeferimento do pedido de inversão do ônus da prova na origem, por não se tratar de hipossuficiência, mas, também, pela impossibilidade de se aferir da razoabilidade da verossimilhança das alegações do consumidor, *conceito de índole fático-probatório, atrai a censura da súmula 7 do STJ*, impedindo o conhecimento do especial, manejado sob o fundamento de maltrato ao art. 6º, VIII do CDC”.¹² Lembre-se de que os critérios da hipossuficiência e da verossimilhança da alegação são autônomos, o que significa que, para a inversão do ônus da prova, ambos não precisam estar presentes. O juiz, para decidir sobre a hipossuficiência, deve considerar apenas a difi-

culdade de produção de prova. Portanto, a decisão a respeito de hipossuficiência não pode impedir o especial sob o argumento de impossibilidade de reexame de prova. Além disso, como dito no item anterior, não há como confundir exame de prova para a formação da convicção de verossimilhança com redução das exigências de prova para a procedência do pedido ou para a inversão do ônus da prova na sentença.

Decidir sobre a inversão do ônus da prova requer a consideração do direito material e das *circunstâncias do caso concreto*, ao passo que a formação da convicção nada mais é que a análise da prova e dos demais argumentos. Inverter o ônus da prova não está sequer perto de formar a convicção com base nas provas. Assim, o recurso especial pode afirmar que a decisão que tratou do ônus da prova violou a lei, o que evidentemente não requer o reexame das provas.¹³

10. Determinação da credibilidade da prova

O juiz, antes de valorar as provas, deve estar certo de que a prova é idônea para formar o seu convencimento. Prova idônea, nesse sentido, é a que passou pelo teste de credibilidade. Para o juiz decidir sobre a credibilidade de uma prova, deve enfrentar certos critérios, precisamente determinadas regras de experiência. São as regras de experiência que devem guiar a aferição da credibilidade da prova.

Quando essa aferição for explícita, seja em razão de contradita da testemunha, seja em virtude de alguma circunstância a ter exigido, o juiz deve precisar a solidez da regra de experiência utilizada, justificando a sua aplicação no caso concreto. No caso em que tal aferição não tiver sido explicitada – e não houver violação ao dever de motivação –, ainda assim será possível dizer que a prova, diante de sua evidente inidoneidade, não poderia ter sido valorada para formar a convicção judicial.

Em qualquer uma dessas hipóteses, não há como negar a possibilidade de se discutir eventual violação do direito à prova em razão de incorreta aferição da sua credibilidade. Não ocorrerá, nessas situações, reexame de prova, mas sim a verificação de se a prova poderia ter sido valorada.

Analisar se uma prova poderia provar não é o mesmo que examinar a convicção que a decisão recorrida formou a partir das provas valoradas. Em tais circunstâncias, o recurso ficará limitado à análise de uma regra de experiência, ou seja, de uma regra de juízo, pois a análise da credibilidade da prova não poderá ser feita quando, para se determinar a sua própria credibilidade, houver a necessidade de reexame de provas, como pode ocorrer diante da contradita.

11. Regras de experiência e presunções judiciais

Por outro lado, não é possível esquecer o papel das regras de experiência na formação das presunções. As presunções são formadas a partir dos indícios, ou melhor, das provas indiciárias, mas sempre com base em regras de experiência – comuns ou técnicas.

Nos recursos especial e extraordinário, certamente não é possível reexaminar a prova indiciária e a convicção respeitante ao fato indiciário – também dito indício. Contudo, para chegar à presunção, o juiz raciocina ancorado em regras de experiência. É possível que o juiz aplique regra de experiência comum já totalmente desacreditada por outra regra de experiência comum ou que confronte com regra de experiência técnica, ou ainda que considere regra de experiência técnica sabidamente não mais aceita pela comunidade científica. Nessas situações, quando o uso da regra de experiência, por parte do juiz, não exigiu a produção de prova, nada pode impedir o questionamento da sua utilização. Note-se que, nessa hipótese, *a regra de experiência não foi pensada com base em prova alguma, mas apenas permitiu ao juiz raciocinar, a partir de uma prova indiciária e de um indício, para fixar a presunção. Aí não há qualquer discussão sobre a prova indiciária, mas apenas impugnação da idoneidade da regra de experiência e, por mera consequência, da presunção.* Mas, a discussão da presunção em tal perspectiva obviamente não requer o reexame de prova. Perceba-se que *não há nem mesmo reexame da presunção enquanto elemento de formação da convicção, mas somente indagação a respeito da regra de experiência que conduziu o raciocínio judicial até a presunção.*

Nessa linha, o recurso especial – ou extraordinário – pode discutir se a adoção de uma regra de experiência violou a lei ou a Constituição Federal.¹⁴

12. Começo de prova escrita

De acordo com o art. 402 do CPC, “qualquer que seja o valor do contrato, é admissível a prova testemunhal, quando: i) – houver *começo de prova por escrito*, reputando-se tal o documento *emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova*; ii)...”. A alusão a “*começo*” de prova traz implicitamente a ideia de que a sua apresentação não é capaz de liberar o autor do ônus da prova. Isso, aliás, também decorre claramente da circunstância de que a sua utilização é elemento que confere ao autor a *oportunidade do uso da prova testemunhal, e isso quando emanou da parte contrária.* Nesse sentido, tal prova somente pode

ser entendida como aquela que, apesar de não suficiente para o cumprimento do ônus da prova, autoriza que a tentativa de convencimento judicial também seja feita por intermédio da prova testemunhal. Não é sem razão, portanto, que o Código Civil italiano, ao tratar desse conceito, alude a uma prova “*che faccia apparire verosimile il fatto allegato*” (art. 2.724, 1).

Pois bem. Caso a decisão recorrida enfrente a questão do conceito de prova por escrito, admitindo-a ou não, o recurso especial pode ser admitido para a sua discussão. Note-se, porém, que o mesmo não ocorre quando não se discutiu o conceito de prova por escrito, mas essa foi valorada juntamente com a prova testemunhal.¹⁵

13. Fatos que apenas podem ser demonstrados mediante as provas documental e pericial

Segundo o art. 400, II, do CPC, o juiz deve indeferir a inquirição de testemunhas sobre fatos que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados. No primeiro grupo (documento) estão incluídas as hipóteses dos artigos 366¹⁶ e 401¹⁷ do CPC. No segundo estão os fatos que exigem prova pericial. No caso em que um fato não pode ser demonstrado por meio de documento ou de testemunha, mas somente mediante análise técnica, a prova pericial não pode ser dispensada.

Porém, o que importa, como é intuitivo, é sublinhar que a decisão que analisou se um fato apenas poderia ser objeto de prova documental ou pericial pode ser objeto de recurso especial. Nesse caso, evidentemente, não há necessidade de reexame de prova ou de reelaboração da convicção, mas apenas a verificação de se a decisão, ao exigir prova documental ou pericial, não violou o CPC.

14. Valor da prova pericial

Diz o art. 436 do CPC que “o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”. Lembre-se, contudo, que, quando a prova pericial não for suficiente para esclarecer o fato, o juiz deve pedir esclarecimentos (art. 435) e, se for necessário, determinar o que se chama de “segunda perícia” para corrigir a primeira (art. 437 e ss).

Como a prova pericial é uma prova técnica e, assim, mais “objetiva” do que a testemunhal, *o seu poder de convencimento também é mais forte*. Portanto, a liberdade de o juiz formar a sua convicção com base em outras provas, quando pro-

duzida a prova pericial, está condicionada à explicação da razão pela qual a perícia não foi suficiente para esclarecer os fatos ou os motivos pelos quais os esclarecimentos solicitados ao perito, assim como a “segunda perícia”, não puderam suprir as suas imperfeições.

Embora a necessidade de motivação seja algo que deva acompanhar toda e qualquer decisão, a sua ausência, na situação em que o resultado da perícia é desconsiderado, implica negação dos direitos à motivação e à prova e violação ao art. 336 – que, ao dizer que o juiz não está adstrito à prova pericial, implicitamente afirma que a decisão pode deixar o resultado dessa prova de lado somente em hipóteses excepcionais.

15. A questão da coerência lógica da decisão

O chamado critério da coerência lógica possui muita importância para o controle da motivação da decisão. Para esse critério importam os elementos lógicos da decisão, especialmente os relacionados à não-contradição e à coerência inferencial.¹⁸

Não é possível que uma decisão aceite um mesmo fato como verdadeiro e falso, confira determinada qualidade – de verdadeiro ou de falso – a fatos que são contrários ou contraditórios, ou empregue regras de inferência incompatíveis. Quando um mesmo fato é considerado, em um momento, verdadeiro e, em outro, falso ou quando fatos inconciliáveis são admitidos como verdadeiros ou falsos, a decisão certamente padece de vício de ausência de lógica. O mesmo ocorre quando a decisão emprega, em um mesmo contexto, regras de experiência excludentes.

Nessas situações, o controle da decisão pode ser feito não apenas em grau de apelação, pois a aceitação da ausência de coerência lógica não exige reelaboração da convicção ou simples reexame da prova, mas apenas a análise dos elementos narrativos componentes da decisão.

16. A congruência da decisão

A coerência lógica é interna à decisão, defluindo da adequação da motivação, ao passo que, muitas vezes, a decisão deixa de se relacionar de modo pertinente com a prova, seja por não considerar um fato provado, seja por admitir um fato não provado. Nesse caso há o que se chama de ausência de congruência entre a decisão e os fatos provados.¹⁹

Em tais hipóteses, também não há pretensão de formação de nova convicção sobre as provas. Existe apenas afirmação de que a decisão deixou de tomar em conta uma prova – ou um fato provado – ou considerou um fato não provado. Tanto a decisão que ignora uma prova²⁰ – ou um fato provado –, quanto a que admite um fato que não foi provado são completamente estranhas ao material probatório e, por consequência, violadoras do Código de Processo Civil e da Constituição Federal.²¹

17. Erro na compreensão da prova em abstrato

A prova equivocadamente compreendida ou conceituada em abstrato não se confunde com a prova que, por ter sido mal valorada, conduziu a uma convicção distorcida. Quando se diz que houve erro na compreensão da prova em abstrato não se afirma que a sua valoração foi mal feita e, assim, não se deseja uma reelaboração da convicção judicial.

Note-se que a valoração da prova implica a relação entre a prova – abstratamente considerada de forma perfeita – e o fato, ao passo que a compreensão da prova em abstrato supõe o conhecimento do conteúdo e do significado da prova enquanto instrumento para a demonstração de um fato.

Havendo erro na compreensão do conteúdo e do significado da prova, dizendo a decisão, por exemplo, que o documento afirma algo que não está dito nas próprias palavras nele contidas, há admissão de uma prova inexistente nos autos.

18. Prova ilícita

Soa óbvio que a afirmação de prova ilícita não requer o reexame da prova, pois está longe de propor apenas a formação de uma nova convicção. Pretende-se, nesse caso, a análise de se a prova constitui instrumento lícito para servir à demonstração dos fatos.

Diante do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, que diz que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, as decisões que enfrentam a questão da licitude das provas podem ser levadas ao STF por meio de recurso extraordinário.

Tanto a decisão que admitiu a prova sem conceituá-la como ilícita, quanto a que admitiu a prova ilícita mediante a aplicação da regra da proporcionalidade, como ainda a que não admitiu a prova por considerá-la ilícita podem ser objeto de recurso extraordinário ao STF.

19. Decisão acerca de fatos que não dependem de prova

O art. 334 do CPC diz que “não dependem de prova os fatos: i) notórios; ii) afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; iii) admitidos, no processo, como incontroversos; e iv) em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”. O autor está dispensado de provar esses fatos e, por consequência, o juiz não necessita formar convicção sobre eles enquanto fatos individuais, devendo considerá-los provados quando da valoração do conjunto probatório, isto é, das demais provas e argumentos de convicção.

A notoriedade é uma qualidade do fato que é conhecido no momento e no lugar em que a decisão é proferida. Quando for necessário produzir prova sobre a *notoriedade* – nunca sobre o *fato em si*, pois o art. 334, I, afirma que o fato, admitido como notório, não precisa ser provado – obviamente não há como pensar em rediscutir a convicção a respeito da notoriedade. Porém, mesmo que a definição de notoriedade não tenha exigido prova, mas seja fundada na convicção do juiz – devidamente motivada –, tal questão não pode ser levada ao STJ, pois implicaria renovação da formação da convicção sobre a notoriedade do fato.

Isso significa que o recurso especial apenas pode discutir a notoriedade no caso em que a decisão considerou um fato olhando para outro, isto é, considerou um fato no lugar do outro para concluir a respeito da notoriedade. Perceba-se que, nesse caso, embora possa não ter sido necessária a produção de prova sobre a notoriedade, não houve simples compreensão de uma prova em abstrato ou mera qualificação jurídica de um fato reputado existente, mas sim a definição da natureza ou dos contornos do próprio fato afirmado como notório. A notoriedade, em outras palavras, é uma qualidade que diz sobre a natureza de um fato, e não sobre a sua expressão jurídica, como quando se discute a respeito de uma manifestação de vontade.

É sabido que a confissão gera a dispensa de prova e a presunção de veracidade – quase que absoluta – sobre o fato confessado. A dispensa de prova não elimina a possibilidade da convicção se formar em sentido contrário ao da confissão. Não há racionalidade em aceitar um fato – ainda que confessado – que é *logicamente inexplicável por intermédio das regras de experiência ou que colide frontalmente com outros fatos também aceitos como verdadeiros*.

De qualquer forma, a questão dos efeitos da confissão pode ser posta no recurso especial. O STF já decidiu, há muito tempo, que tal questão não tem o veto da Súmula 279, pois não exige o reexame de prova.²² Porém, a situação não é tão simples, uma vez que requer a distinção entre a decisão que negou efeito à confis-

são, que a ela deu efeito pleno, desconsiderando os outros argumentos de prova, e a decisão que valorou a confissão como um dos elementos integrantes da formação da convicção.

Todas essas decisões podem ser objeto de recurso especial, embora devam ser devidamente compreendidas. A decisão que nega efeito à confissão, assim como a que lhe confere eficácia plena, trata do efeito da prova em abstrato, e não da prova como elemento gerador da convicção. Porém, em relação à decisão que atribuiu efeito à confissão, valorando-a juntamente com os demais elementos probatórios, é preciso mais cuidado. Se o vencido afirmou que a confissão tem eficácia plena, e assim não pode ser enfraquecida pelos demais argumentos de prova, o recurso especial pode ser admitido para que se decida a respeito do valor abstrato da confissão. Entretanto, se nunca se cogitou da eficácia plena da confissão, não cabe pretender reelaborar a convicção que se formou a partir dela, sob pena de o STJ incidir em reexame de prova.

De acordo com o art. 302 do CPC, o réu deve “manifestar-se *precisamente* sobre os fatos narrados na petição inicial”, presumindo-se verdadeiros “os fatos *não impugnados*”, salvo: i) se não for admissível, a seu respeito, a confissão; ii) se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; iii) se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Diante disso, se a decisão, para presumir – ou não – um fato como verdadeiro, trata da admissibilidade da confissão em relação a ele ou da necessidade de a petição inicial estar acompanhada de instrumento público, o recurso especial pode enfrentar uma questão ou outra, alegando violação dos artigos 302, I ou II e 334, III.

Por outro lado, o art. 302, III, evidencia que, para que um fato possa ser considerado não-contestado, não é suficiente apenas a não-contestação, sendo preciso verificar se outras alegações, contidas na contestação ou mesmo na reconvenção, não significam, mesmo que implicitamente, a sua negação. Se o réu deixa de contestar um fato de forma específica, o efeito da não contestação – ou seja, a admissão do fato como verdadeiro – somente se produzirá se as demais alegações da defesa não forem tomadas como negação do fato que não foi contestado de maneira individualizada.²³

Por isso, para que um fato não-contestado possa ser presumido verdadeiro, é necessário analisar a defesa globalmente, verificando se é possível concluir, a partir do conjunto das alegações do réu, que o fato que não foi contestado de forma específica foi aceito como verdadeiro.

Isso quer dizer que, para que o juiz possa admitir um fato que não foi contestado, deve justificar que a defesa, em seu aspecto global, supriu a não-contestação específica. Se isso não foi feito, e a não-contestação foi alegada, a decisão que considerou o fato não-contestado não só deixou de ser fundamentada, como violou os artigos 302, III e 334, III, do CPC.

Em último lugar, diz o art. 334, no seu inciso IV, que os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade não dependem de prova. Nesse caso, a prova ou a análise fática não têm qualquer importância, pois o juiz é vinculado pelas conclusões hipotéticas da lei. Diante dessa modalidade de presunção – dita absoluta – a prova é inútil, pouco importando a sua intenção, ainda que voltada a demonstrar que a presunção parte de um silogismo falso.²⁴ Nessa situação, toda prova ou contraprova é destituída de relevância, uma vez que o suporte fático do silogismo, embora tenha sido importante para a sua fixação como hipótese normativa, não possui qualquer significado no caso concreto.

Deixe-se claro que, caracterizado o fato do qual decorre a presunção absoluta, não há como se pretender fazer prova que diga respeito à idoneidade da relação entre esse fato e a presunção. É que tal relação, como dito, é fixada por lei com caráter absoluto. De modo que a decisão que, a partir de um fato incontroverso, discute sobre a existência de uma presunção absoluta, trata obviamente de questão de direito, estando longe de poder encontrar obstáculo na impossibilidade de reexame de prova.

20. Recurso especial e admissão de revisão de condenações em valores irrisórios ou exagerados

O STJ tem admitido a revisão dos valores das condenações relativas a danos morais e honorários de advogado, sublinhando que, em tais casos, não incide a Súmula n. 7.

No que diz respeito aos danos morais, o STJ já advertiu, em julgado relatado pelo Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, que a Corte “tem exercido controle sobre os valores fixados pelas instâncias ordinárias, a título de danos morais, para minimizar a discrepância de decisões proferidas pelos diversos tribunais do país, e também nos casos em que o *quantum* indenizatório se mostra manifestamente irrisório ou exagerado, distanciando-se das finalidades da lei. Na fixação do valor indenizatório, não se está a reexaminar provas ou fatos, mas apenas valorando as circunstâncias fixadas nas instâncias ordinárias, procedimento esse que não encontra vedação no enunciado n. 7 da súmula/STJ”.²⁵

Outro julgado da 4ª Turma, também relatado pelo Ministro SÁLVIO, assentou: “o valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que o *quantum* contrarie a lei ou o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado, ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei. Na espécie, levando em consideração a situação econômico-social das partes, a atividade ilícita exercida pelo réu 2º recorrente, de ganho fácil, o abalo físico, psíquico e social sofrido pelo autor, o elevado grau da agressão, a ausência de motivo e a natureza punitiva e inibidora que a indenização, no caso, deve ter, mostrou-se insuficiente o valor fixado pelo Tribunal de origem a título de danos morais, a reclamar majoração”.²⁶

Em 2003, a 2ª Turma, relatora a Ministra ELIANA CALMON, confirmou essa orientação: “a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de admitir a *revisão das circunstâncias fáticas, contornando a vedação da Súmula 07/STJ*, quando for irrisória ou absurda a quantificação do dano moral”.²⁷

Quanto aos honorários de advogado, a 4ª Turma, relator o Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, concluiu ser “possível conhecer de recurso especial para rever a estipulação de honorários advocatícios em valor irrisório”.²⁸ Em abril de 2004, a 2ª Turma, em julgado de que foi relator o Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, frisou que esse passou a ser o entendimento da Corte: “O STJ tem conhecido de recurso especial quando se trata de rever a fixação de verba honorária em valores considerados irrisórios ou excessivos, situações em que a decisão recorrida se afasta do juízo de equidade preconizado na lei processual. A redução dos honorários advocatícios de 10% para, aproximadamente, 1% do valor da condenação, determinada pela Corte Regional *com base no frágil e insólito argumento de que, nas ações de desapropriação indireta “o maior trabalho fica a cargo da perícia”, traduz inequívoca desqualificação dos árduos trabalhos desenvolvidos pelo profissional de direito*. A fixação da verba honorária há de ser feita baseada em critérios que guardem a mínima correspondência com a responsabilidade assumida pelo advogado, sob pena de violação do princípio da justa remuneração do trabalho profissional. Recurso especial conhecido e provido”.²⁹

Notas

¹ Para maior aprofundamento, ver Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Prova*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, 2. ed.

² STF, Súmula n. 279: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. STJ, Súmula n. 7: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

³ “STF-Recurso extraordinário – Acórdão que, pelo exame das provas, concluiu ser inexata a versão dada aos fatos pelo recorrente – *Inexistência de questão federal relativa à eficácia, em tese, de determinado meio de prova, mas tão somente de apreciação da força de convicção delas concretamente, no caso examinado*. Reexame inadmissível em recurso extraordinário. Agravo regimental não provido” (STF, 1ª Turma, Relator Min. Rodrigues Alckmin, AgRg 69.756; RTJ 82/414).

⁴ “STF-Mandato – Questão de direito. Se o acórdão reconheceu a existência evidente dum mandato, negado pela instância local, e atribuiu-lhe os efeitos de lei, decidiu então sobre a qualificação jurídica do ato, o que é questão de direito, e não de fato.

(...)

Não menos im procedente é a arguição de discrepância com a Súmula 279. Com efeito, foi preocupação louvável do eminente relator do acórdão embargado afastar de vez e por antecipação a insinuação de que pudesse tratar-se de reexame de matéria de fato. Nessa linha de raciocínio, enfatizou S. Exa.: ‘Quando se considerasse que o embasamento da demanda se tivesse feito com vista ao vício da simulação, e seu reconhecimento emergisse, por inteiro, da prova, a toda evidência descaberia o apelo para a apuração da sua existência ou não, nos termos da Súmula 279. Todavia, antes de apreciá-la e quiçá para aceitá-la, partiu o acórdão, considerando os instrumentos procuratórios transcritos na escritura, que não constituíam eles mandato e pelas razões antes referidas.’ Vê-se, de trecho tão elucidativo, que não cuidou o venerando aresto impugnado de proceder a reavaliação da prova, senão de dar nova qualificação jurídica ao ato controverso. E, ao fazê-lo, o r. acórdão deparou-se com aquilo que o honrado Ministro Luiz Gallotti denominou de *erro conspícuo* na qualificação do ato jurídico. Entendeu a douta Turma julgadora que os instrumentos procuratórios revestiam todos os requisitos legais, habilitando o mandatário à prática dos atos neles consignados. Qualificado o ato jurídico como mandato, deram-se-lhe os efeitos que estavam a reclamar a melhor solução da causa. Isto, obviamente, não importou reexame da matéria de fato, razão por que inexistente a suposta divergência jurisprudencial” (STF-RTJ 74/144). *Sublinhe-se que os julgados do STF, referidos neste item, foram proferidos antes da criação do STJ e, portanto, antes da existência do recurso especial.*

⁵ Nessa linha, vale frisar lição do Ministro ATHOS GUSMÃO CARNEIRO: “Todavia, a qualificação jurídica de uma manifestação de vontade é *quaestio iuris* que, em tese, pode ser objeto de recurso extraordinário-especial. Em processo de que somos relator, discute-se se determinada manifestação de vontade, por público instrumento, constitui ‘reversão’ de doação, ou doação condicional, ou doação *mortis causa*, ou manifestação de última vontade. A qualificação jurídica do ato de vontade determinará qual a lei incidente e, pois, sua eficácia” (CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. In: *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 117).

⁶ Nessa linha, a seguinte decisão do STJ: “(...) 1. CONOTAÇÃO PROCESSUAL. O artigo 1º da Lei n.º 1.533, de 1951, a cujo teor o mandado de segurança protegerá ‘direito líquido e certo’, não é uma senha que abre as portas do recurso especial; o único efeito dessa regra é o de que o ‘direito’ que dependa de dilação probatória está excluído no âmbito do *writ*. 2. RECURSO ESPECIAL. *Para os efeitos do recurso especial, o artigo 1º da Lei n.º 1.533, de 1951, só é invocável: a) se, havendo prova documental pré-constituída, o juiz ou o tribunal entender incabível o mandado de segurança; b) se, havendo necessidade da dilação probatória, o juiz ou o tribunal decidir o mérito do mandado de segurança, à base de elementos insuficientes. Recurso especial não conhecido*” (STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, REsp 92777/RS, DJU: 24/04/2000, p.50) Mas, o STJ também também tem decidido em sentido diverso: “(...)1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de não se conhecer da insurgência especial quando a alegada violação do artigo 1º da Lei 1.533/51 está consubstanciada na demonstração de direito líquido e certo a amparar *mandamus*, pois, para a verificação de sua existência,

é imperativo o reexame de provas demonstrativas do alegado, vedado pelo enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte (...)” (STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, REsp 507922/SC, DJU 28/06/2004, p.429).

⁷ “STJ-(...) 2. O art. 1.102 ‘a’, do CPC, dispõe que: (...) 3. A ação monitória tem base em prova escrita sem eficácia de título executivo. Tal prova consiste em documento que, mesmo não provando diretamente o fato constitutivo do direito, possibilite ao juiz presumir a existência do direito alegado. Em regra, a incidência da aludida norma legal há de se limitar aos casos em que a prova escrita da dívida comprove, de forma indiscutível, a existência da obrigação de entregar ou pagar, que é estabelecida pela vontade do devedor. *A obrigação deve ser extraída de documento escrito, esteja expressamente nele a manifestação da vontade, ou deduzida dele por um juízo da experiência.* 4. *A lei, ao não distinguir e exigir apenas a prova escrita, autoriza a utilização de qualquer documento, passível de impulsionar a ação monitória, cuja validade, no entanto, estaria presa à eficácia do mesmo.* (...) 10. Recurso não provido” (STJ, 1a. Turma, Rel. Min. José Delgado, REsp 423131/SP, DJ de 02/12/2002).

⁸ Porém, afirma-se, simplesmente, que os conceitos de prova inequívoca e de verossimilhança não podem suscitar o especial em razão da Súmula n. 7: “(...) 2. Inviável o pronunciamento da Corte acerca do acerto de decisão concessiva de tutela antecipatória, não prosperando a argumentação atinente ao malferimento do art. 273 do CPC, *porquanto os conceitos de ‘prova inequívoca’, ‘verossimilhança’, etc, estão intrinsecamente ligados ao conjunto fático dos autos, incidindo a censura do verbete da súmula 07/STJ.* 3. Recurso especial não conhecido” (STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, REsp 463106/RS, DJ de 24/02/2003). De qualquer forma, embora tratando de questão diversa, está correta a decisão do STJ que reformou acórdão que havia questionado a possibilidade da concessão da tutela antecipada em *determinada espécie de ação*: “(...) Esta Corte vem reiterando o entendimento no sentido da *possibilidade de se conceder a tutela antecipada em qualquer ação de conhecimento, seja declaratória, constitutiva ou mandamental*, desde que presentes os requisitos e pressupostos legais. Verificados esses, na instância ordinária no momento da concessão, o aresto recorrido culminou por afrontar o art. 273 do CPC ao reformá-la. Recurso provido” (STJ, 5ª Turma. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, REsp 473072/MG, DJ de 25/08/2003).

⁹ Ver MARINONI, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo: Ed. RT, 2010, 3. ed.

¹⁰ Ver MARINONI, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit.

¹¹ Ver MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela inibitória*, São Paulo: Ed. RT, 2003, 3. ed.

¹² STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Resp 474359/RJ, julg. em 04.05.2004.

¹³ “(...) 1. A inversão do ônus da prova, como já decidiui a Terceira Turma, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao ‘critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências (art. 6º, VIII). *Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da ‘facilitação da defesa’ do direitos do consumidor.*” (REsp n.º 122.505-SP, da minha relatoria, DJ de 24/8/98). (...)

3. *Recurso especial conhecido e provido, em parte*” (STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, REsp 332869/RJ, DJ de 02/09/2002).

“STF-Fraude contra credores. Ação pauliana para anular atos de transmissão gratuita de bens (art. 106 do C. Civil). Ônus da prova da insolvência ou solvência do devedor alienante; a este é

que cabe provar, para elidir a ação, haver continuado solvente a despeito dos atos translativos impugnados. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(...)

O v. Acórdão recorrido, prolatado em grau de embargos, louvando-se na doutrina do r. julgado da apelação, assentou que a embargante, ora recorrente, não fizera prova da insolvência e da fraude contra a credora. *Não se cuida aqui do reexame de provas* senão apenas da prevalência da tese de que cabe à autora da ação pauliana fazer a prova da insolvência dos devedores, decorrente do ato de liberalidade feito em favor de uma filha, ou se tal prova compete ao credor impugnante da liberalidade. E embora essa tese seja controvertida na doutrina e na jurisprudência, o Colendo Supremo Tribunal em dois recentes julgamentos, pelo menos como os indicados pela recorrente, propugnou pela que transfere ao réu da pauliana o ônus da prova de que, a despeito da liberalidade ou alienação, continuou solvente e apto para responder por outras dívidas anteriores em favor do credor” (STF-RTJ 75/659).

¹⁴ “STJ-Recurso Especial – Erro sobre critérios de apreciação da prova – Matéria de direito – Cabimento do recurso. O erro sobre critérios de apreciação da prova *ou errada aplicação de regras de experiência são matérias de direito, e, portanto, não excluem a possibilidade de recurso especial*” (STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, REsp 46.186-3/DF; RT 725/531).

¹⁵ “STF-Execução para cobrança de cheque não pago pelo Banco sacado em consequência de contraordem. Defesa do emitente-executado alegando descumprimento, pelo exequente, do negócio subjacente. *Falta de começo de prova por escrito do invocado contrato*. Impossibilidade de comprová-lo por prova testemunhal. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(...)

Para comprovar esse contrato, cujo valor ultrapassa Cr\$100.000,00, o executado fez inquirir testemunhas e apresentou documentos, que foram considerados pela decisão recorrida como começo de prova por escrito para os efeitos dos artigos 401 e 402, I, do CPC. Entretanto, o acórdão incorreu *em erro na qualificação legal dessa prova, visto que nenhum dos documentos foi produzido ou emanou do embargado...*” (STF-RTJ 91/674).

¹⁶ Art. 366 do CPC: “Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta”. Essa norma, como já dito, não se refere a uma prova, mas sim a um requisito para a validade do ato.

¹⁷ O contrato cujo valor supera o décuplo do maior salário mínimo vigente no país no momento em que foi celebrado não pode ter a sua existência demonstrada mediante prova exclusivamente testemunhal. Ver também os artigos 402 e 403 do CPC.

¹⁸ TARUFFO, Michele, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 294.

¹⁹ TARUFFO afirma que as decisões incompletas ou “supra-abundantes” são incongruentes. É “supra-abundante” a decisão que se refere a um fato alegado, mas não provado (TARUFFO, Michele, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 295-296).

²⁰ “STF-Anistia fiscal. Imposto de selo. *Deixando de dar valor a prova válida (e acolhida por sentença passada em julgado), para ater-se a prova obtida sem instrução administrativa que foi anulada*, o acórdão recorrido violou o disposto no art. 118 do Código de Processo Civil/1939, e divergiu da jurisprudência do STF. Questão que diz respeito à valorização da prova, e não à sua interpretação. Recurso extraordinário conhecido e provido em parte.

(...)

A inovação das alíneas a e d do preceito constitucional pertinente recorre extraordinariamente à União Federal, alegando que o julgado, ao dar pela inexistência do crime de sonegação fiscal,

ofendeu o critério legal da valorização da prova, com o que negou vigência aos art. 118 e 252 do anterior Código de Processo Civil, e que os indícios da intenção dolosa e do intuito de fraude estão provados nos autos, de forma a caracterizar o crime de apropriação indébita, tendo a decisão atacada, por entender de modo diverso, conflitado com jurisprudência que cuida da matéria relacionada com a prerrogativa do juiz de julgar por livre convencimento e a maneira de se apreciarem as provas dos autos.

(...)

Consagra a jurisprudência da Suprema Corte, trazida a cotejo, o entendimento de que a prerrogativa de julgar por livre convencimento não outorga ao juiz contrariar a prova produzida.

(...)

Ora, deixando de dar valor a prova válida – o termo de exame a f. 116 – e prova essa acolhida por sentença passada em julgado (o recurso *ex officio* versava o despacho de extinção do processo proferido depois de a sentença passar em julgado, porque a anistia se aplicava também aos processos definitivamente julgados pelo Poder Judiciário), o acórdão recorrido violou o disposto no art. 118 do Código de Processo Civil de 1939 e dissentiu do julgado desta Corte (RE 27.990, RF 163/177). Trata-se, sem dúvida, de caso típico de valorização de prova, e não de sua interpretação” (STF-RTJ 81/280).

²¹ Cabe ressaltar, aqui, que o STF vem afirmando que a violação da norma constitucional, para autorizar o extraordinário, deve ser direta e frontal: “STF-RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Violação à norma constitucional. *Alegação que demanda o prévio exame de normas ordinárias. Inviabilidade, uma vez que a alegada afronta deve ser direta e frontal.* Ementa oficial: *A violação de norma constitucional capaz de viabilizar o acesso do recurso a esta sede extraordinária há de ser direta e frontal e não aquela que demandaria o prévio exame das normas ordinárias*” (STF, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, AgRg em AI nº 216.262-3-PE, julgado em 17.08.1998 – RT 759/161).

“STF-CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ALEGAÇÃO DE OFENSA À C.F., art. 5º, II, XXXV, XXXVI, LIV e LV. I. Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, inocorrendo o contencioso constitucional. II. Decisão contrária ao interesse da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (C.F., art. 5º, XXXV). III. A verificação, no caso concreto, da existência, ou não, do direito adquirido, situa-se no campo infraconstitucional. IV. Alegação de ofensa ao devido processo legal: C.F., art. 5º, LIV e LV: *se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais, E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal.* V. Agravo não provido (STF RE 154158 AgR/SP. Segunda Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. DJU: 20/09/2002, p. 00112).

“STF-(...) Alegação de ofensa ao art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, bem assim ao art. 93, IX, todos da Constituição da República (...) Hipótese configuradora, quando muito, *de ofensa reflexa ao texto constitucional (...).* A alegação de ofensa ao texto constitucional, cuja invocação reclame exame prévio e necessário da legislação comum (ordinária e complementar), mesmo que se trate de matéria eleitoral, não viabiliza o trânsito do recurso extraordinário, eis que a verificação de desrespeito à Constituição federal dependerá, sempre, da análise do Código Eleitoral, da Lei de Inelegibilidade e de outros diplomas legislativos equivalentes. Precedentes” (STF, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, AI 469699 AgR/MA, DJ de 30/09/2003).

²² “STF-Confissão extrajudicial feita por escrito tem a mesma eficácia probatória da judicial. Inteligência do art. 353 do CPC. Valor vinculante do juiz, por se tratar de prova legal. Provado o fato, cumpria ao réu provar o fato impeditivo ou extintivo do direito do autor, art. 333, I e II do CPC. Recurso extraordinário conhecido e provido para julgar procedente a ação nos termos da sentença de primeiro grau.

(...)

O v. Acórdão recorrido, entretanto, reformando a sentença, julgou improcedente a ação porque, além da confissão do réu, nenhuma outra prova apresentou o autor. Negou, assim, o v. Acórdão recorrido valor à confissão escrita de dívida, cuja autenticidade não era impugnada, ou cuja validade, como manifestação de vontade, não era contestada por qualquer vício legal.

(...)

Defiro o recurso. A questão, ao que me parece, não tem o veto da Súmula 279, porquanto não se cuida aqui de reexame de prova. O cerne do litígio está no silogismo temático do ônus probatório, como se infere das perspectivas antagônicas em que se colocaram as decisões nas duas instâncias ordinárias. É razoável a posição defendida pelo recorrente com o aval da sentença de primeiro grau; se havia confissão formalizada (artigo 353 do CPC) que o réu se propôs enfaticamente neutralizar, a ele passou, integral, o encargo elidente (artigo 333, II do CPC). A razão de julgar do acórdão, com inversão de tais regras, leva, em princípio, a considerar ocorrente motivação para a abertura da instância extraordinária de forma a se facultar o norte qualificado do Pretório Excelso.

(...)

Assim, não podia o v. Acórdão recorrido negar efeito à confissão extrajudicial plena consubstanciada no documento de f. 48, não impugnado.

(...)

O autor provou, pela confissão válida, o seu crédito, e o réu não conseguiu ilidir a confissão ou demonstrar a sua invalidade. O v. Acórdão recorrido, portanto, negou vigência aos arts. 333 e 353 do CPC” (STF, 2ª Turma, Rel. Ministro Cordeiro Guerra, REExt n. 82.001/ SP – RTJ 75/ 326).

²³ Ver VIRGILIO ANDRIOLI, Prova. *Novissimo Digesto Italiano*. v. 143, p. 274.

²⁴ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 227.

²⁵ STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Resp 324130/DF, DJ de 12.08.2002.

²⁶ STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Resp 183508/RJ, DJ de 10.06.2002.

²⁷ STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, Resp 343904/PR, DJ de 24.02.2003.

²⁸ STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Resp 209687/MS, DJ de 23.08.1999.

²⁹ STJ, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Resp 264740/PR, DJ de 24.05.2004.

Resumo

A qualidade da prestação jurisdicional está umbelicalmente ligada à convicção que o juiz retira das provas. Por sua vez, é sabido a impossibilidade do reexame da prova no Recurso Especial e no Recurso Extraordinário. Portanto, ao chegar aos tribunais em recursos especial ou extraordinário, claro está que a convicção formada *a quo* deve estar calcada em firme comprovação da validade das provas. O presente artigo pretende estimular o debate sobre o assunto, abordando aspectos importantes para a validação do ato jurídico mediante a utilização da prova: critérios jurídicos para sua utilização e para a formação da convicção judicial, a prova como motiva-

ção e qualificação jurídica dos fatos, uso de prova incompatível com determinado procedimento etc... Por fim, argumenta sobre a questão da coerência lógica da decisão e sua congruência.

Palavras-chave: Convicção do juiz – Reexame da prova – Impossibilidade – Recurso especial – Recurso Extraordinário.

Abstract

The quality of adjudication is linked to the conviction that the judge obtained by the evidence. In turn, it is known the impossibility of evidence's review on the Special Appeal and Extraordinary Appeal. So, to get to court in special or extraordinary resources, it is clear that the conviction formed before must be grounded in firm evidence of evidence's validity. This paper aims to stimulate debate on the subject, addressing important aspects for validation of the legal act through the use of evidence: legal criteria for their use and for the training of judicial conviction, the evidence as motivation and legal characterization of facts, use of evidence inconsistent with certain procedure etc... Finally, he argues the question of logical consistency of the decision and its congruence.

Keywords: Conviction judge – A review of evidence – Impossibility – Special Feature – Extraordinary Appeal.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. A exigência do pressuposto processual: capacidade postulatória do advogado habilitado nos autos. 3. A validade do ato processual praticado por advogado afastado das suas funções. 4. Conclusões. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A lei processual exige capacidade postulatória para prática do ato processual, com o intuito preservar o desenvolvimento do processo e atender aos interesses das partes que precisam estar representadas no processo. O advogado é detentor da capacidade processual¹, a quem incumbe com exclusividade a prática dos atos processuais em defesa dos seus clientes. A representação se dá por mandato, que pode ser pela via da procuração ou substabelecimento.

De um lado, tem-se os direitos dos advogados e, do outro, os seus deveres, de acordo com o disposto na Lei n. 8.906/94. Ao descumprir os seus deveres, o advogado sofrerá sanções disciplinares desde da multa, advertência, suspensão até a exclusão dos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme previsto no art. 33 do EAOAB. No caso de suspensão e exclusão, o advogado fica suspenso da prática da atividade advocatícia, perdendo-se, consequentemente, a capacidade postulatória, que é temporária, no caso de suspensão.²

Cinge-se, portanto, a discussão acerca da validade ou não do ato processual praticado por advogado suspenso³⁴ das suas atividades advocatícias, impondo-se a análise no sentido de verificar se a sanção administrativa aplicada ao advogado repercute também na esfera contenciosa. De início, há, aparentemente, um conflito de normas entre o art. 4⁵, da Lei n. 8.906/94 e o art. 13⁶ do Código de Processo Civil. É que, enquanto a Lei n. 8.906/94 prescreve como nulos os atos praticados pelo advogado suspenso, o Código de Processo Civil, diferentemente, permite a sanção da representação processual, que nela está incluída a incapacidade postu-

latória do advogado. Esse desfecho será feito neste espaço, desenvolvendo-se o tema, ainda nebuloso nos dias atuais, para se alcançar a aplicação harmoniosa das normas no caso concreto.

2. A exigência do pressuposto processual: capacidade postulatória do advogado habilitado nos autos

Entre outros requisitos, o ajuizamento de ação requer como um dos pressupostos processuais positivo a capacidade postulatória do advogado, que exige inscrição regular nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Essa, portanto, é a regra. A lei dispensa a presença dos advogados em pequenas hipóteses, como é o caso da impetração do *Habeas Corpus*, que pode ser manejado por qualquer pessoa (Lei n. 8.906/94, art.1,§1º), e o ajuizamento de ações perante os Juizados Especiais, desde que obedecido o limite de 20 (vinte) salários mínimos.⁷ No olhar do Supremo Tribunal Federal, tais exerções, que são pontuais, não encontram resistência no disposto no art. 133 da Constituição Federal que prevê “o advogado é indispensável à administração da justiça (...)”⁸.

A prática de ato processual compete apenas ao advogado regularmente inscrito na Ordem. Nada impede, portanto, que a sua representação possa sofrer impugnações ao apresentar defeitos ou irregularidades formais. É o caso, por exemplo, da falta de procuração ou substabelecimento, que conferem poderes ao advogado para atuar no processo, assim como a ausência de instrumento societário da pessoa jurídica, conforme preceitua o art. 301, inciso VIII, do CPC. Nesses casos, o advogado tem capacidade postulatória por não ter sofrido nenhuma restrição disciplinar perante o órgão de classe, mas precisa sanar o defeito de representação processual. São, portanto, questões distintas.

Esses defeitos de representação, que não interferem na capacidade postulatória do advogado, podem ser sanados no curso do processo, acarretando-se, se houver necessidade, ainda na sua suspensão, determinada pelo magistrado (CPC, art. 13º). Não há, portanto, razão para a imediata extinção do processo por defeito de representação. No entanto, se não for sanado o defeito no prazo assinalado, pode-se falar em sua extinção prematura, nulidade e aplicação dos efeitos da revelia, dependendo da posição que a parte ocupe no processo.

