

OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS REFLEXOS NO DIREITO BRASILEIRO

Karin Andressa Lisboa Nunes

Kayro Ycaro Alencar Soares

JUDICIAL PRECEDENTS IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE AND ITS CONSEQUENCES IN BRAZILIAN LAW

RESUMO

O presente artigo aborda o fortalecimento dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil (CPC), tema pertinente, portanto, ao direito processual civil. O escopo desse estudo é demonstrar de que forma o legislador trouxe ao novo CPC a utilização, a aplicação e a limitação dos precedentes judiciais, bem como estudar os prós e os contras do fortalecimento deles, auxiliando estudantes, advogados e profissionais da área jurídica a compreender a origem histórica, a aplicação e as consequências do surgimento desses precedentes no processo civil brasileiro. O método de abordagem do tema foi documental, baseado, em larga escala, na doutrina, porém, com aplicação do estudo comparativo na discussão sobre o *common law*. O resultado dessa investigação foi a construção de um texto composto por ampla informação sobre o *common law* e as diferenças entre este e o *civil law* bem como pela apresentação de conceitos doutrinários sobre os métodos de superação dos precedentes. Como conclusão, tem-se que o fortalecimento dos precedentes judiciais é positivo para o processo civil brasileiro, contanto que sejam utilizados corretamente os métodos para sua superação, a fim de evitar que haja engessamento dos direitos no País.

» PALAVRAS-CHAVE: PRECEDENTES JUDICIAIS. COMMON LAW. PROCESSO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO BRASILEIRO.

ABSTRACT

The current article deals with the arising of judicial precedents in the new Brazilian Civil Procedure Code, belonging to the field of civil procedural law. It analyzes the use, application and overcome of judicial precedents, beyond the study of its consequences in Brazilian law. To this work was used the study of the doctrine and a comparative method to explain differences between common and civil law. It intends to help all of those who are interested in discuss about law, specially the procedural code and judicial precedents. The results of the research were an article with large information about the subject, the common law and in which ways it's been applied around the world. As a conclusion it is said that the develop of judicial precedents in Brazilian law system is positive, provided the use of overruling and overriding by the judges and courts.

» KEYWORDS: STARE DECISIS. JUDICIAL PRECEDENTS. COMMON LAW. BRAZILIAN PROCEDURE CODE. BRAZILIAN LAW PROCEDURAL CODE.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil brasileiro e demonstra como as mudanças ocasionadas por esse sistema repercutiram no ordenamento pátrio.

Com a vigência da Lei 13.105/15, foram introduzidos diversos institutos próprios do sistema de *common law* no Direito brasileiro, dentre eles os precedentes judiciais.

Muito se tem discutido sobre a inserção de um sistema genuíno de precedentes no Código de Processo Civil brasileiro, visto que a proposta aqui implantada, para muitos, não está realmente alinhada com a estrutura jurídica dos países do *common law*, tais como a Inglaterra e os Estados Unidos.

Os precedentes podem ser conceituados como decisões judiciais que já foram adotadas em casos similares, constituídos por uma única decisão ou por várias decisões no mesmo sentido, cuja proposta é que sirvam como meio para complementar o Direito e para auxiliar a lei.

No corrente artigo, são abordadas, ainda, concepções essenciais dentro do sistema de precedentes implantado no Brasil, como, por exemplo, o *distinguishing*, o *overruling* e o *overriding*.

Esses métodos são utilizados para afastar a aplicação de um precedente, bem como para evitar que o sistema instituído acabe se tornando demasiadamente enrijecido. Sendo assim, esses institutos servem, dentre outras coisas, como meios tanto para a distinção quanto para a superação dos precedentes.

Em momento oportuno, será melhor abordado como a globalização gerou a necessidade de buscar critérios que vão além do sistema *civil law*, já que o legislador pátrio não consegue acompanhar as mudanças que vêm ocorrendo na sociedade e trazer soluções para todos os casos futuros.

1 O COMMON LAW E OS PRECEDENTES JUDICIAIS

A doutrina brasileira muito tem falado sobre o surgimento de um sistema de precedentes no País, a partir da entrada em vigor da Lei 13.105/15 (Código de Processo Civil). Muitos apontam, também, a possibilidade de estar sendo criado um novo sistema, híbrido, que integra aspectos tanto do *civil law* quanto do *common law*. No entanto, veremos, nesta seção, que a proposta apresentada pelo novo Código não está realmente alinhada com a estrutura jurídica dos países do *common law*.

Inicialmente, é necessário frisar que ainda existem leis escritas nesses países e que elas devem ser, e são, respeitadas. Os precedentes existem, portanto, para complementar o Direito, para auxiliar na interpretação da norma e para apresentar soluções para os casos não previstos em lei. Ocorre que, nesses países que adotam o sistema do *common law*, a exemplo da Inglaterra e dos Estados Unidos, quando comparados aos países que seguem o sistema romano-germânico, é possível observar menor detalhamento na lei (*statutes*), com uma margem maior para a atuação jurisdicional, o que naturalmente faz com que seja dada relevância à jurisprudência e aos precedentes judiciais.

Em sua origem, nas antigas ilhas britânicas, o *common law* surgiu em virtude da necessidade de um Direito centralizado em uma sociedade que estava em formação, que se apoiava no povo nas decisões dos tribunais, por falta de leis escritas completas. É um sistema que tem evoluído ao longo dos séculos até a estrutura atual, presente, principalmente, em países anglo-saxões. Esse sistema possui estrutura que evita, então, o enrijecimento das decisões, que ainda podem ser alteradas, conforme se transforma a sociedade e mudam seus valores e aspectos morais.

Não se pode dizer que todos os países que adotam esse sistema apresentem o mesmo tipo de estrutura e de procedimento. Assim, embora no primeiro momento o presente estudo se atenha ao modelo original inglês, mais puro, o foco será o estudo comparativo com o modelo norte-ameri-

cano, que é mais híbrido, apresentando nuances do modelo romano-germânico, o que o torna mais próximo da realidade brasileira.

1.1 O QUE É O *COMMON LAW*?

O *common law* é o sistema jurídico com maior força nos países anglo-saxões. O ordenamento jurídico que o tem como base é, normalmente, descodificado. Ou seja, não existe um compilado de leis, embora os juízes possam se basear em leis dispersas, originárias de decisões legislativas.

Os diferentes países que adotam esse sistema apresentam peculiaridades e diferenças na sua aplicação. No entanto, tem-se como ponto de interseção entre esses países a utilização dos precedentes como base das decisões judiciais.

Os precedentes nada mais são do que as decisões judiciais que já foram tomadas em casos similares ao que está sendo analisado pelo juiz. Eles estão, portanto, dentro do conjunto maior, que é a jurisprudência.

Com toda essa larga importância dos precedentes judiciais na aplicação do Direito e nas decisões judiciais, é inevitável dizer que o *common law*, na sua forma original, apresenta os precedentes como fonte primária do Direito, assim, estes possuem a mesma força que a própria legislação escrita, ou seja, o juiz, de certo modo, cria leis (SOARES, 1999, p. 38).

Vale ressaltar que o juiz é quem decidirá qual o melhor precedente para ser aplicado ao caso concreto. Ele deverá observar qual a decisão cabível neste, extrair os princípios constantes do precedente e julgar o novo caso conforme a decisão anterior.

De modo didático, afirma-se que as fontes do *common law* são: a) os costumes; b) as leis (*statutes*) e c) os precedentes judiciais (*case law*). Os costumes possuem maior relevância na Inglaterra, porém, ainda são considerados fontes do Direito em outros países que adotam o sistema. Em relação a doutrina, há divergência, uma vez que alguns autores afirmam que esta é considerada como fonte (VIEIRA, 2007, p. 139), mas outros levantam a tese de que ela é tão pouco aplicada para fundamentar decisões, que não pode chegar a ser considerada uma fonte do Direito (ASCENSÃO, 2010, p. 351-82).

A realidade atual do *common law* tem se transformado; isso, porque os países com essa estrutura estão optando, cada vez mais, por criar códigos e leis escritas. Nos EUA, inclusive, já existe um Código Comercial, e estados como Luisiana estão criando leis e códigos próprios, aproximando-se do *civil law*. Em tempos de globalização e de criação de uniões aduaneiras e mercados comuns, dificilmente os sistemas permanecem rígidos, sendo influenciados uns pelos outros.

1.2 UM BREVE COMPARATIVO ENTRE O *COMMON LAW* E O *CIVIL LAW*

O sistema do *civil law* é herança romana, aplicado na maior parte da Europa e da América Latina. Ele se baseia principalmente em códigos e leis escritas, sendo estes a única fonte primária

do Direito. Teoricamente, qualquer mudança deve ser feita no texto legal antes que os juízes a apliquem aos casos concretos. Nesse sistema, a reforma das normas escritas é constante. Ainda, o *civil law* apresenta normas mais detalhadas, com menor margem para a atuação jurisdicional.

O *common law*, por sua vez, é o direito que provém da Inglaterra e é normalmente descodificado. Porém, é importante deixar claro que ser descodificado não é o mesmo que não possuir leis escritas. Mesmo nesse sistema, existem leis escritas espalhadas pelo ordenamento, apenas não organizadas em códigos. Além das leis, os precedentes também são fontes primárias de Direito.

Entende-se que, nos países anglo-saxões que adotam o *common law*, existem, então, dois Direitos em coexistência: o *case law*, criado pelos juízes e por suas decisões, e o *statute law*, proveniente do legislador, que cria leis escritas.

1.3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO *COMMON LAW*

O *case law* é a principal fonte do Direito nos países que seguem o sistema *common law*. Isso não significa, porém, que as leis escritas são irrelevantes. Nos Estados Unidos, inclusive, o *case law* pode ser modificado pela lei escrita. Quando ocorre essa modificação, diz-se que o *case* foi *reversed by statute* (SOARES, 1999, p. 38).

Os juízes e os tribunais não podem julgar de forma contrária à lei, mas interpretá-la. A lei prevalece sobre o precedente (VIEIRA, 2007, p. 139).

Podem ser considerados precedentes tanto uma única decisão de um tribunal de apelação quanto várias decisões no mesmo sentido. Esses precedentes obrigam sempre o mesmo tribunal e os juízes que lhe são subordinados, por força da *stare decisis* (SOARES, 1999, p. 38). Apesar dessa obrigação, existem alguns métodos para afastar a aplicação de um precedente, dentre eles o *distinquishing* e o *overruling*, que serão devidamente tratados neste estudo em momento oportuno.

Deve-se tomar cuidado com o que se entende como “decisão” nesse caso. A decisão não é somente o que chamamos de coisa julgada no Brasil, a que afirma que alguém ganhou ou perdeu. O sentido de decisão, para entender o precedente, é mais extenso, considerando-se como tal toda a fundamentação utilizada para chegar à decisão de que alguém ganhou ou perdeu.

Um precedente, portanto, será aplicado pelo juiz, quando o mesmo observar que um (ou mais de um) caso similar já foi decidido. Porém, não é um sistema assim tão simples, sendo que, para que se aplique um precedente, deve-se, antes de tudo, perguntar quão relevantes são as diferenças existentes entre os dois casos em comento. A depender da relevância dessas diferenças, o precedente pode deixar de ser passível de aplicação ao caso. Para exemplificar, vejamos dois exemplos: no primeiro exemplo, um senhor está dirigindo e atinge, sem dolo, uma mulher que estava atravessando a rua na faixa de pedestres, sendo ele considerado culpado por negligência, enquanto, no segundo exemplo, um senhor também estava dirigindo o carro normalmente pela via, quando atingiu um homem que

atravessava a rua fora da faixa. Casos similares, porém, com diferenças importantes, que servirão para a análise de se o primeiro pode ser considerado um precedente para o segundo, ou não.

Ainda que o pedestre do segundo exemplo tivesse atravessado na faixa, outros questionamentos poderiam ser feitos, tais como, se estava chovendo no dia; se, em ambos os casos, o motorista tomou todas as precauções; se o homem que atravessava fez sinal para o motorista, se atendeu aos deveres dele como pedestre etc. Portanto, não basta haver a decisão de um caso parecido para que outro seja considerado precedente para o mais recente.

Interessante é que há aqueles precedentes que vinculam (*binding precedents*), mas também existem os chamados *persuasive precedents*, que não vinculam, quais sejam: a) as decisões de juízes e tribunais hierarquicamente inferiores não vinculam os superiores, podendo, porém, servir como modelo para a decisão e b) as decisões da Corte Suprema em ações originárias apenas servem como modelo para outras decisões dela, sem vincular. Existem outros tipos de precedentes que não vinculam, decisões vindas de cortes específicas dos sistemas britânico e norte-americano, contudo, não vamos nos aprofundar nesses casos (*THE DOCTRINE OF JUDICIAL PRECEDENTS*, s.d.). O importante é que se tenha compreendido a força da lei e dos precedentes nesse sistema e os procedimentos aplicados nos julgamentos dos casos concretos.

2 A UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Antes do advento do novo Código de Processo Civil, a eficácia dos precedentes judiciais no Brasil se limitava a simples argumentos, não possuindo força vinculante para com os casos semelhantes e, portanto, produzindo efeitos meramente *inter partes*. A entrada em vigor da Lei n. 13.105/15 (Código de Processo Civil) sugere a interiorização do modelo de sistema de precedentes existente em países como a Inglaterra e os Estados Unidos. Entretanto, conforme se verá mais à frente, ainda se trata de ideia que, apesar de estar inserida no texto legal, necessita ser melhor compreendida e amadurecida.

No Brasil, embora a lei seja considerada fonte primária do Direito, o fato é que, conforme demonstrado anteriormente, a globalização está fazendo com que seja impossível manter um sistema unicamente legalista, baseado tão somente nos critérios do *civil law*. Dessa forma, o legislador não pode prever o quanto a sociedade vai evoluir e se transformar, trazendo, desde já, soluções para todos os casos futuros submetidos à apreciação do Poder Judiciário (DONIZETTI, 2015).

Inclusive, percebe-se que, frequentemente, por questões meramente políticas, o Legislativo se abstém de discussões sobre temas de extrema importância para a população. No entanto, não pode o povo esperar uma solução legislativa para ter determinado direito concretizado, fazendo-se necessário, para tanto, um provimento do Judiciário, a fim de que seja dada solução a um caso que não possui amparo legalista.

O novo Código de Processo Civil estaria pretendendo, portanto, a partir da implantação do sistema de precedentes, evitar a enorme demanda de processos no Judiciário, bem como garantir maior segurança jurídica por meio de soluções idênticas para casos idênticos? Ou a ideia de precedentes estaria simplesmente pretendendo conferir maior poder ao Judiciário para concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição?

Streck e Abboud (2016) afirmam que o novo CPC criou apenas “provimentos judiciais vinculantes cuja função é reduzir a complexidade judicial para enfrentar o fenômeno brasileiro da litigiosidade repetitiva”, de forma que não teria sido introduzido no novo Código de Processo Civil um sistema genuíno de precedentes, tal como existe na Inglaterra. Acrescentam que os precedentes não nascem precedentes, como pretende o novo CPC, mas se tornam precedentes:

Ora, o precedente genuíno no *common law* nunca nasce desde-sempre precedente. E nem é feito em workshop ou jornadas (caso dos enunciados). Se ele tiver coerência, integridade e racionalidade suficientes para torná-lo ponto de partida para discussão de teses jurídicas propostas pelas partes, e, ao mesmo tempo, ele se tornar padrão decisório para os tribunais e demais instâncias do Judiciário, então é que ele poderá com o tempo vir a se tornar precedente (2016).

Dessa forma, o que o novo Código de Processo Civil fez foi introduzir mais hipóteses de precedentes vinculantes para além dos que já existiam, quais sejam, decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade e súmulas vinculantes. Sendo assim, a Lei n. 13.105/2015 atribuiu efeitos obrigatórios e gerais: a) aos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em recursos extraordinários e especiais repetitivos; b) aos acórdãos proferidos pelos demais tribunais em incidentes de resolução de demandas repetitivas e em incidente de assunção de competência (MELLO, 2016).

O juiz, ao invocar um precedente em determinada decisão, deve demonstrar a pertinência deste quando do julgamento do caso concreto. Sendo assim, é insuficiente o mero apontamento do precedente, se este não for confrontado, por meio da técnica de *distinguishing*, com o caso em análise. Nessa senda, o juiz terá que utilizar a *ratio decidendi* (razão para decisão) que fundamentou o caso paradigma, para verificar se tais razões podem ser utilizadas no caso concreto, objeto de julgamento.

É bem verdade que o novo CPC, ao expandir as hipóteses de provimentos judiciais vinculantes, concede mais poder ao Judiciário, contribuindo, de certa forma, para concretizar uma jurisdição ativista. Entretanto, o ativismo judicial resultante de um poder conferido pelo CPC não deve ser visto com maus olhos, mas sim mitigado, uma vez que pode funcionar para concretização de direitos fundamentais previstos na Constituição, a exemplo do que ocorreu no julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, que tratavam das uniões homoafetivas.

Utilizando como exemplo a ADPF e a ADI supramencionadas e considerando a retração do Poder Legislativo para discutir a questão das uniões homoafetivas, o Judiciário, a fim de conferir efetividade às demandas submetidas à sua apreciação, reconheceu o *status* jurídico das referidas uniões como entidades familiares, tal como previsto no artigo 1.723 do Código Civil. Isso gerou precedente para as diversas

uniões homoafetivas que aguardavam posicionamento do Estado com relação ao tema. Sendo assim, observa-se que o referido julgamento assegurou o direito à igualdade e à dignidade da pessoa humana, princípios fundamentais do Estado democrático de Direito. Sabendo-se que foi um julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, a eficácia da decisão vincula as instâncias inferiores.

O exemplo acima foi dado para demonstrar que o poder que o novo CPC atribui ao Judiciário por meio da expansão das hipóteses de precedentes vinculantes gera maior segurança jurídica não só pela simetria dos julgamentos em casos idênticos mas também pela proteção às normas e aos princípios contidos na Constituição Federal.

Por outro lado, os precedentes judiciais podem servir também como ameaça ao Estado democrático de Direito, a exemplo do que ocorreu no julgamento das liminares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, o qual permitiu o início da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, caracterizando, com isso, expressa violação ao princípio constitucional da presunção da inocência.

Sendo assim, conclui-se que a postura ativista decorrente da ampliação de hipóteses de provimentos judiciais vinculantes deve ser mitigada, mas para adequar os princípios constitucionais aos valores sociais e não para ferir esses princípios, como ocorreu no julgamento das liminares nas ADCs nº 43 e 44.

Outra questão que se coloca em debate é se a introdução desse “sistema” de precedentes viola o princípio da separação de poderes.

A luta contra a monarquia absolutista na Revolução Francesa teve como um dos objetivos principais a retirada do poder absoluto do rei para a assembleia soberana. Dessa forma, ao parlamento ficou incumbida a atividade de criação das leis, e ao juiz era permitido tão somente o poder de declarar a lei. Foi nesse período que a teoria de separação de poderes ganhou força. Para Montesquieu, não poderiam os juízes serem detentores do poder de interpretar as leis, pois, caso contrário, o direito, criação do legislador, poderia sofrer distorções e prejudicar a implantação do novo regime de tripartição dos poderes do Estado (ATAÍDE JUNIOR, 2012). Assim, procurava-se a segurança jurídica nas disposições legais codificadas.

O que se vê na prática, entretanto, é que o caráter geral e abstrato das leis codificadas bem como as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados abrem espaço para a atividade interpretativa e criativa do juiz, o que não aconteceria, caso a criação do legislador fosse de conteúdo fechado. Desse modo, os precedentes vinculantes passariam a ser apenas instrumento para fechar o sistema jurídico, sem fazer com que isso prejudicasse ou violasse o princípio da separação de poderes (FILIPPO, 2015, p. 97-114). As leis dispõem dessas características geral e abstrata justamente para se adequarem ao contexto social a que serão aplicadas, já que o legislador não pode criar uma lei que preveja o que virá a mudar na sociedade.

3 AS FORMAS DE DISTINÇÃO E DE SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES

Em qualquer sistema que utilize os precedentes como fonte de direito, devem estar presentes também meios tanto para a distinção (*distinguishing*) quanto para a superação dos mesmos. Isso ocorre por *distinguishing* e por *overruling* e *overriding*.

Sem eles, o sistema de precedentes não passaria de instrumento autoritário de aplicação jurídica. Ambos surgem, então, com a finalidade de auxiliarem na correta aplicação de precedentes e de evitarem a estagnação do Direito interno.

Aliado a esses instrumentos, tem-se também o *signaling*, mais simples, que serve apenas como sinalização de mudança de entendimento dos tribunais. Veremos mais sobre cada instrumento a seguir.

3.1 O *DISTINGUISHING*

O *distinguishing* aparece antes da aplicação do precedente. O juiz não pode aplicar julgados anteriores de modo descuidado, pois corre-se o risco de as decisões arbitrárias e “robóticas” ganharem força. A celeridade processual, enfim, não pode ser confundida com a irresponsabilidade processual, devendo cada processo, portanto, ser tratado como único.

É nesse contexto que surge esse instrumento. Ele nada mais é do que distinção. Ou seja, o juiz confrontará o precedente com o caso concreto, analisando se os elementos de um são, de fato, compatíveis com os elementos do outro. Isso, porque, como dito anteriormente, os processos podem ter a aparência de idênticos e serem, porém, substancialmente diferentes, tornando injusta a decisão que os trate como iguais.

Havendo diferenças importantes e substanciais entre os casos (precedente e caso em análise), deve ser imediatamente afastado o precedente, levando-se à frente o estudo individual do caso.

Analiseemos um caso prático:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INAPLICABILIDADE DA ORIENTAÇÃO ADOTADA NO RE 631.240/MG. TEORIA DAS DISTINÇÕES (*DISTINGUISHING*).

[...]

III- **Afasta-se a aplicação** da orientação adotada no RE 631.240/MG no caso em que houve julgamento com resolução de mérito na instância ordinária e determinada a implantação do benefício previdenciário, face à **ausência de similitude fática**, em observância à teoria das distinções (*distinguishing*), porquanto o precedente do Supremo Tribunal Federal foi firmado em ação na qual não houve julgamento com resolução de mérito. (STJ, 1ª Turma, Recurso de Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 190474/PR, Relator Min. Regina Helena Costa, DJe de 15/05/2015.)

No presente acórdão, houve afastamento de precedente, por ter sido entendido pela turma que não havia similitude prática entre ele e o caso em análise. É interessante frisar que o referido acórdão data de 2015, ou seja, antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil. Isso

mostra que precedentes e meios de superação de precedentes não são tão novidade assim em nosso ordenamento jurídico, como acreditam alguns.

3.2 O *OVERRULING* E O *OVERRIDING*

Tanto o *overruling* quanto o *overriding* são técnicas de superação de precedentes. Sem esses instrumentos, o Direito seria engessado, dando margem à prolongação, no tempo, de entendimentos e decisões ultrapassadas, que não mais condizem com os valores da sociedade.

A doutrina traz esses instrumentos do ordenamento jurídico norte-americano e de outros países que aplicam o *common law*.

Observe-se que, embora importantes para a fluidez do Direito, tanto o *overruling* quanto o *overriding* devem estar em consonância com a boa-fé dos jurisdicionados e com a confiança que estes depositam nas decisões dos tribunais. Portanto, o ideal é que sejam aplicados, com efeitos *ex nunc*, àquelas decisões que já se encontravam consolidadas no momento da superação. De acordo com Donizetti (2015),

Quando um precedente já está consolidado, no sentido de os tribunais terem decidido de forma reiterada em determinado sentido, a sua superação não deveria ter eficácia retroativa, visto que todos os jurisdicionados que foram beneficiados pelo precedente superado agiram de boa-fé, confiando na orientação jurisprudencial pacificada.

O *overruling* consiste na revogação total do precedente de forma tácita ou expressa. Ocorrerá de forma tácita, quando o tribunal que adotou o precedente produzir outro precedente que esteja em discrepância com o adotado anteriormente, sem mencionar, no entanto, a revogação do anterior. Já a forma expressa consiste na declaração do tribunal de que intenta superar o precedente anterior, adotando um novo entendimento. Frise-se que um precedente somente pode ser revogado pelo mesmo tribunal que o produziu.