Contudo tal raciocínio não se aplica aos processos em trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça. Os defeitos de representação do advogado (leia-se: ausência de procuração ou substabelecimento) impõe a extinção do feito consubstanciado no não conhecimento do recurso, sem, contudo, oportunizar as partes à

correção. É o que prevê o enunciado da Súmula n. 115¹⁰ do Superior Tribunal de Justiça aplicado reiteradamente até os dias atuais. Afasta-se, nesse caso, a regra do art. 13 do CPC, embora reconhecida a higidez dessa interpretação.

Pois bem, o exercício regular da profissão de advogado (= detentor da capacidade postulatória) exige a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil e a sua constante atuação regular no exercício profissional, observando-se e respeitando-se os deveres do advogado.¹¹ São necessários para efetuar a inscrição como advogado: a aprovação no exame de ordem; não exercer atividade incompatível com a advocacia; idoneidade moral¹² entre outros requisitos previstos no art. 8, da Lei n. 9.806/94.

A prática irregular da profissão acarreta sanções disciplinares ao advogado. No campo administrativo, o art. 34, I, do EAOAB, prevê que constitui infração disciplinar “exercer a profissão, quando impedido de fazê-lo (...)”, o que é punido com censura (EAOAB, art. 36) e, em caso de reincidência, punível com suspensão (EAOAB, art. 37). Na esfera penal, não é diferente. Há contravenção penal do exercício ilegal da profissão ou da atividade, conforme se observa no art. 47 da Lei n. 3.688/41, *verbis*: “exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício”.^{13 14}

As sanções impostas aos advogados atingem a sua capacidade postulatória, impedindo o exercício regular da profissão. É que o advogado, suspenso ou excluído dos quadros da OAB, perde a sua capacidade postulatória, que pode ser de forma definitiva ou provisória. No caso de suspensão, a perda da capacidade é provisória e pode perdurar de 30 (trinta) dias até 12 (doze) meses (EAOAB, art. 37, II, §2º), a depender das peculiaridades do caso e do enquadramento do ato ilegal que gerou a suspensão, conforme prevê o Estatuto da Advocacia. É importante destacar que há situações nas quais os referidos prazos são insuficientes para restabelecer a capacidade processual, como, por exemplo, a hipótese do inciso XXIV, que prevê “incidir em erros reiterados que evidenciam inépcia profissional”. Nesse caso, a suspensão aplicada perdura até que o advogado preste novas provas de habilitação. Outro exemplo é o caso de não prestação de contas por parte do advogado ao cliente, cuja suspensão durará até que satisfaça integralmente a dívida, inclusive com correção monetária. Enfim, há situações, no caso de suspensão, que o prazo se torna irrelevante para retomar a capacidade postulatória já que se exige o cumprimento da penalidade imposta diversa do transcurso do prazo.

Na hipótese de exclusão do advogado dos quadros da OAB, cujo julgamento exige *quorum* qualificado do órgão julgador, a perda da capacidade postulatória é definitiva, deixando-se de ser advogado, por força da interdição profissional, em

todo território nacional, cujo retorno passa por um longo processo de reabilitação que exige o cumprimento das penalidades impostas no âmbito penal, administrativo e civil. Se, todavia, a sanção resultar da prática de crime, o pedido de reabilitação depende também da correspondente reabilitação criminal (EOAB, art. 41, § único).

Isso tudo não descarta também a responsabilidade civil do advogado que responde pelos atos praticados que trouxeram prejuízos ao cliente pela má atuação no exercício da sua profissão.

3. A validade do ato processual praticado por advogado afastado das suas funções

O ato processual tem vida própria (= validade) quando praticado por quem detém a capacidade processual, que, no caso, é o advogado. O ato processual é considerado válido até ser declarado expressamente a sua nulidade por parte do magistrado. Não há nulidade processual, sem o reconhecimento do Poder Judiciário. Daí afirmar-se que o ato pode ser nulo, mas terá vida artificial até a sua declaração.

Por sua vez, o ato pode ser nulo (= nulidade absoluta) ou anulável (= nulidade relativa). A modernidade da teoria da nulidade e a altivez do princípio da instrumentalidade da forma trazem hoje a exigência de prejuízos concretos para a nulidade do ato. Sem prejuízos, não há nulidade. Isso aplica-se até na hipótese de nulidade absoluta, que apresentava como característica a “presunção do prejuízo”. É, com certeza, um avanço a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas com o intuito de preservar ao máximo os atos processuais praticados, evitando-se inclusive o efeito “dominó” da nulidade dos atos.

A verdade é que cresce a cada dia a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas no curso do processo civil¹⁵, cujo requisito está exatamente no alcance do cumprimento do objeto do ato processual.¹⁶ O fim atingido é a meta, enquanto o caminho percorrido (leia-se: os meios) pode ser mitigado desde que, repise-se, a finalidade seja alcançada. Como afirma André Correia, “os fins, se alcançados, fazem com que a ausência de atenção a norma não gere nulidade”.¹⁷ Ou, nas palavras de Moniz de Aragão, “o princípio do prejuízo constitui forma oblíqua de sanação; deixa-se o vício sem correção, uma vez que esta não teria mais objeto nem utilidade”, desde que a parte não tenha sido afetada pela nulidade (...)¹⁸

Explica Teresa Arruda Alvim Wambier que a existência de prejuízo tem relação direta com o princípio do contraditório, na medida em que não realizando o contraditório, por falta de comunicação, configura-se, processualmente, prejuízo para a parte. Isso significa que “a ideia de prejuízo e as que lhe são correlatas colo-

cam-se como caminhos ou oportunidades que não podem ser sonogadas ao litigante, para que ele possa demonstrar (tentar demonstrar) que tem direito”, isto é, exercer (se quiser) o contraditório.¹⁹

Ademais, não compete ao Poder Judiciário rever o ato que culminou a suspensão (e outras hipóteses) do advogado das suas funções advocatícias no processo que se discute a validade da norma. A discussão posta, nesses casos, é a validade ou não da prática do ato processual realizado por advogado suspenso e em outras situações correlatas, como prevê o art. 4 da Lei n. 8.906/94. Isso, por sua vez, não impede que o advogado discuta judicialmente a validade do ato administrativo disciplinar consubstanciado na sanção imposta pelo órgão de classe.

A lei, realmente, é clara ao assegurar a nulidade do ato praticado por advogado suspenso. Nos termos do art. 4º da Lei n. 8.904/94, não se difere o advogado que se encontra com restrições no exercício da advocacia (ex: suspensão) dos que não são advogados, porque sequer possuem registro nos quadros da OAB. Isso significa dizer que, para fins de nulidade do ato processual, o legislador incluiu todos no mesmo patamar (= suspenso, licenciado, o que exerce atividade incompatível e, ainda, o que não é advogado), sem, contudo, fazer distinção quanto a sua consequência.

Contudo a jurisprudência tem muito oscilado sobre o tema. De um lado, tem-se a necessidade de comprovar o prejuízo para declarar a nulidade do ato praticado por advogado suspenso²⁰, e, de outro lado, há ainda julgados que concluem pela nulidade automática do ato²¹, sem oportunizar às partes a correção, como permite o art. 13 do CPC e também sem exigir a comprovação do prejuízo.

A indagação que se faz é: as partes devem ser prejudicadas no processo por advogado que, após a sua contratação, não expôs a sua situação de irregularidade (= suspensão) do exercício da advocacia?

A resposta é negativa, sob diversos ângulos. A atitude do advogado em descumprir normas postas pelo órgão de classe é indiscutivelmente reprovável. O erro praticado é do advogado que, conscientemente, exerceu a advocacia quando não estava apto a realizar o ato processual. As partes em nada contribuem para a prática do erro do advogado e não podem indiretamente sofrer prejuízos. Por isso, deve o advogado responder pelos seus atos perante o órgão de classe na esfera administrativa e, também, no campo penal por constituir tal atitude contravenção penal.

No campo processual, o viés da discussão é outro. Não há mais como o ato ser nulo presumidamente, como faz crer a dicção do art. 4º do Estatuto da Advocacia

cia e da Ordem dos Advogados do Brasil. Exige-se a comprovação do prejuízo para anular o ato processual. Sem prejuízo, não há nulidade. No caso do advogado suspenso praticar o ato processual, torna-se imprescindível a prova desse prejuízo. Na verdade, dificilmente se provará o prejuízo no processo pela prática do ato processual por advogado suspenso porque o advogado se limitou a cumprir prazos processuais, a quem competiria se tivesse no regular exercício da profissão. No julgamento do Resp. 833.342/RS, a Ministra Nancy Andrighi ressaltou que, primeiro, o ato processual praticado por advogado suspenso “(..) não compromete o ordenamento jurídico; segundo, porque não prejudica nenhum interesse público, nem o interesse da outra parte; e, terceiro, porque o direito da parte representada não pode ser prejudicado por esse tipo de falha do seu advogado.”²²

Ora, a acuidade das partes deve estar na contratação do advogado, que precisa estar regularmente habilitado para prática da atividade advocatícia. Após a contratação, compete ao advogado, por lisura e fidelidade no cumprimento do seu mandato, informar aos clientes supervenientes sanções administrativas sofridas e se abster da prática do ato processual em obediência às sanções impostas pelo órgão de classe.

A relação entre o advogado e o cliente deve ser pautada com clareza e objetividade, preservando-se, em sua conduta, a nobreza e a dignidade da profissão, conforme preceitua o art. 2º, do Código de Ética e Disciplina. É indiscutível que ao advogado compete informar ao seu cliente sobre eventual sanção sofrida que reflita na sua atuação no processo.

Se, todavia, restar comprovado o requisito do prejuízo, exigido hoje pela ampla jurisprudência^{23 24}, a consequência da nulidade do ato não seria outra senão a prática de novo ato para suprir o ato revestido de nulidade ou então apenas a retificação do ato anteriormente praticado na hipótese de a falta de capacidade postulatória ser do advogado do autor. (CPC, art. 13, I)

O art. 13 do CPC determina inicialmente a sanação do vício no prazo assinalado pelo juiz para, em caso de omissão, resultar numa sanção mais severa. É preciso identificar a posição da parte que o advogado representa para se aplicar a consequência processual da falta de capacidade postulatória, conforme previsto nos incisos I, II e III do art. 13 do Código de Processo Civil.

Vê-se que a interpretação dos artigos do Estatuto da Advocacia e do Código de Processo Civil caminha para o distanciamento da repercussão da sanção disciplinar imposta ao advogado dos atos processuais praticados no processo por advogado desprovido de capacidade postulatória. De início, esse caminho desprestigiaria as sanções aplicadas ao advogado. Contudo a solução conferida pelos tri-

bunais, na interpretação conjugada dos referidos dispositivos, está na preservação dos atos praticados no processo, embora desprovido de capacidade processual, porque não geraria, no âmbito processual (e só nele), prejuízo algum às partes. Enfim, preserva-se os interesses do processo pela ausência “em tese” de prejuízos e, de outro lado, responderá o advogado, agora como reincidente, às penalidades impostas pela Ordem, que certamente sofrerá penalidades mais severas pela atitude incompatível com o exercício da advocacia. É, com certeza, uma interpretação *cum grano salis*, com o intuito de harmonizar as normas aparentemente conflitantes no âmbito processual.

Nessa linha de raciocínio, no julgamento do Resp. 65.111-5, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu, *verbis*: “A lei de Rito prestigia a mais não poder o sistema que se orienta no sentido de aproveitar ao máximo os atos processuais, porque os princípios que informam a moderna e ágil processualística não se compadecem com extremados bizantinismos de antanho.”²⁵ E continua: “no caso, o defeito que importaria na decretação da nulidade foi, sem dúvida alguma, sanado a tempo, e tenho como certo que ainda que assim não fosse, haveria de ter sido dado ensejo à parte para sanar o defeito, a teor do editado no art. 13 do Código de Processo Civil, pois que tal dispositivo inclui, no elenco das irregularidades a serem sanadas, a hipótese de incapacidade de postular.”²⁶

A solução posta é o advogado responder pelos seus próprios atos, sem, contudo, transferir a responsabilidade para as partes e sociedade, que precisam do advogado para resolver o litígio no Judiciário. Ao órgão de classe, compete analisar novamente a atitude do advogado que durante a suspensão sofrida praticou indevidamente atos processuais, o que é vedado por lei. Nesse caso, a lei impõe nova sanção ao advogado reincidente, acarretando-se novo período de suspensão para sua atuação. É importante lembrar que as sanções não ocorrem reiteradas vezes pelo mesmo ato improprio praticado até porque o legislador sabiamente estipulou que a suspensão por três vezes acarretará a exclusão do advogado dos quadros da OAB, conforme preceitua o art. 38, inciso I, do EAOAB.

O tema realmente é divergente. A jurisprudência oscila muito reconhecendo, aqui e acolá, a nulidade do ato praticado por advogado suspenso e, em outras hipóteses, a ausência de nulidade com base no art. 13 do CPC, que permite inicialmente a concessão de prazo para suprir o vício e conseqüentemente saná-lo.

A outra questão que precisa ser enfrentada é se a suspensão do advogado para prática de ato processual se encaixa no conceito de irregularidade processual ou trata-se de capacidade postulatória, que é pressuposto processual de desenvolvimento válido do processo. São, na verdade, institutos distintos.

Ensina José Roberto Bedaque que “a expressão irregularidade de representação abrange não apenas as hipóteses de incapazes e pessoas jurídicas, mas também a necessidade de a parte estar representada em juízo por advogado. O dispositivo refere-se também a capacidade postulatória, outro pressuposto processual subjetivo.”²⁷

Nesse raciocínio, tem-se que o artigo 13 do CPC também alcança a falta de capacidade postulatória do advogado, que pode, no curso do processo, sofrer sanções disciplinares do órgão de classe que impede a prática de atos processuais, como é o caso, conforme já referido, do advogado suspenso, impedido e que pratica atividade incompatível com a advocacia.

É claro que compete ao juiz, antes da extinção prematura do feito e de outras consequências processuais, assinalar prazo para a sanação do defeito de representação do advogado. Regularizada a representação, consideram-se ratificados os atos anteriormente praticados, independentemente até de manifestação expressa de ratificação.²⁸ Dai falar-se que não é automática a anulação do ato praticado por advogado desprovido de capacidade postulatória.

De outro lado, a omissão por parte do advogado não gera as consequências processuais previstas na lei, tais como extinção e, se for por parte do réu a omissão, revelia. Nessa hipótese, aplica-se o art. 4 da Lei n. 8.906/94, que prevê a nulidade do ato praticado, mas essa nulidade dependerá da comprovação dos prejuízos. A nulidade não é automática, nem presumida, porque se exige prova dos prejuízos acarretados pela prática do ato processual.

Em julgamento recente, o Ministro Luis Felipe Salomão, que integra a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, decidiu que “a decretação de nulidade só é factível quando não se puder aproveitar o ato processual em virtude da efetiva ocorrência e demonstração de prejuízo, uma vez que a invalidade processual é sanção aplicável apenas quando conjugados o vício do ato processual e a existência de prejuízo”.²⁹

Ainda no seu voto, o Ministro Luís Felipe Salomão, quanto à exigência de comprovação do prejuízo, é enfático ao afirmar que “no caso, o ato diz respeito à capacidade postulatória, a qual é atributo do advogado legalmente habilitado e regularmente inscrito na OAB, cuja finalidade é garantir a defesa dos direitos da parte patrocinada, conferindo-lhe capacidade de pedir e de responder em juízo, desiderato que foi efetivamente alcançado, ainda que o causídico fosse suspenso à época, tanto que a demanda indenizatória foi julgada procedente e a decisão transitou em julgado”.³⁰

Nessa linha de raciocínio, pode-se chegar a afirmar que dificilmente haverá prejuízo para as partes a prática (= atitude) do ato processual pelo advogado

suspensão porque houve o cumprimento do prazo. Sem prejuízo, não há nulidade.³¹ Isso porque exatamente pela prática do ato, embora sem capacidade postulatória, permite a outra parte arguir a sua nulidade. A prática do ato só vem beneficiar a parte representada, embora ele “em tese” não seria válido pela ausência de capacidade postulatória. Ora, o cumprimento do mandato por parte do advogado exige a defesa do cliente, no seu sentido mais amplo, consubstanciado na postulação ou impugnação no processo para melhor alcançar os interesses dele. Assim, a prática do ato por advogado destituído de sua função atenderá apenas processualmente os interesses do cliente, que cumpriu prazo apresentando defesa necessária para alcançar a sua finalidade. Daí a dificuldade de se comprovar o prejuízo nessas hipóteses.

Nada disso, portanto, afasta (e nem poderia) a aplicação das sanções administrativas ao advogado. Nesse ponto, aliás, o art. 4, da Lei n. 8.906/94, é claro ao prever que a nulidade do ato em nada impede a aplicação das sanções civis, penais e administrativas. Há, realmente, total independência entre a incidência das sanções. Assim, o advogado responderá, perante o órgão de classe, a sanções disciplinares que, conforme já dito, a reincidência implica nova penalidade administrativa, além da penal, que traduz contravenção pelo exercício irregular da profissão e, ainda, se a parte entender prejudicada, responderá civilmente pelos danos causados à parte.

Enfim, vê-se que a primeira parte do disposto no art. 4, da Lei n. 8.906/94, que prevê a nulidade do ato praticado por advogado suspenso e demais situações previstas na lei, está cada vez mais distante de ser aplicada pelos tribunais. Conforme visto, os fundamentos são diversos. Aplica-se, inicialmente, o art. 13 do CPC para suprir o ato viciado, no prazo assinalado pelo juiz. A sanção supre a falta de capacidade postulatória do advogado. A omissão das partes, consubstanciada no transcurso do prazo, gera a análise se o ato é nulo ou não. Tal averiguação exige a comprovação do prejuízo às partes, que, em regra, não há pela prática do ato prestado em defesa do seu cliente. Com isso, o ato processual praticado pelo advogado suspenso é perfeitamente válido processualmente, mas responderá o advogado, de forma reincidente, nas esferas administrativa e penal.

O papel desenvolvido pela Ordem dos Advogados do Brasil na fiscalização dos seus inscritos é de uma grandeza imensurável, pois compete à Ordem atuar na defesa da sociedade e, em cumprimento a lei, aplicando as sanções administrativas que restringem a atuação do advogado irregular que tanto mancham a classe dos advogados. Ou, nas palavras de Gladston Mamede, “à Ordem dos

Advogados do Brasil, portanto, atribui-se um papel fundamental, que é justamente o de velar pela qualidade dos que oferecem serviços advocatícios e, via de consequência, proteger o interesse público que está presente na atividade que coordena.”³²

4. Conclusões

De tudo isso se infere em notas conclusivas que:

O ato processual praticado por advogado suspenso não gera automaticamente a sua nulidade, como faz crer a dicção do art. 4º do Estatuto da Advocacia.

Na interpretação conjunta do art. 4º, da Lei n. 9.809/94, e do art. 13, do CPC, os tribunais têm entendido que a nulidade do ato processual só ocorrerá se houver a comprovação de prejuízos concretos à parte, descartando-se a nulidade “automática”. Nos julgados, aqui já analisados, tem-se que o prejuízo dificilmente será constatado nesses casos porque a prática do ato processual está consubstanciada no “cumprimento dos deveres processuais” dos advogados, embora desprovido de capacidade postulatória.

Nessa linha de raciocínio, há assim um distanciamento da repercussão da sanção disciplinar imposta ao advogado dos atos processuais praticados no processo por advogado desprovido de capacidade postulatória, tudo em prol da preservação dos atos realizados no processo e do cliente que, em absolutamente nada, concorreu para o erro do advogado.

O advogado responderá pelo ato processual praticado desprovido de capacidade postulatória na esfera penal (=contravenção pelo exercício irregular da profissão), civil e, na qualidade de reincidente, no âmbito administrativo. Nesse ponto, aliás, o art. 4, da Lei n. 8.906/94, é claro ao prever que a nulidade do ato em nada impede a aplicação das sanções civis, penais e administrativas.

Conclui-se, por fim, que se aplica também, no caso de ausência de capacidade postulatória, o disposto no art. 13 do CPC para suprir ou retificar o ato dito viciado, no prazo assinalado pelo juiz. A sanção supre a falta de capacidade postulatória do advogado.

Resta, enfim, indiscutível o papel desenvolvido pela Ordem dos Advogados do na fiscalização diuturna dos advogados, aplicando-se as penalidades disciplinares aos advogados que descumprem os seus deveres e, ao mesmo tempo, homenageando os advogados que fielmente cumprem o que determina o Estatuto do Advogado.

Notas

¹ Lei 8.906/94, art. 1º: “São atividades privativas de advocacia: I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas. Parágrafo primeiro. Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração do *habeas corpus* em qualquer instância ou tribunal. Parágrafo segundo. Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados. Parágrafo terceiro. É vedada a divulgação de advocacia em conjunto com outra atividade.”

² EAOAB, art. 42. “Fica impedido de exercer o mandato o profissional a quem for aplicadas as sanções disciplinares de suspensão ou exclusão”.

³ EAOAB, art. 37: “A suspensão é aplicável nos casos de:
I – infrações definidas nos incisos XVII e XXX do art. 34;
II – reincidência em infração disciplinar.

Parágrafo Primeiro. A suspensão acarreta ao infrator a interdição do exercício profissional, em todo território nacional, pelo prazo de trinta dias a doze meses, de acordo com os critérios de individualização previstos neste Capítulo.

Parágrafo Segundo. Nas hipóteses dos incisos XXI e XXIII do art. 34, a suspensão perdura até que satisfaça integralmente a dívida, inclusive com a correção monetária.

Parágrafo Terceiro. Na hipótese do inciso XXIV do art. 34, a suspensão perdura até que preste novas provas de habilitação.”

⁴ EAOAB, art. 34. “Constitui infração disciplinar:
(...)

XVII – prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la;

XVIII – solicitar ou receber de constituinte qualquer importância para aplicação ilícita ou desonesta;

XIX – receber valores, da parte contrária ou de terceiro, relacionados com o objeto do mandato, sem expressa autorização do constituinte;

XX – locupletar-se, por qualquer forma, à custa do cliente ou da parte adversa, por si ou imposta pessoa;

XXI – recusar-se, injustificadamente, a prestar contas ao cliente de quantias recebidas dele ou de terceiros por conta dele;

XXII – reter, abusivamente, ou extraviar autos recebidos com vista ou em confiança;

XXIII – deixar de pagar as contribuições, multas e preços e serviços devidos à OAB, depois de regularmente notificado a fazê-lo.”

⁵ EAOAB, art. 4: “São nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas. Parágrafo único: São também nulos os atos praticados por advogado impedido – no âmbito do impedimento – suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia.”

⁶ CPC, art. 13: “Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito. Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber: I – ao autor, o juiz decretará a nulidade do processo; II – ao réu, reputar-se-á revel; III – ao terceiro, será excluído do processo.”

⁷ O art. 9 da Lei n. 9.099/95 prevê que “nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes poderão comparecer pessoalmente, podendo ser assistida por advogado, mas de valor superior, a assistência é obrigatória.”

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 1.127-8, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 11.06.2010.

⁹ O Código de Processo Civil Projetado, em seu art. 61, não apresenta nenhuma alteração ao atual artigo 13 do CPC. A propósito, *verbis*: CPC Projetado, art. 61 prevê que: “verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspende o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito. Parágrafo único. Não sendo cumprida a determinação dentro do prazo, se a providência couber:

I – ao autor, o juiz decretará a nulidade do processo, extinguindo-o;

II – ao réu, considerar-se-á revel;

III – ao terceiro, será ou considerado revel ou excluído do processo, dependendo do polo em que se encontre.”

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 115: “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos.”

¹¹ Código de Processo Civil Projetado, art. 86: “a parte será representada em juízo por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Parágrafo único. É lícito à parte postular em causa própria quando tiver habilitação legal, ou, não a tendo, no caso de falta de advogados na localidade ou recursa ou impedimentos que houver”.

¹² Nas palavras de Gladson Mamede, o bacharel ser moralmente idôneo significa que “seja pessoa de bom caráter, de comportamento (e história pessoal) à altura da função social que pretende o bacharel ter o direito de exercer.” (MAMEDE, Gladson. *A Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*. 2 ed. rev. e aum. de acordo com o Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003, p. 108).

¹³ “PENAL. CONTRAVENÇÃO. EXERCÍCIO ILEGAL DA PROFISSÃO DE ADVOGADO. CONDENAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Postulação em juízo, inclusive nos juizados especiais em representação, bem como o assessoramento jurídico, constituem atos privativos de advocacia, nos termos do artigo 1º, inciso I e II, da Lei n. 8.906/94, sendo irrelevante que o infrator não tenha acrescentado aos atos praticados a referência à condição de advogado ou que não tenha auferido vantagem econômica, se atuou como advogado sem estar inscrito no órgão de classe.

2. Não se exige habitualidade para configurar a contravenção prevista no artigo 47 do Decreto-Lei n. 3.688/41.

3. Recurso conhecido e não provido.” (Brasil. Juizado Especial do Distrito Federal. Processo n.º 2010 01 1 127060-8 APJ – 0127060-35.2010.807.0001 (Res.65 – CNJ) DF, Relator Dr. Fabio Eduardo Marques, DJ 13.09.2011).

¹⁴ Também, no mesmo sentido, tem-se o seguinte julgado: “Para que se configure a hipótese do art. 47 da Lei de Contravenções Penais, basta um ato. Não se exige repetição e habitualidade. Nem também se reclama a má fé dado que a figura não é dolosa, bastando a voluntariedade. 2. A natureza formal da infração do art. 47 da lei de contravenções penais faz desconsiderada a ideia de ato preparatório impunível. (Brasil. Juizado Especial do Distrito Federal. Apelação criminal n. 2000 01 1 005670-2 APJ – 0005670-50.2000.807.0001 (Res.65 – CNJ) DF. Relator Dr. Antoninho Lopes, DJ. 03.05.2001).

¹⁵ Crisanto Mandrioli fala da importância do princípio *della strumentalità delle forme*, *verbis*: “L’importanza di questo principio – Ed II suo valore, oltre Che giuridico, anche politico e sociale – non ha bisogno di essere sottolineata. In forza di questo principio, le forme cessano di essere un rituale complicato da considerarsi quase fine a se stesso. Quando accade ciò, quando

ciòè le forme non si giustificano in base a ragioni obbiettive, si verifica quel fenomeno degerativo Che prende il nome di *formalismo* e che contro Il quale opera il principio in discorso”. (MANDRIOLI, Crisanto. *Curso di diritto processuale civile*. 10. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995. v. 1 – Nozioni introduttive e disposizioni generali. p. 371).

¹⁶ Prevê o Código de Processo Civil Projetado, no seu art. 240, que: “quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado do outro modo, lhe alcançar a finalidade”. A alteração desse artigo em comparação com o atual (CPC, art. 244) está na supressão da expressão “sem cominação de nulidade”, que significa que o princípio da instrumentalidade não se aplicaria em se tratando de nulidade absoluta, questão essa hoje superada na doutrina e na jurisprudência.

¹⁷ CORREIA, André de Luiz. *A citação no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 191.

¹⁸ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao código de processo civil*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 2: arts. 154 a 269. pp. 323-324.

¹⁹ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 178-179.

²⁰ CRIMINAL. RHC. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. DEFESA TÉCNICA DO PACIENTE PATROCINADA POR ADVOGADO SUSPENSO PELA OAB. IMPROCEDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ADVOGADO CONSTITUÍDO PELO PRÓPRIO RÉU. PREJUÍZO NÃO-DEMONSTRADO. RECURSO DESPROVIDO.

“(…) É relativa a nulidade decorrente de atos praticados por advogado cujo exercício profissional foi suspenso pela Ordem dos Advogados do Brasil, tornado-se imperiosa a demonstração de efetivo prejuízo causado à defesa. Precedentes do STF e do STJ.” Recurso desprovido. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. RHC 17.797/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 19.09.2005).

²¹ “PROCESSUAL CIVIL. ADVOGADO. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL IRREGULAR. NULIDADE DO ATO PRATICADO. LEI 8906/94, ART. 4º, PARÁGRAFO ÚNICO.

1. A teor do parágrafo único do art. 4º da Lei n. 8906/94, são nulos os atos praticados por advogado impedido, suspenso ou licenciado do exercício das atividades profissionais.

2. Recurso especial conhecido e provido.” (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 421.843/RJ, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 17.12.2004).

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 833.342/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 09.10.2006.

²³ “(...) 3. O reconhecimento de eventual nulidade processual exige a comprovação de prejuízo à defesa, o que, no presente caso, após detida análise dos documentos que instruem a impetração, verifica-se não ter ocorrido, atraindo a incidência do princípio *pas de nullité sans grief*.” (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RMS 24.145/PR, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe 16.10.2012).

²⁴ “(...) 1. A prática de atos por advogado suspenso é considerado nulidade relativa, passível de convalidação. Precedentes. 2. À luz do sistema de invalidação dos atos processuais, a decretação de nulidade só é factível quando não se puder aproveitar o ato processual em virtude da efetiva ocorrência e demonstração do prejuízo (*pas de nullité sans grief*).” (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. (Resp. 1.317.835/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 10.10.2012).

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 65.111/PB, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ 14.08.1995.

²⁶ Também na mesma linha de raciocínio, o então Ministro José de Jesus Filho, no julgamento do Resp. 76.971/RJ, asseverou que “não merece reforma o v. acórdão hostilizado, a uma, porque a recorrente, ao alegar inabilitação do patrono do recorrido, não trouxe aos autos qualquer documento que comprovasse suas alegações. A duas, porque não se declara a nulidade do processo sem que haja demonstração de prejuízo. A três, porque, verificada a irregularidade da regularidade da representação pela recorrente, deveria ter sido, no momento oportuno, levantada a questão e, na forma do artigo 13 do Código de Processo Civil, o juiz suspenderia o processo e marcaria prazo razoável para ser sanado o defeito, ocasião em que bastaria ao autor constituir novo causídico que poderia ratificar todos os atos anteriormente praticados.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 76.971/RJ, Relator Ministro José de Jesus Filho, DJ 11.03.1996).

²⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de processo civil interpretado*. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004, p. 80.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 166.015/SP, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 30.10.2000.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.003.359/RS, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, DJ 02.10.2012.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.003.359/RS, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, DJ 02.10.2012.

³¹ “PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. AUSÊNCIA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA. NULIDADE. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. A defesa técnica realizada por advogado suspenso ou licenciado da atividade profissional só constitui vício processual, passível de nulidade, quando comprovado o prejuízo à parte. Inteligência da Súmula 523 do STF. Ordem DENEGADA.” (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. HC 42.678/RS, Relator Ministro Paulo Medina, DJ 26.09.2005).

³² MAMEDE, Gladston. *A Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*. 2. ed. rev. e aum. de acordo com o Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003, p. 96.

Referências bibliográficas

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao código de processo civil*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 2: arts. 154 a 269.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de processo civil interpretado*. Coord. Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004.

CORREIA, André de Luiz. *A citação no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MAMEDE, Gladston. *A Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*. 2 ed. rev. e aum. de acordo com o Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003.

- MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 10. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995. v. 1 – Nozioni introduttive e disposizioni generali.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. Volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Resumo

Este trabalho analisa a validade do ato processual praticado por advogado suspenso da sua atividade advocatícia com o objetivo de se averiguar se a sanção disciplinar aplicada ao advogado repercute na esfera contenciosa. É que, no âmbito processual, há um aparente conflito de normas entre o art. 4º da Lei 8.906/94 e o art. 13 do Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Advogado – Suspenso – Ato processual – Validade – Sanções disciplinar, penal e civil.

Abstract

This work analyze the validity of a procedural act performed by a lawyer suspended of his activities in the intent to identify if the disciplinary sanctions apply in criminal and civil litigation and the apparent conflict of norms between article 4º of Law 8.906/94 and article 13 of the Civil Judicial Procedures Code.

Keywords: Lawyer – Suspended – Act procedural – Validity – Disciplinary sanction, criminal and civil litigation.

1. Breve histórico das políticas governamentais em C,T&I

As diretrizes da Política Nacional de Desenvolvimento Tecnológico encontram-se definidas sistematicamente em diferentes documentos do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação desde 2007, em especial no Plano de Ação em Ciência, Tecnologia e Inovação (PACTI 2007-2010), que estabeleceu a sua prioridade como política de Estado, definindo a necessidade de articulação com os demais planos e programas federais, tais como o Plano de Desenvolvimento da Educação – PDE, Política de Desenvolvimento Produtivo – PDP, Plano de Desenvolvimento da Saúde e o Plano de Aceleração do Crescimento e Infraestrutura – PAC. Naquele momento, tratava-se, então, de estabelecer dois níveis de políticas públicas com atenção à dimensão regional e nacional, do ponto de vista estrutural e sistêmico, cujo foco dos investimentos (da ordem de R\$ 41,2 bilhões até o final de 2010) concentra-se na modernização e na ampliação da capacidade de P,D&I.

O PACTI apresentava as seguintes prioridades estratégicas que norteiam a Política Nacional de C,T&I e as ações do MCTI a partir de 2008:

- I. Expansão e Consolidação do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação: prioriza ações voltadas a expandir, integrar, modernizar e consolidar o Sistema Nacional de C,T&I;
- II. Promoção da Inovação Tecnológica nas Empresas: prioriza ações de fomento para a criação de um ambiente favorável à inovação nas empresas e o fortalecimento da PDP;
- III. Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação em Áreas Estratégicas: fomenta ações para fortalecer as atividades de pesquisa e inovação em áreas estratégicas para a soberania do País;
- IV. Ciência, Tecnologia e Inovação para o Desenvolvimento Social: promover a popularização e o aperfeiçoamento do ensino de ciências nas escolas, bem como a difusão de tecnologias para a inclusão e o desenvolvimento social.

O apoio à implantação e capacitação de Núcleos de Inovação Tecnológica (NITs) integra a Prioridade Estratégica II – Promoção da Inovação Tecnológica nas

Empresas do PACTI, como um programa da Linha de Ação nº 4 – Apoio à inovação tecnológica nas empresas, detalhado no item 4.3. Iniciativa nacional para a inovação (no qual se encontra a implementação do PRÓ-INOVA).

Entre 2004 e 2007, vigorou a Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior – PITCE, cujo objetivo era alavancar o crescimento econômico por meio do fomento à inovação, aumentando o investimento privado em P&D para a melhoria da competitividade, na qual a proteção da propriedade intelectual surge como fator relevante para um ambiente favorável à inovação tecnológica. Em 2007, a PITCE foi substituída pela PDP, cujo objetivo é criar condições de sustentação do ciclo de crescimento do País, com a construção de competitividade de longo prazo, de forma sustentável e com ênfase na inovação, no apoio ao empreendedorismo e no aumento das exportações, tendo como uma de suas metas a elevação do gasto privado em P&D no PIB de 0,51% em 2005 para 0,65% em 2010.

Ao lado dos planos e programas estruturantes das políticas estratégicas, a questão da Ciência, Tecnologia e Inovação tem sido tratada de forma sistemática a partir da construção de um marco legal capaz de criar um ambiente de estabilidade e de desenvolvimento de ações contínuas nessa área. Assim podem ser citados: a Lei de Inovação (Lei n. 10.973/2004, regulamentada pelo Decreto n. 5.563/2005), a Lei de Incentivos Fiscais (Lei n. 11.196/2005 – Lei do Bem, regulamentada pelo Decreto n. 5.798/2006), e a redação do Art. 19-A da Lei do Bem.

A Lei de Inovação significou marco no processo de indução da inovação tecnológica, disciplinando os instrumentos de fomento às parcerias de atores públicos e privados, em especial a partir das seguintes possibilidades: alianças estratégicas para cooperação entre instituições de C&T e empresas; compartilhamento da infraestrutura (laboratórios) das instituições federais de P&D com o setor produtivo (PME); estímulo à incubação de empresas nas Instituições de Ciência e Tecnologia – ICTs; maior interação entre setor privado e setor gerador do conhecimento, com estímulo à transferência de tecnologia; subvenção econômica às atividades de P,D&I nas empresas (FNDCT); alocação de recursos públicos nas empresas para o desenvolvimento de produtos e serviços inovadores; apoio às micro e pequenas empresas; estímulo ao inventor independente; possibilidade de o pesquisador criar sua própria empresa, sem perder o vínculo institucional; participação do pesquisador em royalties.

A Lei do Bem consolida os incentivos fiscais para pessoa jurídica que tenha pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação a partir da concessão de benefícios, tais como deduções de Imposto de Renda e da contribuição sobre o

Lucro Líquido de dispêndios em P&D, redução do IPI na compra de máquinas e equipamentos para P&D e benefícios em subvenção econômica para a contratação de mestres ou doutores para realizar atividades de P,D&I em empresas. Em 2007, foi acrescentado o art. 19-A à Lei do Bem, permitindo que as empresas deduzam do lucro líquido os gastos com projetos de Pesquisa Científica e Tecnológica, e de Inovação Tecnológica feitos com ICT (universidades), e regulamentando a forma pela qual a ICT receberia os recursos, questões de titularidade, licenciamento e transferência de tecnologia. Esse artigo também cria um Comitê Permanente (MCTI, MDIC, MEC) que tem a responsabilidade de aprovar os projetos das ICTs para que recebam os recursos.

No início de 2012, foi lançada a Estratégia Nacional de Ciência e Tecnologia – ENCTI (2012-2015), com o objetivo de articulação e coordenação das políticas públicas setoriais e transversais, bem como das iniciativas do setor privado relacionadas com o desenvolvimento científico e tecnológico do País, baseada em parcerias com outros ministérios e empresas estatais, ampliando a perspectiva de recursos em C,T&I para R\$ 75 bilhões para esse período. Com base na definição de programas prioritários, que envolvem as cadeias mais importantes para impulsionar a economia brasileira (tecnologias da informação e comunicação, fármacos e complexo industrial da saúde, petróleo e gás, complexo industrial da defesa aeroespacial, áreas relacionadas com a economia verde e o desenvolvimento social), a ENCTI define estratégias de consecução, metas e estimativas de financiamento.

Um dos pilares da ENCTI é a promoção da inovação no setor produtivo, cuja finalidade é “ampliar a participação empresarial nos esforços tecnológicos do País, objetivando o aumento da competitividade nos mercados nacional e internacional”, que tem, entre suas estratégias, o incentivo à formação de pesquisadores (mestres e doutores) com foco na inovação e sua incorporação nas empresas; a valorização da inovação e da extensão tecnológica nas avaliações acadêmicas; a consolidação dos Núcleos de Inovação Tecnológica (NITs) para a gestão da política de inovação nas instituições científicas e tecnológicas; o estímulo à proteção da propriedade intelectual e transferência de tecnologia.

Diante desse cenário torna-se fundamental a atuação de instâncias mediadoras para articular os interesses da academia e das empresas de acordo com as políticas estratégicas do país, em especial no que concerne à identificação, proteção e divulgação de resultados de pesquisas e tecnologias passíveis de comercialização (propriedade intelectual), o que define a importância do papel dos Núcleos de Inovação Tecnológica.

2. Os Núcleos de Inovação Tecnológica – NITs e a proteção da Propriedade Intelectual

A Lei de Inovação dispõe sobre o incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo com a finalidade de promover a capacitação e o alcance da autonomia tecnológica para o desenvolvimento industrial do Brasil, com a participação das ICTs no processo de inovação. Entre as ações previstas na Lei de Inovação, está a criação de Núcleos de Inovação Tecnológica – NITs nas Instituições de Ciência e Tecnologia – ICTs, com a responsabilidade de propor, acompanhar e avaliar as políticas de inovação, para promover a proteção e a manutenção da propriedade intelectual e para transferir as novas tecnologias para o setor empresarial.

As competências básicas dos NITs, conforme o art. 16 da Lei de Inovação, são:

- I. zelar pela manutenção da política institucional de estímulo à proteção das criações, licenciamento, inovação e outras formas de transferência de tecnologia;
- II. avaliar e classificar os resultados decorrentes de atividades e projetos de pesquisa para o atendimento das disposições da Lei;
- III. avaliar solicitação de inventor independente para adoção de invenção pela ICT na forma do art. 22 da Lei;
- IV. opinar pela conveniência e promover a proteção das criações desenvolvidas na ICT;
- V. opinar quanto à conveniência de divulgação das criações desenvolvidas na ICT, passíveis de proteção intelectual;
- VI. acompanhar o processamento dos pedidos e a manutenção dos títulos de propriedade intelectual na ICT.

Sobre os antecedentes da implantação dos NIT, podem ser identificadas ações indutoras do MCTI desde os anos 80, quando foram implementados: a Rede de Núcleos de Informação Tecnológica Industrial, o Núcleo Básico de Informação em Patentes, no INPI, e a disseminação do banco de patentes pelos 22 Núcleos então existentes. Nos anos 90, foi desenvolvido um projeto multi-institucional (MCT-CNI-INPI-SEBRAE-ABPI), que centrou esforços na capacitação de RH, na difusão da propriedade intelectual e em cursos padronizados (com material específico), bem como em estudos para o aperfeiçoamento do marco legal. Essa política continua no início de 2000 com o apoio ao patenteamento e

à transferência de tecnologia, que vai culminar no conceito de Núcleo de Inovação Tecnológica.

Entre 2001 e 2006, o MCTI apoiou, no âmbito do Programa TIB, 76 projetos, sendo 16 de ETT, 36 de NAP e 24 de NIT/ Agências de Inovação, o que favoreceu a criação de ambiente propício para a transferência de tecnologia e para a proteção da criação nas ICTs, bem como contribuiu para o fortalecimento da Rede de Propriedade Intelectual, Cooperação, Negociação e Comercialização de Tecnologia – REPICT, criada em 1998 (embora com abrangência restrita ao Estado do RJ). Finalmente, essas ações tiveram impacto direto na decisão pela criação do Fórum Nacional de Gestores de Inovação e Transferência de Tecnologia – FORTEC, em 2006, com abrangência nacional, e que se consolidou como um dos principais parceiros e articuladores do MCTI no que se refere às políticas de PI.

Para poder acompanhar a evolução do trabalho dos NITs, a Lei de Inovação, em seu art. 27, também definiu a exigência de que as ICTs anualmente prestem informações ao MCTI acerca de suas políticas de propriedade intelectual, as criações desenvolvidas, as proteções requeridas e concedidas, e sobre os contratos de licenciamento ou de transferência de tecnologia firmados. Essas informações têm sido coletadas desde 2006 por meio do Formict – Formulário das Instituições Científicas e Tecnológicas, disponível na página www.mcti.gov.br/formict.