Tendo em vista que os atos judiciais precisam de motivos, a fim de salvaguardar os jurisdicionados de abusos e de preservar a insegurança jurídica, o *overruling* precisa trazer consigo alta carga de fundamentação. Inclusive, é importante apresentar o porquê de ser necessária a superação do precedente (LOURENÇO, s.d.).

Como já mencionado, os precedentes consolidados devem ter efeitos *ex nunc*. Isso, porque, tanto quanto a lei, os precedentes geram confiança e expectativa nas pessoas. Alterar os precedentes de forma arbitrária e constante é tão nocivo ao Direito, quanto impedir que esses precedentes evoluam junto com a sociedade. Deve-se encontrar um equilíbrio entre esses dois extremos que respeite os princípios jurídicos, mas que também dê aos jurisdicionados a segurança e a confiança nos tribunais.

O *overriding*, por sua vez, consiste na limitação do campo de incidência de um precedente. Resulta da superveniência de uma regra ou de um princípio legal. A rigor, trata-se da superação parcial do precedente, que não o atinge em sua totalidade.

Antes da aplicação do *overruling*, há o *signaling*, que consiste na sinalização de mudança de precedente. Ocorre, quando se aplica um precedente que já não mais condiz com os valores da sociedade, porém, que vem sendo aplicado pelo tribunal em suas decisões ao longo do tempo. Nessas decisões, contudo, indica-se que, em decisões vindouras, será aplicado entendimento diverso. É instrumento de preservação da segurança jurídica e solução para alcançarmos o equilíbrio a que nos referimos anteriormente.

CONCLUSÃO

Os precedentes obrigatórios ou provimentos judiciais vinculantes apresentam mais características positivas que negativas. É inevitável que a rápida e constante mudança de fatores econômicos, sociais, políticos e culturais influencie na adoção de instrumentos processuais hábeis a acompanhar essas mudanças.

Diferentemente do período da Revolução Francesa, quando surgiu a teoria da separação de poderes, em que o juiz era detentor tão somente do poder de declarar as leis, já que as normas eram de conteúdos fechados, atualmente o direito criado pelos legisladores possui característica aberta, ao deixar margem para o aplicador do direito adequar o texto legal ao contexto social.

Considerando que, antes do advento do novo Código de Processo Civil, as decisões vinham sendo proferidas de maneiras diversas para casos semelhantes, dando espaço para o ativismo judicial, os precedentes judiciais vieram como forma de uniformizar as decisões e de diminuir as diversas interpretações dadas a um mesmo caso. Sendo assim, os precedentes foram introduzidos como alternativa ao ativismo jurisdicional, garantindo maior segurança jurídica ao processo civil brasileiro.

No que tange ao princípio democrático da separação de poderes, os precedentes judiciais não oferecem qualquer risco de violação, pelo contrário, estes atuarão em conjunto com as leis, preenchendo os espaços e lacunas deixados pelo legislador.

Ademais, vale ressaltar que, diferentemente dos países que adotam o *common law*, os precedentes judiciais não são tidos como fontes primárias no ordenamento jurídico brasileiro, mas como fontes secundárias.

Não poderia o legislador, quando da elaboração do novo Código de Processo Civil, permitir o enrijecimento do sistema jurídico. Logo, implementou também alguns mecanismos, conforme já mencionado, como o *distinguishing*, o *overruling*, e o *overriding*.

Portanto, os precedentes judiciais surgem com muitos pontos positivos, prometendo bons resultados para o ordenamento jurídico brasileiro, seja como forma de garantir a segurança jurídica mediante a simetria dos julgados, seja como forma de controlar o ativismo jurisdicional.

Aprovado em: 17/6/2017. Recebido em: 18/3/2017.

REFERÊNCIAS

- ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012.
- VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2007, p. 135-8.
- DOZINETTI, Elpídio. **A força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/Do/66/2BCCB4109195A3B4E81808A8/A%20forca%20dos%20precedentes%20no%20novo%20Codigo%20de%20Processo%20Civil.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2017.
- FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. **Precedentes judiciais e separação de poderes**. Cadernos jurídicos. São Paulo. Ano 16. Nº 40, p. 97-114, abril-junho/2015. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101622/precedentes_judiciais_separacao_filippo.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017.
- LOURENÇO, Haroldo. **Precedente Judicial como fonte do direito**: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. Disponível em: file:///C:/Users/karin/Downloads/precedente_judicial_como_fonte_do_direito_alguas_consideracoes_sob_a_otica_do_novo_cpc.pdf. Acesso em: 02 fev. 2017.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Como se opera com precedentes segundo o novo CPC?** Disponível em: <http://jota.uol.com.br/como-se-opera-com-precedentes-segundo-o-novo-cpc#_ftn3>. Acesso em: 18 jan. 2017.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Fontes do Direito no sistema do “Common Law”. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, vol. 1, p. 351-82, out. 2010. Disponível em: Revista dos Tribunais Online.
- SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: uma introdução ao Direito dos EUA. 1. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 35-40.
- STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **SENSO INCOMUM: O que é isto** — o sistema (sic) de precedentes no CPC? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 18 jan. 2017.
- The doctrine of judicial precedents**. Disponível em: <<http://www.sze.hu/~kallay/letolt/2011/februar/the%20doctrine%20of%20judicial%20precedent.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

Karin Andressa Lisboa Nunes

*Pós-Graduada em Direito Contratual pelo CERS.
Membro da Comissão de Relações Internacionais da OAB-DF.
Graduada em Direito pela Universidade Católica de Brasília – UCB.
Advogada.*

karinlisboa.adv@gmail.com

Kayro Ycaro Alencar Soares

*Pós-graduando em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (Idp).
Membro da Comissão de Direito das Famílias da OAB-DF.
Membro da Comissão de Apoio ao Advogado Iniciante da OAB-DF.
Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB).
Advogado.*

kayro_ycaro@hotmail.com

INSCRIÇÃO DE ENTES FEDERATIVOS EM CADASTROS FEDERAIS DE INADIMPLÊNCIA E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL

Abhner Youssif Mota Arabi

FINANCIAL FEDERATIVE CONFLICTS IN THE BRAZILIAN SUPREME COURT'S JURISPRUDENCE

RESUMO

Dentre os casos de competência originária atribuídos ao Supremo Tribunal Federal, estão as demandas que envolvam conflito federativo nos termos do art. 102, I, *f*, do texto constitucional. Nesse contexto, grande parte das ações que chegam àquela Corte pelo mencionado dispositivo constitucional diz respeito à inscrição de Estados-membros em cadastros federais de restrição de crédito, geralmente em razão de supostas irregularidades cometidas em convênios anteriores. Essas questões, judicializadas no STF, são de importante discussão, pois envolvem diretamente a atividade financeira do Estado, por abarcarem o recebimento e a aplicação de recursos públicos. Inserido nesse contexto, portanto, o presente artigo apresenta análise das decisões proferidas pelo STF nessas ações, desde alguns critérios processuais (como a competência) até argumentos de mérito utilizados pela Corte como fundamento de suas deliberações. Procurar-se-á não apenas sistematizar os argumentos utilizados, mas também analisá-los criticamente.

» **PALAVRAS-CHAVE:** FEDERALISMO FISCAL. CADASTROS FEDERAIS DE INADIMPLÊNCIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

ABSTRACT

Among the several constitutional cases originally conferred to the Brazilian Supreme Court, are the demands involving conflict between federal entities, in accordance with article 102 of the Brazil's Constitution. Much of the activity the Court exercised by the aforementioned constitutional provision is related to demands proposed by the States about the federal registries of credit restriction. These issues are judicialized before the Supreme Court and reveal important federative aspect due to the direct involvement with the financial activity of the state. Therefore, this essay aims at an analysis of the decisions of the Supreme Court in these actions, since some procedural criteria until substantive arguments used by the Court as the basis for its deliberations.

» **KEYWORDS:** FISCAL FEDERALISM. CREDIT RESTRICTION. BRAZILIAN SUPREME COURT.

INTRODUÇÃO

O texto constitucional de 1988, ao tratar do Poder Judiciário, deu posição de destaque ao Supremo Tribunal Federal (STF), atribuindo-lhe a função precípua de guardar a Constituição. Trata-se, portanto, do Tribunal Constitucional brasileiro, mas ao qual, ao contrário do que muitos pretendem afirmar, não se atribui a competência para julgar apenas as questões eminentemente constitucionais, diferentemente do que se dá em outros países que também possuem um órgão jurisdicional semelhante.¹

Os casos cuja competência para processamento e julgamento se atribui ao STF, de todo modo, são os previstos pelo artigo 102 do texto constitucional, seja originariamente (inciso I), seja por recurso ordinário (inciso II), ou, por fim, por recurso extraordinário (inciso III). Dentre os casos de

competência originária, a alínea *f* do inciso I do art. 102 cita “as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta”. É mais especificamente sobre esse dispositivo – e as questões dele decorrentes – que se pretende tratar no presente artigo, de modo a fazer uma abordagem fundada principalmente no entendimento jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal a ele tem conferido.

Aliás, por meio da análise da jurisprudência mais recente do STF sobre a interpretação de algumas das alíneas do inciso I do art. 102 da Constituição Federal (CF) de 1988, pode-se notar um traço comum na atuação daquela Corte, que tem adotado interpretação mais restritiva das disposições constitucionais quanto ao tema, a fim de justificar a competência para processar e julgar originariamente aqueles feitos com base na *ratio essendi* dessas disposições. Ultrapassa-se, assim, a interpretação eminentemente literal desses dispositivos da Constituição, a fim de buscar a essência e o sentido existentes por detrás da redação gramatical deles. São exigidos por essa interpretação novos requisitos para que se caracterize a competência originária do STF, os quais, a rigor, não constam da redação dos dispositivos interpretados. O resultado dessa tendência jurisprudencial é, em resumo, diminuir os casos que devam ser originariamente submetidos à apreciação dessa Corte, já tanto afogada pelos inúmeros processos que – majoritariamente pela via recursal extraordinária – lhe são submetidos.²

Essa mesma tendência também se verifica em relação ao dispositivo que será enfocado no presente artigo (art. 102, I, *f*, da CF/88). Como se pretende oportunamente demonstrar, o entendimento inicial de que bastava a presença dos citados entes nos polos da relação processual, para que se configurasse a competência do STF, foi também recentemente alterado, atribuindo-lhe contornos mais restritos. Exige-se, agora, como mais à frente detidamente se explicará, a existência do risco de potencial abalo do pacto federativo, para que se justifique tal competência originária.

Em decorrência dessa nova restrição, grande parte dos processos que ainda restaram como de processamento e julgamento originários pelo STF diz respeito a relações de direito financeiro e, mais especialmente, a inscrições dos Estados-membros da federação nos cadastros federais de restrição ao crédito, organizados e mantidos pela União. São os famosos casos de inscrição, por exemplo, no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI), no Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal (Cadin) e no Serviço Auxiliar de Informações para Transferências Voluntárias (CAUC).³

É nesse contexto mais específico que o presente artigo se insere, buscando sistematizar uma análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em tais casos, bem como traçar a orientação jurisprudencial pela qual se pauta a Corte nessas ações. O objetivo é reportar os fundamentos aos quais os Ministros costumam recorrer para fundamentar as suas decisões nas hipóteses das mencionadas inscrições de Estados-membros nos cadastros federais de inadimplência/irregularidades.

Assim, pretende-se, ao final deste artigo, ter abordado as principais questões jurisprudenciais sobre o tema em debate – desde as questões de competência até as questões de mérito –, emitindo-se, também, posição crítica sobre alguns conceitos adotados pelo Supremo Tribunal Federal.

1 A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ESTABELECIDADA NO ART. 102, I, F: REQUISITOS JURISPRUDENCIAIS

A alínea *f* do inciso I do artigo 102 do texto constitucional dispõe caber ao STF processar e julgar originariamente “as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta”. Nota-se, em um primeiro olhar, que a redação constitucional literal não faz muitas exigências para que seja caracterizada a competência originária daquele Tribunal, bastando que o conflito se estabeleça entre a União e quaisquer dos Estados-membros, ou entre estes, incluindo-se as entidades integrantes da administração pública indireta. Aqueles casos que envolvam conflitos com Municípios, portanto, não são abrangidos pela hipótese constitucional, os quais deverão ser solucionados pelo órgão jurisdicional competente.

Seguindo essa interpretação que, à primeira vista, exsurge, o Supremo Tribunal Federal assentava, de início, que, para que se configurasse sua competência originária, bastava a presença dos entes indicados no dispositivo constitucional em polos antagônicos da relação processual. Assentava-se, portanto, que, existindo determinado conflito entre entes federados – e aqui ficam excluídos os Municípios –, justificava-se a competência originária do STF.⁴

Entretanto, seguindo a tendência aqui já mencionada, mais recentemente houve uma evolução⁵ nesse entendimento jurisprudencial, para assentar que não bastaria apenas esse critério *ratione personae*, mas, também, a existência, no litígio, da potencialidade de conflito federativo entre as partes. Assim, passou-se a exigir jurisprudencialmente a necessidade de que a lide instaurada envolvesse situação de potencial conflito capaz de abalar o pacto federativo, não sendo de competência originária do STF, portanto, aquelas causas de menor relevância, ou as que envolvessem mero conflito patrimonial, por exemplo.⁶

Sob o fundamento da interpretação teleológica de qual seria o fundamento implícito no dispositivo constitucional que o justificaria, passou-se a distinguir, desse modo, as hipóteses de conflito entre entes federados e as de conflito federativo. Passou-se a exigir, assim, para que se configure a competência definida no art. 102, I, *f*, do texto constitucional, a presença concomitante de dois requisitos: (i) a contraposição de interesses entre os entes mencionados no dispositivo constitucional; e (ii) a potencial capacidade de o conflito abalar o pacto federativo.⁷

Quanto ao que aqui mais interessa, entretanto, mesmo com essa alteração jurisprudencial, mantém-se o entendimento de que, nas causas em que se verse sobre situações nas quais a União ou suas entidades autárquicas procedam à inscrição de Estado-membro⁸ da federação em seus ca-

cadastros de registros de supostas inadimplências, fica configurada a competência originária do STF. Ou seja: entende-se haver potencial conflito federativo nesses casos, já que, pela inscrição nos mencionados cadastros federais, restringe-se a possibilidade de que os Estados-membros inscritos firmem acordos de cooperação, convênios e operações de crédito com entidades federais, de modo a submetê-los a efeitos potencialmente gravosos, notadamente por dificultar o recebimento de novas verbas e por envolver a aplicação de recursos públicos.⁹

Assim, as ações que discutam os atos de inscrição de Estados ou do Distrito Federal nos diferentes cadastros de inadimplência mantidos pelo Governo Federal (SIAFI, CADIN e CAUC, por exemplo) deverão ser discutidas originariamente no Supremo Tribunal Federal, não havendo divergências na Corte quanto a esse aspecto. Esse entendimento é o que pacificamente prevalece em quaisquer das fases jurisprudenciais acima mencionadas.

Afirmado esse primeiro ponto relativo à questão processual do órgão competente para processar e julgar o feito, cumpre agora analisar quais são os fundamentos utilizados pela jurisprudência do STF quanto à parte material discutida nessas ações. É esse o foco dos próximos tópicos.

2 OS FUNDAMENTOS MATERIAIS DA JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE A INSCRIÇÃO DE ENTES FEDERATIVOS NOS CADASTROS FEDERAIS DE INADIMPLÊNCIA

Em geral, a inscrição pela União dos Estados-membros em seus cadastros federais de restrição ao crédito decorre da alegada prática de irregularidade realizada em sede de termo, convênio ou parceria anteriormente firmados entre determinado órgão ou entidade federal e outro órgão ou entidade administrativamente ligados ao Estado inscrito, ou de qualquer descumprimento das obrigações financeiras e fiscais às quais os entes públicos devam se submeter. Para melhor entender essa afirmativa, imagine-se, por exemplo, a hipótese de um convênio fixado entre o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), autarquia federal, e a Secretaria de Educação de certo Estado, pelo qual se pactuava o repasse de verbas federais ao órgão estadual com a finalidade de implementação de programa educacional local. Na avença, dentre outras obrigações, o Estado compromete-se a prestar contas à entidade federal da utilização e da aplicação dos recursos recebidos. No caso, por exemplo, do cometimento de alguma irregularidade nessa prestação de recursos ou na própria execução financeira do convênio, proceder-se-á à inscrição do Estado-membro nos cadastros federais de inadimplência/irregularidade, em consequência do que o Estado inscrito ficará impedido de realizar novos acordos de cooperação, convênios e operações de crédito com entidades federais.

Observa-se, assim, que se trata de situação notadamente de Direito Financeiro, visto que envolve diretamente o recebimento, o planejamento, a aplicação, o controle e a fiscalização de receitas públicas e orçamentárias.¹⁰ Ademais, justamente por essas mesmas razões, trata-se de tema bastante importante, pois envolve consequências muito penosas aos Estados-membros, sendo raro encontrar, dentre as várias Ações Cíveis Originárias do Supremo Tribunal Federal – que é como são

autuadas essas demandas –, algum estado que não requeira a exclusão judicial de sua inscrição nos já mencionados cadastros federais.

No tópico anterior, tratou-se de aspecto mais processual atinente ao tema, isto é, a questão da competência para o processamento e o julgamento das ações que discutem essas matérias, abordando-se em quais casos se justificaria a competência originária do Supremo Tribunal Federal. Na sequência, cumpre, agora, analisar a parte material da questão, ou seja, quais são os fundamentos jurídicos invocados pelo STF para decidir esse tipo de demanda. É esse o objetivo do novo tópico, que se destinará a abordar os principais pontos de fundamentação dessas decisões, discorrendo sobre como têm eles sido aplicados e tecendo eventuais considerações críticas de tal aplicação.

2.1 O PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA SUBJETIVA DAS SANÇÕES

Um dos fundamentos que o Supremo Tribunal Federal tem utilizado em suas decisões é o princípio da intranscendência subjetiva das sanções. O princípio da intranscendência talvez seja mais conhecido no ramo do Direito Penal, pelo qual se diz que a pena não pode passar da pessoa que cometeu a infração penal respectiva. Também comumente chamado de princípio da pessoalidade, o preceito está esculpido no inciso XLV do art. 5º do texto constitucional de 1988¹¹ e preconiza que somente o condenado poderá responder pelo fato praticado, não se transmitindo, portanto, a responsabilidade penal aos seus sucessores, por exemplo.¹²

Vê-se, em traço paralelo, que, no Direito Civil, diferentemente, a responsabilidade civil admite a sua transmissão aos sucessores daquele inicialmente responsável por determinada obrigação, existindo a responsabilização além da própria pessoa. Essa extensão é possível, inclusive, quanto aos efeitos civis e patrimoniais de eventual crime praticado pelo sucedido nos termos da ressalva do dispositivo constitucional acima mencionado. Em todo caso, porém, observe-se que a responsabilização nunca chega a alcançar a esfera patrimonial propriamente do sucessor, já que a transmissão da responsabilidade civil nesses casos se dá até o limite do patrimônio recebido.¹³

O foco que aqui se tem, contudo, é o Direito Financeiro. Cabe, portanto, a partir dessa introdução comparativa sobre o tema com outros ramos do Direito, tratar de como esse princípio tem sido aplicado pelo Supremo Tribunal Federal nos casos em que Estados da federação requeiram a exclusão judicial de suas inscrições em cadastros federais de restrição ao crédito e repasses financeiros.

A Lei Complementar nº 101/2000, mais amplamente conhecida como a Lei de Responsabilidade Fiscal – cuja edição, aliás, já completou quinze anos –, foi editada em cumprimento ao mandamento previsto no artigo 163 do texto constitucional, com o propósito principal de estabelecer normas de finanças públicas direcionadas para a afirmação da reponsabilidade na gestão fiscal dos recursos públicos, estabelecendo, igualmente, limites de gastos ao poder público e normas para a elaboração e a execução das leis orçamentárias, da receita e dívida públicas, do endividamento público, das transferências voluntárias, dentre outras providências. Observa-se que as disposições

da lei, nos termos de seus artigos iniciais, obrigam todos os níveis da federação – União, Estados, Distrito Federal e Municípios –, alcançando, inclusive, suas respectivas administrações indiretas.

Por consequência, a referida lei previu também espécies de sanções aos entes federativos e suas entidades que descumprirem os limites por ela estabelecidos. Como exemplo, cita-se a hipótese prevista no próprio texto constitucional (§ 2º do artigo 169)¹⁴ e regulamentada pela lei, do descumprimento por determinado ente público do limite estabelecido para despesas com pessoal, quando se tornará possível a suspensão de repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados-membros e aos Municípios, além das disposições do artigo 23 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que prevê a impossibilidade de recebimento de transferências voluntárias, de obtenção de garantia de outro ente e de contratação de operações de crédito.

É justamente a partir de casos como esse, dentre tantos outros possíveis, que a União, para aplicação das sanções previstas no ordenamento jurídico-financeiro, inscreve os entes federativos nos cadastros federais de inadimplência/irregularidade. Em consequência, solicitações de transferências voluntárias ou de contratação de operações de crédito em instituições financeiras vinculadas à União (como é o caso do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, por exemplo) são negadas. Em razão dessa negativa, os entes federativos inscritos recorrem ao Judiciário, sendo que, nos casos em que o conflito de interesses se dá entre a União e os Estados-membros, a competência é originária do STF nos termos do já abordado art. 102, I, f, do texto constitucional. Um dos principais argumentos invocados pelos Estados-membros nessas ações é justamente o princípio da intranscendência subjetiva das sanções, argumento que, como se verá, tem sido, em regra, amplamente aceito pela jurisprudência daquele Tribunal.

Em traços resumidos, o princípio da intranscendência subjetiva das sanções surge de ideia semelhante à que serve de fundamento ao postulado no Direito Penal: as restrições e as sanções jurídico-financeiras, tais como as acima exemplificadas, devem se restringir ao âmbito estritamente pessoal do infrator, isto é, não podem ser aplicadas contra agente estranho àquele que praticou o ato gerador das sanções impostas. A aplicação das sanções e das restrições jurídico-financeiras rege-se, assim, pelo princípio da personalidade, não se aplicando a gestões posteriores e diferentes daquela na qual exsurgiu a irregularidade motivadora da restrição.

Com efeito, é assim que, por vezes, o princípio tem sido interpretado pelo STF, utilizando-se a ideia de que, quando a inscrição de Estado-membro, bem como as consequências jurídicas atinentes a essa inscrição, for baseada em irregularidade protagonizada por gestão anterior, teria lugar a aplicação do princípio da intranscendência subjetiva das sanções. Haveria, assim, na interpretação que o Tribunal tem atribuído ao postulado, motivos fáticos e fundamentos jurídicos suficientes à exclusão da inscrição do Estado-membro nos cadastros federais, afastando-se, em sucessão, as consequências jurídicas que dela decorrem.

Veja, a propósito, trecho do voto proferido pelo Min. Celso de Mello no julgamento do Agravo Regimental na Ação Cível Originária 1.612, processo do qual era relator, levado à apreciação do Plenário do STF:

Com efeito, assiste razão ao autor quando invoca a ocorrência, na espécie, de violação ao princípio da intranscendência (ou da personalidade) das sanções e das medidas restritivas de ordem jurídica, especialmente se se considerar a alegação de que (...) a penalização imposta pela STN ao Poder Executivo transcende à esfera de competência deste, que, mesmo querendo não poderá ingerir no Tribunal de Justiça local para mudar o quadro, segundo a STN, de excessos e de ofensas à LRF' (fls. 10 – grifei).

É importante assinalar que o postulado da intranscendência tem sido reafirmado por Juízes desta Suprema Corte (AC 1.761/AP, Rel. Min. EROS GRAU – AC 1.936/SE, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI – AC 2.197-REF-MC/DF, Relator Min. CELSO DE MELLO – AC 2.228/DF, Relator Min. AYRES BRITTO – AC 2.270/ES, Relator Min. CEZAR PELUSO, v.g.), bem assim pelo Plenário (AC 266-QO/SP, Relator Min. CELSO DE MELLO – AC 1.033-AgR-QO/DF, Relator Min. CELSO DE MELLO – ACO 925-REF – MC/RN, Relator Min. CELSO DE MELLO – ACO 970-tutela antecipada/PA, Relator Min. GILMAR MENDES, v.g.): [...]