Ao acompanhar o trabalho dos NITs, também foi possível identificar os seguintes resultados positivos:

- aumento no interesse dos pesquisadores em proteger suas criações intelectuais, em função do aumento do atendimento dos NITs a eles;
- crescimento da atuação dos NITs quanto ao levantamento das potencialidades tecnológicas das ICTs;
- aumento dos depósitos nacionais e internacionais de: patentes, cultivares, programas de computador e marcas;
- aumento na interação universidade-empresa, indicado pelo aumento de transferência de tecnologia com recebimento de royalties;
- maior interação entre as ICTs, o que promove a difusão de boas práticas utilizadas na gestão dos NITs mais estruturados.

Dando continuidade à política de incentivo à inovação, e reconhecendo a importância dos Núcleos de Inovação Tecnológica nesse processo, o MCTI tem promovido diversas ações, entre as quais se destaca a realização da 4ª Conferência Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação para o Desenvolvimento Sustentável (26 a 28 de maio de 2010), com o objetivo de ratificar e aprimorar as

linhas mestras da política de C,T&I e a nova Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação – ENCTI 2012-2015. Além disso, o MCTI mantém seu papel de articulador nas ICTs e nas empresas na questão da propriedade intelectual, promovendo editais de apoio à implantação de novos NITs (em especial para as ICTs vinculadas ao SIBRATEC que ainda não dispõem de NITs) e de apoio à estruturação de NITs existentes nas ICTs, privilegiando projetos de arranjos institucionais.

Conclusões: alguns desafios para a formação superior

Em primeiro lugar, é preciso registrar que, a despeito dos avanços nas políticas governamentais de C,T&I, ainda é preciso aperfeiçoar e ampliar os atuais programas, bem como garantir sua continuidade em termos de financiamento e subvenção econômica às atividades de P,D&I. Ao lado dessa garantia, deve haver um passo contínuo de reavaliação da regulamentação existente e atender às demandas dos atores envolvidos – empresários e academia – de forma a atualizar o Marco Legal (Lei de Inovação e Lei do Bem), e induzir os Estados a definir suas “Leis de Inovação” específicas, mobilizando o setor produtivo para a promoção da pesquisa e do desenvolvimento tecnológico.

Do ponto de vista das questões a serem enfrentadas pela academia, cabe destacar a necessidade de um maior compromisso dos dirigentes, docentes e pesquisadores com o processo de mudança cultural da instituição, com o adequado dimensionamento dos NIT em termos de infraestrutura e pessoal, bem como em termos de sua posição na estrutura organizacional. A articulação dos pesquisadores com o mundo empresarial é fundamental para superar barreiras e compatibilizar os interesses das instituições de ensino superior, dos pesquisadores e das empresas. Para isso, o NIT precisa contar com processos contínuos de capacitação de seu pessoal e dos pesquisadores no uso da propriedade intelectual e na gestão dos ativos intangíveis, especialmente em buscas de anterioridades e redação de patentes. Também é importante a institucionalização de procedimentos para as atividades de depósitos de patentes e contratos de licenciamento.

Na fronteira entre as ações governamentais e da academia, podemos destacar a necessidade de maior envolvimento de docentes e alunos com a questão da propriedade intelectual, que depende também da atualização dos processos regulatórios do MEC e da CAPES (em especial a questão dos critérios de avaliação de cursos para fins de autorização e reconhecimento), de forma a

permitir que as instituições de ensino superior realizem a reformulação dos currículos da graduação e da pós-graduação de maneira sintonizada com o mercado de trabalho (conceitos de inovação, empreendedorismo e propriedade intelectual).

Finalmente, do ponto de vista específico da oferta dos cursos superiores, é preciso identificar as áreas mais estratégicas que seriam responsáveis pela formação de recursos humanos em nível superior capazes de compreender e lidar com essas demandas oriundas das políticas de inovação. Nesse sentido, cabe destacar a área do Direito, por sua característica inerente de capacitação de egressos para a compreensão do atual marco legal da inovação e da propriedade intelectual, que poderia ser uma indutora de novas possibilidades de formação, seja com a inclusão de conteúdos específicos de propriedade intelectual nas disciplinas de graduação, seja na oferta de cursos de pós-graduação lato sensu ou de cursos de extensão voltados para essa temática.

Referências bibliográficas

- BRASIL. MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA. Coordenação de Política Tecnológica Industrial. Programa Tecnologia Industrial Básica e Serviços Tecnológicos para Inovação e Competitividade. Brasília, 2001.
- BRASIL. MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA. Secretaria de Desenvolvimento Tecnológico e Inovação. Relatório de Informações 2008 do Formulário sobre a Política de Propriedade Intelectual das Instituições Científicas e Tecnológicas do Brasil – Ano base 2007.
- BRASIL. MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO. Estratégia Nacional de Ciência e Tecnologia – ENCTI (2012-2015). Brasília, 2012.

Resumo

Este artigo apresenta reflexão sobre as políticas e programas recentemente elaborados pelo MCTI – Ministério da Ciência, tecnologia e Inovação com o objetivo de apoiar e induzir ações para promover maior articulação entre o setor acadêmico e o setor produtivo, nomeadamente no que se refere à proteção da propriedade intelectual e à transferência de tecnologias para aumento da competitividade do País.

Palavras-chave: Políticas públicas – Inovação – Propriedade intelectual, Formação superior.

Abstract

This article presents thoughts on the recently drawn up policies and programmes by MCTI-Ministry of science, Technology and Innovation with the aim of supporting and lead actions to promote greater links between the academic sector and the productive sector, particularly as regards the protection of intellectual property and the transfer of technologies for increasing the competitiveness of the Country.

Keywords: Public policy – Innovation – Intellectual Property – Higher education.

Osmar Mendes Paixão Côrtes

Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UnB. Membro do IBDP, do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal e do Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Advogado.

Reclamação – a ampliação do cabimento no contexto da “objetivação” do processo nos tribunais superiores

SUMÁRIO. I – Considerações Iniciais. II – O cabimento da reclamação no Supremo Tribunal Federal. III – O cabimento da reclamação no Superior Tribunal de Justiça. IV – A objetivação do processo. V – A ampliação do cabimento da reclamação no Supremo Tribunal Federal. VI – A ampliação do cabimento da reclamação no Superior Tribunal de Justiça. VII – Conclusão: o futuro da reclamação e a mudança de paradigma nos Tribunais Superiores.

1. Considerações iniciais

É fato que o procedimento recursal tem ganhado características típicas dos processos objetivos. O fenômeno, ainda não muito explorado, pode ser chamado de objetivação no processo civil.

Esse fenômeno tem imposto uma mudança rápida na marca clássica da disponibilidade-subjetivismo e os contornos do processo de controle de constitucionalidade concentrado, tipicamente objetivo, estão cada vez mais presentes na recorribilidade extraordinária.

A mudança de paradigma pode ser observada – do traço subjetivo, da disposição, para o objetivo – dentro do controle de constitucionalidade (entre os modelos difuso e concentrado) e fora dele.

Nesse contexto é que a reclamação, ação originária de competência dos Tribunais Superiores, tem ganhado destaque e tido seu cabimento ampliado jurisprudencialmente.

2. O cabimento da reclamação no Supremo Tribunal Federal

A reclamação, medida originária de competência dos Tribunais Superiores, pode ser de três tipos no Supremo Tribunal Federal, conforme a Constituição Federal, a regulamentação dada pelo Regimento Interno e a legislação ordinária: para

garantia da autoridade das decisões do STF, para a preservação da competência e contra o desrespeito a súmula vinculante.

Por ser medida originária com natureza de ação (e não de recurso), a reclamação depende do preenchimento dos requisitos comuns a qualquer ação, como legitimidade, possibilidade jurídica do pedido etc... Também deve ser instruída, nos termos do artigo 256, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com documentação necessária à sua propositura. O RI fala, ainda, no recolhimento de custas iniciais.

Os artigos 156 e seguintes, também do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (na linha do artigo 102, I, 1, da Constituição Federal) prevêm a reclamação por descumprimento de decisão no caso ou por descumprimento de decisão com eficácia *erga omnes*.

Ou seja, desrespeitada, em qualquer instância, em cumprimento de sentença, execução ou incidente, decisão já proferida pelo Supremo Tribunal Federal, cabível a reclamação.

Da mesma forma, se a Suprema Corte já tiver proferido decisão em processo com eficácia *erga omnes*. Em sendo, neste caso, geral, a eficácia da decisão se propaga e deve ser respeitada por todas as instâncias.

O Procurador Geral da República e o interessado na causa são os legitimados a ajuizarem a medida.

Esta hipótese é a que tem sido mais elastecida, consoante será destacado a seguir, e confirma a mudança de posicionamento por parte do Supremo Tribunal Federal que tende, hoje, a estender a eficácia geral não apenas a julgamentos tomados em controle concentrado de constitucionalidade, em processos tipicamente objetivos, mas, também, em processos “subjetivos”, aumentando sua autoridade de Tribunal Superior e de guardião da Constituição da República.

Nos termos do artigo 70 do Regimento Interno do STF, a distribuição dessa reclamação, se alegado o descumprimento de uma determinada decisão por quem foi parte no processo principal, será feita ao relator do caso originário. Se o relator da causa principal já não integrar o Tribunal a reclamação será distribuída ao sucessor, nos termos do parágrafo 2º, e, se o relator assumir a presidência do Tribunal, a reclamação será distribuída ao relator que o substituir na Turma. Caso se alegue o descumprimento de uma decisão com eficácia *erga omnes*, ela não fica vinculada.

A reclamação deve ser instruída com prova documental. O relator requisitará informações à autoridade que praticou o ato impugnado. A vista ao Procurador Geral da República também é obrigatória (se a reclamação não foi ajuizada por ele).

O relator pode, ainda, determinar a suspensão do processo do qual tenha emanado o ato reclamado e, ao julgar procedente a ação (o relator ou o colegiado) poderá, nos termos do artigo 161, do Regimento Interno, inciso III, cassar decisão exorbitante de seu julgado, ou determinar medida adequada à observância de sua jurisdição.

Uma segunda espécie de reclamação (CF, artigo 102, I, I) é a por usurpação de competência, também de legitimidade do Procurador Geral da República ou do interessado na causa. Sua função é a de preservar a competência do Tribunal.

Se qualquer órgão aprecia medida de competência exclusiva da Corte o remédio pode ser utilizado. A teor das súmulas 734 e 735, do STF, por exemplo, se o recurso extraordinário estiver tramitando já no Supremo Tribunal e houver a apreciação de cautelar por Tribunal de jurisdição inferior, a usurpação de competência restará configurada.

Mas não só se desrespeitada a competência originária terá lugar esta reclamação, mas se não observada qualquer hipótese de competência da Suprema Corte, como a recursal.

A distribuição é livre, exceto da reclamação que tiver como causa de pedir a usurpação da competência por prerrogativa de foro, que será distribuída ao relator de *habeas corpus* oriundo do mesmo inquérito ou ação penal, nos termos do parágrafo 6º, do artigo 70 do RISTF. E se julgada procedente a reclamação por usurpação de competência, fica prevento o relator para o processo avocado (parágrafo 5º).

Assim como na primeira hipótese, o curso do processo no qual prolatada a decisão reclamada pode ser suspenso pelo relator ou pelo colegiado que, nos termos do artigo 161, incisos I e II, pode avocar o conhecimento do processo em que se verifique usurpação de sua competência e ordenar que lhe sejam remetidos, com urgência, os autos do recurso para ele interposto.

A terceira hipótese de reclamação, mais recente, é a por desrespeito a súmula vinculante. Prevista no Regimento Interno, na Constituição Federal e, também, na legislação ordinária (Lei 11471/2006).

Adotado o instituto da vinculação das decisões judiciais, a partir da Emenda Constitucional 45, de 2004, o Supremo Tribunal passou a ter a prerrogativa de impor a observância às suas decisões sumuladas.

A experiência brasileira com a vinculação das decisões, historicamente, nunca foi grande. Os países de tradição de *common law* é que sempre prestigiaram mais a vinculação, numa valorização do papel dos magistrados, notadamente de Cortes Superiores. No Brasil, por outro lado, preferiu-se criar mecanismos para corrigir erros de julgamento e para uniformizar a interpretação acerca da legislação.

Mas, implementada a vinculação das decisões, das súmulas do STF, surgiu a necessidade de se construir um mecanismo para corrigir decisões judiciais e administrativas que, ainda assim, apesar da existência de uma súmula vinculante do Supremo Tribunal, não a respeitem.

O instrumento é o da reclamação, previsto já na Constituição Federal (artigo 103-A, parágrafo 3º) e também na legislação infraconstitucional (Lei 11417/2006). Cabe a reclamação se não houver a observância do entendimento vinculativo sumulado.

Assim como as outras, esta reclamação deve ser utilizada antes do trânsito em julgado (súmula 734 do STF), não servindo de medida substitutiva de ação rescisória. A distribuição dela é livre, nos termos do artigo 70, parágrafo 1º, do RISTF.

O importante, nesta terceira hipótese de reclamação, é ver se o pressuposto fático de incidência da súmula é o mesmo na decisão objeto da ação e na súmula vinculante.

Ou seja, se a dúvida recair sobre o pressuposto fático de incidência da súmula – a polêmica gira em torno de ser a hipótese da súmula ou não – as partes dispõem de recurso (e a lei deixa claro isso). Por outro lado, se não houver dúvida sobre o pressuposto de incidência da súmula – a hipótese é a mesma – cabível a reclamação, pois há ofensa ou desrespeito direto do entendimento sumulado.

3. O cabimento da reclamação no Superior Tribunal de Justiça

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça são cabíveis dois tipos de reclamação, também com natureza de ação originária, previstas já na Constituição Federal (artigo 105, I, f): para preservação de competência e para garantir autoridade de suas decisões.

O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (artigo 187), assim como o do Supremo Tribunal Federal, prevê que a inicial deve ser instruída com documentos, além de preencher os requisitos legais de toda petição inicial, e, também, que a medida deve ser dirigida ao Presidente do Tribunal.

A legitimidade para o ajuizamento é do Ministério Público ou da parte interessada. No caso de não ser o autor, o Ministério Público será ouvido após as informações da autoridade, em cinco dias.

Distribuída a reclamação (artigo 188, do RISTJ), o relator deverá requisitar informações da autoridade e poderá ordenar, se for caso de dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado. Da decisão monocrática do relator, cabível agravo interno.

No mérito, julgada procedente a reclamação, o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará a medida adequada à preservação de sua competência, nos termos do artigo 191, do Regimento Interno do STJ.

A regulamentação não é tão exaustiva quanto a do Supremo Tribunal Federal, mas as hipóteses são semelhantes, aplicando-se, aqui, as considerações feitas quando da análise da reclamação na Suprema Corte.

Destaque será dado, a seguir, no exame do fenômeno da ampliação do cabimento da reclamação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o que sinaliza para a mudança de perfil do Tribunal, isso porque se tem admitido, hoje, reclamações contra decisões de Turmas Recursais (Juizados Especiais) e vigora Resolução (número 12) que elastece o cabimento da medida.

4. A objetivação do processo

No direito brasileiro é adotada tanto a forma difusa quanto a concentrada de controle de constitucionalidade. Distintas, até por ter uma a marca do subjetivismo (difuso) e a outra a marca do objetivismo (concentrado), é clara a aproximação entre ambas, por força, principalmente, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O modelo difuso, é sabido, opera por via de exceção, visto que o julgamento da inconstitucionalidade é feito de maneira incidental e pode ser realizado por qualquer órgão do Poder Judiciário. Por regra, as decisões tomadas assentadas neste modelo têm eficácia *inter partes*, e apenas excepcionalmente, nos termos do art. 52, X da Constituição Federal, se suspenda a execução da lei pelo Senado, é que se aplica efeito *erga omnes*.

O modelo abstrato demorou um pouco mais a se desenvolver no Brasil. Somente na Constituição de 1988 foram introduzidas significativas alterações e a ação direta de inconstitucionalidade foi detidamente regulamentada. O modelo de controle concentrado possui nítido caráter objetivo, tendo, as decisões, por regra, eficácia *erga omnes* e efeitos *ex tunc* (podendo haver a modulação, todavia, por deliberação do Supremo Tribunal Federal, nos termos da legislação).

A principal distinção, entre os dois tipos de controle, reside nos pressupostos de admissibilidade. O controle difuso tem origem em uma relação processual concreta (onde há uma questão de interesse direto das partes sendo debatida). E o controle abstrato está vinculado a um processo objetivo – o julgamento levado a efeito pelo Tribunal não está diretamente vinculado a uma questão de interesse direto das partes.

Ocorre que essa divisão típica do nosso sistema híbrido está ficando um tanto quanto difícil de ser feita – os dois tipos de controle têm se aproximado principalmente a partir da jurisprudência. No direito comparado, fala-se em uma tendência mundial à convergência entre as duas formas de controle em razão principalmente da inspiração de cada modelo (aproximação entre *common* e *civil law*). Mas não é isso exatamente o que tem ocorrido no Brasil.

A (i) admissão de reclamação contra decisão proferida em processo subjetivo (atribuindo efeito vinculante à decisão não proferida em processo tipicamente objetivo), a (ii) desnecessidade de suspensão da vigência de uma lei para imprimir eficácia *erga omnes* a uma decisão em controle de constitucionalidade difuso do STF, a (iii) modulação dos efeitos de decisões tomadas em controle difuso pelo STF, e a (iv) vinculação por fundamentos relevantes das decisões (*obiter dictum*) são exemplos que deixam a questão mais clara.

5. A ampliação do cabimento da reclamação no Supremo Tribunal Federal

No contexto da objetivação do processo, o Supremo Tribunal Federal tem elástico o cabimento da reclamação, passando a admiti-la em hipóteses nas quais, tradicionalmente, não seria cabível.

Da recomendação de cabimento de reclamação no Superior Tribunal de Justiça contra decisão de Turma Recursal

Não é cabível recurso para o Superior Tribunal de Justiça de decisões das Turmas Recursais. Ou seja, apreciado o recurso inominado de decisões de Juizados Especiais, cabível apenas o recurso extraordinário que, é sabido, em raríssimos casos vinga, considerando a dificuldade de configuração de ofensa direta ao texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, insatisfeito com a limitação de acesso ao Superior Tribunal de Justiça, já que faltaria uma forma de controle das decisões proferidas pelas Turmas Recursais, decidiu por admitir, excepcionalmente, a reclamação para o Superior Tribunal de Justiça para garantir a autoridade de suas decisões e a linha da sua jurisprudência.

Isso porque, e com toda a razão o Supremo Tribunal Federal, se o Superior Tribunal de Justiça, órgão de cúpula da organização judiciária nacional e responsável pela uniformização da jurisprudência brasileira, não tivesse um meio de apreciar as decisões tomadas pelos Colegiados Recursais em casos extremos (quando con-

testada a jurisprudência firme do STJ ou quando ocorrente divergência entre as Turmas Recursais), o próprio princípio federativo seria colocado em risco.

A decisão do Supremo Tribunal Federal foi tomada nos autos do processo RE 571572, Relatora a Ministra Ellen Gracie. Da ementa, merece destaque:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO ÀS CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS. RECLAMAÇÃO PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CABIMENTO EXCEPCIONAL ENQUANTO NÃO CRIADO, POR LEI FEDERAL, O ÓRGÃO UNIFORMIZADOR. 1. No julgamento do recurso extraordinário interposto pela embargante, o Plenário desta Suprema Corte apreciou satisfatoriamente os pontos por ela questionados, tendo concluído: que constitui questão infraconstitucional a discriminação dos pulsos telefônicos excedentes nas contas telefônicas; que compete à Justiça Estadual a sua apreciação; e que é possível o julgamento da referida matéria no âmbito dos juizados em virtude da ausência de complexidade probatória. Não há, assim, qualquer omissão a ser sanada. 2. Quanto ao pedido de aplicação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observe-se que aquela egrégia Corte foi incumbida pela Carta Magna da missão de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, embora seja inadmissível a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais. 3. No âmbito federal, a Lei 10.259/2001 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização. **4. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos juizados estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la.** 5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, f, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior

Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional.
(negritos nossos. DJ de 27/11/2009. Tribunal Pleno)

A admissão da reclamação contra decisão de Turma Recursal é de extrema importância, considerando o papel do Superior Tribunal de Justiça. E demonstra uma tomada de posição por parte do Supremo Tribunal Federal, ainda que possa parecer à margem das expressas disposições legais, isso porque foi prestigiado o exercício da função do STJ de uniformizador da jurisprudência e de último intérprete da legislação federal.

Cabimento de reclamação contra decisão proferida em processo subjetivo – atribuição de efeito vinculante à decisão não proferida em processo objetivo

De votos proferidos nos autos da RCL 4335/AC (Relator Min. Gilmar Mendes), pode-se observar a tendência à admissibilidade, pelo Supremo Tribunal Federal, de reclamação para todos os que demonstrarem prejuízo resultante da contrariedade de decisão tomada em controle difuso. Ou seja, mesmo quem não foi parte no processo principal (decisão tida por desrespeitada) teria legitimidade para ingressar com reclamação alegando a contrariedade à decisão do STF. Como se fosse atribuída eficácia *erga omnes* ao que decidido em controle difuso.

Alega-se, na Reclamação 4335, ofensa à autoridade de decisão do STF tomada em autos de processo subjetivo (HC 82959/SP) em que é declarada a inconstitucionalidade de dispositivo legal.

O relator, Min. Gilmar Mendes, votou pela procedência da reclamação. Quanto ao cabimento, destacou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu relativamente à utilização da reclamação em sede de controle concentrado de normas, tendo concluído pelo cabimento da medida para todos os que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às suas teses. Nessa linha, anotou que, ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Considerou, ainda, que, em razão disso, bem como da multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei 9.882/99, alterou-se de forma radical a concepção que dominava sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e a CF 67/69. Salientou, por fim, serem inevitáveis, as reinterpretações dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência

da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.

A suspensão da lei pelo Senado Federal, nesse contexto, seria um ato meramente político com a intenção de dar publicidade à retirada do ordenamento da norma declarada inconstitucional pelo STF em controle difuso.

Ou seja, na visão do relator, uma vez o Supremo Tribunal Federal tendo apreciado a constitucionalidade de uma norma, em controle difuso ou concentrado, independentemente da suspensão da lei pelo Senado Federal, cabível a reclamação para impor a observância da decisão tomada pelo STF.

Também nos autos da Reclamação 2280, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, verifica-se a tendência à ampliação do cabimento da medida.

No caso, alegou-se que o Superior Tribunal de Justiça teria desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal tomada em caso concreto (RE 153371/RJ).

E a Turma entendeu, à unanimidade, cabível a reclamação no STF ao argumento central de que compete ao Tribunal zelar pela máxima efetividade de suas decisões.

6. A ampliação do cabimento da reclamação no Superior Tribunal de Justiça

Também o Superior Tribunal de Justiça segue a trilha do Supremo Tribunal Federal, aumentando o cabimento da reclamação, admitindo-a a hipóteses que, tradicionalmente, não seriam admitidas.

A Constituição Federal atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça, em seu artigo 105, III, “c”, o importante papel de uniformizar a interpretação das normas federais infraconstitucionais.

Embora seja responsável pelo exame da legislação infraconstitucional, o STJ não aprecia recurso especial contra decisão prolatada no âmbito dos Juizados Especiais, sendo as querelas de pequeno valor submetidas às Turmas Recursais, instância revisora.

Ocorre, todavia, que, algumas vezes, decisões de Turmas Recursais Estaduais contrariam jurisprudência pacífica do STJ.

Ou seja, fica posto o seguinte problema – se o processo tramitar perante Vara Cível, ainda que não haja a obediência às decisões do Superior Tribunal de Justiça, há uma forma de se corrigir o desrespeito, pelo recurso especial. Por outro lado, se o processo tramitar perante um Juizado Especial, eventual decisão contrária à jurisprudência do STJ fica incólume após o julgamento de recurso pelas Turmas Recursais.

Diante do impasse, consoante já anotado acima, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no Recurso Extraordinário 571572/BA, sendo Relatora a Ministra Ellen Gracie, que, até que seja criado o órgão que possa estender e fazer prevalecer a aplicação da jurisprudência do STJ, em razão de sua função constitucional, da segurança jurídica e da devida prestação jurisdicional, a lógica da organização do sistema judiciário nacional recomenda seja dada à reclamação prevista no art. 105, I, f, da Constituição Federal, amplitude suficiente à solução do problema.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, estabeleceu ser cabível a reclamação, ao Superior Tribunal de Justiça, contra acórdão de Turma Recursal que contrariar a jurisprudência da Corte Superior.

O Superior Tribunal de Justiça, então, em *leading case* (RCL 3752/GO) decidiu que é cabível a reclamação para impor o respeito à linha consolidada da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (ainda que não haja súmula ou que a decisão consolidada não tenha sido tomada em grau de recurso repetitivo).

Isso, após, em questão de ordem, ter sido proposta e posteriormente editada a Resolução 12/2009, do Superior Tribunal de Justiça, que, no artigo 1º, dispõe:

Art. 1º. As reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais processados na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil serão oferecidas no prazo de quinze dias, contados da ciência, pela parte, da decisão impugnada, independentemente de preparo.

E, no artigo 2º, a Resolução autoriza o relator da reclamação a tomar medidas, inclusive, de suspensão de todos os processos em trâmite no país sobre o assunto:

Art. 2º. Admitida a reclamação, o relator:

I – poderá, de ofício ou a requerimento da parte, presentes a plausibilidade do direito invocado e o fundado receio de dano de difícil reparação, deferir medida liminar para suspender a tramitação dos processos nos quais tenha sido estabelecida a mesma controvérsia, oficiando aos presidentes dos tribunais de justiça e aos corregedores-gerais de justiça de cada estado membro e do Distrito Federal e Territórios, a fim de que comuniquem às turmas recursais a suspensão;

II – oficiará ao presidente do Tribunal de Justiça e ao corregedor-geral de Justiça do estado ou do Distrito Federal e ao presidente da turma recursal prolatora do acórdão reclamado, comunicando o processamento da reclamação e solicitando informações;

III – ordenará a publicação de edital no Diário da Justiça, com destaque no noticiário do STJ na internet, para dar ciência aos interessados sobre a instauração da reclamação, a fim de que se manifestem, querendo, no prazo de trinta dias;

IV – decidirá o que mais for necessário à instrução do procedimento.

Nessa mesma linha, a Lei 12153/2009, um pouco mais específica, pois destinada aos Juizados Especiais da Fazenda Pública, dispõe, no artigo 18, parágrafo 3º, sobre a uniformização de interpretação de lei:

§ 3º Quando as Turmas de diferentes Estados derem a lei federal interpretações divergentes, ou quando a decisão proferida estiver em contrariedade com súmula do Superior Tribunal de Justiça, o pedido será por este julgado.

E sobre a medida a ser tomada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça quando houver contrariedade a súmula, prevê o artigo 19:

Art. 19. Quando a orientação acolhida pelas Turmas de Uniformização de que trata o § 1º do art. 18 contrariar súmula do Superior Tribunal de Justiça, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

Da Resolução 12, observa-se a preocupação em criar um instrumento para impor a observância, em hipótese de não cabimento de recurso, à linha da jurisprudência do STJ. E, da Lei 12153/2009, observa-se a preocupação em deixar o caminho aberto para o STJ se manifestar quando houver divergência com súmula da Corte Superior.

Nessa linha, seguindo a tendência de ampliação do cabimento da reclamação, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, julgando definitivamente a RCL 3752/GO entendeu cabível a medida, até com caráter geral, para impor a observância à sua jurisprudência, ainda que não sumulada. Da ementa merece destaque:

RECLAMAÇÃO. DIVERGÊNCIA ENTRE ACÓRDÃO PROLATADO POR TURMA RECURSAL ESTADUAL E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CONSÓRCIO. CONTRATOS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI 11.795D 08. CONSORCIADO EXCLUÍDO. PARCELAS PAGAS. DEVOLUÇÃO. CONDIÇÕES.

- Esta reclamação deriva de recente entendimento, no âmbito dos EDcl no RE 571.572-8D BA, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 14.09.2009, do Pleno do STF, o qual consignou que “enquanto não for criada a turma de uniformização para os juizados especiais estaduais, poderemos ter a manutenção de decisões divergentes a respeito da interpretação da legislação infraconstitucional federal”, tendo, por conseguinte, determinado que, até a criação de órgão que possa estender e fazer prevalecer a aplicação da jurisprudência do STJ aos Juizados Especiais Estaduais, “a lógica do sistema judiciário nacional recomenda se dê à reclamação prevista no art. 105, I, f, da CF, amplitude suficiente à solução deste impasse”.

- Em caso de desistência do plano de consórcio, a restituição das parcelas pagas pelo participante far-se-á de forma corrigida. Porém, não ocorrerá de imediato e sim em até trinta dias a contar do prazo previsto no contrato para o encerramento do grupo correspondente.

- A orientação firmada nesta reclamação alcança tão-somente os contratos anteriores à Lei nº 11.795D 08, ou seja, aqueles celebrados até 05.02.2009. Para os contratos firmados a partir de 06.02.2009, não abrangidos nesse julgamento, caberá ao STJ, oportunamente, verificar se o entendimento aqui fixado permanece hígido, ou se, diante da nova regulamentação conferida ao sistema de consórcio, haverá margem para sua revisão.

Reclamação parcialmente provida. (Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ de 25-08-2010. Negritos nossos)

7. Conclusão: o futuro da reclamação e a mudança de paradigma nos Tribunais Superiores

Dentro do controle de constitucionalidade, o modelo difuso se aproxima do concentrado. E fora, em especial no procedimento recursal (movido pela voluntariedade e pelo interesse subjetivo de quem recorre, ainda que haja objetivos públicos envolvidos), observa-se, também, uma certa objetivação, justificada por razões

de segurança e pela necessidade de os Tribunais Superiores exercerem os seus papéis constitucionais de primarem pelo respeito às leis.

Nesse contexto de mudança de paradigma é que se coloca a questão ora analisada – a reclamação tem sido cada vez mais admitida, no âmbito dos Tribunais Superiores, por ser uma medida originária destinada a fazer valer os entendimentos já tomados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Os Tribunais Superiores há muito sinalizam no sentido de não mais terem condições de continuar sendo Cortes “de varejo”, que julgam diariamente centenas e milhares de processos.

O legislador, sensível à realidade do acúmulo desnecessário de processos, adotou medidas, como a dos recursos repetitivos e da repercussão geral, para auxiliar os Tribunais a se desafogarem. E as medidas têm sido extremamente úteis, até por estarem sendo bem utilizadas.

A adoção dos mecanismos de redução do volume de processos em tramitação não significa esvaziar os Tribunais para que eles parem de dar a última palavra acerca da legislação constitucional e infraconstitucional.

Ao contrário, servem para valorizar mais o papel constitucionalmente previsto do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. De nada adianta julgar muito teses já repetidas ou sem o vagar necessário ao exame dos processos. É melhor se ater a julgamento de casos importantes e impor a observância da sua jurisprudência, otimizando a prestação jurisdicional e dando segurança e previsibilidade aos jurisdicionados, além de garantindo a proteção à Federação.

E nesse contexto é que a reclamação toma vulto e tem seu cabimento elástico consoante se pretendeu demonstrar.

É mais importante julgar teses relevantes e posteriormente impor a observância da linha definida do que julgar milhares de processos individuais.

A escolha foi feita pelos Tribunais, e o elástico do cabimento da reclamação ilustra a nova realidade – ao admitir a medida originária cada vez mais, os Tribunais Superiores mostram que a sua preocupação, hoje, deve centrar-se mais na imposição de observância das suas decisões e da sua jurisprudência consolidada.

A mudança de paradigma é clara, cabendo a todos os jurisdicionados e magistrados inferiores aprender a conviver nessa nova realidade, sem abusar das reclamações e tentando prestigiar sempre a linha definida da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Resumo

O estudo é dedicado à análise da reclamação nos Tribunais Superiores – seu cabimento atual considerando o corrente contexto de objetivação do processo.

Palavras-chave: Reclamação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. Objetivação do processo.

Abstract

The study is dedicated to analysis of the complaint in the Superior Courts – its pertinence today considering the current context, which objectifies the process.

Keywords: Complaint in the Supreme Court and Superior Court. Objectify the process.

O princípio da separação de poderes na visão pragmática das modernas democracias: a impossível disputa entre o STF e a Câmara dos Deputados

O Supremo Tribunal Federal está ultimando, após cerca de sete anos, um longo processo penal – a famosa AP 470 – ao fim do qual condenou 27 indiciados, incluindo importantes figuras da República e, entre estes, quatro deputados federais.

O procedimento, longo e tumultuado até pela importância de vários indiciados, observou em seu curso todos os trâmites do *devido processo legal*, oportunizando aos acusados o *contraditório e a ampla defesa*, segundo os cânones constitucionais que regem o assunto. E não poderia ter sido de forma diferente, logo no STF, o guardião da Constituição Federal.

Durante o longo processo, foi iniciada forte campanha de desmoralização do julgamento, desde a tumultuada questão do desmembramento – pelo qual os indiciados do “baixo clero” certamente ganhariam a porta da prescrição –, até o acirramento das posições diametralmente opostas de dois juízes da Suprema Corte, somando-se a setores inconformados da esquerda brasileira que orquestrou uma campanha difamatória da legitimidade do resultado dessa ação.

Entre as bandeiras propaladas por tais vozes, incluem-se a apelação à Corte Internacional de Direitos Humanos, em San José da Costa Rica; a aleivosia de que foi um julgamento político; a alegação de que houve cerceamento da defesa; a grita de que José Dirceu foi condenado sem provas e outras imprecisões.

Ultrapassada essa gritaria, definidos os regimes e as condenações, resta apenas o julgamento de eventuais recursos para o trânsito em julgado. Em razão da condenação de quatro parlamentares, a Câmara dos Deputados, pela palavra do presidente anterior e do atual – antes da sua eleição, diga-se – alia-se ao alarido inaugurando uma discussão nada acadêmica: caberia à Câmara dos Deputados decidir, por votação secreta, se os parlamentares condenados perderiam ou não os seus mandatos. Um arrepio gelado percorreu a espinha de doutos juristas, incrédulos com tão estapafúrdia manifestação de corporativismo.

É que, uma leitura míope da Carta Magna, feita pelo ex-presidente da Câmara dos Deputados, – sem trocadilho – permite, realmente, essa esdrúxula conclusão. Confira-se. Diz o Art. 55 da CF/88:

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

- I – que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;
- II – cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;
- III – que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;
- IV – que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;
- V – quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;
- VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

§ 1º – [...].

§ 2º – *Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.* (grifos)

§ 3º – Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 4º – [...]

Precedentemente, o Art. 15 da Carta e seu inciso III são taxativos:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I – [...];

II – [...];

III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV – [...];

V – [...].

Verifica-se, pois, a existência de uma antinomia, quando um comando normativo é definitivo, não deixa margem a interpretações (art. 15, inc. III) e outro permite que a perda do mandato seja decidida pela respectiva casa parlamentar, medi-

ante voto secreto (Art. 55, § 2º). A toda evidência, ocorre um conflito aparente de normas em nível constitucional. E, como todos sabem, o ordenamento deve ser um todo harmônico, razão pela qual os eventuais conflitos de normas devem ser resolvidos pelas regras já conhecidas por qualquer estudante de direito. Todavia, o problema se torna mais complexo por tratar-se de normas de nível constitucional, para o qual os métodos consagrados de solução de conflito de normas não são todos eles cabíveis.

O ponto fulcral da discussão sobre a aplicabilidade do Art. 55, § 2º tem sua gênese em dois pilares do moderno constitucionalismo: o princípio da separação dos poderes e a questão da representação popular, ambos estudados por diversos contratualistas, entre os quais destacam-se, de um lado, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de Montesquieu e, de outro, Jean-Jacques Rousseau.

A propósito, Rousseau, na sua magistral obra “*O contrato social*”, enfrentou os mais variados problemas relacionados com o estatuto de uma sociedade democrática, exceto o da representação popular, em relação à qual manifestava sua mais grave preocupação. Questões relacionadas com o modelo de mandato, duração, formas de aquisição e perda do mandato eram algumas das mais graves inquietações do mais célebre filósofo contratualista. Habitualmente comparado com Montesquieu, que consagrou em sua obra o instituto da separação dos poderes, Rousseau, ao contrário, dedica-se a dar solução ao contrato social por via da soberania popular e do sufrágio universal, como ensina o festejado mestre Paulo Bonavides:

O encontro com Rousseau não é apenas um encontro com a história ou com o século XVIII. É também o encontro com o tema fascinante da **democracia contemporânea** ou com tudo aquilo que a doutrina democrática sugere de permanente e contínuo no desafio de seus problemas capitais. Daí porque o filósofo é inesgotável e se faz mister sempre discuti-lo, quer para refutá-lo, quer para consagrá-lo.

Quem escreve sobre assuntos políticos ao ocupar-se de Rousseau é inevitavelmente arrastado à tentação de compará-lo a Montesquieu, seu predecessor mais chegado no cenário de influências ideológicas que preparam a Revolução Francesa e explicam a transição europeia do poder absoluto ao poder limitado do moderno Estado de Direito. De um lado, a sobriedade de Montesquieu o aristocrata, o defensor do poder parlamentar, o apóstolo da ideia representativa, o teorista da separação de poderes, aquilatador das instituições políticas, o filósofo da observação, do estudo e da compreen-

são dos fatos históricos, o crítico que absolve todas as forma de soberania – monárquica ou republicana – e que só não transige com o despotismo; Montesquieu, o patrono ardente de um conceito de liberdade, que é a **espinha dorsal do liberalismo** e que encontrará sempre os mais empenhados defensores de sua base individualista.

Do outro o fanatismo de Rousseau, o sonho quase romântico da **sociedade igualitária**, o fim da alienação política do homem acorrentado aos ferros da opressão; Rousseau, o pensador proibido, o vagabundo inquieto, o peregrino errante, o autor perseguido e independente; o místico solitário e sem amigos, carregando sobre os ombros as frustrações do destino, as incompreensões da sociedade, o desprezo dos ricos, a maledicência dos poderosos; Rousseau, enfim, paladino das liberdades proscritas, revolucionário que alimenta no gênio de sua prosa vingativa a fidelidade aos pequeninos, o amor dos oprimidos; Nietzsche latino, que, cem anos antes dos textos de Marx, arremessa sobre o liberalismo irretroatável da sociedade burguesa a bomba incendiária da soberania popular e do sufrágio universal.¹

É exatamente dentro dos contornos do constitucionalismo imaginado por esses filósofos, e muitos outros, que foram construídas as atuais matrizes em vigor na maioria das constituições da civilização ocidental. Os modelos variam. Alguns são desfigurados quando alguma ideologia toma conta do poder e amolda o estatuto social de acordo com os interesses dominantes.

Ao contrário, a Constituição da República, utilizando os pilares das concepções democráticas mais atualizadas, veio extirpar vícios de origem, plantar as sementes dos direitos das minorias, fortalecer os direitos humanos e muitas outras conquistas que faz dela uma fortaleza constitucional, a despeito das dezenas de emendas que tentam solapar as premissas maiores inseridas pelos constituintes de 1988. Comemorando os 20 anos de sua existência, elaborei o seguinte texto, na apresentação desta revista:

Vinte anos é a marca alcançada pela constituição-cidadã. Nascida de um movimento que se iniciara em oposição ao regime militar, a Constituição de 1988 vai ser forjada a partir de múltiplos matizes político-ideológicos, constituindo-se em formidável caderno de intenções com o objetivo de promover o progresso e reduzir as desigualdades em todas as suas dimensões. Na República, já é a mais longeva, depois da carta de 1891. Nasceu sob o

estigma de um perverso modelo econômico com inflação de quase três dígitos, mas logo teve que enfrentar a plethora de demandas na área econômica, em razão da drástica reversão para um modelo de estabilidade econômica. Inúmeros foram os desafios que teve que enfrentar, mas de todos saiu vitoriosa, pela consistência de seus princípios e fundamentos. O mais grave, no campo político, foi o impedimento do Presidente da República. E mesmo nesse quesito o texto constitucional estava pronto para enfrentá-lo.

Todavia o fato que mais chama atenção dos analistas políticos e dos juristas é o aperfeiçoamento do seu texto que vem sendo efetuado pela Suprema Corte, de forma metódica, firme e progressiva, incorporando um teor político em suas decisões – entenda-se político no sentido aristotélico de justiça, ou seja de promover o bem comum. De um intérprete passivo da Carta Magna, o perfil do STF transmuda-se para a de um intérprete ativo, atento para o fato de que os princípios insertos na Carta devem ser concretizados, sob pena de suas decisões se estiolarem sob os sóis de interesses menores.²

Muitos outros percalços foram superados nesse último lustro: ficha limpa, anencefálicos, greve de funcionários públicos, mas nenhum tão majestático na sua importância como a AP 470. E, antes da cortina baixar após o último ato, a disputa interpretativa dos artigos 15 e 55 precisará ser resolvida. Nesse confronto, o STF entra em grande vantagem, seja pela autoridade com que impôs solução para os mais complexos problemas, seja pela sua vocação natural de intérprete da Constituição e seu guardião.

A questão da perda de mandato parlamentar, entretanto, nunca chegou a causar tanta polêmica, nem comprometer as relações entre dois Poderes da República, como no recente episódio narrado acima. Na realidade, o texto constitucional enseja dúvidas a respeito da competência derradeira para a decretação da perda do mandato. A rigor, o § 2º do Art. 55 da CF/88, acima transcrito, determina que, na hipótese do inciso VI desse artigo, caberia à Casa respectiva, em votação secreta, decidir a respeito da perda de mandato. A dedução lógica da leitura desse dispositivo está a indicar que os parlamentares poderão decidir contrariamente à decisão judicial de perda de mandato. Em resumo: após anos de longo e penoso caminho no curso do devido processo legal, o Judiciário decide pela condenação de um parlamentar, o qual, pela dicção do Art. 15 da Carta, perderá o mandato, mas que, por decisão de seus pares, poderá não perder, de acordo com o Art. 55 e seu § 2º, configurando clara hipótese de conflito de normas.

Todavia qualquer conflito de normas deve ser resolvido mediante aplicação de normas próprias e com auxílio de interpretação das normas constitucionais. E o intérprete natural, todos sabem, é o STF.

A respeito de interpretação de um texto, ressalta pela importância os ensinamentos de Hans-Georg Gadamer, para o qual, após a divulgação de um texto, o autor perde a autoridade sobre ele, cabendo aos intérpretes descobrir, no texto e nas suas entrelinhas, a verdadeira intenção do autor.

Outro ponto primacial na análise do pensamento desse filósofo é o que respeita ao seu entendimento sobre o intérprete. Ele se *aproxima do texto não com a mente semelhante a **tábula rasa**, mas com a sua pré-compreensão, com seus pré-juízos, com as suas pré-suposições, com as suas expectativas*. É baseado nessa **memória cultural** que o intérprete esboça a sua primeira aproximação: “*este texto significa isto ou aquilo, tem este ou aquele significado*”.

Sobre o papel do intérprete, Gadamer preleciona:

Quem se põe a interpretar um texto, está sempre concretizando um projeto. Com base no sentido mais imediato que o texto lhe exhibe, ele esboça, preliminarmente, um significado do todo, que obviamente é revisto continuamente com base no que decorre da penetração ulterior do texto.³

Essa é a ideia central de Gadamer a respeito da hermenêutica, ou seja, ela nunca se exaure na última interpretação, pois cria-se o que chama de **círculo hermenêutico**. E cada novo intérprete pode, ao deparar-se com o horizonte da interpretação anterior, elaborar nova interpretação e, assim, sucessivamente, permitindo a fusão de horizontes de diversos intérpretes. Não por outra razão a Constituição americana atravessou dois séculos única, mas não incólume. Seria ingenuidade supor que o texto original de 1787 seja aplicável às situações fáticas de hoje se não tivesse havido a fusão de vários horizontes interpretativos nesses 226 anos de existência.

Oportuna, igualmente, a lição de Hesse em sua obra clássica:

A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança de situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva constitui condição funda-

mental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade.⁴

De acordo com essa compreensão do fenômeno hermenêutico, é perfeitamente possível entender que, promulgada a Constituição, vários atores do mundo jurídico puseram-se a interpretá-la, em razão de situações diversas, sempre na tentativa de buscar a verdadeira intenção do autor – o legislador constituinte.

Dentre todos os princípios de interpretação constitucional possíveis, um merece especial atenção: a mutação constitucional.

A expressão mutação constitucional teve origem nos Estados Unidos, com o termo *construction*, significando a fixação do sentido de uma Constituição, ou de qualquer norma.

O ilustre doutrinador Bulos assim define mutação por construção constitucional:

a *construção* designa um meio eficiente pelo qual as constituições sofrem mudanças substanciais, no sentido, alcance e conteúdo dos seus preceptivos, sem a necessidade de recurso formal à revisão ou emenda constitucionais e encontra seu fundamento no fato de que o direito é experiência.⁵

Inúmeras interpretações já alteraram o significado original da Carta, segundo o entendimento de seu intérprete natural.

Dos primeiros exemplos de mutação constitucional, um destaca-se pela frequência com que foi ensinado na academia: a prisão civil do depositário infiel: é sabido que antes da EC/45, o STF entendia como pacífica a autorização constitucional para a prisão do depositário infiel, mesmo sob a égide do Pacto de San José da Costa Rica. Somente após a referida emenda, que conferiu aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos o *status* de emenda constitucional, é que a Suprema Corte alterou a interpretação do Art. 5º, inc. LXVII e passou a inadmitir a prisão civil do depositário infiel.

Dentre tantos exemplos possíveis, um é paradigmático.

No modelo de tripartição de Poderes adotado pela República, quando determinada norma é declarada inconstitucional pelo STF, *incidenter tantum*, a eficácia de coisa julgada somente se fará entre as partes do processo, devendo o Supremo comunicar sua decisão ao Senado Federal a fim de que ele suspenda a execução da norma. Confira-se:

“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal.

(...)

X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Desde a década de 70, a Suprema Corte tem assentado que as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF, no controle abstrato, dispensariam a comunicação ao Senado, por força do efeito *erga omnes*. Todavia, as decisões proferidas no controle difuso, por produzirem efeito *inter partes*, deveriam ser comunicadas ao Senado Federal para que, no uso de suas atribuições, fosse determinada a suspensão da exequutoriedade da norma fulminada por vício de inconstitucionalidade.

Daquela época para o momento presente, o controle de constitucionalidade sofreu inúmeras alterações, deslocando-se, gradativamente, do sistema difuso para o concentrado, por força do texto constitucional nascido em 1988 e de várias emendas, em especial a EC/45, de 2004.

Por outro lado, a práxis ensinou que as gavetas do Senado Federal estão abarrotadas de comunicados do STF sem nenhuma providência prática do Senado para a suspensão do dispositivo da Constituição julgado inconstitucional pelo STF. Em inúmeras decisões anteriores, a Suprema Corte manteve-se silente quanto à inércia do Senado Federal em relação à suspensão de normas julgadas inconstitucionais pela Corte.

Está em julgamento no STF a Reclamação 4335-5/AC, tendo como Relator o Ministro Gilmar Mendes, em que é tratado esse tema complexo da hermenêutica constitucional: a mutação constitucional. Quando concluso, a decisão do STF terá tido pouca importância para os Reclamantes, mas terá lançado novas luzes sobre o **controle de constitucionalidade no sistema difuso ou incidental**. Trata tal discussão sobre qual o sentido jurídico deve-se atribuir, hodiernamente, ao Art. 52, inc. X, da CRFB. Embora sustado o julgamento pelo pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski, algumas ilações podem ser tiradas a partir dos votos já proferidos.

A Reclamação *sub examen* alega ofensa à autoridade da Corte que declarou inconstitucional determinado dispositivo da Lei 8.072/90, que vedava a condenados pela prática de crimes hediondos a progressão de regime. (HC 82959/SP). Tendo em vista que a declaração de inconstitucionalidade foi feita em controle difuso, a força vinculante da declaração de inconstitucionalidade somente seria obtida após o Senado suspender a execução da norma, a teor do Art. 52, inc. X, da Constituição. Em seu voto, todavia, o relator alega que teria ocorrido *mutação constitucional* em relação à regra do citado artigo.

Em outras palavras, para o relator, a atribuição dada ao Senado Federal pelo Art. 52, inc. X teria sofrido alteração e, hoje, também no controle difuso, a declaração de inconstitucionalidade feita pela Suprema Corte ganharia efeito *erga omnes*. Vale ressaltar o voto de Eros Grau, acompanhando o relator, conforme relata Roberto Wagner Lima Nogueira:

4. Para o **Min. Eros Grau**, que, em voto-vista, acompanhou o **Min. Rel. Gilmar Mendes**, o sentido normativo do Art. 52, X, seria este: “passamos em verdade de um texto [pelo qual] compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, a outro texto: “compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo”.⁶

5. Em outras palavras, o **Senado Federal**, segundo esta construção normativa, passaria a ser um **mero órgão chancelador das decisões do STF**, ou no dizer de **Lenio Streck**, “significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; *significa por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo*, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988”⁷

Prossegue Nogueira:

6. O que está por trás desta alcunhada “**mutação constitucional**”, assim denominada pelo Min. Eros Grau, é saber “*quais os limites da interpretação conferida ao Direito em sede de **Jurisdição Constitucional**? Pode o STF extrair novas normas a partir de base textual inexistente, ou até mesmo criar o texto e a norma como se quer no caso em tela? Não estaremos aí frente a mais um exagero interpretativo perpetrado pelo Poder Judiciário nesta quadra de nossa história jurídica recente?*”⁸

Para responder essa indagação, Nogueira utiliza a própria resposta de Grau:

7. Para o Min. Eros Grau, não. O **STF pode não apenas mudar a norma como também mudar o texto**. De fato, segundo a interpretação do Min. Gilmar

Mendes, o texto do Art. 52, X, foi efetivamente alterado. Vejamos o que diz Eros Grau, citado por Lenio Streck:⁹

“O Ministro Eros Grau se pergunta se o Ministro Gilmar Mendes, ao proceder a ‘mutação constitucional’, não teria ‘excedido a moldura do texto, de sorte a exercer a criatividade própria à interpretação para além do que ao intérprete incumbe. Até que ponto o intérprete pode caminhar, para além do texto que o vincula? Onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido?’. E ele mesmo responde: ‘não houve qualquer anomalia de cunho interpretativo, pois o Ministro Gilmar teria apenas feito uma ‘autêntica mutação constitucional’: ‘Note-se bem que S. Exa. não se limita a interpretar um texto, a partir dele produzindo a norma que lhe corresponde, porém avança até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro. Por isso, aqui mencionamos a mutação da Constituição.’”¹⁰ (grifos do autor)

Tal posicionamento do Min. Gilmar Mendes já era bastante conhecido do meio acadêmico e não constituiu surpresa o seu voto.

Outro exemplo recente de mutação constitucional foi a decisão da Suprema Corte a respeito do direito de greve dos funcionários públicos. Ao ser promulgada em 1988, a Constituição da República prescrevia:

Art. 37, inc. VII: O direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

Em face da inexistência de lei pretérita que definisse tais termos e limites, restava óbvio o dever do Congresso em votar tal lei. Inúmeros foram os Mandados de Injunção impetrados perante a Suprema Corte, no sentido que esta obrigasse o legislador a concretizar o comando constitucional do citado dispositivo. A decisão, quase sempre cartesiana, era de confirmar que, efetivamente, o legislativo encontrava-se em mora. É a conclusão a que se chega na leitura do seguinte trecho do voto do Min. Celso de Mello, no julgamento do MI 712-8/PA:

A jurisprudência que se formou no Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do MI 107/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES (RTJ 133/11), fixou-se no sentido de proclamar que a finalidade, a ser alcançada pela via do mandado de injunção, resume-se à mera declaração, pelo Poder Judiciário, da

ocorrência de omissão inconstitucional, a ser meramente comunicada ao órgão estatal inadimplente, para que este promova a integração normativa do dispositivo constitucional invocado como fundamento do direito titularizado pelo impetrante do “writ”.¹¹ (Grifos nossos)

Ou seja, todas as vezes em que o Poder Judiciário foi acionado para se manifestar sobre esse assunto, o resultado era sempre o mesmo: *o STF certificava que o Congresso estava em mora*. Ponto.

A passividade da Suprema Corte em apenas advertir os demais Poderes da omissão praticada fez com que se perdesse a compreensão do verdadeiro significado da palavra *injunção* e, *ipso facto*, da intenção do legislador constituinte em incorporar no elenco das ações constitucionais o Mandado de Injunção. *Injunção*, ensina Houaiss, significa *ato de injungir, ordenar expressamente uma coisa, ordem precisa e formal*. Tem sua raiz no verbo *injungere*, do latim, significando *inflingir, impor*. É meridianamente cristalino o caráter mandamental do vocábulo: *ordenar expressamente, ordem precisa e formal*. E o Mandado de Injunção, esse remédio constitucional, veio inserto no capítulo *dos direitos e deveres individuais e coletivos* exatamente para realçar a essencialidade obrigacional que o constituinte originário pretendeu conferir ao instituto da injunção. Vale reler:

Art. 5º, inc. LXXI – Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. (grifos nossos)

Todavia, em homenagem ao princípio da separação de Poderes e preocupado em não ultrapassar limites que pudessem caracterizar ativismo judicial, o STF manteve prudentemente a jurisprudência firmada pela douta palavra do ilustrado jurisconsulto Moreira Alves.

A doutrina passou a chamar essa prática de *mutação inconstitucional*, significando que elas impedem a plena concretização das normas constitucionais.

A ilustre jurista Anna Cândida da Cunha Ferraz, ao tratar da inércia dos Poderes em *concretizar* a Constituição, ou seja, deixar de cumprir uma determinação da Carta, impedindo os cidadãos de usufruírem de direito que lhes foi outorgado, denominou tais práticas de “*processos anômalos*” ou “*mutações manifestamente inconstitucionais*”. Entre as formas possíveis das mutações constitucionais, destaca:

A inércia dos poderes constituídos ocorre quando a omissão é intencional, provisória, mas prolongada, de sorte que paralisa a aplicação da norma como desejava o poder constituinte originário; configura inconstitucionalidade por omissão; é pernicioso porque raramente busca adaptar a Constituição à realidade. O desuso é a mudança (a) consciente, (b) uniforme, (c) consentida, (d) pública e (e) reiterada, por longo tempo de uma disposição constitucional. Aproxima-se da inércia.¹³

Como dito acima, o STF manteve-se, por longo tempo, em uma atitude passiva em relação à prerrogativa legislativa do Congresso como o Poder capaz de imprimir ao comando constitucional a eficácia necessária para que o destinatário final – o servidor público – pudesse entrar no gozo do direito de greve que lhe foi outorgado. Contudo, subjacente àquela atitude passiva de respeito ao princípio da separação de poderes, passaram os membros da Suprema Corte a perceber que tal passividade, reiterada em subseqüentes decisões, terminava por contaminar o Poder Judiciário na cumplicidade da omissão legislativa que tanto reclamavam.

Foi diante da compreensão desse fato – não apenas no julgamento do direito de greve no serviço público, mas em inúmeros outros casos semelhantes – que o STF alterou a sua postura e passou a conformar diretrizes, em suas decisões, capazes de dar eficácia a direitos latentes previstos na Carta e negligenciados pela inércia legislativa. Os votos proferidos no MI 712-8, que tratou da matéria, são dignos de registro, para apontar a inflexão dada ao tema pelos membros da Corte Suprema. Alguns desses votos são antológicos e certos trechos merecem ser reproduzidos.

Voto do Min. Eros Grau, Relator:

1. [...] 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve — artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sen-

tido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. 6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental. 7. [...] 8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital — indivíduo ou empresa — que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque “serviços ou atividades essenciais” e “necessidades inadiáveis da coletividade” não se superpõem a “serviços públicos”; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar — o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] — é insustentável. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece

o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil. (grifos nossos)

Voto do Min. Celso de Mello:

A importância do direito de greve, contudo, não pode prescindir da necessária observância dos princípios da supremacia do interesse público e da continuidade dos serviços desenvolvidos pela administração estatal, especialmente daquelas atividades que, qualificadas pela nota da essencialidade, não podem sofrer, em hipótese alguma, qualquer tipo de interrupção. É por essa razão que documentos de caráter internacional – como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 8º, “c” e “d”) – advertem que as leis concernentes ao exercício do direito de greve, especialmente quando exercido no âmbito da Administração Pública, podem e devem estipular restrições ou limitações “no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteção dos direitos e liberdades de outrem”.

O próprio Romano Pontífice, na Encíclica “*Laborem Exercens*” (“Sobre o Trabalho Humano”, p. 49, item n. 20, 1981, Loyola), após advertir que as exigências sindicais “não podem transformar-se numa espécie de egoísmo de grupo ou de classe”, salientou, nesse documento pontifício comemorativo do 1º Centenário da Encíclica “*Rerum Novarum*”, do Papa Leão XIII (1891), que a atividade desenvolvida pelas entidades representativas dos prestadores de serviços deve ser entendida “como uma prudente solicitude pelo bem comum”, aduzindo que:

“Ao agirem em prol dos justos direitos dos seus membros, os sindicatos lançam mão também do método da ‘greve’, ou seja, da suspensão do trabalho, como de uma espécie de ‘ultimatum’ dirigido aos órgãos competentes e, sobretudo, aos dadores de trabalho. É um modo de proceder que a doutrina social católica reconhece como legítimo, observadas as devidas condições e nos justos limites. Em relação a isto os trabalhado-

res deveriam ter assegurado o direito à greve, sem terem de sofrer sanções penais pessoais por nela participarem. Admitindo que se trata de um meio legítimo, deve simultaneamente relevar-se que a greve continua a ser, num certo sentido, um meio extremo. Não se pode abusar dele; e não se pode abusar dele especialmente para fazer o jogo da política. Além disso, não se pode esquecer nunca que, quando se trata de serviços essenciais para a vida da sociedade, estes devem ficar sempre assegurados, inclusive, se isso for necessário, mediante apropriadas medidas legais. O abuso da greve pode conduzir à paralisação da vida sócio-econômica; ora isto é contrário às exigências do bem comum da sociedade, o qual também corresponde à natureza, entendida retamente, do mesmo trabalho.” (grifei)

Em outro trecho:

Decorridos quase 19 (dezenove) anos da promulgação da vigente Carta Política, ainda não se registrou – no que concerne à norma inscrita no Art. 37, VII, da Constituição – a necessária intervenção concretizadora do Congresso Nacional, que se absteve de editar, até o presente momento, o ato legislativo essencial ao desenvolvimento da plena eficácia jurídica do preceito constitucional em questão, não obstante esta Suprema Corte, em 19/05/1994 (há quase 13 anos, portanto), ao julgar o MI 20/DF, de que fui Relator, houvesse reconhecido o estado de mora (inconstitucional) do Poder Legislativo da União, que ainda subsiste, porque não editada, até agora, a lei disciplinadora do exercício do direito de greve no serviço público. Registra-se, portanto, quase decorrido o período de uma geração, clara situação positivadora de omissão abusiva no adimplemento da prestação legislativa imposta, pela Constituição da República, ao Congresso Nacional. (grifos nossos)

Prossegue o Min. Celso de Mello:

A jurisprudência que se formou no Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do MI 107/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES (RTJ 133/11), fixou-se no sentido de proclamar que a finalidade, a ser alcançada pela via do mandado de injunção, resume-se à mera declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional, a ser meramente comunicada ao

órgão estatal inadimplente, para que este promova a integração normativa do dispositivo constitucional invocado como fundamento do direito titularizado pelo impetrante do “writ”.

Esse entendimento restritivo não mais pode prevalecer, sob pena de se esterilizar a importantíssima função político-jurídica para a qual foi concebido, pelo constituinte, o mandado de injunção, que deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do Congresso Nacional, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum.

Cabe verificar, portanto, neste ponto, se se revela admissível, ou não, na espécie em exame, o remédio constitucional do mandado de injunção. Como se sabe, o “writ” injuncional tem por função processual específica viabilizar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas diretamente outorgados pela própria Constituição da República, em ordem a impedir que a inércia do legislador comum frustre a eficácia de situações subjetivas de vantagem reconhecidas pelo texto constitucional.

Na verdade, o mandado de injunção busca neutralizar as conseqüências lesivas decorrentes da ausência de regulamentação normativa de preceitos constitucionais revestidos de eficácia limitada, cuja incidência – necessária ao exercício efetivo de determinados direitos neles diretamente fundados – depende, essencialmente, da intervenção concretizadora do legislador. (grifos nossos)

Percebe-se, nitidamente, nesse parágrafo, o ponto de inflexão referido acima. É a compreensão de que a inércia do legislador não poderia contaminar a Corte. Mais adiante:

Na análise da estrutura constitucional do mandado de injunção, impõe-se reconhecer que um dos pressupostos essenciais de sua admissibilidade consiste, precisamente, na “falta de norma regulamentadora”, cuja inexistência atua como causa impeditiva do gozo e da prática de determinadas prerrogativas asseguradas pela Carta Política.

[...]

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, consciente dos gravíssimos efeitos jurídicos, políticos e sociais que derivam do desrespeito estatal à Constituição da República, quaisquer que possam ser as modalidades de comporta-

mentos inconstitucionais em que haja incidido o Poder Público, teve o ensejo – quando do julgamento da ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – de censurar o gesto daqueles, que, por ação ou, como no caso, por omissão, transgridem a supremacia do estatuto constitucional. (grifos nossos)

Essa percuciente análise – transcrita aqui apenas alguns trechos do extenso voto – demonstra, no vigor de sua dialética, a mudança de rumos que vem sendo adotada pela Suprema Corte, quando se trata de omissão prolongada do Estado na consecução de mandamentos constitucionais. Celso de Mello assim finaliza seu voto:

Em suma, Senhora Presidente, as considerações que venho de fazer somente podem levar-me ao reconhecimento de que não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis – a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional –, traduz um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

Daí a importância da solução preconizada pelos eminentes Ministros EROS GRAU (MI 712/PA) e GILMAR MENDES (MI 670/ES), cuja abordagem do tema ora em exame não só restitui ao mandado de injunção a sua real destinação constitucional, mas, em posição absolutamente coerente com essa visão, dá eficácia concretizadora ao direito de greve em favor dos servidores públicos civis.

Por tais razões, Senhora Presidente, peço vênias para acompanhar os doutos votos dos eminentes Ministros EROS GRAU (MI 712/PA) e GILMAR MENDES (MI 670/ES), em ordem a viabilizar, desde logo, nos termos e com as ressalvas e temperamentos preconizados por Suas Excelências, o exercício, pelos servidores públicos civis, do direito de greve, até que seja colmatada, pelo Congresso Nacional, a lacuna normativa decorrente da inconstitucional falta de edição da lei especial a que se refere o inciso VII do Art. 37 da Constituição da República.

É o meu voto.

É dentro dos contornos dessa inflexão na posição da Suprema Corte, operada em passado recente, diante de graves questões envolvendo os direitos sub-

jetivos e as prerrogativas da cidadania, que emergiu, recentemente, a querela entre aquela Corte e a Câmara dos Deputados, a respeito de como deve ser processada a perda de mandatos dos deputados condenados pelo Supremo Tribunal Federal.

A aparente antinomia entre os dispositivos do Art. 14, inc. III e o Art. 55, § 2º, inc. VI permite, efetivamente, uma ampla discussão a respeito de como proceder para que a intenção do legislador constituinte seja cumprida.

É certo que, enquanto o Art. 14, inc. III é taxativo quanto à perda de mandato, o Art. 55, pelo inciso VI do seu § 2º, permite supor que seja possível uma absolvição no caso de a Câmara votar nesse sentido. Em outras palavras: a Justiça condena, e os colegas parlamentares absolvem. Não há como imaginar que o constituinte originário, ao traçar os limites de atuação dos diversos Poderes do Estado tivesse, conscientemente, criado essa fórmula.

Voltando a Gadamer, é possível uma nova interpretação dos textos constitucionais *sub examen* de forma a fundir os horizontes interpretativos dos autores dos textos com os do intérprete natural e guardião da Constituição, o STF.

Uma análise crítica dos incisos do citado Art. 55, § 2º permite visualizar clara incongruência entre as redações dos incisos IV e V quando comparados com o VI.

Conforme dispõem o § 3º, nos casos dos incisos IV e V, a perda será declarada pela Mesa da Câmara dos Deputados, não estando prevista votação para decidir a respeito. Ora, tais incisos referem-se a decisões de Cortes inferiores, no caso o Tribunal Superior Eleitoral, ou mesmo um Tribunal Regional Eleitoral, eventualmente. Os fatos que deram causa à tais condenações pela justiça eleitoral poderão ser até menos relevantes do que as condenações resultantes da AP 470. Compare-se, como exemplo, a condenação de um político do Amapá, que resultou em perda de mandato (depois recuperado, diga-se) por ter sido flagrado numa compra de voto no valor de R\$ 27,00 (vinte e sete reais)! Seu enquadramento ocorreu segundo o inciso V. Tivesse o seu crime sido apreciado pelo STF, seu enquadramento seria, possivelmente, no inciso VI, cabendo ainda uma decisão favorável quando votado na Câmara dos Deputados.

De outro giro, tem-se, ainda, que considerar o dispositivo do Código Penal que trata desse assunto:

Artigo 92 — São também efeitos da condenação:

I. a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior

a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos.

Nesse ponto, deve ser questionado se tal dispositivo foi recepcionado pelo STF. A resposta há de ser positiva, visto que nesses 25 anos de vigência vários foram os casos de aplicação do disposto no Código Penal. Luiz Flávio Gomes, como tantos outros intérpretes do texto constitucional, invocando a previsão do Código Penal, elaborou interessante tese que deve ser comentada, sobre as penas chamadas por ele de endógenas e exógenas:

A chave de compreensão do texto constitucional (artigo 55, VI), que defere à Casa Legislativa o poder de decidir sobre a perda ou não do mandato do parlamentar, está no artigo 92, I, do Código Penal, que prevê essa perda em dois casos muito graves.

Nesses dois casos — sumamente reprováveis, do ponto de vista da ética e da moralidade pública —, apesar do entendimento provisoriamente externado na Ação Penal 481, por se tratar de efeito secundário da sentença condenatória, quem deve decretar a perda do mandato é o próprio STF e essa sua decisão tem consonância com o artigo 15, III, da Constituição Federal, que prevê a suspensão dos direitos políticos de quem é condenado criminalmente em sentença definitiva. Como desdobramento natural, diz o artigo 55, IV, que, nesse caso, a Casa Legislativa apenas declara a perda do mandato, não tendo nada que decidir (visto que a decisão aqui é judicial, ou seja, exógena). A ordem normativa, portanto, da perda exógena do mandato parlamentar, é esta: 92, I, do Código Penal, artigo 15, III, da Constituição Federal e artigo 55, IV, da Constituição. Essa é a regra geral que comanda o assunto.

Essa regra geral encontra uma exceção. Quando o STF condena o parlamentar sem estarem presentes os requisitos do artigo 92, I, do Código Penal — por exemplo: quando o condena a pena alternativa ou substitutiva —, a decisão de decretar ou não a perda do mandato é endógena, ou seja, exclusiva da Casa Legislativa (Constituição Federal, artigo 55, VI), que constitui exceção à regra geral dos artigos 15, III e 55, IV, da Constituição Federal.

A diferença entre o artigo 55, IV e o artigo 55, VI, da Constituição é que a perda do mandato com base no inciso IV é exógena e automática — não requer nenhuma decisão da Casa Legislativa. Já a perda do mandato do in-

ciso VI é endógena e exige decisão do Parlamento. O inciso VI constitui exceção frente ao inciso IV — que é a regra, desde que presentes os requisitos legais do artigo 92, I, do Código Penal.

A história desta exceção é a seguinte: durante os trabalhos constituintes discutiu-se se um parlamentar perderia ou não o mandato quando condenado, por exemplo, por um acidente de trânsito culposo. Nesse caso, normalmente, incide pena substitutiva. Logo, não se aplica o artigo 92, I, do Código Penal. Mas teriam aplicação (em tese) o artigo 15, III, da Constituição, combinado com o artigo. 55, IV. Seria injusta a perda automática (e exógena) do mandato nessa situação.

Para evitar a injustiça — de se admitir a perda do mandato em todos os casos e em todas as situações — temos então o seguinte: por força do inciso VI do artigo 55, da Constituição Federal, quando não incide o artigo 92, I, do Código Penal, cabe à Casa Legislativa decretar (endogenamente) ou não a perda do mandato em decisão secreta, por maioria absoluta. Mas isso só é possível — repita-se — quando não incide o artigo 92, I, citado. E este caso excepcional de perda endógena do mandato constitui exceção à incidência automática do artigo 15, III, combinado com o artigo 55, IV, da Constituição. Há uma regra exógena (norteada pelo artigo 92, I, combinado com os artigos 15, III e 55, IV) e uma exceção endógena (artigo 55, VI, é exceção aos artigos 15, III e 55, IV). Essa parece ser a única forma interpretativa que confere valor a todos os textos envolvidos na polêmica. O disposto no artigo 55, VI, não pode ser letra morta. A regra — decretação exógena do mandato — é resultado do artigo 92, I, do Código Penal, combinado com os artigos 15, III e 55, IV da Constituição. A exceção (decretação endógena do mandato) é o artigo 55, VI, que excepciona a incidência automática dos artigos 15, III e 55, IV, da Constituição, sempre que ausentes os requisitos do artigo 92, I, do Código Penal.

O conflito aparente de normas, neste caso, resolve-se pela racionalidade exegética da regra-exceção. De outro lado, não se está interpretando a Constituição (artigo 55, VI) conforme a lei ordinária. Não. Estamos buscando a conciliação entre três dispositivos constitucionais: artigo 55, VI, artigo 55, IV e artigo 15, III, que dão vida para a previsão normativa do artigo 92, I, do Código Penal — que, portanto, não é inconstitucional.¹⁴

O certo é que a decisão sobre a competência final para decretar a perda de mandato de parlamentar federal condenado, por decisão transitada em julgado, ainda vai ser motivo de muita discussão dentro e fora dos ambientes nos quais essa

disputa predomina. Todavia, no plano acadêmico, até mesmo para inocular no aludado o espírito da dúvida, estimulando o debate, vale o embate de ideias entre as duas únicas soluções prováveis:

1ª) se cabe à Câmara dos Deputados colocar em votação secreta, nos termos do § 2º do art. 55, e, dessa forma, criando a possibilidade, embora remota mas possível, de que os sete anos de julgamento da AP 470 sejam jogados no ralo do corporativismo;

2ª) a Mesa da Câmara dos Deputados declarar a perda do mandato, como preconiza o § 3º desse mesmo artigo, numa interpretação constitucional, ao mesmo tempo integradora e afirmativa da supremacia da Constituição.

Em se tratando de uma interpretação envolvendo a AP 470, cercada de forte tonalidade política, parece evidente que, no âmbito dessas discussões, possa prevalecer a teoria do preconceito de que nos fala Hans-Georg Gadamer. Todavia o intérprete deve encarar o texto a ser interpretado como uma tábula rasa, sem pré-conceitos, sem pré-juízos, sem pré-julgamentos, tentando extrair dos textos constitucionais e infraconstitucionais envolvidos a melhor exegese possível, em obediência aos princípios da *unidade da Constituição*, da *eficácia integradora* e, sobretudo, da *força normativa da Constituição*.

Em qualquer esforço exegético que se faça, é preciso ter em mente que, no plano constitucional, existem diferenças entre realidade e norma, entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*). A *Constituição real* e a *Constituição jurídica* mantêm uma relação de coordenação. A Constituição jurídica tem significado próprio. Sua *pretensão de eficácia apresenta-se de forma autônoma, influenciando no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado*. Somente quando tem sucesso na concretização dessa pretensão de eficácia é que a Constituição adquire força normativa. Supondo a eventual decisão de que os Deputados condenados só perderiam o mandato mediante votação secreta dos seus pares, é razoável esperar que eles seriam absolvidos, em razão do corporativismo que entranha-se em quase todos os corpos sociais. O *dever-ser* sairia enfraquecido e, com ele, a Constituição cuja *força normativa* restaria enfraquecida. Não resta a menor dúvida de que existe uma antinomia entre os dispositivos constitucionais citados e que ela precisa ser resolvida.

Por fim resta lembrarmos que cabe, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal a interpretação da *Lex Legum*. Tudo que foi dito e escrito até agora pertence às especulações doutrinárias que, certamente, serão avaliadas pelos juízes daquela Corte. Mas a decisão final cabe ao STF. Com essas considerações finais, são oportunas duas citações.

A primeira é de Charles Secondat, Barão de La Brède e de MONTESQUIEU: *o juiz é a boca através da qual falam as palavras da lei*.

A segunda é de um dos maiores juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos, Benjamin Nathan Cardozo: *a Constituição é aquilo que a Suprema Corte diz que ela é*.

Considerando os 226 anos de existência da Constituição americana, com apenas 7 artigos, 27 emendas e centenas de decisões da Suprema Corte, pode-se ter uma clara ideia de que tais decisões são o suporte que a mantém inabalável, a despeito da trepidação da história nesses quarenta e cinco lustros.

Notas

¹ BONAVIDES, Paulo. Democracia e Liberdade no “Contrato Social” de Rousseau, em *Estudos em Homenagem a J.J. Rousseau. 200 anos do “CONTRATO SOCIAL” 1762-1962*, Rio de Janeiro: FGV, 1962.

² SOUZA, Carlos A. Motta de. Apresentação, in: *Revista de Direito da UPIS*, vol. 6, 2008, p. 6.

³ GADAMER, Hans-Georg. Verdade y método. Salamanca: Sígueme, 1993.

⁴ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editora, 1991, p. 23.

⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57.

⁶ NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Mutação constitucional e STF. Limites. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1665, 22 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10876>>. Acesso em 30/03/2013.

⁷ STRECK, Lenio Luiz e outros. In: A nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Artigo disponível no endereço: <http://www.anamatra.org.br/geral/ArtigoconjuntoLenioMarceloMartoniovers%C3%A3ofinal.4dejulho.doc>. Acesso em 21/01/2008.

⁸ NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Op. Cit.

⁹ STRECK, Lenio Luiz e outros. Op. Cit.

¹⁰ NOGUEIRA, Op. Cit.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES. **DJ Nr. 206 do dia 31/10/2008.**

¹² HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1621.

¹³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p.34.

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-03/luiz-flavio-gomes-polemica-perda-mandado-excesso-regras>>. Acesso em 03/04/2013.

Referências bibliográficas

- BONAVIDES, Paulo. Democracia e Liberdade no “Contrato Social” de Rousseau, em *Estudos em Homenagem a J.J. Rousseau. 200 anos do “CONTRATO SOCIAL” 1762-1962*, Rio de Janeiro: FGV, 1962.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES. DJ Nr. 206 do dia 31/10/2008.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sigueme, 1993.
- GOMES, Luiz Flávio. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-03/luiz-flavio-gomes-polemica-perda-mandado-excesso-regras>>. Acesso em 3/4/2013.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editora, 1991.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. *Mutação constitucional e STF. Limites. Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1665, 22 jan. 2008.
- Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10876>>. Acesso em 30/3/2013.
- SOUZA, Carlos A. Motta de. Apresentação, in: *Revista de Direito da UPIS*, vol. 6, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz e outros. In: *A nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Artigo disponível no endereço: <http://www.anamatra.org.br/geral/ArtigoconjuntoLenioMarceloMartoniovers%C3%A3ofinal.4dejulho.doc>. Acesso em 21/1/2008.

Resumo

O autor busca, com o artigo, estimular a academia sobre as discussões a respeito da aplicação dos dispositivos constitucionais em relação à perda de mandato de parlamentar federal. O assunto esteve na pauta dos dias que antecederam a eleição e posse do Presidente da Câmara dos Deputados, mas perdeu fôlego após a posse

do novo presidente e do encontro que manteve com o presidente do Supremo Tribunal Federal. Em face da antinomia existente nos comandos dos artigos 15 e 55 da CRFB, a discussão do assunto é válida, máxime no meio acadêmico, suscitando a dúvida que enriquece a dialética da discussão quando se colocam ideias em oposição. Muito contemporâneo, o problema ainda não resolvido deve provocar o embate dessas ideias, até que, uma interpretação final e definitiva da Suprema Corte indique a solução constitucional mais adequada.

Palavras-chave: Constituição. Perda de mandato federal. Antinomia de normas. Interpretação constitucional. Intérprete natural da Constituição.

Abstract

The author search, with the article, stimulate the Academy on the discussions regarding the implementation of the constitutional provisions in relation to loss of federal parliamentary mandate. The subject was on the agenda of the days leading up to the inauguration of President of the Chamber of Deputies, but lost impetus after the meeting he held with the President of the Supreme Court. In the face of existing antinomy in articles 15 and 55 of the CRFB, discussion of the subject is valid, raising doubt that enriches the dialectic of discussion when you put ideas in opposition. Very contemporary, the problem still unresolved should cause the clash of ideas, until, a final and definitive interpretation of the Supreme Court indicates the most appropriate constitutional solution.

Keywords: Constitution. Loss of federal mandate. Antinomy of rules. Constitutional interpretation. Natural interpreter of the Constitution.

1. Introdução

É preocupante o desinteresse da sociedade civil, inclusive dos movimentos ligados à defesa da igualdade de gênero, em discutir questões como essa, pois elas não apenas remetem a problemas da defesa e segurança do país, mas à causa da emancipação feminina, uma das balizas da reestruturação dos governos democráticos. Daí a importância em se discutir questões relativas à participação feminina nas Forças Armadas, sob ângulos que não sejam meramente citações estatísticas.

O campo de estudos acerca dos militares, especialmente da participação feminina nas Forças Armadas, é pouco explorado no Brasil. Os estudos são geralmente marcados pela homogeneidade de opiniões, carecendo de debates que possibilitem interpretações mais diversificadas ou divergentes. Tal fenômeno parece ter raízes antigas, podendo ser, ao menos em parte, justificado em tema análogo, na área da Defesa.¹

De fato, os poucos autores brasileiros que se debruçaram sobre a questão, a maioria através de pesquisas que utilizam a etnografia como método, estabeleceram um novo campo de estudo – “antropologia dos militares” – na contramão da produção acadêmica da área cuja ênfase se faz nas intervenções militares na política. Os autores geralmente buscam obter uma “visão interna” do mundo social militar, superando uma “visão externa”, a qual tende a ver os militares sob um ponto de vista “exoticizante e etnocêntrico”.²

As Forças Armadas constituem parte essencial da organização coercitiva de um Estado a serviço da paz social. “São, portanto, garantias materiais da subsistência do Estado e da perfeita realização dos seus fins.”

Na qualidade de instituições importantes e de grande porte, as Forças Armadas expressam as características da sociedade na qual estão inseridas, tendo atuação relacionada aos projetos sociais de defesa e consolidação dos direitos de cidadania e soberania do estado democrático de direito. Nada obstante, as transformações sociais e políticas nem sempre se refletem com rapidez no ethos e na organização interna das Forças Armadas em razão dos princípios de hierarquia e disciplina que, mais que em outras instituições, as norteiam.

A hierarquia e a disciplina, valores fundamentais da burocracia e da estrutura militar moderna, são também os pilares da organização das Forças Armadas brasileiras. A hierarquia militar não é um sistema piramidal, mas um princípio segmentador que permeia não apenas entre as patentes, mas entre as pessoas. Qual numa “fila indiana”, os militares de uma patente podem ocupar diferentes posições na escala de subordinação. Uma vez estabelecida, a hierarquia se estende para todo o universo militar, das relações informais à percepção de mundo. A disciplina, por sua vez, é manejada para sobrepor a vontade coletiva à vontade individual, sendo dotada de eficácia simbólica evidenciada, especialmente, quando o indivíduo se sente parte de um todo.

Segundo Castro⁴, tornar-se militar implica deixar de ser civil. O processo de construção da identidade militar pressupõe a desconstrução da identidade “civil” anterior. Para um militar, ser “militar” constitui um dos primeiros atributos da identidade, se não o primeiro, em razão de pertencer a uma instituição de natureza totalizante e, portanto, dotada de hierarquias ritualizadas e procedimentos disciplinares específicos, facilitando uma visão de mundo fundada em jogos de oposições: mundo civil/ mundo militar, amigo da pátria/ inimigo.

Leirner⁵, em análise da obra de Louis Dumont, aponta a existência de diferenças na constituição entre indivíduo e coletivo, estando o individualismo no centro dos valores das sociedades ocidentais, tendo sua gênese nos valores de igualdade, liberdade e fraternidade, e em fatores como os econômicos e os políticos. Nesse sentido, o indivíduo é uma criação da sociedade, adquirindo o individualismo um sentido na medida em que “englobar o seu contrário” e, assim, “sair de uma hierarquia”.⁶

É deste ser moral e biológico que também passaremos a abordar, especialmente com relação a aspectos de sua inserção na instituição militar das Forças Armadas, cujas repercussões políticas serão postas em discussão.

2. Considerações teóricas sobre gênero

P. Bourdieu⁷ entende as sociedades como organizadas segundo o princípio androgênico que ratifica a dominação masculina sobre a feminina e a inscreve numa natureza biológica, base das diferenças sociais. A visão androcêntrica é continuamente legitimada pelas próprias práticas que ela determina, resultando na incorporação de um preconceito desfavorável contra o feminino. A violência simbólica é instituída pela adesão que o dominado outorga ao dominante, de forma que este tipo de relação de dominação passa a ser visto como natural, num sistema de estruturas duradouramente inscritas nas coisas e nos corpos.

O estatuto social de objetos de troca imposto às mulheres se conforma aos interesses masculinos e se destina à “reprodução do capital simbólico dos homens”, numa espécie de “lógica da economia de trocas simbólicas” que permite explicar “o primado concedido à masculinidade nas taxinomias culturais”.

A dominação masculina que constrói as mulheres como objetos simbólicos tem por efeito a dependência simbólica, a insegurança corporal, delas se esperando que sejam “femininas” (submissas, discretas, simpáticas, atenciosas). Neste sentido, a feminilidade é uma “forma de aquiescência às expectativas masculinas, reais ou supostas” e, em consequência, a dependência tende a se tornar “constitutiva do seu ser”.⁸

É pelo adestramento dos corpos que são impostas as disposições mais essenciais a entrar nos jogos sociais mais favoráveis ao desenvolvimento da virilidade, entre as quais a política e os negócios. Poderíamos acrescentar o militarismo, pois o autor observa que inúmeros ritos de instituição, especialmente os escolares ou militares, admitem duras provas de virilidade com o objetivo de “reforçar solidariedades viris”. “Certas formas de ‘coragem’ exigidas ou reconhecidas pelas forças armadas, ou pelas polícias (...)”, caracterizariam a virilidade como uma “noção eminentemente relacional, construída diante dos outros homens e contra a feminilidade, por uma espécie de medo do feminino, e construída, primeiramente, dentro de si mesma”.⁹

A lógica do modelo tradicional entre o masculino e o feminino dita as mudanças da condição feminina, de modo que os homens persistem em dominar o espaço público e a esfera do poder, ao passo que o espaço privado é destinado às mulheres. As posições sociais são “sexuadas e sexualizantes”, não surpreendendo a violência de certas reações emocionais contra a entrada de mulheres em determinadas profissões, pois ao defender seus cargos contra a feminilização, os homens estão protegendo a ideia mais profunda que tem de si mesmos como homens, “sobretudo em categorias sociais como os trabalhadores manuais, ou de profissões como as das forças armadas, que devem boa parte, se não a totalidade, de seu valor, até mesmo a seus próprios olhos, à sua imagem de virilidade”.¹⁰

A definição de um cargo, especialmente de autoridade, importa em capacitações e aptidões de conotação sexual, de modo que se as mulheres dificilmente ocupam tais posições, deve ser porque não são talhadas para essas posições em oposição aos homens:

Para chegar a realmente conseguir uma posição, uma mulher teria que possuir não só o que é explicitamente exigido pela descrição do cargo, como

também todo um conjunto de atributos que os ocupantes masculinos atribuem usualmente ao cargo, uma estatura física, uma voz ou aptidões como a agressividade, a segurança, a ‘distância em relação ao papel’, a autoridade dita natural etc., para as quais os homens foram preparados e treinados tacitamente enquanto homens.¹¹

O autor é pessimista em relação à capacidade do que chama de “voluntarismo subversivo” – a exemplo do ponto de vista defendido por J. Butler no seu livro “Problemas de Gênero” – em ultrapassar os dualismos, haja vista estes estarem profundamente enraizados nas estruturas e corpos. “Os gêneros, longe de serem simples ‘papéis’ com que se poderia jogar à vontade (à maneira das *drag queens*), estão inscritos nos corpos e em todo o universo do qual extraem sua força”.¹²

E, em significativa inferência para o tema ora em questão, em termos de solução para uma reprodução social tão perene, afirma:

Só uma ação política que leve realmente em conta todos os efeitos de dominação que se exercem através da cumplicidade objetiva entre as estruturas incorporadas (tanto entre as mulheres quanto entre os homens) e as estruturas de grandes instituições em que se realizam e se produzem não só a ordem masculina, mas também toda a ordem social (a começar pelo Estado, estruturado em torno da oposição entre a sua ‘mão direita’, masculina, e sua ‘mão esquerda’, feminina, e a Escola, responsável pela reprodução efetiva de todos os princípios de visão e de divisão fundamentais, e organizada também em torno de posições homólogas) poderá, a longo prazo, sem dúvida, e trabalhando com as contradições inerentes aos diferentes mecanismos ou instituições referidas, contribuir para o desaparecimento progressivo da dominação masculina. (BOURDIEU, 2010:139).