Devo salientar que, em casos rigorosamente idênticos ao de que ora se cuida – e nos quais também se registrava a ocorrência de igual restrição fundada em suposta inobservância dos limites estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, alegadamente descumpridos por órgãos estatais dotados de autonomia administrativa, financeira e orçamentária (Tribunal de Justiça, Ministério Público, Tribunal de Contas e Assembleia Legislativa locais) –, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a pretensão deduzida pelos Estados-membros. (ACO 1.434/PE, Relator Min. TEORI ZAVASCKI – RE 683.681-AgR/SP, Relator Min. LUIZ FUX – RE 768.005/CE, Relator Min. DIAS TOFFOLI, v.g.)¹⁵

Em muitos casos, porém, o Tribunal tem afirmado que, quando “a inscrição [...] nos cadastros federais de restrição encontra fundamento, também, no apontado descumprimento de convênio protagonizado por gestão anterior”, “é admissível a aplicação, no caso concreto, do princípio da intranscendência subjetiva das sanções”¹⁶. Nota-se, assim, que o princípio tem tido aplicação vasta pelo Supremo Tribunal Federal, que, em muitos casos, adota interpretação ampla dele.

Entretanto, entende-se que o princípio deveria ter aplicação mais restrita, conforme a seguir se expõe. Isso, porque, no âmbito da administração pública, se deve zelar pelo princípio da impessoalidade, e não da pessoalidade. Assim, o mero fato de que houve uma mudança de chefe do Poder Executivo de um Estado-membro (ou seja, seu governador) não pode servir de fundamento para afastar as sanções jurídico-financeiras impostas ao ente federativo. A administração pública do governo ou a gestão política da unidade da federação não se identificam com a pessoa do governante eleito para conduzi-las, mas possui existência própria, autônoma, institucional e impessoal. O ente federativo, que, inclusive, é pessoa jurídica de direito público autônoma, não se confunde com a pessoa física que a conduz e é sob esse parâmetro da impessoalidade que aqui se defende a aplicação do princípio da intranscendência subjetiva das sanções. Destaque-se: não se defende o completo afastamento da aplicação do princípio, mas apenas sua aplicação mais restrita, direcionada pelo parâmetro da impessoalidade.

Assim, tem-se que a aplicação do princípio sob análise deve se restringir a duas hipóteses principais: (i) casos em que a inscrição do Estado-membro nos cadastros federais e as restrições por ele sofridas sejam decorrentes de irregularidade protagonizada por entidade autônoma e independente; (ii) casos em que essas consequências decorram de irregularidade atribuída a órgãos públicos que, ainda que despersonalizados, sejam dotados de autonomia constitucional.

Nas duas hipóteses, o fundamento para a aplicação do princípio da intranscendência subjetiva das sanções é semelhante: nesses casos, está-se diante de situações nas quais o órgão central do Poder Executivo (isto é, a administração pública direta chefiada pelo Governador do Estado-membro) não pode – no primeiro caso, em razão da relativa independência e autonomia das entidades e, no segundo, em razão da autonomia constitucional de determinados órgãos – corrigir, por si só, a situação de irregularidade que justifique a aplicação das sanções e das restrições. Desse modo, teria lugar o princípio da intranscendência subjetiva das sanções sob o fundamento de que seria injusto ao Poder Executivo do Estado-membro sofrer as consequências resultantes de atos praticados por órgãos ou entidades sobre os quais não exerce controle.

No primeiro caso, na hipótese de se tratar de entidades públicas autônomas e independentes – como são as que integram a administração pública estadual indireta –, a ingerência pela chefia do ente federativo seria impossível justamente em razão da relativa autonomia, apesar do vínculo administrativo ao ente público, que lhes é atribuída. Tanto o é, que se atribui a essas entidades personalidade jurídica de direito público própria como forma de concretizar essa assegurada autonomia. Seria o caso, por exemplo, do descumprimento perpetrado por autarquias estaduais, ou eventuais fundações públicas estaduais dotadas de personalidade jurídica de direito público.

No segundo caso, que se refere a órgãos cuja autonomia é constitucionalmente assegurada, tem-se que também é justificável a aplicação do princípio da intranscendência, mesmo sendo o caso de unidades públicas não dotadas de personalidade jurídica própria (bem por isso, aliás, é que se constituem como órgãos).¹⁷ Nesses casos, porém, nota-se que não se admitiria aplicação do princípio a todo e qualquer órgão administrativo, mas tão somente àqueles dotados de autonomia constitucional.

Assim, por exemplo, no caso de descumprimento dos limites de gastos com pessoal atribuído ao Poder Legislativo, ao Judiciário, ao Ministério Público ou ao Tribunal de Contas, as consequências jurídico-financeiras que decorressem desse descumprimento pela aplicação do princípio da intranscendência não poderiam alcançar o ente federativo estadual ao qual se relacionam.

A justificativa, como já aludido, reside na autonomia atribuída constitucionalmente a esses órgãos em decorrência do princípio da independência dos três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário –, expressamente previsto no art. 2º da CF/88. Especificamente quanto aos órgãos mencionados, há também dispositivos constitucionais diretamente relacionados à autonomia de cada um deles: Poder Judiciário (art. 99), Ministério Público (art. 127 e parágrafos), Tribunal de Contas (art. 70 e seguintes), além do Poder Legislativo. Aliás, a própria Lei de Responsabilidade Fiscal traz, quanto ao ponto de limites de gastos com pessoal, disposições diferentes para cada um dos Poderes, conforme constante de seu artigo 20.

Desse modo, em virtude da autonomia administrativa e financeira atribuída a esses órgãos, a organização Poder Executivo não pode exercer controle sobre eles, tampouco pode obrigá-los a cumprirem os limites legalmente estipulados. Por essa razão, teria lugar a aplicação do princípio

sob estudo, visto que o principal atingido pelas sanções e pelas restrições seria o Poder Executivo central, que sofreria as consequências de atos que não cometeu ou que não pode corrigir.

Quanto a esse ponto, conclui-se, assim, que o princípio deve ter sua aplicação restrita às hipóteses acima elencadas e constitucionalmente justificadas. Tem-se por equivocada a aplicação do postulado aos casos em que a irregularidade que fundamenta a aplicação das sanções seja atribuída à unidade central do Poder Executivo e aos órgãos da administração direta a ele vinculados, ainda que se trate de gestão anterior.

Com efeito, um dos desdobramentos do princípio da pessoalidade consiste na imputação dos atos praticados pelos agentes públicos às pessoas jurídicas em nome das quais atuam. Veja-se, a propósito, as disposições de Furtado sobre essa vertente do princípio, as quais, apesar de se contextualizarem no âmbito do Direito Administrativo, trazem significativos reforços ao que aqui se tem defendido:

O terceiro enfoque da impessoalidade retira dos agentes públicos a responsabilidade pessoal, perante terceiros, pelos atos que praticam.

Se determinado agente público, no exercício da função pública, pratica ato, a responsabilidade é atribuída diretamente à pessoa jurídica à qual o órgão em que o agente esteja lotado está vinculado. A rigor, os atos praticados pelos agentes públicos foram praticados diretamente pelas respectivas pessoas jurídicas. Tomemos o exemplo de agente público cuja investidura venha a ser futuramente anulada. Seria possível a terceiro anular os atos praticados pelo agente público sob o argumento de que ele não poderia tê-los praticado? Neste exemplo, a aplicação do princípio da impessoalidade leva-nos à conclusão de que o ato não foi praticado pelo agente A ou pelo agente B, mas que ele foi praticado pela Administração Pública, o que impede a sua anulação. Não se pode, a partir dessa situação, concluir que particular não possa suscitar incompetência de agente público. Efetivamente que sim. O que não é possível é a arguição de que a perda da competência do agente invalide os atos praticados por este agente enquanto detinha a competência para a sua prática (FURTADO, 2013, p. 86).

Assim, o caráter intrascendente da aplicação das sanções sobre as quais aqui se trata deve ter seu enfoque subjetivo nas pessoas jurídicas de direito público, e não nas pessoas físicas dos gestores ou dos administradores. Isto é, deve-se analisar o princípio sob o seguinte enfoque: se a irregularidade que motiva a aplicação das sanções for atribuída a pessoa jurídica autônoma (integrante da administração pública indireta) ou a órgão cuja autonomia é constitucionalmente assegurada, tem lugar a aplicação do princípio da intrascendência subjetiva das sanções;¹⁸ se, porém, a irregularidade for atribuída ao próprio ente federativo em si ou a órgão integrante da administração pública diretamente a ele vinculada, descabe a invocação àquele princípio.

Portanto, eventual infração cometida por gestão política anterior não exime o seu sucessor de, em nome do próprio ente federativo, observar os requisitos legais para recebimento de recursos federais, nem mesmo de envidar esforços à apuração das responsabilidades e ao saneamento das irregularidades. É por isso, junto às outras razões aqui dispostas, que se defende essa aplicação mais restrita do princípio da intrascendência subjetiva das sanções, sem, no entanto, afastar por completo a sua incidência.

2.2 A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Outro fundamento bastante recorrente nas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema diz respeito à necessária observância do contraditório e da ampla defesa, a qual deve ocorrer

também na esfera administrativa e, mais especificamente, em relação aos casos dos quais aqui se trata, de forma prévia à efetiva inscrição dos Estados-membros nos cadastros federais e à aplicação das sanções e das restrições cabíveis. Cumpre, nesse sentido, ver como esses princípios têm sido aplicados pela jurisprudência daquela Corte.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, como amplamente sabido, estão previstos no artigo 5º, LV, do texto constitucional, texto este que também consagra o princípio do devido processo legal no inciso LIV daquele mesmo artigo.¹⁹ Com efeito, os conceitos de contraditório e de ampla defesa, a despeito de comumente andarem juntos, são, a rigor, distintos. Nos casos aqui estudados, por exemplo, assegurar o contraditório significa oportunizar ao Estado-membro a capacidade de contradizer aquilo que afirma a União, ou a entidade promovente da inscrição, contrapondo os seus argumentos. Garantir a ampla defesa, por sua vez, condiz com a capacidade de, no exercício de seu direito ao contraditório, o Estado-membro utilizar-se de todos os recursos de defesa legalmente permitidos.

Nesses casos, aliás, tem-se uma especial incidência desses postulados, haja vista que as limitações sofridas pelos entes federativos implicam, em última análise, restrição ao exercício e concretização de direitos fundamentais por sua população. Isso, porque, nessas hipóteses, estão envolvidos diretamente o recebimento e a aplicação de verbas públicas, as quais, em tese, são sempre aplicadas visando ao interesse público, gerando consequências diretas no campo dos direitos fundamentais e das garantias individuais.

Sob essa perspectiva, portanto, mostra-se imperioso que se reconheça também às pessoas jurídicas de direito público a possibilidade de titularizarem tais direitos e garantias constitucionais, dentre as quais se incluem o contraditório e a ampla defesa. Sobre o tema, Mendes e Branco assim dispõem:

Não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas humanas. Os direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular.
[...]

Questão mais melindrosa diz com a possibilidade de pessoa jurídica de direito público vir a titularizar direitos fundamentais. Afinal, os direitos fundamentais nascem da intenção de garantir uma esfera de liberdade justamente em face dos Poderes Públicos.

Novamente, aqui, uma resposta negativa absoluta não conviria, até por força de alguns desdobramentos dos direitos fundamentais do ponto de vista da sua dimensão objetiva.

Tem-se admitido que as entidades estatais gozam de direitos do tipo procedimental. Essa a lição de Hesse, que a ilustra citando o direito de ser ouvido em juízo e o direito ao juiz predeterminado por lei. A esses exemplos, poder-se-ia agregar o direito à igualdade de armas – que o STF afirmou ser prerrogativa, também, da acusação pública, no processo penal – e o direito à ampla defesa (MENDES e BRANCO, 2015).