Judith Butler¹³ propõe uma análise crítica ou subversão das categorias de identidade, que as estruturas jurídicas produzem e naturalizam, de modo a desestabilizar conceitos, valores e atitudes considerados como naturais. Considerando que “é impossível separar a noção de gênero das intersecções políticas e culturais em que invariavelmente ela é produzida e mantida”, tal noção estável não mais serve como premissa da política feminista que ora deve contestar as reificações do gênero e da identidade como requisito metodológico e normativo, “senão como objetivo político.”

A distinção entre sexo e gênero introduz uma divisão no sujeito feminista que aponta o gênero como culturalmente construído, não sendo nem resultado causal do sexo nem tão fixo quanto este último, abrindo-se como interpretação múltipla dele. Mas, o gênero também é “meio discursivo/cultural” pelo qual o sexo natural é produzido como anterior à cultura, uma superfície politicamente neutra sobre a qual age a cultura. A autora¹⁴, portanto, rompe com os pressupostos de naturalização do sexo, da coerência do gênero quanto ao sexo e do caráter binário tanto do gênero quanto do sexo.

Donna Haraway¹⁵ utiliza a imagem simbólica do ciborgue para introduzir várias questões acerca do gênero, da subjetividade, da tecnologia e sexualidade. O ciborgue, fusão de animal e máquina, serve para colocar em questão as dicotomias incensadas pelo pensamento ocidental, quais sejam mente e corpo, organismo e máquina, natureza e cultura, *self* e mundo, público e privado, homens e mulheres, ao tempo em que também descarta os mitos de origem, as fantasias de unidade e totalização, o pensamento teleológico. O ciborgue ultrapassa o estágio da unidade original, da identidade com a natureza, e conduz à subversão da teleologia.

O natural é correntemente visto sob a perspectiva de que assim sempre o foi e que não é possível mudá-lo. Ao se considerar as mulheres como naturalmente frágeis, emocionais e submissas, está-se a afirmar que elas não podem mudar. Entretanto, considerando-se que homens e mulheres são construídos, a exemplo dos ciborgues, todos podemos ser reconstruídos. Pois, ser feminizado implica se tornar vulnerável, desmontável, servil, “explorado como uma força de trabalho de reserva.” Nesse sentido, até a pobreza pode ser feminizada em razão do dismantelamento do estado de bem-estar e pela economia do trabalho caseiro.

Nesse sentido, “as identidades parecem contraditórias, parciais e estratégicas.” Após o reconhecimento de que gênero, raça e classe social são historicamente construídos, tais categorias não mais podem embasar a crença na unidade “essencial”. Assim, nem mesmo existe uma situação como “ser” mulher – “trata-se, ela própria, de uma categoria altamente complexa, construída por meio de discursos científicos sexuais e de outras práticas questionáveis.”¹⁶

Numa tentativa de desenvolver uma perspectiva epistemológica e política, mediando-se pelos rearranjos das relações sociais nas áreas de ciência e tecnologia, Haraway argumenta “em favor de uma política enraizada nas demandas por mudanças fundamentais nas relações de classe, raça e gênero”, as quais conduzem a sociedade industrial para um “sistema polimorfo, informacional”¹⁷

3. Considerações sobre as Forças Armadas na Constituição de 88 e em algumas normas infraconstitucionais

A elaboração da Carta de 1988, a qual teve a missão de reorganizar a democracia no país após os anos sob a ditadura militar, foi marcada por alterações que buscavam desmilitarizar o texto da Constituição anterior, eliminando termos que porventura lembrassem o regime pretérito. Entretanto, a definição das Forças Armadas e de suas funções recebeu quase que a mesma redação anterior.¹⁸

O caráter nacional e permanente inserto na Carta concedeu às Forças Armadas uma superioridade frente às demais instituições de caráter civil. Solucionados os problemas mediante leis complementares (LC 69, posteriormente substituída pelas LCs 97 e 117), a autonomia militar, legalizada ao longo de vários anos, persistiu de modo que constitui, para alguns observadores (Mathias e Guzzi), obstáculo para a consolidação da democracia em termos normativos.

A exposição de motivos nº 152/97, da EC 18/98, que alterou o regime constitucional dos Militares, subscrita pelos Ministros de Estado da Justiça, da Marinha, do Exército, da Aeronáutica, do Estado-Maior das Forças Armadas e da Administração Federal e Reforma do Estado, é exemplificativa da busca pelo tratamento distintivo pelos militares:

A Proposta pretende dar aos membros das Forças Armadas e das polícias militares e corpos de bombeiros militares um tratamento distinto no que concerne a deveres, direitos e outras prerrogativas, “visto que os militares não são servidores dos Ministérios militares; eles pertencem às instituições nacionais permanentes que são a Marinha, o Exército e a Aeronáutica. E complementam os insígnies Ministros de Estado: o perfil da profissão militar é a defesa da Pátria, tendo por isso peculiaridades inigualáveis com outras categorias”. E concluem: “esta condição institucional (nacional e permanente) vincula primordialmente as Forças Armadas ao Estado e transcende o plano público, que está mais vinculado e identificado com as atividades e os serviços prestados pela administração pública.

Mathias e Guzzi, no entanto, observam:

O estabelecimento da Lei é condição necessária para trilhar o caminho da democracia. Ao menos em tese, a Lei aponta os valores que devem permear a sociedade que ela regula. Se a prescrição da Lei é a permanência da autonomia militar, como conquistar a consolidação de democracia?¹⁹

Os autores afirmam que o afastamento militar das atividades relacionadas com segurança pública é uma condição essencial para a construção do regime militar, pois implica a subordinação militar à liderança civil. Mas o Brasil, em oposição a tal preceito, vem recorrendo às Forças Armadas para solucionar graves problemas de segurança pública a ponto de haver criado brigada para treinamento de missões GLO (“garantia da lei e da ordem”).

A demanda cada vez mais crescente das Forças Armadas para solucionar questões de ordem pública, ao ponto de sua banalização, passou a ser vista como natural por parte da população. Há setores militares, entretanto, que defendem tais distorções como forma de manter as Forças Armadas próximas da população e garantir investimento na modernização da instituição, especialmente o Exército, a Força mais presente nas questões de segurança pública.

Tais contradições, ao tempo que distanciam a percepção do verdadeiro papel das Forças Armadas, também contribuem para que a esfera civil se omita em refletir e discutir questões inerentes às Forças, tornando tais instituições cada vez menos permeáveis em termos de acesso e estudo.

Outro fator causal talvez se deva ao fato de a defesa da soberania, bem como a preservação do território do país, faça com que os militares pertençam a um setor especial de agentes públicos que, compromissados com a Pátria, mantêm certa distância das questões político-partidárias. O Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/1980) é exemplificativo, no seu art. 3º, ao se referir que os “membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores e são denominados militares”.

Mais recentemente, foi assinado o Decreto n. 6.703/2008 que aprovou a Estratégia Nacional de Defesa – END, cujo texto afirma, entre outros aspectos, a necessidade de se modernizar as Forças Armadas e que a Estratégia Nacional de Defesa é inseparável de Estratégia Nacional de Desenvolvimento, com determinações referentes à priorização da Região Amazônica e em áreas de fronteira, o desempenho das Forças Armadas em operações de manutenção da paz e a manutenção do Serviço Militar Obrigatório.

4. Transformação das Forças Armadas e participação feminina

Estudos sobre a participação feminina nas Forças Armadas de alguns países europeus e Canadá demonstram que os processos de feminização (inserção das mulheres em profissões e ambientes de trabalho majoritariamente masculinos) nas Forças Armadas não devem ser compreendidos de forma independente. A femi-

nização geralmente se insere num processo de racionalização e transformação das Forças Armadas com reflexos no trabalho e no perfil do profissional militar. A tendência à profissionalização mediante a incorporação de novas tecnologias, a redução dos contingentes a efetivos mais especializados e voluntários, a preponderância de uma ética de responsabilidade, constituíram-se em fatores que facilitaram a entrada das mulheres – mais escolarizadas e abertas para as profissões que os homens – nas Forças Armadas, especialmente a partir da década de 70.²⁰

No mesmo sentido, Carreiras²¹ observa que as “transformações nas condições do exercício da violência organizada e na própria estrutura sócio-organizacional das instituições militares” dos países ocidentais, permitiram o enquadramento do ingresso feminino nas Forças Armadas. Aponta como fatores causais os novos desenvolvimentos tecnológicos, que socializaram o perigo e possibilitaram que o papel das Forças Armadas se tornasse determinado pela “lógica da ‘dissuasão’”, conceito organizador cujo objetivo é o de “preparar a guerra para a tornar impossível”.

Como consequência, as funções e tarefas militares se tornaram diversificadas e especializadas; os exércitos de massa deram lugar a contingentes mais limitados, mobilizáveis e profissionalizados; as funções de apoio se tornaram preponderantes em relação às funções combatentes. Ademais, detectou-se uma tendência para uma certa continuidade entre organizações militares e burocráticas civis, com o desenvolvimento de uma “lógica de empresa, induzida pela introdução de materiais e técnicas de gestão semelhantes às utilizadas pelas empresas civis”.²²

Segundo o modelo institucional de Moskos defendido por Carreiras, a instituição militar abrange um modelo institucional, legitimado em torno de valores tradicionais (honra, pátria, dever, vocação) e outro ocupacional, pautado pela racionalidade de mercado e preponderante na sociedade civil. E, se a introdução das especialidades técnicas e administrativas nas Forças Armadas aproximaram essas instituições militares das civis, ou do modelo ocupacional, é certo que em alguns países, especialmente nos EUA, novas políticas têm estimulado uma renovação de iniciativas com o objetivo de reforçar os aspectos institucionais das corporações, de forma que os referenciais que “sustentam a especificidade da organização militar” não se percam.²³

É no contexto de tais transformações que as mulheres passaram a se inserir nas Forças Armadas e a ampliar seus papéis e funções.

5. Processo de feminização das Forças Armadas no Brasil

No Brasil, o processo de feminização das Forças Armadas teve início na Marinha (1980) com a criação do CAFRM – Corpo Auxiliar Feminino da Reserva da

Marinha, para atuar na área técnica e administrativa. Com a extinção do CAFRM, na segunda metade da década de 90, as mulheres foram incorporadas na estrutura oficial aos Corpos e Quadros da Marinha através da Lei n. 9.519/97 (corpo de engenheiros, corpo de intendentos, quadros médicos de cirurgões dentistas e de apoio à saúde, com permissão para embarcar em navios hidrográficos, oceanográficos e de guerra, além de tripulações de helicópteros).

Na Aeronáutica, houve o ingresso da primeira turma de mulheres na FAB (1982) e a primeira turma de cadetes femininas na Academia da Força Aérea (1996), diplomada como as primeiras oficiais militares femininas formadas numa academia militar no Brasil (1999). Avanço significativo se deu quando, em 2006, formou-se a primeira turma de mulheres pilotos de aviação.

As mulheres ingressaram no Exército brasileiro em 1992 através da Escola de Administração e, só em 1997, formaram a primeira turma no Instituto Militar de Engenharia. Como militar temporário, ingressaram no Serviço Militar Feminino Voluntário (1996) como médicas, dentistas, enfermeiras, farmacêuticas e veterinárias. Posteriormente, em 1998, foi instituído o Estágio de Serviço Técnico para profissionais de nível superior em direito, administração, contabilidade, engenharia, análise de sistemas, arquitetura e jornalismo, entre outras áreas.

A pequena porcentagem de mulheres no contingente militar das Forças Armadas é demonstrada na tabela²⁴ abaixo:

Comando	Masculino	Feminino	Total
AERONÁUTICA	94% (69.918)	6% (4.400)	100% (74.318)
EXÉRCITO*
MARINHA	95,8% (53.482)	4,2% (2.338)	100% (55.820)
TOTAL	94,8% (123.400)	5,2% (6.738)	100% (130.138)

* Dados não fornecidos.

Apesar de transcorridos 30 anos do ingresso das mulheres nas Forças Armadas brasileiras, a presença pouco expressiva e as interdições que ainda persistem não impedem que a presença feminina seja vista como consolidada e bem aceita. Não obstante, embora tal presença seja significativa nas áreas administrativa e da saúde, as mulheres ainda não galgaram acesso aos postos de alto comando.

Suzely Kalil Mathias²⁵ aponta três fatores responsáveis pela feminização das Forças Armadas na América Latina: a reorganização da democracia política com

sua pressão por igualdade para todos os cidadãos; a mudança nos formatos de guerra em razão dos avanços tecnológicos (sofisticação das armas) e administrativos (gestão da guerra); um fator psicossocial, resultado da percepção dos agentes sobre a função dos militares, aspecto que se relaciona ao baixo prestígio da profissão militar para os homens e que permitiu uma reestruturação nas Forças Armadas, facilitando o ingresso de mulheres.

Portanto, o ingresso feminino nas Forças Armadas no Brasil, bem como na América Latina, não se deu pela reivindicação das mulheres, mas por contingências outras.

6. Comparação com outros países

Em comparação com outros países, especialmente os EUA, a França, o Canadá e a Espanha, o processo de feminização das Forças Armadas no Brasil é recente e com baixo índice. Os países que passaram pela feminização adotaram soluções particulares. O Canadá abriu suas unidades de combate às mulheres, ao contrário da Inglaterra. A França iniciou o processo ainda na década de 70, havendo incorporado as mulheres à estrutura militar em condições semelhantes às dos homens, de forma que hoje elas alcançaram o alto comando e regularmente integram as tripulações de combate.

Nos EUA, após a guerra do Golfo, a maioria das barreiras impostas também caiu, havendo as mulheres que galgaram o posto de General de Divisão. Nada obstante, 95% ocupam postos abertos especialmente para elas e ainda estão excluídas de postos de combate direto. Em Israel, onde o serviço militar é obrigatório para ambos os sexos, as mulheres também foram excluídas dos postos de combate direto.

Paulo Roberto L. Kuhlmann²⁶, citando análise procedida por Forster em oito países europeus, afirma que onde as mulheres estão mais inseridas é na França, com 12% de representatividade nas Forças Armadas e 45% na sociedade, como força de trabalho. Entretanto, considerando o panorama geral, é de se concluir que ainda falta muito para haver a integração plena da mulher, tanto em termos percentuais, quanto em termos de aceitação social.

Carreiras²⁷, em análise do caso português, reporta que o ingresso das mulheres nas Forças Armadas de Portugal apenas se deu a partir de 1990, coincidindo com um processo de reestruturação e redimensionamento das Forças, de forma que quatro anos depois, em 2004, cerca de mil mulheres haviam sido recrutadas mediante os novos regimes de voluntariado e contrato. No entanto, a maioria se concentra

em “atividades tradicionalmente femininas” (2/3), ou seja, apoio administrativo/serviços e saúde, e em postos mais baixos na hierarquia militar (praças).

Em relação aos países da América do Sul, as Forças Armadas argentinas são consideradas como as dotadas de melhor estrutura. As reformas promovidas na década de 90 foram bem sucedidas, sendo duas medidas essenciais: o abandono do Serviço Militar Obrigatório e, conseqüentemente, a introdução do voluntariado e a abertura da educação militar, braço do ensino civil. No entanto, a promoção da igualdade de gênero ainda não se completou, pois as mulheres argentinas ainda não podem assumir funções na frente de combate, tendo que se adaptar às funções de apoio ou auxílio à tropa, a exemplo da maioria dos países que têm mulheres nos seus quadros militares.²⁸

7. Percepção sobre a participação feminina

Há diversos estudos, nacionais e estrangeiros, acerca da percepção da participação feminina nas Forças Armadas por mulheres e militares homens. Sonia Carvalho (1990), em estudo sobre as militares do Centro de Aplicações Táticas e Recompentamento de Equipagens (CATRE, Parnamirim/RN), observou que a condição de ser mulher se sobrepõe àquela de ser militar em relação ao reconhecimento na instituição militar, constituindo o curso de formação uma espécie de adaptação à vida militar, quando valores militares e masculinos são internalizados.

O estudo da cientista política Maria Celina D’Araújo²⁹ demonstrou que esta percepção pouco difere da discussão internacional sobre o tema. Em geral, as mulheres são consideradas sob uma ótica sexista, desigual e diferente, cuja maior característica é a fragilidade. Ou seja, as mulheres seriam seres fisicamente frágeis que necessitam de proteção, dentro e fora dos quartéis, o que justificaria sua exclusão em certas atividades de risco e disciplinares, consideradas como eminentemente masculinas. Elas ainda seriam consideradas prejudiciais às situações de guerra por provocarem no homem sentimentos de proteção.

Em face do paradoxo de como inseri-las numa instituição que lida com o monopólio da força bruta e que deve estar acima de sentimentos pessoais que evocam sentidos, libido e afeto, “a saída dos dirigentes militares foi incluir as mulheres com restrições. Outra medida diferenciadora é a de que, enquanto o serviço militar é obrigatório no Brasil para os homens, para as mulheres é uma escola de carreira.”³⁰

Sobre a percepção feminina da própria presença nas Forças Armadas, a antropóloga Cristina R. da Silva³¹, observou que “a chegada das mulheres dentro da instituição militar promoveu o surgimento de novas relações entre homens e mu-

heres que não estavam prescritas anteriormente, e que são construídas de forma a legitimar a tradicional divisão social dos papéis sexuais”³²

A relação desigual entre homens e mulheres seria, assim, um reflexo de uma sociedade marcada pela dominância masculina. Para a pesquisadora, o tratamento recebido pelas mulheres, ora excessivamente educado, ora preconceituoso, termina por causar desconforto na relação entre homens e mulheres, comprometendo a hierarquia militar.

Por outro lado, o referido estudo demonstra que as mulheres quando passam a incorporar qualidades consideradas masculinas, como a liderança e a coragem, e a apresentar menos qualidades tidas como femininas, a exemplo da delicadeza e da fragilidade, findam se reconhecendo como militares no ambiente de trabalho, ao tempo em que também passam a ser vistas como homens pelos seus colegas. E, embora o espaço militar seja reconhecido pelas mulheres como masculino ou de estrutura paternalista, admitem a existência de situações em que os comportamentos femininos (versatilidade e sensibilidade para resolver problemas) agregam mudanças benéficas nas relações dentro do ambiente militar. A autora conclui que a presença feminina nas Forças Armadas propicia a reconstrução e a articulação das percepções de feminilidade e masculinidade nas relações cotidianas daquelas instituições.

Suzely Mathias, em estudo da questão na esfera mais ampla dos países da América Latina, observa que

É bastante comum aceitar que as mulheres não estão talhadas para o exercício da força e, em particular, para a aplicação, ainda que necessária porque socialmente justificada, da violência. Ao contrário, o mundo feminino é comumente associado à delicadeza e à necessidade de proteção das mulheres pelos homens. Essa forma de encarar as mulheres é tradicional nos países latino-americanos cuja cultura é marcadamente viril e católica. Todavia, essa forma de ver a questão não impede que se reconheça a presença positiva das mulheres nas frentes de batalha, como são exemplos para o caso brasileiro Anita Garibaldi ou Maria Quitéria. Ambas, entretanto, assumiram papéis excepcionais e/ou travestidos para lutar não por seus direitos enquanto cidadãs, mas pela libertação de seus povos/nações.³³

Segundo a pesquisadora, prevalece nas Forças Armadas brasileiras uma visão contrária à presença feminina em vista da limitação de sua presença nos quadros complementares ou auxiliares que não permitem a ascensão ao Estado-Maior. As

justificativas, balizadas pelo sexismo, abrangem a falta de condições físicas ou emocionais das mulheres, a distração que causariam nos homens, a falta de orçamento para realizar as adaptações das instalações militares. Observa, ainda, que o serviço militar obrigatório continua obrigatório apenas para os homens.

A mulher, ao assumir papéis reservados aos homens, tem sua imagem associada à ideia de que o gênero é um fator biológico a justificar a desigualdade na divisão social do trabalho. O preconceito não se limitaria às legislações que tolhem a chegada da mulher a postos e cargos. Também está presente na forma como a mulher é vista por seus pares no ambiente militar, pelo seu círculo social e até por si mesma.³⁴

Emília Takahashi³⁵ realizou uma etnografia na Academia da Força Aérea (Pirassununga/SP) e demonstrou os modos de construção da identidade de homens e mulheres militares ao longo dos quatro anos de formação dos cadetes. Partiu do pressuposto de que a formação da identidade é um fenômeno psicossocial que emerge das relações sociais, não sendo estática, mas um processo que, assim como o gênero, é resultante da comparação entre diferenças e semelhanças.

A autora observa que na maioria dos relatos, de homens e mulheres, é constatado que o reconhecimento da identidade militar das mulheres se dá em situações em que elas se esforçam para sobrepor a identidade militar sobre a feminina, com reconhecimento do esforço e do mérito individual.³⁶

Takahashi conclui, outrossim, que no processo em que os cadetes têm a oportunidade de vivenciar uma multiplicidade de papéis propiciados pelos princípios militares da disciplina e da hierarquia – pilares estruturais do modelo burocrático típico das instituições militares –, espaços novos surgem e permitem a “subversão do paradigma tradicional ou mesmo a igualdade entre homens e mulheres”³⁷

A autora se mostra otimista e vê como plausível a integração feminina na instituição militar, tradicionalmente associada aos valores tidos como masculinos. Observa que as diferenças entre homens e mulheres são diluídas à medida que o processo de identificação se concentra no ser profissional militar, sem recorrer às diferenças geradas pelo sexo, e sem se deixar aprisionar em identidades fixas e tidas como verdades absolutas.

Tais conclusões parecem coincidir com as opiniões expostas de forma bastante clara e franca por Rhonda Cornum (1996)³⁸ no artigo “Soldiering: the enemy doesn’t care if you’re female”. Militar da guerra do Golfo, ela enfatiza a identificação dos militares com a sua missão ou trabalho, sejam homens ou mulheres. Na sua opinião, são os valores que regem a instituição militar (lealdade, integridade, dedicação, coragem) que importam para o sucesso do desempenho profissional, e não aspectos que poderiam ser melhor representados por qualquer um dos sexos. Ou

seja, paradoxalmente, apesar das limitações impostas às mulheres para que ascendam na integralidade da carreira militar, elas se expõem aos mesmos riscos que os homens e conseguem incorporar a identidade militar e os valores da instituição.

Mais recentemente³⁹ em raro estudo acerca das mulheres na Marinha do Brasil, verificou-se que, embora a opinião de ambos os sexos sobre o ingresso feminino seja positivo, com reconhecimento da sua contribuição como profissionais, muitos militares homens colocam restrições à presença das mulheres, especialmente na Esquadra, a razão de ser da Marinha. Para estes, a integração tem limites, de forma que as atividades de combate e de guerra devem continuar sendo exclusivas dos homens.

As justificativas se assemelham às encontradas nos estudos anteriormente citados: a falta de força e de resistência física feminina para efetuar serviços pesados e sujos; a ausência de infraestrutura dos navios para receber as mulheres; a pretensa aversão feminina a ambientes confinados e ao isolamento; a incompatibilidade entre maternidade, o cuidado dos filhos e a vida no mar por longos períodos.

Entretanto, tal percepção não se coaduna com a das mulheres que tiveram a oportunidade de embarcar em missões de serviço de durações variáveis. Os trabalhos, em especial os das engenheiras navais, eminentemente técnicos e relacionados a sistemas de armamento, rastreamento e sensoriamento remoto (táticas de guerra eletrônica), fazem crer que “a barreira das atividades profissionais ligadas à guerra, portanto, parece ter sido ultrapassada pelas mulheres, com auxílio da tecnologia digital”⁴⁰

O mesmo estudo, ao abordar a questão da maternidade, registrou que as militares mulheres se queixam pela incompreensão dos comandantes em relação às limitações físicas impostas pelo estado gestacional. Mas, paradoxalmente, os principais focos de tensão entre os dois sexos se referem a um suposto tratamento diferenciado, mais protetor, dos comandantes em relação às mulheres e ao fato de que estas, mais escolarizadas e jovens, embora com menos experiência prática que os praças, são promovidas mais rapidamente, gerando resistência masculina ao seu comando. No entanto, a autora observa que, com o tempo, ocorre uma adaptação às respectivas posições hierárquicas, embora à custa de contínuas provas de competência profissional e de vigilância da parte dos companheiros militares para que não sejam poupadas dos trabalhos e das escalas de serviço.

8. Obrigatoriedade do serviço militar

A lei que regula o serviço militar brasileiro é a Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 (Lei do Serviço Militar – LSM), amparada pela norma constitucional atual, a

qual é deveras clara acerca da obrigatoriedade do serviço militar, isentando mulheres e eclesiásticos “em tempo de paz”⁴¹

Os critérios de escolha para o ingresso nas Forças Armadas se referem à saúde em geral, em termos de capacidade física e a condição mental, além da performance em testes práticos que medem as habilidades técnicas relacionadas às diversas áreas profissionais da organização militar. Estão dispensados os portadores de deficiência física, doenças crônicas, problemas psicológicos ou mentais e os condenados que cumprem pena por crime doloso.

O Decreto n. 6.703/2008, que aprovou a Estratégia Nacional de Defesa – END, reafirmou a manutenção e a importância do reforço do serviço militar obrigatório nas Forças Armadas, pois ele “é a mais importante garantia da defesa nacional”, além de poder ser “o mais eficaz nivelador republicano, permitindo que a Nação se encontre acima de suas classes sociais”.

Segundo o referido Decreto, os recrutas serão selecionados por dois critérios principais: 1) “a combinação do vigor físico com a capacidade analítica, medida de maneira independente do nível de informação ou de formação cultural de que goze o recruta”, e 2) “o da representação de todas as classes sociais e regiões do país.”

Mas, em termos de questão polêmica introduzida pelo Decreto n. 6.703/2008, entre as diretrizes, tem-se a orientação de que

No futuro, convirá que os que forem desobrigados da prestação do serviço militar obrigatório sejam incentivados a prestar um serviço civil, de preferência em região do país diferente da região das quais se originam. Prestariam o serviço de acordo com a natureza de sua instrução preexistente, além de receber instrução nova. O serviço seria, portanto, ao mesmo tempo oportunidade de aprendizagem, expressão de solidariedade e instrumento de unidade nacional. Os que o prestassem receberiam treinamento militar básico que embasasse eventual mobilização futura. E passariam a compor força de reserva mobilizável.

Adiante, no mesmo Decreto, desta feita em termos de predeterminação:

Complementarmente ao Serviço Militar Obrigatório instituir-se-á Serviço Civil, de amplas proporções. Nele poderão ser progressivamente aproveitados os jovens brasileiros que não forem incorporados no Serviço Militar. Nesse serviço civil – concebido como generalização das aspirações do Pro-

jeto Rondon – receberão os incorporados, de acordo com suas qualificações e preferências, formação para poder participar de um trabalho social. Esse trabalho se destinará a atender às carências do povo brasileiro e a reafirmar a unidade da Nação. Receberão, também, os participantes do Serviço Civil, treinamento militar básico que lhes permita compor força de reserva, mobilizável em circunstâncias de necessidade. Serão catalogados, de acordo com suas habilitações, para eventual mobilização.

À medida que os recursos o permitirem, os jovens do Serviço Civil serão estimulados a servir em região do País diferente daquelas de onde são originários.

Os Serviços Militar e Civil evoluirão em conjunto com as providências para assegurar a mobilização nacional em caso de necessidade, de acordo com a Lei de Mobilização Nacional. O Brasil entenderá, em todo o momento, que sua defesa depende do potencial de mobilizar recursos humanos e materiais em grande escala, muito além do efetivo das suas Forças Armadas em tempo de paz. Jamais tratará a evolução tecnológica como alternativa à mobilização nacional; aquela será entendida como instrumento desta. Ao assegurar a flexibilidade de suas Forças Armadas, assegurará também a elasticidade delas.

Pelo texto, propõe-se a criação de um serviço obrigatório para homens dispensados do treinamento dos quartéis e as mulheres, sob forma de um serviço social obrigatório, ou seja, de serviços relacionados à formação profissional ou acadêmica dos recrutados. Entendo que se trata de criar um serviço social obrigatório e complementar ao militar, supostamente de natureza civil, embora seus integrantes sejam obrigados a receber treinamento militar básico de forma a comporem uma espécie de capital de reserva humano para eventualmente ser mobilizado “em caso de necessidade.”

A imposição de um serviço civil, a ser implementado segundo moldes e regime militar, com treinamento militar básico e destinado a “atender às carências do povo brasileiro e a reafirmar a unidade da Nação”, também se constituirá em mão de obra de baixo custo, obrigatória, para realizar o que nas democracias liberais se faz de forma voluntária, jamais imposta.

Ademais, tal proposta colide e contradiz os termos introdutórios do próprio Decreto 6.703/2008, como se depreende abaixo:

O Brasil é pacífico por tradição e por convicção. Vive em paz com seus vizinhos. Rege suas relações internacionais, dentre outros, pelos princípios constitucionais da não-intervenção, defesa da paz e solução pacífica dos

conflitos. Esse traço de pacifismo é parte da identidade nacional e um valor a ser conservado pelo povo brasileiro.

País em desenvolvimento, o Brasil ascenderá ao primeiro plano no mundo sem exercer hegemonia ou dominação. O povo brasileiro não deseja exercer mando sobre outros povos. Quer que o Brasil se engrandeça sem imperar.

Em comparação com outros países, há de se observar que, apesar das seguidas guerras e outras operações beligerantes que empreendem os EUA, o serviço militar não é obrigatório para ambos os sexos naquele país, havendo se tornado profissional após a guerra do Vietnã. Também não é apropriado comparar a situação brasileira com a encontrada em Israel, cuja obrigatoriedade do serviço para mulheres é amparada nas peculiaridades de um Estado cujas fronteiras separam Estados inimigos e belicosos, em que as hostilidades quase sempre se concretizam ou ameaçam se concretizar.

Recentemente, em medida que entrou em vigor no início de janeiro deste ano, a Sérvia extinguiu o seu serviço militar obrigatório que já durava 200 anos. A partir de agora, planeja-se profissionalizar as Forças Armadas daquele país, destinando-se o serviço militar a homens e mulheres que se apresentem como voluntários. É interessante observar que, embora a Sérvia conte com um dos maiores efetivos dos Balcãs, adotou a medida de extinguir o serviço militar obrigatório para se adaptar a regras da União Européia, visando a um eventual processo de adesão.

Alguns países da Europa, a exemplo da França e da Inglaterra, não mais exigem o cumprimento do serviço militar, ao contrário de outros como a Alemanha e Rússia. Na América do Sul, Uruguai, Argentina e Suriname o serviço não é obrigatório, ao contrário do Chile, Venezuela, Colômbia.

9. Igualdade

Uma sociedade democrática se norteia pela realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação, os quais se contrapõem às divisões calcadas em preconceitos incompatíveis com os ideais da democracia liberal, a exemplo das diferenças com base no gênero e na sexualidade. A igualdade de direitos e deveres deve permear o regime democrático com vista a que este não se reduza a mera uma categoria político-jurídica formal.

O tratamento excludente que marginaliza as minorias e as mulheres impõe a recepção a valores sob a égide da igualdade, de modo que uma nova visão de mundo possa provocar mudanças paradigmáticas no Direito e nas políticas de Estado.

As mulheres – hoje, maioria da nossa população –, têm participação crucial em todos os segmentos da nossa sociedade e, paulatinamente, tem galgado os escalões superiores do poder, antes reservados quase que exclusivamente aos homens. O exemplo maior é o da primeira presidenta do país e componentes do seu gabinete, notadamente e em grande parte chefiado por ministras.

As normas constitucionais brasileiras não fazem qualquer distinção entre homens e mulheres e expressamente proíbem o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre os sexos. A igualdade é valor supremo de uma sociedade pluralista e sem preconceitos, de forma que o sexo ou o gênero não constitui fator de desigualdade, como se tem no inciso IV do art. 3º da C. F., nivelando-se a outros aspectos da personalidade. A reforçar, tem-se que “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza (...)”, conforme redação do art. 5º, caput, da Constituição Federal.

No julgamento do STF que equiparou a união estável entre pessoas do mesmo sexo (união homoafetiva) à entidade familiar, o ministro Relator Carlos Ayres Britto expressou no seu voto aspectos que bem poderíamos aplicar às políticas afirmativas e igualitárias de inclusão e ascensão feminina nas instituições militares:

Há mais o que dizer desse emblemático inciso IV do art. 3º da Lei Fundamental brasileira. É que, na sua categórica vedação ao preconceito, ele nivela o sexo à origem social e geográfica das pessoas, à idade, à raça e à cor da pele de cada qual; isto é, o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou o desmerecimento inato das pessoas, **pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher, ou homem.** (Grifos no original).

(...)

Uma proibição que nivela o fato de ser homem ou de ser mulher às contingências da origem social e geográfica das pessoas, assim como da idade, da cor da pele e da raça, na acepção de que nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se põe como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja; tanto é assim que o §4º desse mesmo art. 226 (antecipo o comentário) reza que “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Preceito, este último, que relança o discurso do inciso I do art. 5º da Constituição (“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”) para atuar como estratégia de reforço normativo a um mais eficiente combate àquela renitência patriarcal dos nossos costumes. Só e só, pois esse combate mais

eficaz ao preconceito que teimosamente persiste para inferiorizar a mulher perante o homem **é uma espécie de briga particular ou bandeira de luta que a nossa Constituição desfralda numa outra esfera de arejamento mental da vida brasileira, nada tendo a ver com a dicotomia da heteroafetividade e da homoafetividade.** (Grifos no original).⁴²

Em recomendação abrangente e extremante pertinente ao tema que ora debatemos, o ministro Luiz Fux, no voto (equiparação da união estável entre pessoas do mesmo sexo) em que acompanhou o ministro Relator, defende

(...) que o governo adote leis e políticas que garantam que o destino de seus cidadãos, contanto que o governo consiga atingir tal meta, não dependa de quem eles sejam – seu histórico econômico, sexo, raça ou determinado conjunto de especializações ou deficiências.

(...)

Compete ao Estado assegurar que a lei conceda a todos a *igualdade de oportunidades*, de modo que cada um possa conduzir sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios (...)⁴³

Tais pontos de vista coincidem com argumentos e opiniões aqui defendidos, os quais se acham abaixo resumidos.

10. Considerações Finais

O ingresso das mulheres nas Forças Armadas, em nível global, tem ocorrido em razão de situação de guerra ou de mudanças na esfera da natureza da guerra e dos seus formatos com a introdução de novas tecnologias; da reorganização de governos democráticos e as pressões por igualdade de gênero; da perda de status da profissão militar; da necessidade de pessoal cada vez mais qualificado, a enfatizar a inserção das Forças Armadas no mercado de trabalho globalizado, entre outros fatores.

Não obstante, o correntemente encontrado é a existência de postos e funções vedados às mulheres, especialmente aqueles relacionados ao combate. As justificativas mais remarcadas são: a natureza biofísica feminina, caracterizada pela fragilidade física e emocional, pela maternidade e pelo cuidado com os filhos; os sentimentos de proteção que despertam entre os homens e a falta de orçamento

para efetuar a reestruturação e adaptação das instalações militares constituiriam obstáculos para a sua inserção completa nas Forças Armadas. Ou seja, de forma geral, a participação feminina nas Forças Armadas mundiais é marcada por polêmicas, obstáculos e preconceitos em razão das modificações que provocam nas relações sociais. Sua inserção é ainda parcial, notadamente em quadros auxiliares ou complementares, aspecto que se correlaciona com a não obrigatoriedade de prestação do serviço militar pelas mulheres.

Um Estado democrático que adota uma normatividade constitucional em que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações deve-se obrigar a ter como um dos seus propósitos maiores a plena realização dos valores de igualdade em redutos tradicionalmente masculinos, mesmo que profundamente marcados pelo poder patriarcal e seus preconceitos. No caso das Forças Armadas, a igualdade de oportunidades de acesso e os índices de representatividade feminina crescentes não devem mascarar as desigualdades que persistem nos níveis das carreiras e em alguns postos destinados à exclusividade do sexo masculino.

Portanto, leis e políticas inclusivas que estabeleçam e concedam a igualdade de oportunidades, direitos e obrigações nas instituições militares – inclusive a abrangência do serviço militar facultativo e profissionalizando para ambos os sexos –, constituir-se-iam em armas eficazes, paradigmáticas e simbólicas contra a perpetuação do estado de subordinação feminino, o qual não se coaduna com a perspectiva de uma sociedade verdadeiramente democrática e moderna que progride no sentido de materializar suas categorias políticas e jurídicas formais.

Não se pode admitir, sob pena de se legitimar as estruturas de dominação masculina, a pretensão de implementar políticas públicas que perpetuem um sistema de estratégias orientadas no sentido de transmissão e ênfase nas desigualdades de sexo e gênero. Assim, a atribuição de papéis menores, a exemplo de apoio e de cunho social, cujos efeitos cumulativos podemos constatar nas estatísticas da pífia representação das mulheres nas posições de poder, especialmente político, econômico e militar, implica o retrocesso ou a cristalização de estruturas que devem ser banidas das práticas de uma sociedade verdadeiramente democrática.

Notas

¹ “O Poder Civil, que sucedeu ao regime militar, identificava, em seu imaginário, os temas de Defesa com repressão política. O tema, por isso, foi marginalizado durante os trabalhos da Assembléia Constituinte (1987-1988). As lideranças emergentes não queriam tocar em nada que pudesse vinculá-las ao regime anterior (...). Como consequência necessária, os temas de Defesa saíram da agenda nacional. Executivo e Legislativo passaram a vê-los como exclusiva agenda

militar. (...). No meio acadêmico, desenvolveu-se processo semelhante (...). Em outros países, tais temas são objeto de profundo interesse intelectual. Há abundante produção, em instituições civis, de estudos na área. O intercâmbio entre civis e militares dá ao Estado melhores condições de decisão e à sociedade maior controle (...).” (N. Jobin, 2008. Citado em MATHIAS, S. e GUZZI, A. C., 2010, p. 53-54).

² CASTRO, C.; LEIRNER, P. *Antropologia dos militares*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p. 8.

³ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Forense, 1999, p. 745.

⁴ CASTRO, C.; LEIRNER, P. *Antropologia dos militares*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p. 24-25.

⁵ LEIRNER, P. *Hierarquia e individualismo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 65.

⁶ “Para Dumont, a base ideal do indivíduo moderno, a partir do estatuto da igualdade, mistura o ser moral e o biológico, dotando-o de qualidade de agente normativo das instituições”. (LEIRNER, 2003: 38).

⁷ BOURDIEU, P. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 56.

⁸ Idem, p. 82.

⁹ Idem, p. 66-67.

¹⁰ Idem, p. 115.

¹¹ Idem, p. 78.

¹² Idem, p. 122-123.

¹³ BUTLER, J. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 23.

¹⁴ Idem, p. 25

¹⁵ HARAWAY, D.; KUNZRU, H; TADEU, T. (org.). *Antropologia do ciborgue: as vertigens do pós-humano*. Belo Horizonte: Autêntica, 2009, p. 69-70.

¹⁶ Idem, p. 47.

¹⁷ Idem, p. 59.

¹⁸ “As Forças Armadas, constituídas de Marinha, Exército e Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”. (C.F., art, 142).

¹⁹ MATHIAS, S. K.; GUZZI, A. C. *Autonomia na lei: as forças armadas nas constituições nacionais*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 25, n.73, junho 2010, p. 54.