Justamente em virtude de todas essas considerações é que o STF tem assentado a necessária observância do contraditório e da ampla defesa antes que se proceda à efetiva inscrição do ente federado nos cadastros federais de inadimplência/irregularidades. Observe-se que a Corte tem afirmado que deve ser possibilitada a efetiva oportunidade de exercício dessas prerrogativas, não bastando, por exemplo, a mera notificação ao Estado de que será inscrito naqueles cadastros. É preciso que se garanta o efetivo e pleno conhecimento dos elementos necessários à apresentação de

sua ampla defesa. Nesse sentido, aliás, em referência ao contraditório e à ampla defesa, a Corte já teve a oportunidade de afirmar o seguinte:

O referido postulado não resta atendido pela mera emissão de ofícios e a comprovação de seu recebimento pelo ente cuja inscrição se efetivará, quando inexistente, no conteúdo desses documentos, qualquer possibilidade de impedir a inscrição do ente estadual diversa do puro e simples adimplemento da obrigação, nos moldes propostos unilateralmente pelo ente convenente (STF, 2015).²⁰

Assim, exemplificando a posição jurisprudencial do STF que aqui se tem afirmado, veja-se o seguinte trecho do voto proferido pelo Min. Celso de Mello no julgamento da Medida Cautelar da Ação Cautelar 2.895, processo do qual era relator, levado à apreciação do Plenário do STF:

Cabe advertir, por relevante, considerada a essencialidade da garantia constitucional da plenitude de defesa e do contraditório, que a Constituição da República estabelece, em seu art. 5º, incisos LIV e LV, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, notadamente naqueles casos em que se viabilize a possibilidade de imposição, a determinada pessoa ou entidade, de medidas consubstanciadoras de limitação de direitos.

Impende assinalar, bem por isso, na linha de decisões que já proferi nesta Corte (RTJ 183/371-372, Relator Min. CELSO DE MELLO – AI 306.626/MT, Relator Min. CELSO DE MELLO, v.g.), que o Estado, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer pessoa (inclusive das pessoas estatais), não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois – cabe enfatizar – o reconhecimento da legitimidade ético jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público, de que resultem, como no caso, consequências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais, exige a fiel observância do princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV), consoante adverte autorizado magistério doutrinário. (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, ‘Comentários à Constituição Brasileira de 1988’, vol. 1/68-69, 1990, Saraiva; PINTO FERREIRA, ‘Comentários à Constituição Brasileira’, vol. 1/176 e 180, 1989, Saraiva; JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, ‘O Direito à Defesa na Constituição de 1988’, p. 71/73, item n. 17, 1991, Renovar; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, ‘O Direito à Defesa na Constituição’, p. 47/49, 1994, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, ‘Comentários à Constituição do Brasil’, vol. 2/268-269, 1989, Saraiva; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ‘Direito Administrativo’, p. 401/402, 5. ed., 1995, Atlas; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, ‘Curso de Direito Administrativo’, p. 290 e 293/294, 2. ed., 1995, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, ‘Direito Administrativo Brasileiro’, p. 588, 17. ed., 1992, Malheiros, v.g.)²¹

Identifica-se, assim, que, ao lado da aplicação do princípio da intranscendência subjetiva das sanções, a necessária observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa tem servido como forte fundamento à determinação judicial pelo STF de inscrições realizadas pela União ou por suas entidades nos cadastros federais de restrição. Quanto a isso, entende-se acertada a posição do Tribunal, visto que se trata de dois postulados constitucionalmente assegurados, os quais devem ser garantidos não apenas na via judicial, mas também na administrativa, antes que se imponham a determinado ente federativo sanções e limitações que possam comprometer seu orçamento e suas finanças públicas, as quais, em última essência, implicam prejuízo à população daquele ente.

2.3 A NECESSIDADE OU NÃO DA PRÉVIA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL

Um último argumento que se destaca nas decisões aqui tratadas diz respeito à necessidade ou não de realização de prévia tomada de contas especial, a fim de que se constate efetivamente a existência de vícios ou irregularidades em determinado ato público antes que o ente federativo seja, de fato, inscrito nos cadastros federais já mencionados e que a ele sejam aplicadas as sanções decorrentes. Nas próximas linhas, passa-se, portanto, a tratar desse procedimento e de como tem ele sido invocado pelo STF nas Ações Cíveis Originárias aqui delimitadas.

Um dos fortes marcos inerentes ao paradigma do Estado Democrático de Direito está no *rule of law*, princípio de origem inglesa segundo o qual, em síntese, uma nação deve ser regida por seu ordenamento jurídico, em oposição, inclusive, a eventuais arbitrariedades estatais. Assim, nesse modelo de Estado, também os órgãos e as entidades públicos encontram limites legais à sua atuação, devendo obediência a regras jurídicas previamente estabelecidas que regulam a convivência em sociedade, submetendo todos, inclusive o próprio Estado, à supremacia das leis²² por meio do respeito às liberdades civis e da busca pela efetivação dos direitos fundamentais.

Dessa necessária limitação do agir estatal decorre a possibilidade e a necessidade de controle da atuação da Administração Pública por meio de mecanismos que garantam o acompanhamento e a fiscalização da atividade administrativa do Estado. Em atendimento a essa necessidade, surgem vários modelos de controle da Administração Pública, tais como o controle judicial, o administrativo, o de mérito, o de legalidade, o de eficiência. Dentre essas várias classificações de modalidades de controle, tem-se a distinção entre controle interno e externo: no primeiro, a atividade de fiscalização é feita pela mesma unidade administrativa de onde proveniente o ato que será fiscalizado; no segundo, a atividade de fiscalização é realizada por unidade administrativa diferente.

No modelo brasileiro, de acordo com a modalidade do controle externo, destacam-se os tribunais de Contas, órgãos administrativos vinculados ao Poder Legislativo, aos quais se atribui o exercício das atividades de controle externo dos gastos públicos. No âmbito federal, por exemplo, tem-se o Tribunal de Contas da União – TCU, que recebe tratamento específico no artigo 71 do texto constitucional de 1988, o qual indica e detalha os instrumentos por meio dos quais realizará esse seu mister funcional.

Dentro de sua atribuição fiscalizatória de julgamento de diversas modalidades de contas públicas, estão as contas especiais, nos termos do art. 8º da Lei nº 8.443/98,²³ a Lei Orgânica do TCU. Assim, a Tomada de Contas Especial – TCE é um procedimento do qual a Administração Pública dispõe para se ressarcir de eventuais danos a ela causados, pelo qual se pode apurar fatos, quantificar danos e identificar os agentes públicos responsáveis.²⁴ Em linhas gerais, portanto, esse instrumento tem lugar, quando se está diante de conduta praticada por agente público em desconformidade com a lei ou com o interesse público, seja em função da não prestação de contas e da irregular apropriação, seja da utilização de recursos públicos etc.

Diante desse cenário, os Estados começaram a alegar judicialmente que, para que se procedesse à inscrição dos entes federativos nesses cadastros federais de restrição, exigir-se-ia, primeiro, a instauração de processo de Tomada de Contas Especial bem como sua conclusão. Argumentavam que só assim, após a conclusão definitiva desse procedimento, é que se poderia afirmar a existência de irregularidade, motivo que levaria à aplicação das restrições cabíveis nos termos da lei.

Esse entendimento, aliás, por vezes tem sido albergado pelo Supremo Tribunal Federal, que, em suas decisões sobre a matéria, já afirmou a necessidade da prévia tomada de contas especial,

para que definitivamente se reconheça a existência de irregularidades, somente após o que se tornaria possível a inscrição do ente nos cadastros de restrição ao crédito organizados e mantidos pela União. Veja-se, por exemplo, que o Ministro Celso de Mello, no julgamento plenário de recurso na ACO 1.848,²⁵ processo do qual era relator, assim afirmou:

Com efeito, tenho pra mim que a inscrição, no SIAFI/CADIN/CAUC, do Estado do Maranhão, com todas as graves restrições jurídicas que daí derivam, sem que se tenha precedido à prévia instauração de processo de “tomada de contas especial”, ocasiona, em tese, violação ao postulado constitucional do devido processo legal (também aplicável aos procedimentos de caráter meramente administrativo).

Entretanto, o Tribunal já reconheceu a existência de repercussão geral em recurso extraordinário que, a despeito de se referir a um Município – caso em que a competência da Corte não se dá de forma originária –, trata da mesma questão. O tema, indexado pelo número 327, está assim disposto: “Inscrição de Município no SIAFI/CADIN sem o prévio julgamento de Tomada de Contas Especial”. Trata-se, na espécie, de recurso extraordinário interposto pela Fundação Nacional de Saúde – FUNASA contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que expressamente afirmava ser “ilegítima a inscrição de Município de inadimplentes no SIAFI, antes do julgamento da Tomada de Contas Especial (TCE), por violação ao princípio do devido processo legal no âmbito administrativo”. O mérito do recurso, porém, ainda não foi apreciado, tendo se afirmado apenas a existência de repercussão geral da matéria, nos seguintes termos:

LEGITIMIDADE DA INSCRIÇÃO DE MUNICÍPIO NO CADASTRO DE INADIMPLENTES DO SISTEMA INTEGRADO DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA DO GOVERNO FEDERAL – SIAFI. NECESSIDADE DO PRÉVIO JULGAMENTO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

O fundamento principal da tese que defende a necessidade da realização prévia da Tomada de Contas Especial, como se nota, é a proteção e a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, há que se fazer algumas ponderações sobre a tese. Ressalte-se que não se está afirmando a desnecessidade de observância dos mencionados postulados, os quais, inclusive, foram objeto de tratamento específico no tópico antecedente, mas apenas que eles podem ser atendidos antes mesmo de realizada, ou ainda que não realizada, a Tomada de Contas Especial.

A Tomada de Contas Especial e a inscrição de ente federativo no CAUC/SIAFI são figuras que possuem finalidades diferentes. Com efeito, se verificada a ocorrência de prejuízo ao erário público em razão da não prestação de contas, da aplicação incorreta de recursos recebidos ou de outro motivo pertinente, deve-se sim abrir o processo de TCE, ao mesmo tempo em que, se já efetivamente comprovado o dano, a irregularidade deve ser registrada nos cadastros federais de inadimplência, conforme previsto na legislação atinente.

Aliás, a própria instauração de procedimento de Tomada de Contas Especial já pressupõe a efetiva comprovação da existência de prejuízo ao erário, e não apenas seu mero indício ou suspeita.²⁶ Assim, nos casos em que for cabível a TCE, já se terá, em tese, a comprovada situação de dano ao erário, o que já seria motivo para inscrição nos referidos cadastros. Observe-se, porém, que, antes que se proceda a essa inscrição em procedimento anterior e diferente do da Tomada de Contas Es-

pecial, deve-se oportunizar ao ente que será inscrito a possibilidade de exercício do contraditório e da ampla defesa nos termos do que já abordado no tópico anterior.

Se, depois de possibilitada a oportunidade do efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa ao ente federativo, ficar constatada a inconsistência na prestação de contas, que é o requisito legalmente exigido, entende-se ser possível a inscrição do ente federativo nos cadastros federais de restrição, em virtude da própria orientação legislativa de resguardar o patrimônio público, prevenindo o agravamento dos efeitos da inadimplência. A Tomada de Contas Especial, por sua vez, serve para aferir o *quantum debeatur* do dano e para ensejar a responsabilização pessoal do agente público causador da irregularidade, mas não para que se comprove o *an debeatur* em si, que, em tese, já terá sido configurado antes da instauração desse procedimento, tornando possível o ato de inscrição.

Verifica-se, portanto, que o ato de inscrição do ente federativo nos cadastros federais de inadimplência tem a finalidade principal de garantir a implementação da restrição legalmente estipulada na Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como na Lei nº 10.522/2002, que, em seu artigo 26-A, § 5º, por exemplo, assim dispõe:

§ 5º Na ocorrência de uma das hipóteses de inadimplência previstas nos §§ 1º a 4º, ou no caso de as contas prestadas serem rejeitadas total ou parcialmente, o concedente registrará a inadimplência no sistema de gestão do instrumento e comunicará o fato ao órgão de contabilidade analítica a que estiver vinculado, para fins de instauração de tomada de contas especial, ou outro procedimento de apuração no qual sejam garantidos oportuni- zados o contraditório e a ampla defesa das partes envolvidas.

Nota-se, portanto, existir expressa permissão legal de inscrição nos cadastros de inadimplência antes mesmo da instauração – e quanto mais de sua conclusão – do procedimento de Tomada de Contas Especial. Esse instrumento, por sua vez, destina-se a finalidade diversa: a identificação dos responsáveis e a quantificação do dano causado ao erário por aqueles responsáveis pela gestão de recursos públicos, conforme previsto no já mencionado artigo 8º da Lei n. 8.443/92.