- ²⁰ LOMBARDI, Maria Rosa. *As mulheres nas Forças Armadas brasileiras: A Marinha do Brasil 1980-2008*. São Paulo: FCC / DPE, 2009.
- ²¹ CARREIRAS, H. Mulheres nas Forças Armadas: transformação institucional e recrutamento feminino. *Sociologia – Problemas e Práticas*. Lisboa: ISCTE, n. 18: 97-128, 1995, p. 99-100.
- ²² Idem, p. 100
- ²³ Idem, p. 104.
- ²⁴ Cfr. Comando das Forças/ Brasília, 2006. In SILVA, C., 2006: 10.
- ²⁵ “No Brasil, não houve nenhuma reformulação da estrutura militar. Ao contrário, o que se apresenta é uma sobreposição de medidas objetivando promover uma aparente adaptação das Forças Armadas à Democracia e às exigências bélicas do mundo hoje. O recrutamento feminino para as Forças Armadas também não se baseou na necessidade de cumprir com as exigências de igualdade de oportunidades, pois é apenas em 1988, com a nova Constituição, que esse preceito aparece. Defende-se aqui que o que justificou esse procedimento foi a somatória do sucesso que a incorporação feminina teve nas polícias militares estaduais (provinciais) e, por outro, o desprestígio dos militares particularmente diante das elites, o que abriu a profissão para as mulheres. De forma nenhuma esses fatores são excludentes, ao contrário, estão em perfeita sintonia, pois as policiais femininas foram interpretadas como humanizadoras das forças militares, compensando a visão popular de que as polícias militares se alimentavam da tortura e da corrupção. No mesmo sentido, a crise de identidade castrense advinda de seu afastamento da política e a participação crescente de mulheres nas Missões da ONU, exigiram reformulações que apontavam para a incorporação feminina”. (MATHIAS, 2005: 17).
- ²⁶ KUHLMANN, Paulo R. L. *Exército Brasileiro: estrutura militar e ordenamento político 1984-2007*. Tese (Doutorado) – USP, São Paulo. Mimeo, 2007.
- ²⁷ CARREIRAS, H. Mulheres nas Forças Armadas: transformação institucional e recrutamento feminino. *Sociologia – Problemas e Práticas*. Lisboa: ISCTE, n. 18: 97-128, 1995, p. 109.
- ²⁸ MATHIAS, S. K. As mulheres chegam aos quartéis. *Resdal Eletrônica*: Argentina, 2005. Disponível em: [http://HYPERLINK “http://www.resdal.org/producciones-miembros/art-kalil.html”www.resdal.org/producciones-miembros/art-kalil.html](http://HYPERLINK \).
- ²⁹ D’Araújo, Maria Celina. Mulheres e questões de gênero nas Forças Armadas. *Resdal Eletrônica*: Argentina, 2004. Disponível em: [http://HYPERLINK “http://www.resdal.org/producciones-miembros/redes-03-daraujo.pdf”www.resdal.org/producciones-miembros/redes-03-daraujo.pdf](http://HYPERLINK \)), p. 5.
- ³⁰ Ibidem, p. 5.
- ³¹ SILVA, Cristina R. *Gênero, hierarquia e Forças Armadas: um estudo etnográfico acerca da presença de mulheres nos quartéis*. 2006. Acessível em: [http://HYPERLINK “http://www.mendeley.com/research/gnero-hierarquia-e-forcas-armadas-um-estudo-etnografico-acerca-da-presena-de-mulheres-nos-quatis/”www.mendeley.com/research/gnero-hierarquia-e-forcas-armadas-um-estudo-etnografico-acerca-da-presena-de-mulheres-nos-quatis/](http://HYPERLINK \), p. 13.
- ³² Ibidem, p. 13

³³ MATHIAS, S. K. As mulheres chegam aos quartéis. *Resdal Eletrônica*: Argentina, 2005. Disponível em: <http://HYPERLINK> "<http://www.resdal.org/producciones-miembros/art-kalil.html>"www.resdal.org/producciones-miembros/art-kalil.html, p. 17.

³⁴ MATHIAS, S. K. As mulheres chegam aos quartéis. *Resdal Eletrônica*: Argentina, 2005. Disponível em: <http://HYPERLINK> "<http://www.resdal.org/producciones-miembros/art-kalil.html>"www.resdal.org/producciones-miembros/art-kalil.html.

³⁵ TAKAHASHI, Emília E. *Homens e mulheres em campo*: um estudo sobre a formação da identidade militar. Tese (Doutorado em Educação) – UNICAMP, Campinas, SP: (s.n.), 2002. Disponível em: <http://cutter.unicamp.br/document/index.php?did=24495>.

³⁶ “A sobreposição da identidade militar sobre a identidade de gênero ‘feminino’ é o fator essencial para que as mulheres sejam vistas como militares e não mais como ‘acochambradas’, ‘protegidas’ ou até mesmo ‘prejudiciais’ à formação na Academia. Quando as mulheres assumem posturas que caracterizam a profissão militar e não se refugiam em identidades frágeis que necessitam de proteção e cuidados especiais, elas são alçadas à condição de cadetes e, portanto, militares, pelos companheiros”. (grifos da autora) (TAKAHASHI, 2002:216-217).

³⁷ Idem, p. 252.

³⁸ Apud TAKAHASHI, 2002: 122.

³⁹ LOMBARDI, Maria Rosa. *As mulheres nas Forças Armadas brasileiras*: A Marinha do Brasil 1980-2008. São Paulo: FCC / DPE, 2009.

⁴⁰ Idem, p. 11.

⁴¹ Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei. § 1º – às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar. § 2º – As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.

⁴²STF, ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, acórdão pendente de publicação.

⁴³ Idem.

Referências bibliográficas

BOURDIEU, P. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Jurisprudência*. Acórdão ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, pendente de publicação. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. acesso em 20/05/11.

BUTLER, J. *Problemas de gênero*: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

CARREIRAS, H. *Mulheres nas Forças Armadas: transformação institucional e re-*

- crutamento feminino. *Sociologia – Problemas e Práticas*. Lisboa: ISCTE, n. 18: 97-128, 1995.
- CARVALHO, Sonia. *Casa-caserna: um percurso diferenciado na vida das mulheres militares*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – UFRN, Natal. Mimeo, 1990.
- CASTRO, C.; LEIRNER, P. *Antropologia dos militares*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.
- DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Forense, 1999.
- D'ARAÚJO, Maria Celina. Mulheres e questões de gênero nas Forças Armadas. *Resdal Eletrônica*: Argentina, 2004. Disponível em: [http://HYPERLINK \"http://www.resdal.org/producciones-miembros/redes-03-daraujo.pdf\" www.resdal.org/producciones-miembros/redes-03-daraujo.pdf](http://HYPERLINK \)
- HARAWAY, D.; KUNZRU, H; TADEU, T. (org.). *Antropologia do ciborgue: as vertigens do pós-humano*. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.
- KUHLMANN, Paulo R. L. *Exército Brasileiro: estrutura militar e ordenamento político 1984-2007*. Tese (Doutorado) – USP, São Paulo. Mimeo, 2007.
- LEIRNER, P. *Meia volta volver – um estudo antropológico sobre a hierarquia militar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1997.
- LEIRNER, P. *Hierarquia e individualismo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.
- LOMBARDI, Maria Rosa. *As mulheres nas Forças Armadas brasileiras: A Marinha do Brasil 1980-2008*. São Paulo: FCC / DPE, 2009.
- MATHIAS, S. K. As mulheres chegam aos quartéis. *Resdal Eletrônica*: Argentina, 2005. Disponível em: [http://HYPERLINK \"http://www.resdal.org/producciones-miembros/art-kalil.html\" www.resdal.org/producciones-miembros/art-kalil.html](http://HYPERLINK \)
- MATHIAS, S. K.; GUZZI, A. C. *Autonomia na lei: as forças armadas nas constituições nacionais*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 25, n.73, junho 2010.
- SILVA, Cristina R. *Gênero, hierarquia e Forças Armadas: um estudo etnográfico acerca da presença de mulheres nos quartéis*. 2006. Acessível em: [http://HYPERLINK \"http://www.mendeley.com/research/gnero-hierarquia-e-forcas-armadas-um-estudo-etnografico-acerca-da-presena-de-mulheres-nos-quatis/\" www.mendeley.com/research/gnero-hierarquia-e-forcas-armadas-um-estudo-etnografico-acerca-da-presena-de-mulheres-nos-quatis/](http://HYPERLINK \)
- TAKAHASHI, Emília E. *Homens e mulheres em campo: um estudo sobre a formação da identidade militar*. Tese (Doutorado em Educação) – UNICAMP, Cam-

Resumo

O ser moral e biológico feminino é abordado neste trabalho com relação a aspectos de sua inserção na instituição militar das Forças Armadas, cujas repercussões políticas serão postas em discussão. Um Estado democrático que adota uma normatividade constitucional em que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações deve-se obrigar a ter como um dos seus propósitos maiores a plena realização dos valores de igualdade em redutos tradicionalmente masculinos, mesmo que profundamente marcados pelo poder patriarcal e seus preconceitos. O trabalho aborda as leis e políticas inclusivas que estabeleçam e concedam a igualdade de oportunidades, direitos e obrigações nas instituições militares – inclusive a abrangência do serviço militar facultativo e profissionalizando para ambos os sexos –, constituir-se-iam em armas eficazes, paradigmáticas e simbólicas contra a perpetuação do estado de subordinação feminino, o qual não se coaduna com a perspectiva de uma sociedade verdadeiramente democrática e moderna que progride no sentido de materializar suas categorias políticas e jurídicas formais.

Palavras-chave: Forças Armadas – Igualdade – Gênero – Profissionalização – Inserção.

Abstract

The moral and biological female is being addressed in this work with respect to aspects of its insertion in the military institution of the armed forces, whose political repercussions will be put under discussion. A democratic State which adopts a constitutional law which provides that men and women are equal in rights and obligations must be bound to have as one of its major purposes the full realization of the values of equality in traditionally male strongholds, even though deeply marked by the patriarchal power and their prejudices. The work covers the laws and inclusive policies that establish and provide equal opportunities, rights and obligations in the military institutions-including the scope of the voluntary military service and professionalized to both sexes, would be effective weapons in paradigmatic and symbolic, against the perpetuation of the State of women's subordination, which doesn't sit well with the prospect of a truly democratic and

modern society that progresses to materialize their formal political and legal categories.

Keywords: Armed Forces – Equal – Genre – Professionalism – Insertion.

Fernando Pinho

Advogado. Assessor Jurídico Sênior da Diretoria Jurídica do Banco do Brasil. Especialista em Direito do Consumidor. Especialista em Direito Público. MBA em Direito Bancário pela FGV.

Os juros remuneratórios na cédula de crédito rural

1. Introdução. **2.** Os juros no âmbito do Sistema Financeiro Nacional. **3.** Limitação ou não dos juros remuneratórios na cédula de crédito rural. **4.** Em caso de limitação dos juros, o percentual não poderia ser de 12% ao ano. **5.** Conclusão. **6.** Referências bibliográficas.

1. Introdução

O tema dos juros remuneratórios incidentes nas operações realizadas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional é por demais tormentoso para as partes envolvidas, tendo em vista o antagonismo de seus interesses. De um lado, as instituições financeiras procuram auferir uma maior rentabilidade para a sua atividade empresarial (empréstimo de dinheiro). De outro, os tomadores de crédito procuram despende o mínimo de recursos possível.

Invariavelmente, essa luta de interesses deságua no Poder Judiciário, chamado a solucioná-la, aplicando o direito vigente à espécie.

Nesse contexto, ao longo dos séculos XX e agora XXI, com as prateleiras lotadas de causas envolvendo juros remuneratórios incidentes em operações realizadas dentro do Sistema Financeiro, o Poder Judiciário foi construindo uma vasta jurisprudência sobre a matéria, ora refletindo as alterações legislativas ocorridas, ora fechando os olhos para elas.

O certo é que, após idas e vindas da jurisprudência, atualmente, mal ou bem, temos um entendimento formado, embora não imune a críticas, em relação aos juros remuneratórios aplicáveis nas operações bancárias em geral e, especificamente, em relação às cédulas de crédito rural, comercial e industrial.

Assim, por meio do presente trabalho, procuraremos demonstrar a evolução legislativa sobre os juros remuneratórios no Sistema Financeiro Nacional ao longo do século passado, com ênfase nas operações materializadas por meio de cédula de crédito rural, traçando um paralelo com a jurisprudência edificada ao longo do tempo, a fim de concluir se hoje em dia há ou não um teto de juros a ser respeitado e, em caso positivo, qual seria ele.

2. Os juros no âmbito do Sistema Financeiro Nacional

Primeiramente, cumpre esclarecer que, na nossa ótica, para discorrer sobre os juros remuneratórios específicos da cédula de crédito rural, julgamos necessário demonstrar, mediante um breve panorama, como os juros foram tratados, de forma ampla, pelo ordenamento jurídico positivo, desde o Código Civil de 1916, e qual foi a compreensão do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Como será demonstrado neste capítulo, várias foram as tentativas legislativas, ao longo do século XX, de estabelecer a limitação dos juros contratados em toda e qualquer operação de mútuo, combatendo a denominada prática da usura¹.

Nesse sentido, fixando a taxa de juros moratórios legais, o artigo 1.062, do Código Civil de 1916, estipulou o seguinte, *in verbis*:

A taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de 6% (seis por cento) ao ano. (grifos nossos).

A fim de regulamentar as taxas de juros incidentes sobre os contratos com mais minúcia do que havia feito o Código Civil de 1916, o Presidente Getúlio Vargas baixou o Decreto n.º 22.626/1933, conhecido como Lei da Usura, estabelecendo, logo em seu artigo 1º, o limite máximo que poderia ser exigido a título de juros, *in verbis*:

É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, art. 1062). (grifos nossos).

Todavia, mais de trinta anos após a edição da Lei da Usura, em atenção aos comandos emanados da Constituição da República de 1946², foi editada a Lei n.º 4.595/64 — Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Credi-tícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências —, que, em seu artigo 4º, inciso IX, assim dispôs sobre os juros, *in verbis*:

Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República:

(...)

IX – Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços

bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil, assegurando taxas favorecidas aos financiamentos que se destinem a promover:

- *recuperação e fertilização do solo;*
- *reflorestamento;*
- *combate a epizootias e pragas, nas atividades rurais;*
- *eletrificação rural;*
- *mecanização;*
- *irrigação;*
- ***investimentos indispensáveis às atividades agropecuárias*** (grifos nos-
sos).

Ao ser instado a se pronunciar sobre a existência ou não de limitação de juros imposta pelo ordenamento jurídico após a entrada em vigor da Lei n.º 4.595/64, o Supremo Tribunal Federal concluiu que o disposto no artigo 1º do Decreto n.º 22.626/33 não mais se aplicava às operações de crédito contratadas com as instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, haja vista que o artigo 4º outorgou ao Conselho Monetário Nacional a atribuição de limitar os juros, quando e se aquele órgão entendesse necessário.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes precedentes da Suprema Corte:

I. MÚTUO. JUROS E CONDIÇÕES. II. A CAIXA ECONÔMICA FAZ PARTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – ART. 1, INCISO V, DA LEI 4.595/64, E, EM CONSEQUÊNCIA, ESTÁ SUJEITA ÀS LIMITAÇÕES E À DISCIPLINA DO BANCO CENTRAL, INCLUSIVE QUANTO ÀS TAXAS DE JUROS E MAIS ENCARGOS AUTORIZADOS. III. O ART. 1 DO DECRETO 22.626/33 ESTÁ REVOGADO “NÃO PELO DESUSO OU PELA INFLAÇÃO, MAS PELA LEI 4.595/64, PELO MENOS AO PERTINENTE ÀS OPERAÇÕES COM AS INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO, PÚBLICAS OU PRIVADAS, QUE FUNCIONAM SOB O ESTRITO CONTROLE DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL”. IV. RE CONHECIDO E PROVIDO. (RE 78.953/SP – Tribunal Pleno – Rel. p/ acórdão Ministro Cordeiro Guerra – j. 05/03/1975. Publicado no DJ 11/04/1975) (grifos nossos).

AS TAXAS DE JUROS E OUTROS ENCARGOS COBRADOS NAS OPERAÇÕES REALIZADAS POR INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO JÁ NÃO SE ACHAM SOB INCIDÊNCIA DAS LIMITAÇÕES PREVISTAS NO DECRETO

NÚMERO 22.626-33, MAS, ISTO SIM, AO QUE DISPÕE A LEI N. 4.595-64, AS DELIBERAÇÕES DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL E AS LIMITAÇÕES E A DISCIPLINA DO BANCO CENTRAL DO BRASIL, COMO DECIDIU, ALIÁS, O STF NO RE N. 78953. (RE 84.393/SP – Primeira Turma – Rel. Ministro Antonio Neder – j. 15/10/1976 – publicação DJ 19/11/1976).

Fixado tal entendimento, em sessão plenária realizada em 15/12/1976, o Pretório Excelso aprovou o enunciado 596 de sua Súmula, com o seguinte teor, *in verbis*:

*AS DISPOSIÇÕES DO DECRETO 22626/1933 NÃO SE APLICAM ÀS TAXAS DE JUROS E AOS OUTROS ENCARGOS COBRADOS NAS OPERAÇÕES REALIZADAS POR INSTITUIÇÕES PÚBLICAS OU PRIVADAS, QUE INTEGRAM O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL.*³

A partir da definição do Supremo Tribunal Federal quanto à não limitação de juros no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, a matéria não comportou maiores discussões até a promulgação, em 5 de outubro de 1988, da atual Constituição Federal.

É que, inovando em relação às Constituições anteriores, a Carta Política de 1988 tratou do Sistema Financeiro Nacional e estabeleceu expressamente os juros máximos que poderiam incidir na concessão do crédito, trazendo novamente à baila a discussão sobre a sua limitação ou não.

O texto original da Constituição de 1988 consagrava no parágrafo 3º do artigo 192⁴ a seguinte disposição, *in verbis*:

§3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

Analisando a intenção do legislador constituinte de limitar os juros, o ilustre constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵ assim concluiu, *in verbis*:

Limitação de juros: *Este desiderato é próprio a todos os devedores. Infezivelmente o funcionamento natural da economia é incompatível com a fixação, arbitrária, de um teto para os mesmos. Quis neste ponto o constituinte dominar o indominável.*

Criticando o tratamento, no âmbito constitucional, do sistema financeiro conferido pela Carta Política de 1988, o renomado professor Celso Ribeiro Bastos⁶ assim se manifestou, *in verbis*:

É uma novidade, aportada pela Constituição de 1988, o tratamento ao nível da Lei Maior do sistema financeiro. Este assunto vinha disciplinado na Lei n. 4.595/64, cujos preceitos, por não serem conflitantes com a atual Constituição em seu art. 192, continuam a vigor pelo princípio da recepção.

(...)

Pinto Ferreira nos dá notícia de que ‘A origem de tal dispositivo na Constituição brasileira de 1988 prende-se à Lei Magna de 1949 da República Federal da Alemanha (Tit, X, art. 104, A, a respeito do regime financeiro — Da finanzwesen), bem como principalmente à Constituição da República Portuguesa, de 2-4-1976 (tit. V, que trata do ‘Sistema Financeiro e Fiscal’). Tal orientação atuou no espírito do legislador constituinte brasileiro’ (Comentários à Constituição brasileira, Saraiwa, 1994, v. 6).

No sistema anterior, a referida matéria possuía caráter exclusivamente infraconstitucional. Essa inclusão no texto constitucional, conseqüentemente, acarreta maior rigidez jurídica ao trato de uma atividade cujas principais características são o dinamismo e a flexibilidade de adaptação à velocidade das mudanças do mercado.

Diante do novo cenário jurídico estabelecido pela Constituição de 1988, os Tribunais estaduais, como, por exemplo, o do Rio de Janeiro, num primeiro momento, começaram a entender que, nas operações bancárias, não poderiam ser pactuados juros superiores ao limite de 12% ao ano, senão vejamos:

JUROS. ART. 192. PAR. 3º. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Juros de 12% ao ano. Constituição Federal. Aplicação imediata. A limitação dos juros estabelecida no par. 3º do art. 192 da C.F. não depende de lei complementar para aplicar-se. Constatada a infração, cumpre ao juiz reduzir a taxa ao teto legal e não decretar a nulidade do contrato ou da cláusula acordada. Apelação parcialmente provida. (TJ/RJ – Apelação Cível 1991.001.01499 – Segunda Câmara Cível – Rel. Des. Lindberg Montenegro – j. 20/08/1991).

Novamente chamado a decidir a controvérsia que havia se instaurado na sociedade, inclusive com inúmeras demandas ajuizadas com fundamento na limitação constitucional dos juros, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar, no ano de 1991, a ADI n.º 4, concluiu que a norma estabelecida no parágrafo 3º do artigo 192, da Constituição Federal/1988, não possuía aplicabilidade imediata, carecendo de lei complementar para definir o que poderia ser compreendido por “juros reais”. O acórdão respectivo foi assim ementado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TAXA DE JUROS REAIS ATÉ DOZE POR CENTO AO ANO (PARÁGRAFO 3. DO ART. 192 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). QUESTÕES PRELIMINARES SOBRE: 1. – IMPEDIMENTO DE MINISTROS; 2. – ILEGITIMIDADE NA REPRESENTAÇÃO DO AUTOR (PARTIDO POLÍTICO), NO PROCESSO; 3. – DESCABIMENTO DA AÇÃO POR VISAR À INTERPRETAÇÃO DE NORMA CONSTITUCIONAL E NÃO, PROPRIAMENTE, À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO; 4. – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, POR IMPUGNAR ATO NÃO NORMATIVO (PARECER SR N. 70, DE 06.10.1988, DA CONSULTORIA GERAL DA REPÚBLICA, APROVADO PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA). MÉRITO: EFICÁCIA IMEDIATA, OU NÃO, DA NORMA DO PARÁGRAFO 3. DO ART. 192 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, SOBRE A TAXA DE JUROS REAIS (12 POR CENTO AO ANO). DEMAIS PRELIMINARES REJEITADAS, POR UNANIMIDADE. MÉRITO: AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE, POR MAIORIA DE VOTOS (DECLARADA A CONSTITUCIONALIDADE DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO). 1. MINISTRO QUE OFICIOU NOS AUTOS DO PROCESSO DA ADIN, COMO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, EMITINDO PARECER SOBRE MEDIDA CAUTELAR, ESTÁ IMPEDIDO DE PARTICIPAR, COMO MEMBRO DA CORTE, DO JULGAMENTO FINAL DA AÇÃO. 2. MINISTRO QUE PARTICIPOU, COMO MEMBRO DO PODER EXECUTIVO, DA DISCUSSÃO DE QUESTÕES QUE LEVARAM À ELABORAÇÃO DO ATO IMPUGNADO NA ADIN, NÃO ESTÁ, SÓ POR ISSO, IMPEDIDO DE PARTICIPAR DO JULGAMENTO. 3. HAVENDO SIDO A PROCURAÇÃO OUTORGADA AO ADVOGADO SIGNATÁRIO DA INICIAL, POR PARTIDO POLÍTICO, COM REPRESENTAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL (ART. 103, INC. VIII, DA C.F.), SUBSCRITA POR SEU VICE-PRESIDENTE, NO EXERCÍCIO DA PRESIDÊNCIA, E, DEPOIS, RATIFICADA PELO PRESIDENTE, É REGULAR A REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DO

AUTOR. 4. IMPROCEDE A ALEGAÇÃO PRELIMINAR, NO SENTIDO DE QUE A AÇÃO, COMO PROPOSTA, VISARIA APENAS À OBTENÇÃO DE UMA INTERPRETAÇÃO DO TRIBUNAL, SOBRE CERTA NORMA CONSTITUCIONAL, SE, NA VERDADE, O QUE SE PLEITEIA, NA INICIAL, É A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE CERTO PARECER DA CONSULTORIA GERAL DA REPÚBLICA, APROVADO PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA E SEGUIDO DE CIRCULAR DO BANCO CENTRAL. 5. COMO O PARECER DA CONSULTORIA GERAL DA REPÚBLICA (SR. N. 70, DE 06.10.1988, D.O. DE 07.10.1988), APROVADO PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, ASSUMIU CARÁTER NORMATIVO, POR FORÇA DOS ARTIGOS 22, PARÁGRAFO 2., E 23 DO DECRETO N. 92.889, DE 07.07.1986, E, ADEMAIS, FOI SEGUIDO DE CIRCULAR DO BANCO CENTRAL, PARA O CUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DE 1988 (E NÃO DO PARÁGRAFO 3. DO ART. 192 DESTA ÚLTIMA), PODE ELE (O PARECER NORMATIVO) SOFRER IMPUGNAÇÃO, MEDIANTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, POR SE TRATAR DE ATO NORMATIVO FEDERAL (ART. 102, I. “A”, DA C.F.). 6. TENDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NO ÚNICO ARTIGO EM QUE TRATA DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL (ART. 192), ESTABELECIDO QUE ESTE SERÁ REGULADO POR LEI COMPLEMENTAR, COM OBSERVÂNCIA DO QUE DETERMINOU NO “CAPUT”, NOS SEUS INCISOS E PARÁGRAFOS, NÃO É DE SE ADMITIR A EFICÁCIA IMEDIATA E ISOLADA DO DISPOSTO EM SEU PARÁGRAFO 3., SOBRE TAXA DE JUROS REAIS (12 POR CENTO AO ANO), ATÉ PORQUE ESTES NÃO FORAM CONCEITUADOS. SÓ O TRATAMENTO GLOBAL DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, NA FUTURA LEI COMPLEMENTAR, COM A OBSERVÂNCIA DE TODAS AS NORMAS DO “CAPUT”, DOS INCISOS E PARÁGRAFOS DO ART. 192, É QUE PERMITIRÁ A INCIDÊNCIA DA REFERIDA NORMA SOBRE JUROS REAIS E DESDE QUE ESTES TAMBÉM SEJAM CONCEITUADOS EM TAL DIPLOMA. 7. EM CONSEQUÊNCIA, NÃO SÃO INCONSTITUCIONAIS OS ATOS NORMATIVOS EM QUESTÃO (PARECER DA CONSULTORIA GERAL DA REPÚBLICA, APROVADO PELA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA E CIRCULAR DO BANCO CENTRAL), O PRIMEIRO CONSIDERANDO NÃO AUTO-APLICÁVEL A NORMA DO PARÁGRAFO 3. SOBRE JUROS REAIS DE 12 POR CENTO AO ANO, E A SEGUNDA DETERMINANDO A OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO ANTERIOR À CONSTITUI-

ÇÃO DE 1988, ATÉ O ADVENTO DA LEI COMPLEMENTAR REGULADORA DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. 8. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE, POR MAIORIA DE VOTOS. (ADI 4/DF – Tribunal Pleno – Relator Ministro Sydney Sanches – j. 07/03/1991 – DJ 25/06/1993) (grifos nossos).

Após a conclusão do Supremo Tribunal Federal acerca da não autoaplicabilidade do parágrafo 3º do artigo 192, da Constituição Federal, os Tribunais Estaduais, replicando tal entendimento, lançaram verdadeira pá de cal sobre a pretensão dos mutuários de limitar os juros remuneratórios em 12% ao ano. O fundamento mais utilizado voltou a ser o enunciado 596 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Como exemplos de decisões seguindo o entendimento da inaplicabilidade do parágrafo 3º do artigo 192, da Constituição de 1988, colacionamos os seguintes precedentes:

EMBARGOS À EXECUÇÃO – Possibilidade de capitalização de juros na cobrança de débito – Limite do percentual de 12% de taxa de juros decorrente de texto constitucional dependente de regulamentação – Cláusula de inadimplência não constitui ofensa ao Código do Consumidor – nulidade do Título rejeitada por aplicabilidade de Súmula 11 deste Tribunal – Honorários advocatícios fixados à luz do que vem disposto no artigo 21 do CPC – Negado provimento a ambos os recursos. (TJ/SP – Décima Primeira Câmara do TAC – Rel. Juíza Constança Gonzaga – Reg. 20.11.1998). AÇÃO REVISIONAL. CONTRATOS BANCÁRIOS. NOVAÇÃO. INOCORRÊNCIA. LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DE JUROS. NORMA NÃO AUTO-APLICÁVEL. PLANO REAL. CORREÇÃO MONETÁRIA E COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INACUMULABILIDADE. CAPITALIZAÇÃO. COMPENSAÇÃO. Não é caso de novação quando o contrato anterior, contrato de abertura de crédito rotativo, permanece em vigor. Viável, assim, a revisão das operações creditícias ainda não extintas. Conforme decisão do Pretório Excelso, a norma do art. 192, § 3º, da Constituição Federal não é auto-aplicável e, portanto, os juros remuneratórios não estão limitados ao patamar de 12% ao ano, enquanto não regulamentado aquele dispositivo. Entretanto, considerando as peculiaridades da situação econômica vigente após a edição do denominado Plano Real, em que os índices inflacionários têm sido insignificantes, afigura-se abusiva a cláusula contratual em questão, que, portanto, é nula de pleno

direito, a teor do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, que incide sobre as atividades bancárias e financeiras. Diante de tal nulidade, limita-se a taxa de juros a 12% ao ano, consoante a previsão legal. Inadmitida a cumulação de comissão de permanência com correção monetária. Súmula 30, do STJ. Tratando-se de contrato a cujo respeito a lei não prevê expressamente a capitalização de juros, é ela vedada, em qualquer periodicidade. Súmula 121 do STF. Não cabe a compensação de crédito quando não comprovada pretensão dolosa ou culposa do credor. Preliminar rejeitada. Apelo parcialmente provido. (TJ/RS – Apelação Cível Nº 599128949 – Décima Quinta Câmara Cível – Relator: Des. Manuel José Martinez Lucas – j. 12/05/1999).

Essa discussão acerca da limitação constitucional dos juros perdeu definitivamente o sentido, em primeiro lugar, com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 40/2003, que suprimiu o parágrafo 3º do artigo 192; e, em segundo lugar, com a edição da Súmula Vinculante n.º 7 do STF, cujo teor é o seguinte:

A NORMA DO §3º DO ARTIGO 192 DA CONSTITUIÇÃO, REVOGADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 40/2003, QUE LIMITAVA A TAXA DE JUROS REAIS A 12% AO ANO, TINHA SUA APLICAÇÃO CONDICIONADA À EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR.

Atualmente vigora o entendimento segundo o qual, em regra, as instituições financeiras não estão sujeitas ao limite de juros estabelecido pela Lei da Usura, sendo aplicado o enunciado 596 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, a contratação de juros em patamar superior a 12% ao ano, por si só, não caracteriza qualquer tipo de abusividade. Essa só se concretizará quando a taxa de juros contratada discrepar da média praticada pelo mercado para operações da mesma espécie⁷.

Nesse sentido, concluiu o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, ao julgar o Recurso Especial 1.061.530/RS, cujo acórdão respectivo recebeu, na parte que interessa, a seguinte e esclarecedora ementa:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM

CADASTRO DE INADIMPLENTES. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. DELIMITAÇÃO DO JULGAMENTO.

(...)

I – JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE.

ORIENTAÇÃO 1 – JUROS REMUNERATÓRIOS

a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF;

b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade;

c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02;

d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante as peculiaridades do julgamento em concreto.

(...)

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para declarar a legalidade da cobrança dos juros remuneratórios, como pactuados, e ainda decotar do julgamento as disposições de ofício.

Ônus sucumbenciais redistribuídos. (Recurso Especial 1.061.530/RS – Segunda Seção – Rel. Min. Nancy Andrighi – Dje 10/03/2009) (grifos nossos).

Como visto, muito embora várias tenham sido as tentativas, ao longo do século passado, de se impor uma limitação legal dos juros remuneratórios para as contratações celebradas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, prevaleceu o entendimento jurídico segundo o qual tal limitação deve ser imposta pelo próprio mercado, a partir da livre concorrência⁸.

Todavia, o entendimento acima não se aplica para a cédula de crédito rural, pois prevalece até os dias atuais a orientação jurídica no sentido de que os juros remuneratórios estão limitados, conforme será demonstrado a seguir.

3. Limitação ou não dos juros remuneratórios na cédula de crédito rural

Segundo podemos extrair dos julgados do Supremo Tribunal Federal que deram origem à edição do enunciado 596 da Súmula daquele Pretório Excelso, cola-

cionados no item precedente, formou-se o entendimento de que, após a entrada em vigor da Lei n.º 4.595/64, a limitação dos juros prevista na Lei da Usura não mais prevaleceria, pois caberia ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central dispor sobre as taxas de juros, nos termos do artigo 4º, inciso IX, da referida legislação.

Considerando que as mencionadas autoridades responsáveis pelo Sistema Financeiro Nacional jamais estabeleceram quaisquer limitações de juros, a conclusão dos Tribunais foi no sentido de que, à míngua de norma legal estabelecendo um teto, as partes estariam livres para convencionar as taxas de juros incidentes nas operações bancárias. Eventual limitação, se necessária, seria imposta pelo próprio mercado, a partir da livre concorrência.

Todavia, no que se refere às operações de crédito rural, não obstante também ocorresse tal fenômeno — ausência de legislação limitando os juros — o entendimento que prevaleceu foi diverso.

Em 14 de fevereiro de 1967, portanto após a edição da Lei n.º 4.595/64, foi editado o Decreto-lei 167, dispondo especificamente sobre o crédito rural, modalidade tão relevante para o desenvolvimento da economia brasileira.

Nos termos do artigo 1º, do Decreto-lei 167/67º, o financiamento rural passou a poder ser concedido por meio de novo título de crédito criado por aquele diploma legal, qual seja a cédula de crédito rural, cujas regras materiais e formais foram ali disciplinadas.

Referindo-se especificamente aos juros incidentes nas operações rurais disciplinadas pelo referido Decreto-lei 167/67, o único dispositivo foi o artigo 5º, cujo teor é o seguinte, *in verbis*:

As importâncias fornecidas pelo financiador vencerão juros às taxas que o Conselho Monetário Nacional fixar e serão exigíveis em 30 de junho e 31 de dezembro ou no vencimento das prestações, se assim acordado entre as partes; no vencimento do título e na liquidação, por outra forma que vier a ser determinada por aquele Conselho, podendo o financiador, nas datas previstas, capitalizar tais encargos na conta vinculada à operação.

Parágrafo único. Em caso de mora, a taxa de juros constante da cédula será elevável de 1% (um por cento) ao ano. (grifos nossos).

Da mesma forma que o disposto no artigo 4º, IX, da Lei n.º 4.595/64, o artigo 5º, do Decreto-lei 167/67, deixa ao talante do Conselho Monetário Nacional a fixa-

ção das taxas de juros, não fazendo qualquer referência a limites ou remissão a outras legislações.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, inicialmente, aplicou, para as cédulas de crédito rural, o mesmo entendimento utilizado nas operações bancárias em geral, ou seja, na ausência de deliberação do Conselho Monetário Nacional acerca das taxas de juros, estas poderiam ser livremente pactuadas também nas cédulas de crédito rural.

No Recurso Especial n.º 5.644/RS, de relatoria do eminente Ministro Barros Monteiro, o acórdão restou assim ementado:

CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA E HIPOTECÁRIA. ANATOCISMO. REAJUSTAMENTO DA TAXA DE JUROS.

I- A CAPITALIZAÇÃO DE JUROS É VEDADA PELO ART. 4. DO DEC. N. 22626/34 E DESSA PROIBIÇÃO NÃO SE ACHAM EXCLUÍDAS AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.

II- NÃO SE APRESENTA COMO ILEGAL O REAJUSTE DA TAXA DE JUROS, CONVENCIONADO EM INSTRUMENTO CONTRATUAL, DE ACORDO COM AS NORMAS EDITADAS PELO BANCO CENTRAL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, EM PARTE, E PROVIDO. (REsp 5.644/RS – 4ª Turma – Rel. Min. Barros Monteiro – DJ 24/06/1991) (grifos nossos).

Analisando a questão da taxa de juros contratada na cédula de crédito rural, o eminente Ministro Relator assim expressou no bojo do seu voto condutor, *in verbis*:

3. Tenho para mim, no entanto, que com a mesma proficiência não se houveram as instâncias ordinárias ao decidirem sobre a questão atinente ao reajustamento das taxas de juros.¹⁰

(...)

Se o anatocismo é coibido por lei, o mesmo não se dá com o reajustamento dos juros, previstos na própria cártula, em item convencionado pelas partes.

Com a edição da Lei n.º 4.595, de 1.964, as taxas de juros passaram a ser fixadas por órgãos da administração (cfr. Voto do ilustre relator no REsp n.º 2.393 – RJ, Ministro Eduardo Ribeiro).

É o que dimana, por sinal, dos incisos VI e IX da citada Lei n.º 4.595/64: o

inciso VI outorga competência ao Conselho Monetário Nacional para disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas; ao passo que o inciso IX lhe dá o encargo de limitar as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros. De seu turno, o art. 5º do Dec.-Lei n.º 167, de 14.02.67, dispõe que as importâncias fornecidas pelo financiador vencerão juros que o Conselho Monetário Nacional houver por bem fixar.

Não se justifica realmente que, num período em que o controle da espiral inflacionária já não se sustentava nas mãos dos órgãos governamentais, a taxa de juros persistisse única, determinada e invariável.

Além do mais, segundo orientação do Sumo Pretório, às entidades financeiras do SFN, sujeitas às limitações e à disciplina do Banco Central, era lícito convencionar taxas de juros e comissões de conformidade com as normas editadas pelo mesmo Banco Central (cfr. Voto proferido pelo preclaro Ministro Cordeiro Guerra no RE n.º 85.094-MAm in RTJ vol. 81, pág. 923).

Nessas condições, a limitação da taxa de juros a 60% a.a. negou aplicação efetivamente aos dispositivos de lei federal suso mencionados (art. 4º, n.ºs VI e IX, da Lei n.º 4.595/64; art. 5º do Decreto-Lei n.º 167/67).

No mesmo sentido, destacam-se os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA – CAPITALIZAÇÃO DE JUROS – TAXA DE JUROS.

- CONSOANTE A SÚMULA 16, “A LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA SOBRE CRÉDITO RURAL NÃO VEDA A INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA”, PORÉM, QUANDO AVENÇADA A SUA EXCLUSÃO OU QUANDO NÃO PREVISTA CONTRATUALMENTE, ENQUANTO NÃO VENCIDA A OBRIGAÇÃO, NÃO É ELA DEVIDA.

- ADMISSIVEL A CAPITALIZAÇÃO DE JUROS, NOS TERMOS DO ART. 5. DO DECRETO-LEI 167/67.

- NÃO SE APLICA ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS A LIMITAÇÃO PREVISTA NO DECRETO 22.626/33. SÚMULA 596 DO STF. (REsp 38.238/GO – Terceira Turma – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – DJ 25/10/1993) (grifos nossos).

CRÉDITO RURAL. JUROS. LIMITES. JUROS MORATÓRIOS. A JURISPRUDÊNCIA DESTA 4ª TURMA DISPENSA A PROVA DE QUE A INSTITUIÇÃO BANCÁRIA ESTAVA AUTORIZADA PELO CMN (LEI 4.595/64) PARA A COBRANÇA DE JUROS ACIMA DO LIMITE PREVISTO NO DEC. 22.626/33. OS JUROS MORATÓRIOS ESTÃO LIMITADOS A 1% A.A. (ART. 5., PARÁGRAFO ÚNICO DO DEC. LEI 167/67). RECURSO CONHECIDO EM PARTE E EM PARTE PROVIDO. (REsp 81.225/RS – Quarta Turma – Rel. Mini. Ruy Rosado de Aguiar – DJ 20/05/1996) (grifos nossos).

Mesmo após a estabilização do entendimento de que os juros remuneratórios também não estavam limitados na cédula de crédito rural, o Superior Tribunal de Justiça, em 26/11/1997, concluindo o julgamento do Recurso Especial n.º 111.881/RS, procedeu a uma verdadeira reviravolta em sua jurisprudência.

Por maioria apertada, obtida com o voto desempate, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, seguindo o voto proferido pelo saudoso Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (relator), passou a entender que, na cédula de crédito rural, para que fosse possível a cobrança de juros compensatórios acima de 12% ao ano, fazia-se imprescindível que a instituição financeira comprovasse a autorização do Conselho Monetário Nacional. Segundo a interpretação do ilustre Ministro, do artigo 5º, do Decreto-lei 167/67, não havendo a fixação da taxa de juros pelo Órgão competente em patamar superior, a vontade das partes estaria limitada pelo teto estabelecido na Lei da Usura.

O mencionado acórdão encontra-se assim ementado:

CRÉDITO RURAL. LIMITAÇÃO DA TAXA DE JUROS. CORREÇÃO MONETÁRIA NO MÊS DE MARÇO/1990. PRECEDENTES DA CORTE.

1. O DEL 167/1967, ART. 5., POSTERIOR À LEI 4.595/1964 E ESPECÍFICA PARA AS CÉDULAS DE CRÉDITO RURAL, CONFERE AO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL O DEVER DE FIXAR OS JUROS A SEREM PRATICADOS. ANTE A EVENTUAL OMISSÃO DESSE ÓRGÃO GOVERNAMENTAL, INCIDE A LIMITAÇÃO DE 12% AO ANO PREVISTA NA LEI DE USURA (DEC 22.626/1933), NÃO ALCANÇANDO A CÉDULA DE CRÉDITO RURAL O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO NA SUM. 596/STF.

2. OS PRECEDENTES DA CORTE AFIRMAM QUE, EM “RELAÇÃO AO MÊS DE MARÇO DE 1990, A DÍVIDA RESULTANTE DE FINANCIAMENTO RURAL COM RECURSOS CAPTADOS DE DEPÓSITOS EM POUPAN-

ÇA DEVE SER ATUALIZADA SEGUNDO O ÍNDICE DE VARIAÇÃO DO BTNF. ANTE O ATRELAMENTO CONTRATUAL, É INJUSTIFICÁVEL APLICAR-SE O IPC, PARA A ATUALIZAÇÃO DA DÍVIDA, SE OS DEPÓSITOS EM POUPANÇA, FONTE DO FINANCIAMENTO, FORAM CORRIGIDOS POR AQUELE ÍNDICE”, SENDO CERTO QUE O PERCENTUAL A SER APLICADO É O DE 41,28% (RISTJ 79/155).

3. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (REsp 111.881/RS – Segunda Seção – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJ 16/02/1998) (grifos nossos).

Do voto condutor, partindo do disposto no artigo 5º, do Decreto-lei n.º 167/67, foram deduzidos os seguintes fundamentos, *in verbis*:

(...)

Assim, indispensável que as taxas de juros respeitem o limite fixado pelo Conselho Monetário Nacional.

Devem-se responder, agora, às seguintes indagações: se não consta dos autos tenha o Conselho Monetário Nacional fixado o limite da taxa de juros referida no art. 5º do Decreto-lei n.º 167/67, estaria a instituição bancária livre para cobrar qualquer taxa? Em caso negativo, qual seria o limite e qual a norma que fixaria?

A cédula de crédito rural, dentre outras, surgiu como um dos mecanismos do Governo após a Revolução de 1964 necessários ao desenvolvimento econômico da Nação, voltado à ampliação e desenvolvimento da atividade agrícola, facilitando a obtenção de crédito e incentivando o investimento no setor. Com certeza, por essa razão é que a taxa de juros restou atrelada ao alvitre do Conselho Monetário Nacional, criado exatamente “com a finalidade de formular a política da moeda e do crédito... objetivando o progresso econômico e social do País” (art. 2º da Lei n.º 4.595/64).

Seguindo essa orientação, conclui-se que as taxas de juros, ante a eventual omissão do Conselho Monetário Nacional, não podem ficar sujeitas à livre vontade das instituições bancárias, geridas sempre com o intuito de trilhar os caminhos do lucro, muitas vezes exagerados, como sói acontecer, o que prejudica a própria razão de ser da cédula de crédito rural. Assim, ao invés de incentivar a atividade rural, a liberdade excessiva dos bancos tem acarretado, na verdade, a quebra de centenas de agricultores que dependem do crédito para sobreviver.

Qual seria, então, a taxa de juros máxima a ser praticada nas cédulas rurais e qual a norma regulamentadora?

É certo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consolidada na Súmula n.º 595 e aplicada já em alguns casos nesta Corte, entende que “as disposições do Decreto n. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional”. Isso porque a Lei n.º 4.595/64, art. 4º, inciso IX, incumbiu ao Conselho Monetário Nacional limitar, apenas quando necessário, as taxas de juros relativas a operações e serviços bancários ou financiamentos.

Ocorre que o Decreto-lei n.º 167/67, além de posterior à Lei n.º 4.595/64 e específica para as cédulas de crédito rural, prevê no art. 5º que ao Conselho Monetário Nacional compete fixar e não que poderá fixar os juros a serem praticados. Assim, a faculdade prevista na Lei n.º 4.595/64, art. 4º, inciso IX, cede à norma específica e mais moderna do Decreto-lei 167/67, que estabelece um dever.

Como corolário, a orientação da Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal, penso, não alcança a cédula de crédito rural quanto à limitação dos juros, devendo incidir, enquanto não regulamentada pelo Conselho Monetário Nacional, a taxa de juros máxima de 12% ao ano prevista no Decreto n.º 22.626/33, art. 1º, caput.

Acompanhando a divergência inaugurada pelo Ministro Costa Leite, o Ministro Eduardo Ribeiro, do alto de sua lucidez, estampou em seu voto os seguintes e esclarecedores fundamentos, *in verbis*:

Parece-me claro, com a devida vênia, que, se admitirmos, como a jurisprudência vem admitindo, que o Decreto 22.626 não se aplica às instituições bancárias, explica-se a regra da Lei da Reforma Bancária, que dá ao Conselho Monetário Nacional a possibilidade de limitar. Essa mudança na jurisprudência, partida do tribunal gaúcho, significa exatamente o oposto. Em princípio, prevalecem as disposições do Decreto 22.626. Não prevalecerão, entretanto, se o Conselho Monetário Nacional dispuser em contrário. Ora, onde está essa autorização para o Conselho Monetário Nacional afastar a incidência daquele Decreto? Ela não existe. As instituições bancárias teriam que aplicar as normas do Decreto 22.626 e o que o Conselho Monetário Nacional poderia fazer é baixar mais ainda, por-

que a disposição refere-se a “limitar”. Se entendermos que o Decreto n.º 22.626 pode aplicar-se às instituições bancárias, temos que entender que há o limite de 12%, e o Conselho Monetário ainda pode estabelecer outro inferior. A correta compreensão, entretanto, será a de que não há limite às convenções, podendo estabelecê-lo o Conselho Monetário Nacional.

Como acentuou o eminente Ministro-Relator, há que se respeitar o teto estabelecido pelo Conselho Monetário. Inexistindo esse, não há o que respeitar, é óbvio.

Tratando-se de cédula de crédito rural, ter-se-á em conta o Decreto-lei n.º 167, que diz o seguinte:

(...)

Correto se me afigura, a propósito, o observado pelo Ministro Costa Leite. Se nada se fixou, está livre a possibilidade de pactuar; ou teremos que entender que não são devidos juros. Note-se que, em se tratando de crédito industrial, não apenas os juros, mas também a correção monetária é fixada pelo Conselho Monetário Nacional. Nunca vi ninguém exigir tal prova.

Em suma, como regra geral, a Lei de Usura não se aplica, por isso a Lei de Reforma Bancária autoriza que sejam limitadas as taxas pelo Conselho Monetário.

Após ter a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça definido que, diante da omissão do Conselho Monetário Nacional, os juros remuneratórios na cédula de crédito rural estariam limitados a 12% ao ano, conforme disposto no artigo 1º do Decreto n.º 22.626/33, além de vários julgados sufragando tal entendimento até os dias atuais¹¹, autores também se curvaram a essa corrente de pensamento, senão vejamos:

Tendo em vista o impasse entre leis não expressas, a omissão do Conselho Monetário Nacional e os interesses das instituições financeiras, resta ao Poder Judiciário aplicar a norma existente, já que não pode alegar lacuna ou omissão legal para deixar de julgar. Assim, deve prevalecer a Lei de Usura com todos os seus ditames, inclusive o artigo 1º, que fixa a taxa de juros em 12 por cento (12%) ao ano.¹²

Muito embora esteja o entendimento pró-limitação de juros remuneratórios em cédula de crédito rural há anos sedimentado, permitimo-nos, nesta seara acadê-

mica, levantar alguns pontos pelos quais acreditamos que tal limitação não encontra respaldo em fundamentos jurídicos sólidos.

Conforme amplamente demonstrado acima, o artigo 4º, inciso IX, da Lei n.º 4.595/64, outorgou ao Conselho Monetário Nacional a tarefa de limitar os juros, sempre que aquele órgão entendesse necessário para cumprir o seu objetivo maior, definido no artigo 2º da referida norma como sendo o de “*formular a política da moeda e do crédito como previsto nesta lei, objetivando o progresso econômico e social do País*”.

Após examinar e interpretar o mencionado artigo 4º, inciso IX, da Lei da Reforma Bancária, o Supremo Tribunal Federal concluiu que, na ausência de uma deliberação do Conselho Monetário sobre a limitação dos juros remuneratórios, a sua fixação poderia ser objeto de livre contratação, não sendo aplicável o teto previsto pela Lei da Usura. Nesse sentido, é o acórdão do STF, que julgou o Recurso Extraordinário n.º 83.466/SP, assim ementado:

A cobrança de taxas que excedam o previsto no Dec. 26.626/33, desde que autorizada pelo Banco Central, não é ilegal, sujeitando-se os seus percentuais unicamente aos limites fixados pelo Conselho Monetário Nacional e não aos estipulados na Lei de Usura. (RTJ 79/620)¹³

O artigo 5º, do Decreto-lei 167/65, *data maxima venia*, possui redação muito semelhante à do artigo 4º, inciso IX, da Lei n.º 4.595/64, só que, ao invés de se referir à **limitação** de juros, dispõe que ao Conselho Monetário Nacional caberá **fixar** as taxas de juros.

Assim, diante da omissão do Conselho Monetário Nacional, a interpretação deveria ser a mesma que a conferida ao artigo 4º, inciso IX, da Lei n.º 4.595/64, pois “limitar” é tão diferente de “autorizar” quanto “fixar”.

Sobre o tema, pronunciou-se o Ministro Costa Leite, no voto que proferiu no julgamento do já citado Recurso Especial 111.881/RS, *in verbis*:

Limitar e autorizar, entretanto, são coisas distintas. Tal disposição, pois, não tem virtude de respaldar a exigência de autorização para a cobrança acima do limite estabelecido na Lei de Usura.

(...)

Fixar e autorizar são igualmente coisas distintas. Se o Conselho Monetário não fixou os juros, prevalece a restrição da Lei de Usura? Penso que não. É de aplicar-se, então, a Lei de Reforma Bancária, permitindo às partes contratar livremente.

Ademais, nunca devemos esquecer que o Supremo Tribunal Federal, como também demonstrado acima, pronunciou-se, por mais de uma oportunidade, no sentido de que o artigo 1º, da Lei de Usura — aquele que estabelece o limite das taxas de juros —, estava revogado em relação às instituições de crédito, por força da Lei n.º 4.595/64, conclusão esta materializada no enunciado 596 da Súmula do Pretório Excelso.

Ora, diante da revogação do dispositivo, no silêncio do Decreto-lei n.º 167/65 sobre os juros remuneratórios em cédula rural, lei posterior e especial, deveriam ser aplicadas as normas contidas na lei geral, ou seja, a Lei n.º 4.595/64, que prevê a liberdade contratual, e não o dispositivo revogado da Lei da Usura.

Além disso, na nossa ótica, o entendimento prevalecente — limitação de juros em cédula rural — revela-se extremamente afrontante ao enunciado 596 da Súmula do STF, **a uma**, pois o Decreto n.º 22.626/33 jamais poderia ser aplicado em qualquer operação realizada dentro do Sistema Financeiro Nacional, seja ela comercial, industrial, rural ou bancária; **e a duas**, pelo fato de o artigo 1º da Lei da Usura se referir especificamente a contrato e não a título de crédito¹⁴.

Ressaltamos, ainda, que o verbete 596 da Súmula do STF foi aprovado em 1976, sendo posterior, portanto, à edição do Decreto-lei 167/67, e afasta a aplicação da Lei da Usura, quanto aos juros e a outros encargos, das operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, tal como a rural.

Por fim, com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, sobretudo com a revogação do antigo parágrafo 3º do artigo 192, não se justifica mais uma intervenção direta do Estado para limitar os juros contratados em operações realizadas com instituições financeiras de direito privado, pois devem prevalecer segundo os princípios enumerados no artigo 170, que rege a ordem econômica, a livre iniciativa e a livre concorrência.

Em outras palavras, eventual limitação dos juros deverá ser uma imposição advinda do próprio mercado e não do Estado.

Pelas considerações expendidas, não obstante o entendimento consolidado até os dias atuais, sustentamos que a liberdade de pactuar os juros remuneratórios, sejam eles em cédula rural ou em qualquer outra operação realizada no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, é o que melhor se coaduna com o ordenamento jurídico positivo.

4. Em caso de limitação dos juros, o percentual não poderia ser de 12% ao ano

Como visto, prevalece até os dias atuais o entendimento de que, na ausência de deliberação específica do Conselho Monetário Nacional, os juros remunera-

tórios em cédula de crédito rural só podem ser pactuados até o limite de 12% ao ano.

Para se chegar a esse percentual máximo de juros autorizado para a cédula rural, a jurisprudência desenvolveu o seguinte raciocínio jurídico: **(i)** o dispositivo legal que estabelece um teto de juros em contratos no nosso ordenamento positivo é o artigo 1º do Decreto n.º 22.626/33; **(ii)** tal articulado legal veda a contratação de juros superiores ao dobro da taxa legal, fazendo remissão expressa ao artigo 1.062, do Código Civil de 1916, então vigente; **(iii)** por sua vez, o Código Civil hoje revogado dispunha que a taxa de juros legais seria de 6% ao ano; **(iv)** assim, passou-se a entender que os juros em cédula rural estariam limitados ao dobro da taxa legal, ou seja, ao dobro de 6% ao ano, que é igual a 12% ao ano.

Tal raciocínio está claramente demonstrado na ementa do acórdão proferido no Recurso Especial n.º 98.616/RS, relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, senão vejamos:

CRÉDITO RURAL. JUROS. AUTORIZAÇÃO DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL.

1. NÃO CAUSA OFENSA AO ART. 128 DO CPC A DECISÃO QUE CONSIDERA, COMO RAZÃO DE DECIDIR, A FALTA DE PROVA DE AUTORIZAÇÃO PARA A ESTIPULAÇÃO DE TAXA DE JUROS ACIMA DO PERMITIDO NA LEGISLAÇÃO CIVIL.

2. A TAXA DE JUROS ESTÁ LIMITADA PELO CÓDIGO CIVIL (ART. 1062) E PELA LEI DE USURA (DEC. 22. 626/1933, ART. 1.), SENDO DE 6% A.A. PARA OS JUROS LEGAIS E DE 12% A.A. PARA OS CONVENCIONAIS.

3. AS INSTITUIÇÕES QUE INTEGRAM O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL PODEM COBRAR JUROS ACIMA DESSES LIMITES, FIXADOS PELO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL (ART. 4., IX DA LEI 4.595/1964; SUM. 596/STF).

4. PARA PRATICAR JUROS ACIMA DOS LIMITES LEGAIS, O CREDOR DEVE DEMONSTRAR NOS AUTOS A EXISTÊNCIA DA AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE FINANCEIRA (CMN), BASTANDO PARA ISSO A INDICAÇÃO DA RESOLUÇÃO QUE A CONTENHA.

5. NO CASO DE CRÉDITO RURAL, OS JUROS DE CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA SÃO OS AUTORIZADOS PELO CMN (ART. 5., “CAPUT”, DO DEL 167/1967), TENDO O CREDOR DEMONSTRADO QUE A CLÁUSULA DE JUROS CONSTANTE DO CONTRATO ESTAVA PERMITIDA PELA

AUTORIDADE FINANCEIRA, INDICANDO OS ATOS PUBLICADOS SOBRE A MATÉRIA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO. (REsp 98.616/RS – Quarta Turma – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJ **03/02/1997**)¹⁵ (grifos nossos).

Se o referido raciocínio jurídico interpretativo continha alguma lógica quando o Código Civil de 1916 ainda se encontrava vigente, na medida em que o dobro da taxa de juros legais estabelecida pelo artigo 1º, do Decreto n.º 22.626/33, era 12%, por força do artigo 1.062, da Lei Substantiva Civil da época, deixou de fazer qualquer sentido a partir da vigência, em 11/01/2003, do Código Civil de 2002.

É que o Código Civil de 1916 foi ab-rogado¹⁶ pelo Código Civil de 2002, por força do seu artigo 2.045, que assim dispõe: “*Revogam-se a Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916 — Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei n.º 556, de 25 de junho de 1850*”.

Dessa forma, os juros legais, anteriormente disciplinados pelo artigo 1.062, do Código Civil de 1916, passaram a ser regulados pelo artigo 406, do Código Civil de 2002, cujo teor é o seguinte:

Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Como o referido cânone legal não estipulou de forma específica e clara qual seria a taxa de juros legal, ao contrário do que fez o antigo artigo 1.062 do antigo Código Civil, as Turmas do Superior Tribunal de Justiça inicialmente divergiram de entendimento sobre a matéria. A Seção de Direito Público, integrada pela Primeira e Segunda Turmas, concluiu que a taxa de juros legal do art. 406, do Código Civil de 2002, seria a SELIC. Por outro lado, a Seção de Direito Privado, composta pela Terceira e Quarta Turmas, fixou que tal taxa seria de 12% ao ano.

A fim de definir e uniformizar a jurisprudência do Tribunal Superior, a sua Corte Especial, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 727.842/SP, relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki – Dje 20/11/2008 –, concluiu que os juros legais seriam a SELIC, em acórdão assim ementado:

CIVIL. JUROS MORATÓRIOS. TAXA LEGAL. CÓDIGO CIVIL, ART. 406. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC.

1. Segundo dispõe o art. 406 do Código Civil, “Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”.

2. Assim, atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 8.981/95, 39, § 4º, da Lei 9.250/95, 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/02).

3. Embargos de divergência a que se dá provimento. (grifos nossos).

Ora, se os juros legais hoje são disciplinados pelo art. 406, do Código Civil de 2002, se se fixou o entendimento segundo o qual esses juros são a SELIC, e, ainda, se não houve qualquer modificação nas legislações específicas dos títulos de crédito rural (DL 167/67), nem mesmo no Decreto de Usura (Decreto 22.626/33), não há como manter inalterada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de que, nessas modalidades de crédito, os juros remuneratórios continuariam limitados a 12% ao ano.

Isso porque o dobro da taxa legal (SELIC)¹⁷ já chegou a 18% ao ano, muito superior aos 12% ao ano limitados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Começam a surgir julgados que adotam o raciocínio jurídico segundo o qual, para se chegar ao novo patamar de juros remuneratórios em cédula de crédito rural, devem-se conjugar os artigos 1º, do Decreto n.º 22.626/33, com o 406, do Código Civil de 2002, não havendo mais que se pensar em 12% ao ano. Essa discussão, certamente, mais cedo ou mais tarde, será elevada à apreciação do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, destacamos o seguinte julgado da Corte Paulista, que partiu do pressuposto de que os juros previstos no artigo 406, do Código Civil de 2002¹⁸, eram de 1% ao mês:

Embargos à ação de execução de título extrajudicial – Cédula rural hipotecária – Juros remuneratórios limitados a 24% a.a., ou 2% a.m., e juros moratórios a 1% a.a. – Aplicação do art. 5º, “caput”, e §1º, do Decreto-Lei n.º 167/67, e, do art. 1º, do Decreto n.º 22.626/33 – Legalidade da cobrança de comissão de permanência, para o período de inadimplência, desde que não cumulada com juros remuneratórios, nem com correção

monetária – Embargos julgados procedentes, em parte – Recurso da cooperativa-exequente-embargada provido, em parte – Recurso dos executados-embargantes não providos.

(Apelação com Revisão n.º 7.064.332-8 – 13ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP – relatora Des. Zélia Maria Antunes Alves – Data do Julgamento: 10/09/2008) (grifos nossos).

Ressaltamos, no entanto, que, não obstante a significativa modificação da taxa legal de juros, o Superior Tribunal de Justiça continua decidindo da mesma forma que fazia na vigência do Código Civil/1916, ou seja, aplicando o limite imposto pelo Decreto n.º 22.626/33, como se tal limite ainda fosse de 12% ao ano, senão vejamos:

AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO EM 12% AO ANO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. OMISSÃO NO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SEDE IMPRÓPRIA PARA A ALEGAÇÃO.

1.- Conquanto na regência da Lei n.º 4.595/64 não estejam os juros bancários limitados a 12% ao ano, as notas de crédito rural, comercial e industrial acham-se submetidas a regramento próprio (Lei n.º 6.840/80 e Decreto-Lei 413/69) que conferem ao Conselho Monetário Nacional o dever de fixar os juros a serem praticados. Diante da omissão desse órgão governamental, incide a limitação de 12% ao ano, prevista no Decreto n.º 22.626/33 (Lei da Usura).

(...)

6.- Agravos Regimentais improvidos. (AgRg nos EDcl no Ag 1.106.028/MT – Terceira Turma – Rel. Min. Sidnei Beneti – Dje 09/12/2011) (grifos nossos). AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO. POSSIBILIDADE. NÃO PROVIMENTO.

1. “As notas de crédito rural, comercial e industrial acham-se submetidas a regramento próprio (Lei n.º 6.840/80 e Decreto-Lei 413/69) que conferem ao Conselho Monetário Nacional o dever de fixar os juros a serem praticados. Diante da omissão desse órgão governamental, incide a limitação de 12% ao ano, prevista no Decreto n.º 22.626/33 (Lei da Usura).” (AgRg no REsp 1159158/MT, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA

TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 22/06/2011)

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1.319.837/SC – Quarta Turma – Rel. Maria Isabel Gallotti – Dje 24/11/2011)

Dessa forma, ainda que se entenda que, enquanto perdurar a omissão do Conselho Monetário Nacional, os juros remuneratórios continuam limitados nos termos do artigo 1º, do Decreto n.º 22.626/33, em cédula de crédito rural, esse teto não é mais fixo em 12% ao ano. Eis que, na forma disciplinada pelo artigo 406, do Código Civil de 2002, os juros legais equivalem à SELIC.

5. Conclusão

Como podemos depreender dos escritos acima, a questão dos juros remuneratórios incidentes nas operações realizadas na esfera do Sistema Financeiro Nacional foi e continua sendo objeto de muita discussão.

O ordenamento jurídico ora impõe limitações para a contração dos juros remuneratórios, ora deixa tal ponto ao alvedrio das partes.

Exercendo o seu papel de intérprete derradeiro e aplicador das normas, o Poder Judiciário tirou as suas próprias conclusões a respeito da limitação ou não dos juros remuneratórios em operações realizadas dentro do Sistema Financeiro, consolidando jurisprudência ao longo do tempo sobre a matéria.

Em relação aos juros remuneratórios para os contratos bancários em geral, fixou-se o entendimento de que não haveria limitação legal, pois a Lei da Usura não tem aplicabilidade para as operações realizadas por instituições financeiras, conforme dispõe o enunciado 596 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Todavia, os juros não podem destoar da média praticada pelo mercado para as operações da espécie.

Para concluir dessa forma, os Tribunais entenderam que o artigo 4º, inciso IX, da Lei n.º 4.595/64, outorgou ao Conselho Monetário Nacional a incumbência de limitar os juros. Diante da omissão do referido Órgão, não há qualquer teto fixado no ordenamento jurídico.

Porém, com relação à cédula de crédito rural, os Tribunais não mantiveram a mesma linha de raciocínio desenvolvida para os contratos em geral. Concluíram que, dispondo o artigo 5º, do Decreto-lei n.º 167/67, que os juros em cédula rural seriam fixados pelo Conselho Monetário Nacional, na ausência de deliberação deste Órgão, os juros estariam limitados pelo ressuscitado artigo 1º, da Lei da Usura.

Assim, como o mencionado dispositivo fixava os juros máximos no dobro dos juros legais, fazendo expressa menção ao hoje revogado artigo 1.062, do Códici-

go Civil de 1916, que por sua vez dispunha que a taxa legal era de 6% ao ano, o limite para a contratação de tais encargos ficou sendo de 12% ao ano.

Entretanto, demonstramos no presente trabalho que os juros remuneratórios em cédula rural não deveriam estar limitados, pois tal entendimento, além de afrontar a Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal, foi embasado em interpretação jurídico-normativa, a nosso ver, equivocada.

Por outro lado, mesmo que se pudesse concluir pela limitação dos juros em cédula rural, o limite não seria mais o fixo de 12% ao ano, mas sim o dobro da taxa SELIC, haja vista que os juros legais atualmente são disciplinados pelo artigo 406, do Código Civil de 2002, estando revogado o artigo 1.062, do Código Civil de 1916.

Pelo exposto, acreditamos que a discussão está longe de ser definitivamente sepultada, podendo ser alçada, a qualquer momento, a nova análise dos Tribunais Superiores.

Notas

¹ Significados da palavra usura extraídos do dicionário Michaelis <<http://michaelis.uol.com.br>>: **1.** Especulação ilícita que consiste em cobrar juros, comissões ou descontos sobre empréstimos de dinheiro, por taxas acima das estabelecidas pela lei. **2.** Cobrança de juros excessivos. **3.** Lucro exagerado. **4.** *Pagar com usura:* a) pagar muito além do que recebeu; pagar em excesso.”

² **Art. 5º, CF/1946:** *Compete à União:*

(...)

XV – legislar sobre:

(...)

m) sistema monetário e de medidas; título e garantia dos metais;

Art. 149, CF/1946: *A lei disporá sobre o regime dos bancos de depósito, das empresas de seguro, de capitalização e de fins análogos.*

Art. 154, CF/1946: *A usura, em todas as suas modalidades, será punida na forma da lei.*

³ Publicado no DJ em 03/01/1977, 04/01/1977 e 05/01/1977.

⁴ O parágrafo 3º do artigo 192, da CF/1988, foi suprimido pela Emenda Constitucional n.º 40/2003.

⁵ *In Comentários à Constituição Brasileira* de 1988. Volume 2. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 213.

⁶ *In Curso de Direito Constitucional*. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 488-489.

⁷ AgRg no REsp 975.493/RS – 4ª Turma – Rel. Min. Maria Isabel Gallotti – Dje 28/02/2012.

⁸ **Art. 170, CF/1988:** *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

(...)

IV – livre concorrência.

⁹ **Art. 1º, DL 167/67:** *O financiamento rural concedido pelos órgãos integrantes do sistema nacional de crédito rural e pessoa física ou jurídica poderá efetivar-se por meio das células de crédito rural previstas neste Decreto-lei.*

¹⁰ No voto, o Ministro relator consigna que foram pactuadas as seguintes taxas de juros na cédula de crédito rural analisada: a) sobre o valor de CR\$1.000.000,00 liberado nesta data, incidirão juros de 60% a.a, encargos estes que serão capitalizados mensalmente, e calculados sobre os saldos devedores diários, exigidos juntamente com as prestações na mesma proporção dos seus valores nominais; b) os encargos acima serão reajustados a partir da data da contabilização de 60 em 60 dias à taxa de mercado da ocasião, bem como calculados e exigidos na forma do item anterior.

¹¹ **AgRg nos EDcl no Ag 1.106.028/MT** (3ª Turma – Dje 09/12/2011); **AgRg no REsp 989.318/MG** (4ª Turma – Dje 21/03/2011); **AgRg no REsp 1.106.642/MG** (3ª Turma – Dje 05/04/2011); **AgRg no REsp 799.281/DF** (Dje 19/10/2010).

¹² NEVES, Rubia Carneiro. *Cédula de Crédito – Doutrina e Jurisprudência*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, p. 97.

¹³ Acórdão referido no voto proferido pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar no Recurso Especial n.º 98.616/RS (4ª Turma – DJ 03/02/1997).

¹⁴ Reconhecendo que a cédula de crédito rural é um título de crédito, colacionamos os seguintes precedentes do STJ: **REsp 220.179/MG** (DJe 14/04/2010); **AgRg no REsp 841.487/PB** (DJ 10/12/2007); **AgRg no Ag 355.504/SP** (DJ 05/02/2007); **AgRg no Ag 606.743/RS** (DJ 22/08/2005).

¹⁵ No mesmo sentido: **AgRg no REsp 841.487/PB** – 4ª Turma – Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior – DJ 10/12/2007; **AgRg no Ag 884.703/MG** – 4ª Turma – Rel. Min. João Otávio de Noronha – DJ 11/02/2008; **AgRg no Ag 1.118.790/MG** – 3ª Turma – Rel. Min. Sidnei Beneti – Dje 13/05/2009; **AgRg no REsp 989.318/MG** – 4ª Turma – Rel. Min. Raul Araújo – Dje 21/03/2011; **AgRg no REsp 1.106.642/MG** – 3ª Turma – Rel. Min. Massami Uyeda – Dje 05/04/2011.

¹⁶ Segundo o professor Tárez Moysés Moussallen, “fala-se em ‘ab-rogação’ quando ocorre a revogação total de uma lei, e chama-se ‘derrogação’ a revogação parcial de determinada lei, isto é, a alteração parcial do conteúdo da norma.” (*in Revogação em Matéria Tributária*. 2. edição. São Paulo: Editora Noeses, 2001, p. 225).

¹⁷ A taxa SELIC foi fixada em 9% ao ano na reunião do COPOM abril/2012, Disponível em: <<http://www.dgabc.com.br/News/5953080/banco-central-corta-taxa-selic-para-9.aspx>>. Acesso em: 22/04/2012.

¹⁸ Como já tivemos oportunidade de afirmar, inicialmente, a Segunda Seção do STJ entendeu que os juros previstos pelo art. 406, do CC/2002, eram de 12% ao ano. Tal entendimento restou vencido na Corte Especial por ocasião do julgamento do EREsp 727.842/SP.

Referências bibliográficas

BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil Brasileiro. Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 jan. 1916. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15/04/2012.

- _____. Código Civil Brasileiro. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15/04/2012.
- _____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 set. 1946. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15/04/2012.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 out. 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15/04/2012.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1969. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 out. 1969. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15/04/2012.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15/04/2012.
- _____. Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 jan. 1965. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15/04/2012.
- _____. Nota Jurídica DIJUR-COPUR/ADREA N.º 14.618, de 26.11.2008.
- PINHO, Fernando Alves de. Manifestação jurídica interna do Banco do Brasil.
- _____. Presidência da República. Decreto n.º 22.626, de 07 de abril de 1933. Coleção de Leis do Brasil de 1933. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15/04/2012.
- _____. Decreto-lei n.º 167, de 14 de fevereiro de 1967. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 fev. 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15/04/2012.
- _____. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07/04/2012.
- _____. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 07/04/2012.
- _____. Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 08/04/2012.
- _____. Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 08/04/2012.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

Dicionário Online Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br>>. Acesso em: 21/04/2012.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira – *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Volume 2. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

MOUSSALLEN, Tárek Moysés. *Revogação em Matéria Tributária*. 2ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2001.

NEVES, Rubia Carneiro. *Cédula de Crédito – Doutrina e Jurisprudência*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002. Disponível em: <<http://www.dgabc.com.br/News/5953080/banco-central-corta-taxa-selic-para-9.aspx>> Acesso em: 22/04/2012.

Resumo

Atualmente, para as operações, em geral, realizadas no âmbito do sistema financeiro nacional, não há maiores problemas com relação aos juros remuneratórios, pois o entendimento sedimentado, calcado no ordenamento jurídico vigente, é o de que, na ausência de regulamentação específica por parte do Conselho Monetário Nacional, tais encargos podem ser livremente pactuados, desde que não haja distorção em relação à média praticada pelo mercado. No tocante às operações materializadas por meio de cédula de crédito rural, o trabalho demonstra que, muito embora o entendimento que predomina é o de que os juros remuneratórios estão limitados em 12% ao ano, sendo objetivo do presente artigo demonstrar que essa limitação não encontra embasamento jurídico sólido. Além disso, o artigo procura demonstrar que, ainda que se pudesse estabelecer limitação dos juros remuneratórios praticados em cédula de crédito rural, o teto não seria de 12% ao ano.

Palavras-chave: Cédula – Crédito Rural – Juros – Remuneratórios.

Abstract

Currently, for transactions in general carried out under the national financial system there are no major problems with respect to pay interest for the understanding settled, based on existing law, is that in the absence of specific regulations by the National Monetary Council, such fees may be freely agreed upon, provided there is no distortion in relation to average practiced by the market. Regarding operations materialized through the ballot rural credit, the work demonstrates that, although the understanding that prevails is that the compensatory interest are limited to 12%

per year, being objective of this study to demonstrate that this limitation does not find solid legal foundation. In addition, the paper demonstrates that, even if they could establish a limitation of compensatory interest charged by ballot of rural credit, the ceiling would be 12% per year.

Keywords: Ballot – Credit – Rural – Interest – Remuneration.

Ranulfo José Prado
Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra – Portugal. Professor de Processo nos Tribunais Superiores e Teoria Geral de Direito Privado I.

Uniformizar a jurisprudência ou legislar? A Súmula Vinculante e o papel do Supremo Tribunal Federal: análise da Súmula Vinculante nº 11

Introdução. 1 – Uniformização jurisprudencial no Brasil. 1.1 – A jurisprudência sumulada brasileira. 1.1.1 Histórico. 1.1.2 A independência dos juízes. 1.1.3 Súmula de jurisprudência. 2 – Súmula vinculante. 2.1 – Tratamento constitucional. 2.1.1 A Emenda Constitucional nº 45/2004. 2.1.2 A Lei da Súmula Vinculante (Lei nº 11.417/06). 2.2 A súmula vinculante como ato normativo constitucional. 2.2.1 A eficácia da súmula vinculante. 2.2.2 Requisitos para edição de súmula vinculante. 2.3 – Súmula Vinculante nº 11. 2.3.1 Contexto de sua edição. 2.3.2 Assentamentos existentes sobre a utilização de uso de alge-mas. Considerações finais.

Introdução

O presente artigo pretende apresentar uma breve análise crítica sobre o papel do Supremo Tribunal Federal no exercício de uma fração da função jurisdicional representada pela Uniformização da Jurisprudência Constitucional Brasileira, mormente após a criação do instituto da Súmula Vinculante, que representou o resultado do alargamento do papel do Poder Judiciário, tendo sido introduzida no ordenamento Jurídico pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

A criação da Súmula Vinculante justifica-se em face da necessidade da promoção de ações no sentido de concretizar o princípio da celeridade processual no Estado Brasileiro e, à medida que se tratasse de controvérsia entre os poderes estatais, teria como objetivo, oferecer a adequada segurança jurídica aos seus jurisdicionados, além de visar a eliminação das divergências entre órgãos do Poder Judiciário, ou entre este e a Administração Pública, evitando-se, assim, a multiplicação de processos de questão idêntica.

Todavia, a Súmula Vinculante é dotada de poder normativo. Por tal razão, o legislador estabeleceu condições objetivas para sua edição, delimitando a compe-

tência do Supremo Tribunal Federal, bem como o alcance do instituto, de forma a preservar as funções próprias dos Poderes da República e a consequente manutenção de sua harmonia.

Desde a regulamentação do Art. 103 – A da Constituição Federal, a qual se deu por meio da Lei nº 11.417/06, o STF já editou 32 (trinta e duas) súmulas vinculantes. Das súmulas editadas, uma das que gerou mais polêmica, inclusive com pedido de seu cancelamento¹, foi a Súmula Vinculante nº 11, que restringiu o uso de algemas a casos específicos.

Ressalte-se que o assunto é controverso, tendo sido gerada grande discussão no procedimento do Supremo Tribunal Federal quanto à observância do estabelecido tanto na Constituição Federal de 1988, como na lei regulamentadora da súmula vinculante.

A questão que surge, portanto, e que aqui se pretende apresentar é: o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição Federal cumpriu os requisitos estabelecidos pelo legislador para promover a edição da Súmula Vinculante nº. 11?

1. Uniformização Jurisprudencial no Brasil

1.1 A Jurisprudência Sumulada Brasileira

1.1.1 Histórico

Durante grande parte da história, o direito brasileiro confundiu-se com o direito português, pois, por muito tempo, o Brasil foi colônia de Portugal. Tanto é assim que, mesmo após a sua independência permaneceram vigentes no Brasil normas oriundas do Império, fato que explica, por exemplo, a edição da codificação civil brasileira, apenas no século XX, tendo sido aplicadas, até então, as ordenações do Império Português.

No segundo período de colonização, à medida que foi se expandindo, o Brasil veio a conhecer, com a nomeação dos governadores-gerais, a primeira organização judiciária sob a égide das leis do Reino de Portugal.

Nesse contexto, foram instalados dois órgãos de segunda instância, quais sejam os Tribunais de Relação do Rio de Janeiro e da Bahia, que, por meio da chamada Lei da Boa Razão, sujeitou-os aos assentos da Casa de Suplicação de Lisboa, tornando-se esta, pois, a Corte Suprema para Portugal e para as Colônias.

Cumpre destacar que os assentos foram instrumentos que surgiram em uma época definida como caótica pelos historiadores, em face da difícil harmonização

na Metrópole, entre o direito romano e o desenvolvimento de leis e costumes portugueses.

Conforme destaca Mônica Sifuentes², em sua obra:

Os assentos consistiam nas decisões da Casa de Suplicação de Lisboa, que se consubstanciavam em interpretação autêntica das leis do Reino de Portugal. Tinham, portanto, força de lei. A previsão vinha contida no § 1º, Título LVIII, Livro V, das Ordenações Manuelinas, bem como no § 5º do Título V, Livro I, das Ordenações Filipinas, as quais dispunham igualmente que, havendo dúvida entre os desembargadores daquela Casa sobre as Ordenações, a respeito dela deliberariam, escrevendo a decisão e o entendimento que aí então se tomasse no Livro da Relação.

Vale salientar que, com a chegada da família real portuguesa ao Brasil, o príncipe regente D. João VI, por meio do Alvará Régio, de 10 de maio de 1808, instituiu a Casa de Suplicação do Brasil, a qual foi considerada como Superior Tribunal de Justiça. Nesse ato, veio a ser restabelecida a prática de assentos, pois, com a Lei da Boa Razão, somente teriam valor os assentos emitidos das Relações caso fossem confirmadas pela Casa de Suplicação de Lisboa.

Com a proclamação da independência, foram mantidas as Ordenações Filipinas vigentes na ex-metrópole, o que acarretou em grande conflito na normatização do direito brasileiro.

No entanto, com a outorga da Constituição do Império, em 1824, buscou-se definir a uniformização da jurisprudência como questão central, muito embora tenha sido atribuída ao Poder Legislativo a competência de fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, bem como velar pela guarda da Constituição³.

Acrescenta-se que, na época, não havia clara distinção dos poderes políticos, sendo que prevalecia o chamado poder moderador, exercido diretamente pelo Imperador, por meio do Conselho de Estado.

Apesar de haver sido colocada a uniformização da jurisprudência como ponto central, o que se viu foi um Poder Judiciário alijado do processo, pois sequer a incumbência de interpretar as leis lhe fora atribuída, muito menos a de uniformizá-las, fato que pode ser retratado no Art. 19 da Lei nº. 18, de 18 de setembro de 1828, que criou o Supremo Tribunal de Justiça, conforme anotou o professor Pedro Lenza⁴:

Art. 19. O Tribunal Supremo de Justiça enviará todos os anos ao Governo uma relação das causas, que foram revistas, indicando os pontos sobre que

a experiência tiver mostrado vício, ineficiência da legislação, as suas lacunas e incoerências, para o Governo propor ao Corpo Legislativo, a fim de se tomar a resolução que for conveniente.

Durante toda vigência da Constituição do Império, existia uma lacuna no direito brasileiro no tocante à inexistência de um tribunal competente que unificasse a jurisprudência, pois, mesmo com a previsão constitucional para que o legislativo a fizesse, este nunca a exerceu, sendo absorvida pelo Executivo, por meio do Conselho de Estado.

Em 10 de março de 1876, o Decreto nº 6.142 conferiu força de lei aos assentos da Casa da Suplicação e permitiu ao Supremo Tribunal de Justiça interpretar as leis quando houvesse dúvida nos julgados dos tribunais e juízes, até que fossem derogados pelo Poder Legislativo.

Com a vigência da Constituição da República, os assentos não foram recepcionados, persistindo a necessidade de uniformização da jurisprudência entre os tribunais locais e federais. Essa lacuna foi sanada apenas no ano de 1926 quando, por meio de Emenda Constitucional, foi atribuída função uniformizadora ao Supremo Tribunal Federal.

Dentre os vários instrumentos criados no decorrer desse período, podem ser citados o recurso de revista, o prejudgado e o recurso extraordinário, todos com o intuito de uniformizar decisões. Instituiu-se, posteriormente, a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, idealizada e defendida pelo então Ministro Victor Nunes Leal, que, na obra do constitucionalista Pedro Lenza⁵, fez constar as declarações do magistrado sobre o tema:

... razões pragmáticas, inspiradas no princípio da igualdade, aconselham que a jurisprudência tenha relativa estabilidade. Os pleitos iguais, dentro de um contexto social e histórico, não devem ter soluções diferentes. A opinião leiga não compreende a contrariedade dos julgados, nem o comércio jurídico a tolera, pelo natural anseio de segurança.

Como as referidas súmulas careciam de força vinculante, possuindo caráter meramente persuasivo, rejeitou-se a volta dos assentos, adotando-se a súmula para uniformização de jurisprudência, com as mesmas características da primeira, conforme se depreende do Art. 476 e seguintes do Código de Processo Civil.

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, instituiu-se a Súmula Vinculante, cuja competência para sua edição é restrita ao Supremo Tribunal Federal que, como

veremos, é o mais novo e importante instrumento de uniformização da jurisprudência brasileira.

1.1.2 A independência dos juízes

Entre as principais críticas feitas ao instituto da Súmula Vinculante, está a possibilidade de tal instrumento tolher a livre convicção dos magistrados no julgamento de um caso concreto.

Não se almejando exaurir prematuramente esta discussão, necessária se faz uma abordagem sobre os parâmetros a que estão sujeitos os juízes no exercício de sua atividade jurisdicional.

É notória a dinâmica dos acontecimentos nos dias atuais, conduzindo a uma multiplicidade de relações jurídicas e sociais, sendo um dos seus reflexos a incapacidade do legislador retratar normativamente as demandas sociais com a mesma rapidez que ocorrem. Mesmo diante deste cenário, o juiz não se pode escusar em dar resposta a essas demandas, conforme o princípio da inafastabilidade da jurisdição⁶.

Assim, na ausência de lei a regular determinada situação jurídica, caberá ao magistrado valer-se dos mecanismos de integração do ordenamento jurídico, que são a analogia, os costumes, os princípios gerais do direito e a equidade.

Com a criação da súmula vinculante, ainda podemos definir o papel do magistrado dessa maneira?

Tal qual como se apresenta, encontramos uma situação totalmente diversa da época do positivismo legalista, cuja ideia fundamental era de que não havia direito à margem da lei, e que a solução para os problemas estaria estritamente prevista nela. O papel do juiz era como mero coadjuvante, ou, conforme a imagem tida por Montesquieu⁷, como “boca da lei”, cabendo-lhe fazer apenas a subsunção do caso concreto aos ditames expressos na legislação existente.

No ordenamento vigente, o Poder Judiciário detém autonomia e independência, juntamente com os demais poderes constituídos, de grande importância no Estado de Direito, possuindo suas missões constitucionais muito bem delineadas.

No Brasil, em particular, conforme palavras de Clemerson Merlin Clève, citado por Alexandre de Moraes⁸, o Judiciário e seus agentes políticos detêm papel fundamental na estrutura brasileira, por isso a sua independência: *“talvez não exista Judiciário no mundo que, na dimensão unicamente normativa, possua grau de independência superior àquela constitucionalmente assegurada à Justiça Brasileira”*.

A independência da magistratura, consubstanciada no Art. 95 da Constituição Federal é exercida em prol do interesse da sociedade com fulcro no princípio da soberania do povo, cabendo aos juízes proferirem suas decisões conforme a lei, os mecanismos de integração do direito e sua consciência.

Diante do exposto, caberia o seguinte questionamento: a criação de qualquer dispositivo que vincule o livre convencimento e a decisão de um magistrado ensejaria o cerceamento da independência constitucional que lhe foi conferida?

Cumpra destacar, antes de se falar em jurisprudência vinculante como instrumento de limitação da liberdade do magistrado, que deve ser observado o princípio da motivação ou da fundamentação das decisões judiciais, esculpido no Art. 93, IX⁹ da CF, que obriga o julgador a fundamentar sua decisão, sob pena de ser considerada nula de pleno direito.

Muito além de conferir às partes da relação jurídico-processual condições de compreender a decisão, a fundamentação de seu convencimento serve como instrumento da fidelidade do juiz ao direito, aos dispositivos normativos e aos mecanismos de integração, afastando, assim, qualquer exercício arbitrário indevido.

Da mesma forma, a existência dos recursos judiciais possibilita à parte sucumbente a revisão e reforma da decisão, decorrente do princípio do duplo grau de jurisdição, implícito no Art. 5º, inciso LV¹⁰, da Constituição Federal, importando no controle das decisões do judiciário, conforme nos ensina Antônio Carlos de Araújo Cintra¹¹:

Mas o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau é de natureza política: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles. O Poder Judiciário, principalmente onde seus membros não são sufragados pelo povo, é, dentre todos, o de menor representatividade. Não o legitimaram as urnas, sendo o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional ainda incipiente em muitos ordenamentos, como o nosso. É preciso, portanto, que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciárias. Eis a conotação política do princípio do duplo grau de jurisdição.

Assim, verifica-se que a independência do magistrado, resultante do poder soberano do povo, não se encontra delimitado apenas e unicamente com o que estabelece a lei formal, mas, sobretudo, em face de um arcabouço jurídico, de várias fontes, da qual faz parte a jurisprudência.

A independência conferida pelo Estado de Direito visa a propiciar o exercício pleno e imparcial das atividades dos juízes, mas o próprio Estado cria instrumentos para que as prerrogativas conferidas, que devem visar ao interesse público, não possam sofrer desvios de finalidade, dado o caráter falível do ser humano.