O que se deve garantir, portanto, não é a necessária instauração e conclusão do procedimento de Tomada de Contas Especial antes que se proceda à inscrição, mas a oportunidade ao ente que deva ser inscrito do efetivo exercício de seus direitos ao contraditório e à ampla defesa. Desse modo, concretiza-se o que se encontra constitucionalmente previsto, sem que se atue de forma contrária ou diferente do que preconiza a lei.

CONCLUSÃO

A atividade financeira do Estado é providência indispensável à persecução e ao alcance dos objetivos constitucionais e medida fundamental à concretização de direitos fundamentais e garantias individuais. Com efeito, a previsão e a obtenção de receitas, a definição dos gastos públicos, a gestão das verbas públicas são atuações essenciais para que o Estado atenda as necessidades públicas e proveja à população os serviços tipicamente estatais. Essa captação, gestão e dispêndio das receitas públicas, entretanto, deve se dar de forma racional, pelo que se faz importante a definição de limites à atuação daquele que maneja tais recursos financeiros.

Em um Estado Democrático de Direito, as definições de seu ordenamento jurídico vinculam não apenas os particulares que nele existem, mas também o poder público. É dizer: em um regime de supremacia das leis, também a atuação estatal encontra limites no conjunto de regras jurídicas de um Estado de Direito, as quais devem ser obedecidas sob pena de responsabilização pessoal daquele que as descumprir. Assim também é – e não poderia deixar de ser – no que se refere à atuação financeira do Estado, isto é, a obtenção de receita e a realização dos gastos para o atendimento das necessidades públicas, que devem se dar de forma responsável e planejada, nos ditames da lei. Nesse sentido, aliás, é que foi editada a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), por exemplo.

Com efeito, as definições políticas de uma república federativa possuem reflexos em todos os campos do ordenamento jurídico nela vigente. No âmbito do direito financeiro, não ocorre de modo diferente. A relação entre a forma de Estado adotada – o federalismo –, o modo como ela é disposta e as disposições econômico-financeiras do texto constitucional definem o chamado federalismo fiscal, que orientará as relações entre os entes federados em matérias contidas nesses campos jurídicos.

A Constituição brasileira de 1988, ao sagrar o modelo de federalismo cooperativo, estabeleceu competências, atribuições e também direitos aos diversos níveis da federação – União, Estados-membros e Municípios –, disciplinando a relação federativa de modo geral. De acordo com essas definições mínimas, traço importante que também deve ser destacado diz respeito à divisão constitucional de recursos financeiros (expressão aqui adotada em sentido amplo), seja em relação à definição dos bens públicos, à atribuição de sua titularidade e à participação nos resultados de sua exploração; seja em relação às receitas públicas e sua consectária repartição. Aliás, esse é um ponto particular de alta influência sobre o campo do Direito Financeiro, no qual se discute importante ferramenta para a execução do autogoverno, da auto-organização e da autoadministração dos entes federativos, das políticas públicas, da Federação e da própria democracia em geral: o orçamento público.

De fato, o orçamento dos entes federados e a aplicação das receitas que lhes competem são questões diretamente ligadas ao desempenho da autonomia de cada um deles e de suas prerrogativas atribuídas pelo regime federativo. Pode-se dizer, portanto, que a definição dos bens e receitas públicos, bem como as questões financeiro-orçamentárias a ela vinculadas, constitui traço fundamental à realização e à concretização de uma federação como a brasileira.

Nesse amplo contexto, tendo como foco a jurisprudência do STF, buscou-se tratar, no presente trabalho, de um evento de comum ocorrência e do qual decorrem gravosas restrições financeiras, que representa, seguramente, verdadeiro conflito federativo: a inscrição de entes federativos em cadastros federais de inadimplência. Conforme já observado, tem-se, por exemplo, como decorrência desse evento a impossibilidade de recebimento de transferências voluntárias, de obtenção de garantia de outro ente e de contratação de operações de crédito.

Tendo em vista os mencionados efeitos, em busca da exclusão dessas inscrições, os Estados-membros procuram no Judiciário acolhida para o seu pleito sob diversos argumentos. Trata-se de

controvérsia de ocorrência bastante frequente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que, nos casos em que esse denso conflito de interesses se dê entre a União e os Estados-membros da federação, possui competência originária para processar e julgar esses feitos nos termos do art. 102, I, f, do texto constitucional de 1988.

Esse, aliás, foi o primeiro aspecto analisado sobre a questão aqui abordada, no qual se buscou verificar como a jurisprudência daquela Corte tem assentado a sua competência para os feitos propostos com base no mencionado dispositivo constitucional. Na sequência, superada essa questão preliminar, passou-se a analisar os fundamentos materiais que orientam as decisões do STF na matéria.

Tratou-se, inicialmente, do princípio da intranscendência subjetiva das sanções, assentando posição crítica em relação à posição afirmada pelo Tribunal em alguns julgados, defendendo-se, no presente artigo, que a aplicação do princípio sob análise deve se restringir a duas hipóteses principais: (i) casos em que a inscrição do Estado-membro nos cadastros federais e as restrições por ele sofridas sejam decorrentes de irregularidade protagonizada por entidade autônoma e independente; (ii) casos em que essas consequências decorram de irregularidade atribuída a órgãos públicos que, ainda que despersonalizados, sejam dotados de autonomia constitucional.

Na sequência, tratando dos princípios do contraditório e da ampla defesa, defendeu-se, nesse sentido, a necessária observância dos postulados antes que se proceda à efetiva inscrição do ente federado nos cadastros federais de inadimplência/irregularidades.

Por fim, discorrendo sobre o debate relativo à necessidade ou não da realização da Tomada de Contas Especial, preliminarmente se anotou que, por existir expressa permissão legal de inscrição nos cadastros de inadimplência antes do procedimento de Tomada de Contas Especial, esse instrumento, inclusive por se destinar a finalidade diversa, seria desnecessário para aquele fim. Concluiu-se, nesse sentido, que seria inafastável não a prévia realização do procedimento de Tomada de Contas Especial, mas a oportunidade de efetivo exercício dos direitos ao contraditório e à ampla defesa.

Como já destacado, trata-se de tema bastante recorrente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, um dos que mais se repete no âmbito do Direito Financeiro. Seu estudo, portanto, é fundamental para que também o Poder Judiciário possa colaborar com a formatação do ordenamento jurídico atinente, contribuindo para o cumprimento da legislação que introduziu o conceito de responsabilidade fiscal, prezando por maiores planejamento, organização e racionalidade na gestão pública dos recursos financeiros.

Aprovado em: 20/6/2017. Recebido em: 17/4/2017.

NOTAS

¹ Para exemplificar tal afirmação, veja-se, a propósito, o que consta do Relatório de Atividades de 2014 do Supremo Tribunal Federal, no qual se afirma que, durante aquele exercício, a Corte proferiu mais de 114 mil decisões, tendo ingressado quase 80 mil novos processos no

STF durante o mesmo período. Em comparação, a Suprema Corte dos Estados Unidos, segundo pronunciamento de seu Secretário-Geral em agosto/2014, julga cerca de 80 processos por ano.

² Veja-se, por exemplo, a nova interpretação conferida ao que dispõe a alínea 'r' daquele mesmo dispositivo constitucional, que dispõe competir ao STF processar e julgar originariamente “as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público”, disposição incluída pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que tratou da reforma do poder Judiciário. Em 24/09/2014, no julgamento conjunto da questão de ordem na Ação Originária 1.814 e do agravo regimental na Ação Cível Originária 1.680, apesar de a redação do dispositivo constitucional não fazer qualquer tipo de restrição quanto ao ponto, fixou-se uma nova tese: a competência do STF para processar e julgar as ações que questionam atos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) circunscreve-se tão somente às ações tipicamente constitucionais (mandados de segurança, mandados de injunção, *habeas corpus* e *habeas data*), não alcançando, por exemplo, as ações ordinárias, que devem tramitar perante o primeiro grau do órgão competente da Justiça Federal. Com efeito, o acórdão da ACO 1.680-AgR (Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, DJe de 1/12/2014), por exemplo, foi assim ementado: “CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO PROPOSTA CONTRA O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ART. 102, I, R, DA CONSTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITA DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Não se enquadra na competência originária do Supremo Tribunal Federal, de que trata o art. 102, I, r, da CF, ação de rito comum ordinário, promovida por detentores de delegação provisória de serviços notariais, visando à anulação de atos do Conselho Nacional de Justiça CNJ sobre o regime dos serviços das serventias (relação de vacâncias, apresentação de balancetes de emolumentos e submissão a teto remuneratório). 2. Agravos regimentais improvidos.”

³ No sítio eletrônico do Banco Central, diz-se que “O Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal (Cadin) é um banco de dados que contém os nomes: de pessoas físicas e jurídicas com obrigações pecuniárias vencidas e não pagas para com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta; de pessoas físicas que estejam com a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) cancelada e de pessoas jurídicas que sejam declaradas inaptas perante o Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ).” (informação disponível em <http://www.bcb.gov.br/?CADINFAQ>). Já no do Tesouro Nacional, por sua vez, define-se, em relação ao SIAFI, que “é o Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal que consiste no principal instrumento utilizado para registro, acompanhamento e controle da execução orçamentária, financeira e patrimonial do Governo Federal” (informação disponível em <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/siafi>). Por fim, encontra-se, ainda, que “o Serviço Auxiliar de Informações para Transferências Voluntárias (CAUC) possui caráter meramente informativo e facultativo, e apenas espelha registros de informações que estiverem disponíveis nos cadastros de adimplência ou sistemas de informações financeiras, contábeis e fiscais, geridos pelo Governo Federal, discriminadas na Instrução Normativa STN nº 2, de 2 de fevereiro de 2012.” (informação disponível em http://www.tesouro.fazenda.gov.br/pt_PT/cauc).

⁴ Como exemplo do entendimento citado, veja-se, a propósito, o que decidido pelo STF na ACO 555-QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 4/8/2005, em cuja ementa assim se dispunha (sem grifos no original): “STF: competência originária (CF, art. 102, I, f): ação proposta por uma unidade federada, o Distrito Federal, contra a União, caso em que, **à fixação da competência originária do Tribunal, sempre bastou a qualidade das pessoas estatais envolvidas, entidades políticas componentes da Federação, não obstante a estatura menor da questão: precedentes**”.

⁵ Aqui apenas se deixa claro que pelo uso do termo “evolução” não se quer necessariamente significar que houve uma melhora, mas tão somente que houve uma alteração, uma mudança. Essa ressalva vale para todas as vezes nas quais a expressão for utilizada neste trabalho.

⁶ Para exemplificar o que se afirma, veja-se o que decidido na ACO 1.416-AgR, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 2/6/2015, cujo acórdão foi assim ementado (sem grifos no original): “AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NÃO INCIDÊNCIA DO DISPOSTO PELO ARTIGO 102, I, F, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **O MERO CONFLITO PATRIMONIAL ENTRE ENTES FEDERATIVOS NÃO É CAUSA BASTANTE A JUSTIFICAR A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DESTA CORTE. PRECEDENTES. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A competência constitucional originária do Supremo Tribunal Federal para a ação prevista no art. 102, I, f, da Constituição Federal demanda a existência de situação de conflito capaz de abalar o pacto federativo.** Precedentes: ACO 1.364, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe de 6/8/2010; ACO 1.140, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 26/5/2010; ACO 1.295-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, DJe de 2/12/2010; ACO 1.480 QO, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 20/08/2010; Rcl 3.152, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 13/03/2009; RE 512.468 AgR, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 06/06/2008. 2. *In casu*, verifica-se que o objeto do pedido revela interesse eminentemente patrimonial, dissociado de qualquer questão capaz de pôr em risco o princípio federativo, não se justificando a competência originária do STF. 3. Agravo regimental DESPROVIDO.”

⁷ Nesse sentido ver o que decidido na ACO 1.007, rel. Min. Roberto Barroso.

⁸ No presente artigo, a expressão “Estado-membro” é por vezes utilizada, em todas elas significando os Estados membros da federação, isto é, abrangendo não apenas os Estados, mas também o Distrito Federal.