1.1.3 Súmula de Jurisprudência

Podemos conceituar súmula como um verbete que registra a interpretação pacífica ou majoritária adotada por um Tribunal a respeito de um tema específico, com a dupla finalidade de tornar pública a jurisprudência para a sociedade bem como de promover a uniformidade entre as decisões. Foi instituída para nortear as decisões dos tribunais inferiores e de juízos singulares. Criada desde 1963¹², sua efetividade só ocorreu com o atual Código de Processo Civil, datado de 1973.

Antes de sua abordagem propriamente dita, necessário se faz discorrer sobre uma importante fonte prática e criadora do direito, adotada desde suas origens nos países de tradição costumeira do direito – *common law*: a jurisprudência.

Diante da complexidade do cenário social, o magistrado é chamado para dirimir conflitos entre indivíduos, valendo-se das normas jurídicas vigentes, dos mecanismos de integração do ordenamento jurídico e do caso concreto para formalizar o seu convencimento e assim aplicar o direito.

Em muitos casos o juiz se depara com leis que, por vezes, já não retratam o momento social e histórico de sua concepção, aliado ao fato de ter que ajustar normas à lide a ser solucionada.

No exercício da jurisdição, ou seja, na busca de solucionar conflitos de interesses não dirimidos no plano extrajudicial¹³, o juiz não se submete passivamente ao texto legal, mas exerce uma atividade criadora. Por isso encontramos várias decisões diferentes para o mesmo caso.

Nas palavras de Miguel Carbonell¹⁴, as práticas jurisprudenciais atuam:

En parte como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo substantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales há ido cambiando también de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efec-

tos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos, el principio *pro personae*, etcétera. Además, los jueces se la tienen que ver con la dificultad de trabajar con ‘valores’ que están constitucionalizados y que requieren una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos. Y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el juez constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente, lo que em realidad es una decisión más o menos libre del propio juzgador. A partir de tales necesidades se generan y recrean una serie de equilibrios nada fáciles de mantener.

Dessa forma, à medida que as decisões são proferidas surgem precedentes que demonstram, no decorrer dos julgados, tendências na interpretação de determinado caso concreto.

Essas fontes de informações, das quais podem se valer os juízes no exercício da função específica dos tribunais, é o que se define como jurisprudência, ou pelas palavras do ilustre professor Miguel Reale¹⁵: “... a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”.

Desde a vigência do atual Código de Processo Civil, o incidente de uniformização de jurisprudência poderá se dar por provocação interna ou a requerimento da parte, quando ocorrer divergência da interpretação de uma questão de direito, por ocasião de um julgamento ou na fase de recurso¹⁶.

Objetivando dar um balizamento na “produção das normas”, uniformizando-as, bem como para servir de instrumento de agilização dos processos, o Código de Processo Civil¹⁷ trouxe ainda a possibilidade de edição de súmula quando o julgamento for tomado por voto da maioria absoluta dos membros do tribunal.

Outro instrumento criado para conferir celeridade processual decorre do dispositivo que permite ao relator negar seguimento ao recurso quando este estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal¹⁸.

Importante destacar nesse processo que, a partir da segunda década do século XX, sempre se buscou criar mecanismos condutores à unidade do direito, aliado a métodos agilizadores do processo jurisdicional. O que faltava era a obrigatoriedade de sua aplicação nas instâncias inferiores do Poder Judiciário e, em particular, da Administração Pública, que sempre foi a parte mais demandada.

2. Súmula Vinculante

2.1 Tratamento constitucional

2.1.1 A Emenda Constitucional nº 45

Aliada a uma série de denúncias ocorridas na década de 90 e diante de um descontentamento crescente da sociedade brasileira no que tange à demora da prestação jurisdicional, o Poder Constituinte Derivado resgatou um projeto de emenda constitucional proposto pelo Deputado Federal Hélio Bicudo¹⁹, reacendendo o debate de revitalização do Poder Judiciário.

Quanto à demora na solução das lides, além da questão estrutural relativa à deficiência no número de magistrados e de funcionários nos tribunais, frente à quantidade de processos em tramitação, verificava-se que grande parte das demandas se referia a casos idênticos, ou seja, sobre questões já decididas em outros processos.

O quadro se tornou insustentável a medida que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle concreto (efeito *inter partes*) não detinham força vinculante no âmbito dos demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública.

Dessa forma, quando da declaração de inconstitucionalidade de uma lei no caso concreto, os juízes de primeiro grau, os tribunais e a Administração Pública poderiam continuar aplicando a mesma lei, divergindo do entendimento da Suprema Corte.

Com o objetivo de conferir maior agilidade na prestação jurisdicional, após 12 anos de intensos debates, foi editada, em 8 de dezembro de 2004, a Emenda Constitucional nº 45, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro, entre outros dispositivos, a súmula vinculante, descrita abaixo:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos

judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.²⁰

Da interpretação de tal dispositivo, percebe-se que a intenção do legislador foi justamente a de minimizar ou mesmo pôr fim à multiplicidade de demandas, principalmente aquelas em que a Administração Pública figura como parte, uniformizando a jurisprudência e atribuindo caráter vinculativo à súmula por meio da observância de determinados requisitos, a serem analisados posteriormente, como forma de solucionar o acúmulo de processos.

Conforme a parte final do caput do Art. 103-A da Constituição Federal, o poder constituinte deixou ao legislador ordinário a regulação do instituto, fato que veio a ocorrer com a publicação da Lei nº. 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

2.1.2 A Lei da Súmula Vinculante (Lei nº 11.417/06)

Em 19 de dezembro de 2006, foi editada a Lei nº. 11.417, legislação integradora da norma constitucional, que visa, nos onze artigos que a compõe, a disciplinar o rito de edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante.

A necessidade do estabelecimento dessas diretrizes se justifica em face da sua extensão e incidência, pois ao transportar questões dos casos concretos há a necessidade de abstrai-los, de maneira que o enunciado seja devidamente abrangente para que se tenha eficácia *erga omnes*.

Visando a essa abrangência, além da previsão original trazida pela EC nº 45, a lei ampliou o rol de legitimados²¹ para a propositura de súmula vinculante, além da exigência do pronunciamento do Procurador-Geral da República nas propostas em que não tenha formulado, tudo para contribuir na construção de uma fundamentação sólida do STF e não traduzir-se em mero reflexo do pensamento isolado daquela Corte Constitucional.

Nesse sentido, vale transcrever as palavras do professor André Ramos Tavares²²:

Em outras palavras, a edição, o cancelamento ou a revisão da súmula vinculante não podem ser um “ato singular”, aparentemente automático e, para essa conclusão caminha a existência, na Lei, da participação prévia necessária ao PGR.

A regulamentação dá, portanto, um caráter objetivo ao procedimento, prevendo mecanismos que, uma vez observados, evitem qualquer ofensa à separação dos poderes.

2.2 A súmula vinculante como ato normativo jurisdicional

2.2.1 A eficácia da súmula vinculante

Até a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 e sua consequente regulamentação, as decisões reiteradas do STF que motivavam o enunciado de súmulas detinham caráter meramente persuasivo. Os outros Tribunais poderiam seguir o disposto nos enunciados, ou decidir em outro sentido, quando divergissem do entendimento exposto.

A vinculação à decisão do Supremo ocorria apenas no caso concreto, gerando efeitos entre as partes da relação processual, sendo que, mesmo com reiterados pronunciamentos, por exemplo, acerca da inconstitucionalidade de uma lei, os demais órgãos do Judiciário e a Administração Pública poderiam continuar aplicando a mesma norma, caso entendessem diversamente.

Tal quadro acarretava inevitavelmente uma multiplicação de processos de mesmo objeto, questões já superadas por meio de decisões da Corte, mas que por se tratarem, na maioria das vezes, de lides em que o Estado figurava no pólo passivo, devido a questões previdenciárias, econômicas e administrativas, exigia do Supremo Tribunal Federal novo pronunciamento em cada caso concreto.

Por ocasião dos debates promovidos sobre a Reforma do Judiciário, importante trazer à baila apontamentos do relatório da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal tratando sobre a Súmula Vinculante, destacado pelo professor Pedro Lenza²³:

Parece-nos evidente que a súmula vinculante tende a promover os princípios da igualdade e da segurança jurídica, pois padronizará a interpretação

das normas, evitando-se as situações propiciadas pelo sistema vigente em que pessoas em situações fáticas e jurídicas absolutamente idênticas se submetem a decisões judiciais diametralmente opostas, o que prejudica em maior medida aqueles que não têm recursos financeiros para arcar com as despesas processuais de fazer o processo chegar ao Supremo Tribunal Federal, onde a tese que lhe beneficiaria fatalmente seria acolhida.

Dessa forma, o instituto tem como objetivo pacificar divergências de questões examinadas e interpretadas em outras instâncias do Judiciário, bem como no âmbito da Administração Pública, e reduzir a quantidade de recursos.

Assim, conforme o Art. 2º da Lei nº. 11.417/06, o STF, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, com a aprovação de no mínimo oito ministros, poderá editar enunciado de súmula que terá efeito vinculante a partir de sua publicação.

Os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, deverão seguir o estabelecido no enunciado, sob pena de anulação do ato por meio da ação de reclamação constitucional, bem como responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

Observe-se que, com intuito de dar efetividade e eficácia à súmula vinculante, o legislador infraconstitucional inovou ao prever responsabilidade pessoal daquele que descumprir o comando estabelecido na súmula²⁴.

Muito embora a súmula vinculante atue sobre uma norma legal existente, ela possui força de lei, produzindo seus efeitos a partir da data de sua publicação, alcançando os processos judiciais e administrativos em curso, bem como detém efeitos, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, de caráter transcendente, conforme destacado pelo professor Tavares²⁵.

Vale destacar, ainda, que foi conferida pela lei a possibilidade de modulação dos efeitos da súmula vinculante, ao ser previsto, no Art. 4º, que, por decisão de dois terços dos membros do STF, poderão ser restringidos os efeitos vinculantes ou decidir que só tenham eficácia a partir de um momento determinado.

2.2.2 Requisitos para edição de súmula vinculante

Tanto ao que estabelece o Art. 103 – A da Constituição Federal, quanto no que se encontra disposto no caput do Art. 2º, e seu parágrafo 1º, da Lei nº 11.417, depreende-se que, para conferir efeito vinculante a uma súmula, deverá ser observada a ocorrência dos seguintes requisitos:

a) Ser resultado de reiteradas decisões convergentes: assim como o legislador previu a possibilidade de atuação de outras instituições na proposição ou manifestação, a exigência de reiteradas decisões, como um dos pressupostos para formulação de súmula vinculante, configura-se em mais um mecanismo de amadurecimento sobre a matéria sujeita a análise, ou seja, a Corte Suprema do país deverá alcançar seguras conclusões sobre determinado assunto constitucional para promover a edição do instituto;

b) Tratar de matéria constitucional: o referido requisito decorre da própria competência originária da Suprema Corte retratado pelo constitucionalista Alexandre de Moraes²⁶ em sua obra, o qual destacou as palavras do Ministro Celso de Mello sobre as atribuições do Pretório Excelso: “*um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional...*”;

c) Referir-se a normas determinadas: a edição de súmula refere-se à atividade de jurisdicional, não detendo caráter legislativo, mas jurisprudencial. Caso o instituto não decorra da análise de normas já existentes, a Corte Suprema estará em flagrante usurpação da função legislativa, afrontando assim a separação de poderes, cláusula pétreia prevista no Art. 60, § 4º, III da Constituição Federal;

d) Existir controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública: a latente preocupação do legislador quanto a esse quesito refere-se a segurança jurídica, no sentido de sanar divergências entre os entes referidos, propiciando uma “estabilidade” ao sistema e oferecendo garantia de uniformidade àquele que busca a tutela estatal;

e) Acarretar multiplicação de processos de questão idêntica: trata-se de uma das principais finalidades da criação da súmula vinculante, no sentido de pacificar entendimento, propiciando tratamento isonômico aos tutelados, agilizando a solução das causas nas esferas inferiores, de acordo com o entendimento sumulado. A não incidência de recursos de questões idênticas reduz a demanda de processos, possibilitando o alcance da celeridade processual também previsto na Constituição Federal.

2.3 Súmula Vinculante nº 11

2.3.1 Contexto de sua edição

No dia 8 de agosto de 2008, durante a relatoria do *Habeas Corpus* nº 91.952-9/SP, que anulou um julgamento do Tribunal do Júri, ao entender que o réu teria sido submetido a constrangimento ilegal, bem como teria ocorrido ofensa ao prin-

cípio da presunção de inocência, vez que permaneceu algemado durante a sessão sem que a juíza-presidente daquele Tribunal apresentasse qualquer justificativa, o Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, ponderou que a utilização de algemas deveria ser medida de caráter excepcional.

Na oportunidade, o Ministro, ao revelar que o assunto não era novo, trouxe no seu parecer a evolução das disposições normativas e decisões do STJ e do STF sobre a matéria. Ato contínuo fez a seguinte consideração:

É hora de o Supremo emitir entendimento sobre a matéria, inibindo uma série de abusos notados na atual quadra, tornando clara, até mesmo, a concreitude da lei reguladora do instituto do abuso de autoridade, considerado o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, para a qual os olhos em geral têm permanecido cerrados. A lei em comento – nº 4.898/65, editada em pleno regime de exceção -, no artigo 4º, enquadra como abuso de autoridade cercar a liberdade individual sem as formalidades legais ou com abuso de poder – alínea “a” – e submeter pessoa sob guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado por lei – alínea “b”²⁷.

Por ocasião do julgamento do *habeas corpus* em epígrafe, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, assim se manifestou:

Mas esse caso – e o Ministro Celso de Mello tem chamado a atenção para essa situação – talvez recomende que nós nos pronunciemos um pouco **para além da situação do júri que já está sendo equacionada inclusive na legislação. (sem grifo no original)**

Durante as discussões constantes no acórdão, incumbiu-se o relator de redigir proposta do enunciado de súmula. No dia 13 de agosto, durante a 20ª sessão ordinária, foi apresentado um enunciado preliminar e submetido ao debate junto aos demais Ministros da Suprema Corte.

Por ocasião dos debates, vale apresentar o seguinte excerto das ponderações do ilustre Procurador-Geral da República, extraído da supracitada ata:

Na sessão anterior, a questão foi enfrentada a luz de uma situação de fato que revelava a utilização de algemas durante uma sessão do Tribunal do Júri. Embora tenha sido essa situação de fato, e o meu pronunciamento tinha como base essa situação de fato, **o pronunciamento da Corte teve cará-**

ter abrangente, proclamando-se a excepcionalidade do uso de algemas em todos os casos²⁹. (sem grifo no original)

Assim, após as discussões acerca do tema³⁰, ocorridas durante a sessão, os Ministros aprovaram o texto da Súmula Vinculante nº. 11, nos seguintes termos:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Diante da repercussão da anulação do julgamento do Tribunal do Júri da cidade de Laranjal Paulista/SP, bem como a proposta da edição de súmula, o Presidente do Supremo Tribunal Federal teceu o seguinte comentário aos setores da imprensa:

O juízo geral é de que está havendo uma **exposição excessiva**, degradante, afrontosa à dignidade da pessoa humana, e **o Tribunal então se sentiu no dever de se pronunciar com a celeridade adequada sobre este tema, no interesse geral**. A súmula vai traduzir o pensamento de que a algema só se usa em caso de possibilidade de fuga ou de eventual agressão, tal como já vem se recomendando na doutrina e, também, em certa legislação³¹. **(sem grifo no original)**

Denota-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento de que o uso de algemas é exceção e, ainda, estabeleceu penas para o caso de sua não observância: responsabilidade civil, disciplinar e penal do agente ou autoridade e nulidade da prisão ou do ato processual.

2.3.2 Assentamentos existentes sobre a utilização de algemas

Um dos requisitos para edição de uma Súmula Vinculante se refere a reiteradas decisões sobre matéria constitucional proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, conforme constante no caput do Art. 103 – A, bem como no Art. 2º da Lei nº. 11.417/06, conforme já explorado.

Ocorre que, após pesquisa realizada, encontramos somente duas decisões, no âmbito do STF, que discorram sobre o uso excepcional de algemas.

A primeira se refere ao *Habeas Corpus* 71.195-2/SP, de 25 de outubro de 1994, cuja relatoria ficou a cargo do Ministro Francisco Rezek, que decidiu pela validade do julgamento que manteve o réu algemado em plenário.

O ato em questão foi justificado em face de ameaças consistentes de agressão pelo réu, em desfavor do Presidente do Tribunal do Júri e do Promotor de Justiça, circunstâncias consideradas justificadas, não se revelando ato de mera arbitrariedade.

Quanto à utilização de algemas, o ilustre relator assim considerou:

Sendo assim, não evidenciada interferência no espírito dos jurados, a arguição deve ser rejeitada, como já decidido no RHC 56.465-SP, rel. Min. Cordeiro Guerra: “Não constitui constrangimento ilegal o uso de algemas por parte do acusado, durante a instrução criminal, se necessário à ordem dos trabalhos e à segurança das testemunhas e como meio de prevenir a fuga do preso.³²

O outro julgado refere-se ao *Habeas Corpus* 89.429-1/RO, ocorrido em 22 de agosto de 2006, que teve como relatora a Ministra Cármen Lúcia, ocasião em que foi concedido ao paciente o salvo conduto para não ser algemado, tampouco exposto às câmeras da imprensa.

Em seu relatório, a Ministra assim discorreu:

Verifica-se, portanto, que o uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades seguintes: a) para impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha ocorrer; b) para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo³³.

Verifica-se, pois, que a Corte Suprema do país, em duas oportunidades anteriores ao julgamento do HC 91.952-9/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, já havia se pronunciado sobre o uso de algemas.

Cumprе ressaltar, no entanto, que os casos trazidos nos precedentes existentes se referiam à nulidade de sessão do Tribunal do Júri, em face de o réu ter permanecido algemado, cuja discussão principal está no fato de que tal ocorrência

poderia influenciar, de alguma maneira, os jurados ao precocemente inferirem pela culpabilidade do réu.

Tanto é assim que, no seu relatório, o Ministro Marco Aurélio assim considerou:

O julgamento no Júri é procedido por pessoas leigas, que tiram as mais variadas ilações do quadro verificado. A permanência do réu algemado indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais alta periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, ficando os jurados sugestionados.³⁴

Nesse contexto, sem embargos de pensamentos divergentes, presume-se que entre os vários dispositivos do Código de Processo Penal alterados pela Lei nº. 11.689, de 9 de junho de 2008, em especial o parágrafo 4^o³⁵ do artigo 474, ocorreu em face desse caráter particular do Tribunal do Júri.

Vale salientar que, por ocasião do julgamento HC 91.952-9/SP, ocorrido em 8 de agosto de 2008, a lei em epígrafe já existia, apta a produzir efeitos após o período de *vacatio legis*, a partir de sua publicação, ocorrida em 9 de junho de 2008.

Dessa forma, diante da iminência da vigência de norma a disciplinar a matéria, regulando o procedimento a ser adotado por ocasião da sessão do Tribunal do Júri e diante do universo dos precedentes existentes, não havia qualquer controvérsia passível de causar insegurança jurídica que pudesse ocasionar relevante multiplicação de processos quanto à questão suscitada.

De outro lado, a decisão que fundamentou a edição da Súmula Vinculante nº 11, referiu-se, como já visto, à nulidade de sessão do Tribunal do Júri, em face da manutenção do réu algemado sem qualquer justificativa.

No entanto, o enunciado da súmula abrange inclusive limitação ao uso de algemas por agentes e autoridades policiais quando efetuarem qualquer tipo de prisão, seja numa situação de flagrante delito ou no cumprimento de um mandado judicial, tratando-se, pois, de atos administrativos sem precedentes na Suprema Corte³⁶.

Quanto à particularidade do objeto do HC 91.952-9/SP, cumpre destacar um excerto do voto do Ministro Joaquim Barbosa:

Senhor Presidente, considero que o uso de algemas, **na situação em que se deu, dentro de uma sala de sessões de um Tribunal**, devidamente **garantida** (havia dois policiais civis a postos e a magistrada poderia solicitar outros, se considerasse necessário), tem por fim impressionar os jurados e dramatizar ainda mais a situação do réu submetido a julgamento.

O constrangimento foi infundado e seus efeitos são ainda mais graves por se cuidar de um **juízo a ser procedido pelo Tribunal popular**, e não por um juiz togado, cuja sentença deve estar fundamentada por escrito e que, por isto, não poderia considerar, contra o réu, o fato de estar usando algemas.

No procedimento especialíssimo do júri, a apresentação do réu algemado diante dos jurados pode, sem dúvida, **influenciar negativamente a decisão, pois cria a imagem de que o réu seria uma pessoa perigosa e violenta**. Considerando que os jurados decidem com base na **íntima convicção**, e não na persuasão racional, e levando em conta que a decisão de **condenar ou não** o réu **não precisa de qualquer fundamentação**, o emprego de algemas, **durante a sessão de julgamento**, deve ser **excepcional**, somente se justificando quando o **Juiz Presidente fundamentar a necessidade** do emprego das algemas no **caso concreto**.³⁷.

Provavelmente por isso, o sentido da manifestação do Procurador-Geral da República, quando no uso de suas prerrogativas conferidas pelo Art. 2º, § 2º da Lei nº. 11.417, por ocasião da 20ª Sessão Ordinária daquela Corte, ao dizer que o *habeas corpus* em questão referia-se a uma situação de tribunal do júri, mas que a abordagem do STF, na elaboração do enunciado da SV nº 11, tivera caráter abrangente, proclamando a excepcionalidade em todos os casos.

É de se salientar, ainda, que o STF condicionou a exceção da utilização de algemas, nos casos expostos, a uma justificação por escrito por parte do agente público, disposição não existente no ordenamento vigente, com única exceção em legislação especial, Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969, que criou o Código de Processo Penal Militar³⁸.

Considerações Finais

A Constituição é uma lei, mas não é uma lei comum. Ela contém as normas jurídicas supremas do país. Essas normas, por serem dotadas do atributo da eficácia superior sobre todas as outras, têm força subordinante – obrigam as demais a não contrariá-las e informam o conteúdo e alcance das normas que lhe são inferiores.

Particularmente, nas cartas magnas tidas como rígidas, apresentam-se em posição hierarquicamente superior em relação às normas infraconstitucionais, servindo ainda como referência na elaboração dos demais atos normativos, que devem respeitar os princípios e regras nela traçados.

Dentre a ampla gama de princípios delineados, um em especial traça o perfil de um Estado de Direito que é a necessidade de separação de poderes, de maneira que órgãos diversos tenham competências distintas³⁹.

Nesse particular, caso uma norma seja produzida em desconformidade com os ditames da Carta Magna, será ela considerada inconstitucional, ou seja, inválida. Essa inconstitucionalidade poderá ser material, quando se tratar de desconformidade de conteúdo que contraria a Constituição, ou formal, quando há uma inobservância à Constituição no tocante ao processo de elaboração da norma, podendo referir-se tanto à questão de competência, quanto ao procedimento de confecção.

Entre vários instrumentos criados para fazer frente à complexidade das relações sociais, e, em particular, na busca de possibilitar ao Poder Judiciário o seu exercício típico, de forma célere e eficiente, foi instituída, por meio da Emenda Constitucional nº 45/04, a súmula vinculante, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Diante dos argumentos favoráveis à sua instituição, tais como o de dar agilidade ao Judiciário, o estabelecimento da devida segurança jurídica e, do outro lado, os contrários, como a usurpação da função legislativa e restrição da independência dos juízes, o legislador buscou estabelecer requisitos de maneira a dar o disciplinamento devido à súmula vinculante, além de estabelecer o seu *iter* processual.

Conforme já debatido em capítulo próprio, os requisitos para a edição de uma súmula vinculante, conforme dispõe a Lei nº 11.417/06, são: tratar de matéria constitucional objeto de reiteradas decisões; que haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública; situação que acarrete grave insegurança jurídica e que possa resultar em multiplicação de processos idênticos, tudo visando conceder celeridade ao Poder Judiciário. Ressalte-se, ainda, que o instituto deve ser resultado da consolidação do pensamento da Corte Constitucional sobre a questão, fornecendo ao cidadão a almejada segurança jurídica.

Da data da regulamentação do Art. 103-A, até os dias atuais, o Supremo Tribunal Federal já editou 32 (trinta e duas) súmulas vinculantes, das quais a que gerou grande repercussão foi a Súmula Vinculante nº 11.

A polêmica surgiu com a agilidade de sua edição, uma vez que a Polícia Federal desencadeava operações de grande envergadura, quase sempre com o acompanhamento de setores de imprensa, ocasião em que presos eram expostos algemados.

Da análise do confronto do contexto da edição da Súmula Vinculante nº 11, dos requisitos estabelecidos no Art. 103 – A da Constituição Federal, bem como os de sua regulamentação, conclui-se que a referida súmula é flagrantemente inconstitucional.

É formalmente inconstitucional⁴⁰, porque o instituto da súmula vinculante não se refere à validade, interpretação ou eficácia de norma determinada, assim, conforme foi demonstrado, o uso de algemas não foi regulamentado por decreto-federal, conforme previa a Lei de Execuções Penais⁴¹, tampouco, com a vigência da Constituição Federal foi regulamentado por lei federal.

Segundo, não há que se falar em reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Foram utilizados como precedentes duas decisões sobre a utilização de algemas por ocasião de sessão do tribunal do júri (HC 71.195-2 e 91.952-9), que, convém ressaltar, foram reguladas pela Lei nº. 11.689, de 9 de junho de 2008, tendo sido publicada antes da edição da referida súmula.

Outra decisão se refere ao HC 89.429-1, que trata sobre encarcerado que solicitou salvo-conduto para não ser algemado, tampouco exposto na imprensa, por ocasião de seu deslocamento do cárcere ao Superior Tribunal de Justiça.

Decorrente do exposto acima, uma vez que não existem reiterados julgados na Corte Constitucional, verifica-se que não há controvérsia sobre a matéria que possa conduzir a insegurança jurídica, uma das condições para a edição de súmula vinculante.

Diante da abrangência do enunciado da súmula, o qual vinculou a utilização de algemas indistintamente, seja referente à sessão do tribunal do júri ou mesmo por ocasião de um ato administrativo, seja em flagrante delito ou cumprimento de mandado judicial, o Supremo exerceu função de legislador ordinário, usurpando a competência do poder legislativo e, conseqüentemente, ferindo o princípio da separação de poderes⁴².

A ofensa ao referido princípio fica ainda mais evidente quando se entende que o Supremo Tribunal Federal “legislou” positivamente ao exigir justificativa por escrito, estabelecendo sanção por ocasião do seu descumprimento.

Ademais, inova ao prever nulidade da prisão, que decorre de circunstâncias legais previstas no Código de Processo Penal, quando não forem observados os requisitos constantes no enunciado.

Muito embora a súmula vinculante venha a gerar obrigatoriedade como uma lei formal, o seu campo de atuação é diverso, qual seja, interpretação de norma legal já existente, consubstanciada em atividade puramente jurisprudencial. É limitada, portanto, a sua generalidade e abstração, não podendo criar obrigações ou restri-

ções, diversa da lei, a qual cria regras sujeitando a todos sobre determinada conduta.

Como vimos em capítulo próprio, a atividade jurisprudencial foi, no decorrer dos tempos, ocupando um espaço importante na criação do direito, principalmente em virtude da inércia e da generalidade do legislador, circunstâncias que contribuíram para o surgimento de instrumentos como a súmula vinculante.

A fixação desses mecanismos só seria adequada partindo-se da isenção e autonomia dos juízes, mas não pode se traduzir em independência total do prescrito em lei.

Assim, muito embora se mostre louvável a preocupação do Supremo Tribunal Federal diante de eventuais excessos no emprego de algemas pelos organismos policiais, que possam afrontar os pilares constitucionais e conseqüente ameaça ao estado democrático de direito, a sua disciplina, que se ressalte já existente, não poderia ter sido feita por meio de súmula vinculante.

O Supremo Tribunal Federal, como “guardião” da Constituição Federal, é o primeiro que deve primar pelo cumprimento dos dispositivos ali estabelecidos, pois qualquer desvio, principalmente no que se refere à invasão de competência de outro poder, mostrar-se-á pernicioso para a própria democracia.

Notas

¹ PSV nº 13 – Proposta pela Confederação Brasileira dos Trabalhadores Policiais Cíveis – COBRAPOL.

² SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos Tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 190.

³ Conforme previsto no art. 15, inc. VII e IX:
Art. 15. É da atribuição da Assembleia Geral [...] VIII. Fazer leis, interpretá-las, suspendê-las, e rovogá-las.
IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação.

⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 580.

⁵ LENZA, Pedro. Op cit., p. 581.

⁶ No Brasil, a inafastabilidade da jurisdição como competência do Poder Judiciário encontra-se expressa no inciso XXXV do art. 5º da CF/88, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁷ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis. Livro XI*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 165-175.

⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 461.

⁹ Art.93 *Omissis*. IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (**sem grifo no original**)

¹⁰ Art. 5º *Omissis*. LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 76-77.

¹² Quando, em 1963, o Ministro Victor Nunes Leal implantou a “Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal”, certamente não imaginou que dela decorreria modificação radical de nosso sistema jurídico, então baseado na separação dos Poderes e no princípio da legalidade.

¹³ FILHO, Misael Montenegro. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 45.

¹⁴ CARBONELL, Miguel. *Teoria del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007, p. 10.

¹⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 167.

¹⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil V.I*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 623.

¹⁷ Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

¹⁸ BRASIL. Código de Processo Civil Brasileiro, Art. 557.

¹⁹ Em 26 de março de 1992, o Deputado Hélio Bicudo apresentou, no Plenário da Câmara, a Proposta de Emenda à Constituição nº 96/92, de sua autoria, com o objetivo de introduzir modificações na estrutura do Poder Judiciário.

²⁰ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil.

²¹ Art. 3º *Omissis*. XI – os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

²² TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 45.

²³ LENZA, Pedro. *Op cit.*, p. 589.

²⁴ Há aqui o lado perverso do instituto da súmula vinculante. Concebida como um instrumento de otimização da prestação jurisdicional e uniformização da jurisprudência, se mal utilizada, pode gerar efeitos catastróficos.

²⁵ TAVARES, André Ramos. *Op cit.*, p. 38.

²⁶ MORAES, Alexandre de. Op cit., p. 498.

²⁷ Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.E.952.NUME.\)](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.E.952.NUME.))> Acessado em 28/10/2010.

²⁸ *Ibidem*. p. 897. Acessado em 28/10/2010.

²⁹ Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf>
Acessado em 28/10/2010.

³⁰ Durante a 20ª Sessão Ordinária, que aprovou a Súmula Vinculante nº 11, os Ministros reconheceram que as súmulas vinculantes são dotadas de caráter impeditivo de recursos.

³¹ Revista Jurídica Consulex. Ano XII – N. 279, 31 de agosto de 2008, p. 25.

³² Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisainteiroTeor.asp#resultado>> Acessado em 29/10/2010.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisainteiroTeor.asp#resultado>> Acessado em 29/10/2010.

³⁵ *Omissis*. § 4º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

³⁶ Em suma, o STF inovou originariamente no ordenamento jurídico, ou seja, legislou mesmo. Ao “interpretar” a norma, estabeleceu condições que nem a própria lei prescreveu, extrapolando seus limites. Situação semelhante à que ocorre quando o Presidente da República regulamenta a lei por meio de decreto: se o decreto extrapola os limites da lei, fazendo exigências que ela não faz, é considerado inconstitucional.

³⁷ Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisainteiroTeor.asp#resultado>> Acessado em 29/10/2010.

³⁸ BRASIL. CPPM. Art. 234. O emprego de força só é permitido quando indispensável, no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga. Se houver resistência da parte de terceiros, poderão ser usados os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e auxiliares seus, inclusive a prisão do ofensor. De tudo se lavrará auto subscripto pelo executor e por duas testemunhas.

³⁹ **A Teoria da Separação dos Poderes (ou da Tripartição dos Poderes do Estado)** é a teoria de ciência política desenvolvida por Montesquieu, no livro *O Espírito das Leis* (1748), que visou moderar o Poder do Estado dividindo-o em funções, e dando competências a órgãos diferentes do Estado. As ideias de Montesquieu partiram principalmente das teses lançadas por John Locke, ainda que implicitamente, cerca de cem anos antes. A ideia da existência de três poderes, outrossim, não era novidade, remontando a Aristóteles, na obra *Política*.

⁴⁰ Os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerado, sem atingir seu conteúdo, referindo-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei. Traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência. Nestes casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final. (MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Bonet Branco. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 961)

⁴¹ BRASIL. Lei 7.210/84, Art. 199 – O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal.

⁴² Conforme José de Albuquerque Rocha, o artigo 103-A atribui a função de emitir normas gerais disciplinadoras das condutas do povo ao Supremo Tribunal Federal que a cumpre mediante a expedição de enunciados de súmulas vinculantes. Para o autor, no modelo de democracia adotado pela Constituição brasileira o Poder Judiciário como um todo e o Supremo Tribunal Federal em especial, não têm poderes para editar normas gerais e abstratas obrigatórias para todos os órgãos públicos e a população, função reservada pelo constituinte originário à lei, isto é, ao legislador democrático. Vai ainda mais além, defendendo a inconstitucionalidade da própria EC nº 45, quando diz que o constituinte derivado criou uma confusão de poderes normativos, violando o princípio fundamental da “separação de poderes” estabelecida pelo constituinte originário no artigo 60, parágrafo 4º, inciso III. (Jürgen Habermas, **80 anos. Direito e Democracia**. Org. Günter Frankenberg & Luiz Moreira. Rio de Janeiro: Lúmen Júris: 2009, p. 102-103.

Referências Bibliográficas

AMAERJ.ORG. AMAERJ repudia estado policiaisco. Disponível em: <http://www.amaerj.org.br/index.php?option=content&task=view&id=1806>
Acesso em: 26 out. 2010.

BARROS, Wellington Pacheco. *Proporcionalidade como princípio de direito*. 1. ed. São Paulo: Livraria do Advogado: 2006.

BETIOLI, Antônio Bento. *Introdução ao Direito: Lições de Propedêutica Jurídica*. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. Código de Processo Civil e Constituição Federal, 40. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro e Constituição Federal, 50. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1998). Texto Constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1/92 a 65/2010 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal.

BRASIL. Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF, em 20 de dezembro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 71.195-2/SP. Adauto Pereira Novaes x Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator Min. Francisco Rezek. Brasília/DF, 25/10/1994. Diário de Justiça, 04/08/1995.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 89.429-1/RO. Edílson de Sousa Silva x Superintendência Regional da Polícia Federal no Distrito Federal. Relator Min. Cármen Lúcia. Brasília/DF, 22/08/2006. Diário de Justiça, 02/02/2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 91.952-9/SP. Antonio Sérgio da Silva x Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília/DF, 07/08/2008. Diário de Justiça, 19/12/2008.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- COSTA, Helena Regina da. *A dignidade humana: Teorias de prevenção geral positiva*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FILHO, Misael Montenegro. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GOMES, Rodrigo Carneiro. Algemas para a salvaguarda da sociedade: a desmistificação do seu uso. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9038>> Acesso em: 27 de outubro de 2010.
- HERBELLA, Fernanda. *Algemas e a dignidade da pessoa humana: fundamentos jurídicos do uso de algemas*. São Paulo: Lex, 2008.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de La Brède e de. *Do Espírito das Leis*. Livro XI. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PITOMBO, Sérgio. Emprego de algemas: Notas em prol sua regulamentação. Disponível em: <<http://www.sergio.pitombo.nom.br/index.php>>. Acesso em: 25 out. 2010.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva: 2002. Revista Jurídica Consulex. Ano XII – Nº 279, de 31/08/08.
- SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos Tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.
- _____. *Processo Penal*. 3. Vol. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARBONELL, Miguel. *Teoria del neoconstitucionalismo*. Madrid. Ed. Trotta, 2007.

FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz. *Jürgen Habermas, 80 anos. Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

Resumo

A Súmula Vinculante foi criada em face da necessidade da promoção de ações no sentido de concretizar o princípio da celeridade processual no Estado Brasileiro. Também tem por escopo oferecer a adequada segurança jurídica aos seus jurisdicionados, além de visar a eliminação das divergências entre órgãos do Poder Judiciário, ou entre este e a Administração Pública, evitando-se, assim, a multiplicação de processos de questão idêntica. Como é dotada de poder normativo, o legislador estabeleceu condições objetivas para sua edição, delimitando a competência do Supremo Tribunal Federal, bem como o alcance do instituto, de forma a preservar as funções próprias dos Poderes da República e a consequente manutenção de sua harmonia. A independência do magistrado, resultante do poder soberano do povo, não se encontra delimitada apenas e unicamente com o estabelecido pela lei formal, mas, sobretudo, em face de um arcabouço jurídico, de várias fontes, da qual faz parte a jurisprudência. A independência conferida pelo Estado de Direito visa a propiciar o exercício pleno e imparcial das atividades dos juízes, mas o próprio Estado cria instrumentos para que as prerrogativas conferidas, que devem visar ao interesse público, não possam sofrer desvios de finalidade, dado o caráter falível do ser humano. A medida que as decisões são proferidas, surgem precedentes que demonstram, no decorrer dos julgados, tendências na interpretação de determinado caso concreto. Muito embora a súmula vinculante atue sobre uma norma legal existente, ela possui força de lei, produzindo seus efeitos a partir da data de sua publicação, alcançando os processos judiciais e administrativos em curso, bem como detém efeitos transcendentais. Porém a abrangência do enunciado da Súmula Vinculante nº 11, o qual vinculou a utilização de algemas indistintamente, seja referente à sessão do tribunal do júri ou mesmo por ocasião de um ato administrativo, seja em flagrante delito ou cumprimento de mandado judicial, deixou claro que o Supremo Tribunal Federal exerceu função de legislador ordinário, usurpando a competência do poder legislativo e, conseqüentemente, ferindo o princípio da separação de poderes. A Suprema Corte, como “guardiã” da Constituição Federal, é a primeira que deve primar pelo cumprimento dos dispositivos ali estabelecidos, pois qualquer desvio, principalmen-

te no que se refere à invasão de competência de outro poder, mostrar-se-á pernicioso para a própria democracia.

Palavras-chave: Súmula Vinculante. Celeridade processual. Segurança Jurídica. Multiplicação de processos de questão idêntica. Caráter normativo. Independência do magistrado. Mitigação. Norma legal. Efeitos. Súmula vinculante nº 11. Usurpação de competência. Princípio da separação de poderes. Supremo Tribunal Federal. Guardião da Constituição.

Abstract

The Binding Precedent was set in order to implement the principle of procedural celerity in Brazilian's State. It also has the scope to provide adequate legal security to the jurisdictional. Moreover, it pursues to eliminate the differences between judiciary organs, or between them and Public Administration, avoiding thus the multiplication of process about identical issue. As this institute has standard feature, the legislature established objective conditions for its creation, defining the jurisdiction of the Supreme Court and its scope, in order to preserve the powers of the Republic and the subsequent maintenance of its harmony. The independence of the magistrate, which results from people's sovereign, is not bounded only and exclusively by the law. The independence afforded by the rule of law to the judge seeks to promote the full and impartial examination of judges activities. However, the State itself creates tools to make these prerogatives, which must pursue the public interest, and can not suffer deflection of purpose. As the judicial decisions are pronounced, there are precedents that show, during the trial, the existence of trends in the interpretation of a particular case. Although the binding precedent acts on an existant legal act, it has force of law, producing its effect on the date of its publication, reaching judicial and administrative proceedings underway and have transcendent effects. However, the scope of the statement of Binding Precedent number 11 linked the use of handcuffs indiscriminately, whether on the court session of the jury or even in the course of an administrative act, either in the flagrant offense or accomplishment of a court order, and made clear that the Supreme Court exercised ordinary legislative capacity, usurping the powers of the legislature and consequently infringing the principle of separation of powers. The Federal Supreme Court, as "guardian" of the Constitution, is the first that must ensure accomplishment of their devices, because any deviation, especially the invasion of another power's jurisdiction, is prejudicial for democracy's maintenance.

Keywords: Binding precedent. Procedural celerity. Legal security. Multiplication of process about identical issue. Standard feature. Independence of magistrate. Mitigation. Legal standard. Effects. Binding precedent. Usurpation of competency. Principle of separation of powers. Federal Supreme Court. Guardian of the Constitution.

Normas para colaboradores

1. Os trabalhos deverão ser encaminhados ao Conselho Editorial da Revista de Direito UPIS, para análise do conteúdo, metodologia, bem como da conveniência e oportunidade da publicação.
2. Serão aceitos prioritariamente trabalhos elaborados por membros da comunidade acadêmica do Curso de Direito da UPIS, inéditos ou apresentados em eventos públicos (congressos, simpósios, seminários etc.), referentes aos temas indicados pelo Conselho Editorial, quando for o caso.
3. Serão aceitos, excepcionalmente, a critério do Conselho Editorial, trabalhos apresentados pela comunidade em geral e/ou acerca de temas jurídicos diversos.
4. Mediante deliberação do Conselho Editorial poderão ser solicitados trabalhos a colaboradores eventuais.
5. A entrega de trabalho ou sua publicação não importará em remuneração, a qualquer título, do autor.
6. Não serão devolvidos ao autor os originais dos trabalhos entregues ou publicados.
7. Os trabalhos deverão ser redigidos em português, com no mínimo 15 (quinze), e no máximo 25 (vinte e cinco) laudas com 30 linhas de 65 toques, aproximadamente 49.000 caracteres, observando-se a ortografia oficial.
8. Os trabalhos deverão ser entregues em CD, à Secretaria do Departamento de Direito da UPIS ou enviados por correio eletrônico ao endereço direito@upis.br, com texto em fonte ARIAL, tamanho 12, entrelinhamento 1,5 cm.
9. As citações e referências bibliográficas deverão obedecer às normas técnicas da ABNT, preferencialmente utilizando o sistema alfabético autor/data.
10. **IMPORTANTE:** Necessariamente deverão acompanhar o artigo um Resumo em português e as palavras-chave. A remessa de versões do Resumo e das palavras-chave em inglês e/ou espanhol é facultativa.

Carlos Aureliano Motta de Souza

Editor

diagramação, arte-final, impressão e acabamento



fores:(61) 3552.4024 3552.2510 fax:(61) 3386.2350
brasilía distrito federal

Site: www.graficainconfidencia.com.br
E-mail: graficainconfidencia@terra.com.br