⁹ A propósito, veja-se o que decidido no julgamento da AC 2.200-MC-REF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. em 2/2/2009 (sem grifos no original): “Inscrição de Estado-membro no Sistema Integrado da Administração Financeira (SIAFI) e no CAUC. Óbice à celebração de novos acordos, convênios e operações de crédito. Proximidade do término do prazo para realização de empenho por parte da União. Suspensão do registro de inadimplência [...]. **O STF tem reconhecido a ocorrência de conflito federativo em situações nas quais a União, valendo-se de registros de supostas inadimplências dos Estados no Siafi e no Cadastro de Créditos não quitados do setor público federal (CADIN), impossibilita sejam firmados acordos de cooperação, convênios e operações de crédito entre Estados e entidades federais. O registro**

da entidade federada por suposta inadimplência nesses cadastros federais pode sujeitá-la a efeitos gravosos, com desdobramentos para a transferência de recursos”.

¹⁰ Ricardo Lobo Torres, por exemplo, ao tratar da atividade financeira do Estado e do objeto do Direito Financeiro, dispõe que aquela “é o conjunto de ações do Estado para a obtenção de receita e a realização dos gastos para o atendimento das necessidades públicas” (TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 3). Em linha semelhante, Marcus Abraham dispõe que a atividade financeira “destina-se a prover o Estado com recursos financeiros suficientes para atender às necessidades públicas”, envolvendo “a arrecadação, a gestão e aplicação desses recursos” (ABRAHAM, Marcus. **Curso de direito financeiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 22).

¹¹ O dispositivo assim dispõe: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

¹² Tanto o é que a morte do agente é uma das causas extintivas da punibilidade, conforme disposição do art. 107, I, do Código Penal.

¹³ A propósito, destaca-se do dispositivo constitucional citado na nota de rodapé nº 11 o seguinte trecho: “até o limite do valor do patrimônio transferido”. No mesmo sentido é o Código Civil ao tratar do Direito das Sucessões, assim dispondo em seu art. 1.792: “O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados”.

¹⁴ O dispositivo é assim redigido: “Decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida neste artigo para a adaptação aos parâmetros ali previstos, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites”.

¹⁵ Trecho constante do voto proferido pelo Min. Celso de Mello no julgamento do Agravo Regimental na Ação Cível Originária 1.612, processo do qual era relator, julgado pelo Tribunal Pleno do STF em 27/11/2014, constante das páginas 4-6 do inteiro teor do acórdão publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 13/2/2015.

¹⁶ Nesse sentido, conferir a ACO 1.393-AgR, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 9/6/2015.

¹⁷ No Direito Administrativo, os órgãos e entidades surgem a partir de movimentos de distribuição de competências materiais entre unidades administrativas. As figuras, no entanto, diferem porque as entidades administrativas surgem pelo processo de descentralização administrativa, pelo qual a distribuição de competências se faz a unidades administrativas dotadas de personalidade jurídica própria; enquanto que os órgãos administrativos surgem em razão do processo de desconcentração, pelo qual se realiza a repartição de competência sem criar nova personalidade jurídica à respectiva unidade administrativa. Exemplos de entidades públicas federais são as autarquias públicas, fundações públicas de direito público. Exemplos de órgãos públicos são os Ministérios de Estado, o Supremo Tribunal Federal, o Banco Central, dentre outros.

¹⁸ Em geral, é assim que tem se colocado a maior parte da jurisprudência do STF sobre o ponto. A propósito, bem se resume a questão pelo seguinte trecho constante da decisão monocrática proferida pelo Min. Dias Toffoli na ACO 1.631, processo do qual é relator (DJJe de 10/4/2015): “O postulado da intranscendência subjetiva das relações obrigacionais e das sanções jurídicas correlatas tem sido aplicado por esta Corte quando se trata de inscrição de ente decorrente de atuação de entidade da administração indireta, do Poder Legislativo ou do Judiciário, entidades diversas, portanto, daquela a que se pretende sancionar”. Destaque-se, porém, que mesmo quanto a essa aplicação mais restrita há divergências no Tribunal. Veja-se, por exemplo, o caso da ACO 1.289, na qual o relator, Min. Teori Zavascki aplicou o princípio da intranscendência subjetiva das sanções, apesar de ressaltar seu entendimento nos seguintes termos: “Ressalvo meu entendimento pessoal quanto a esse tema, em casos como os da espécie, em que o descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal foi praticado por um dos Poderes de Estado (o Legislativo), que é órgão do próprio Estado. Considerar que tal descumprimento não traz consequências para o Estado significa uma forma indireta de irresponsabilidade por seus atos, ou por atos praticados por seus próprios órgãos internos (em contrariedade ao previsto no art. 2º, I, da Lei Complementar 101/2000)”. Entretanto, aquele primeiro entendimento é o que tem prevalecido e é o que tem sido afirmado pelo Tribunal em suas decisões colegiadas.

¹⁹ Os dispositivos mencionados são assim redigidos: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

²⁰ Trecho do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux no julgamento do Agravo Regimental na Ação Cível Originária 815, levado à apreciação pela Primeira Turma do Tribunal na sessão de 29/6/2015.

²¹ Trecho constante do voto proferido pelo Min. Celso de Mello no julgamento da Medida Cautelar na Ação Cautelar 2.895, processo do qual era relator, julgado pelo Tribunal Pleno do STF em 22/6/2011, constante da página 14 do inteiro teor do acórdão publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 30/10/2014.

²² Ao se falar em “supremacia das leis”, refere-se não à acepção formal das leis, mas sim ao seu significado amplo, no qual se inclui também, por exemplo, o texto constitucional.

²³ Assim dispõe o artigo citado: “Art. 8º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta Lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.”

²⁴ A Instrução Normativa TCU nº 71, de 28 de novembro de 2012, que dispõe sobre a instauração, a organização e o encaminhamento ao Tribunal de Contas da União dos processos de tomada de contas especial, em seu artigo 2º, assim define o procedimento: “Art. 2º Tomada de contas especial é um processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com apuração de fatos, quantificação do dano, identificação dos responsáveis e obter o respectivo ressarcimento”.

²⁵ ACO 1.848-AgR, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. em 6/11/2014, DJe de 6/2/2015.

²⁶ A afirmação consta, inclusive, do “Manual de Tomada de Contas Especial”, documento elaborado pela Controladoria-Geral da União – CGU com o objetivo de orientar os gestores públicos quanto à TCE. Em tal manual, aponta-se a “Comprovação efetiva de dano ao Erário e não apenas indício ou suspeita de sua Ocorrência” como um dos critérios a serem observados na indicação de TCE. O documento está disponível em <http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/avaliacao-da-gestao-dos-administradores/tomadas-de-contas-especiais/arquivos/manualtce.pdf>, acesso em 29/6/2015.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de direito financeiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

_____. **Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada**. São Paulo: Editora Forense, 2016.

ARABI, Abhner Youssif Mota; GOMES, Marcus Lívio; ALVES, Raquel de Andrade Vieira (Coord.). **Direito Financeiro e Jurisdição Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2016.

ARABI, Abhner Youssif Mota; GOMES, Marcus Lívio. **Separação dos Poderes e a Lei de Responsabilidade Fiscal: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e uma análise conciliatória entre princípios constitucionais**. In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado; ALLEMAND, Luiz Claudio; ABRAHAM, Marcus (Org.). **Responsabilidade fiscal: análise da Lei Complementar nº 101/2000**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Relatório de Atividades 2014 / Supremo Tribunal Federal**. – Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2015, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorio/anexo/relatorio2014.pdf>, Acesso em 29/05/2015.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

GOMES, Marcus Lívio; ABRAHAM, Marcus; TORRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito Financeiro na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro: teoria da constituição financeira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Abhner Youssif Mota Arabi

Especialista em Direito Administrativo (2015).

Pós-Graduando em Ordem Jurídica e Ministério Público pela

Fundação Escola Superior do MPDFT - FESMPDFT (2016).

Aluno especial do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB).

Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) - 2013.

Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal desde 2014.

Professor.

Palestrante.

abhner.ab@gmail.com

CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Paula Daher Sardinha

CONSIDERATIONS ABOUT THE UNCONSTITUTIONAL RES JUDICATA

RESUMO

O presente trabalho apresenta os aspectos relevantes da coisa julgada e declarada inconstitucional. A análise deste instituto abordará desde os conceitos fundamentais para compreensão da coisa julgada até as críticas que envolvem a sua desconstituição, enfatizando a relação entre a mera inconstitucionalidade e o bom funcionamento do processo. Discussões relacionadas à possibilidade de relativização da coisa julgada serão expostas, para demonstrar os diferentes pontos de vista a respeito do tema, de grande relevância para o Processo Civil brasileiro. O estudo sistematizado da coisa julgada inconstitucional trará à baila a sua repercussão no ordenamento jurídico, na medida em que sua intangibilidade é questionada em decorrência da violação de valores, de princípios constitucionais bem como do texto constitucional. Além disso, será verificada a possibilidade de conferir o mesmo tratamento ao vício de inconstitucionalidade presente nas leis e na sentença, e serão feitos apontamentos sobre os problemas gerados pela imutabilidade. Assim, este trabalho tem como objetivo estudar a importância da relativização da coisa julgada, o que envolve, principalmente, posicionamentos doutrinários, ponderações a respeito de mudanças trazidas pelo novo Código de Processo Civil e questões contemporâneas da doutrina e da jurisprudência.

» PALAVRAS-CHAVE: COISA JULGADA. INCONSTITUCIONALIDADE. RELATIVIZAÇÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. JUSTIÇA.

ABSTRACT

The present study seeks to trace the relevant aspects of the res judicata declared unconstitutional. The analysis of this institution will approach from the fundamental concepts for understanding the res judicata to criticism involving its deconstitution, emphasizing the relation between the mere unconstitutionality and the good functioning of the judicial process. It will be exposed discussions related to the possibility of relativization of the res judicata, in the sense of demonstrating the different points of view regarding the subject, which is of great relevance for the Brazilian Civil Procedure. The systematic study of the unconstitutional res judicata will address its repercussion in the legal system, insofar as its intangibility is questioned against the violation of values, constitutional principles, as well as the constitutional text. In addition, it will be verified the possibility of giving the same treatment to the unconstitutionality issues in the laws and in the sentence, and will be made notes on the problems generated by the immutability. In this sense, this work aims at studying the importance of the relativization of the res judicata involving, mainly, doctrinal lines of thoughts, considerations regarding the changes brought by the new Code of Civil Procedure and contemporary issues of doctrine and jurisprudence.

» KEYWORDS: RES JUDICATA. UNCONSTITUTIONALITY. RELATIVIZATION. LEGAL CERTAINTY. JUSTICE.

INTRODUÇÃO

Os trabalhos que tratam de atos jurisdicionais praticados em desconformidade com a Magna Carta têm despertado a atenção de interessados devido ao caráter instigador de intangibilidade dispensado à coisa julgada. E isso tem provocado divergências no meio jurídico.

Embora não seja tecnicamente correto utilizar a expressão “coisa julgada inconstitucional” – pois a inconstitucionalidade não abrange a

coisa julgada em si, mas sim as normas jurídicas e as decisões transitadas em julgado –, a doutrina e a jurisprudência a têm adotado comumente.

É requisito de eficácia e validade de qualquer julgamento que o seu conteúdo esteja de acordo com a Constituição Federal, respeitados os princípios constitucionais de segurança jurídica, justiça, legalidade, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, entre outros. Caso contrário, o julgamento será considerado inconstitucional. E ainda, se não couber mais recurso e tiver decorrido o prazo para a propositura da ação rescisória, estará formada a “coisa julgada inconstitucional”.

O Estado moderno tem como função principal dirimir conflitos interindividuais, ao decidir sobre pretensões apresentadas pela sociedade. Para que haja garantia do usufruto do bem da vida reconhecido em decisão judicial, deverá existir um momento em que serão encerradas as questões sobre o pronunciamento estatal. É preocupação do magistrado, ao prolatar sua decisão, estabelecer o momento em que será materializada essa certeza.

A certeza está diretamente relacionada com a previsibilidade e a segurança jurídica, uma vez que confirmar a pretensão de alguém, por meio de um ato decisório, em relação a outrem, significa o fim das incertezas que pairavam entre os litigantes e que, outrora, lhes causavam profunda angústia. A coisa julgada tem a função de assegurar a estabilidade dos pronunciamentos judiciais e de solucionar incertezas trazidas ao Judiciário. Logo, seu conceito está estritamente ligado ao do princípio da segurança jurídica, visto que não é adequado conceder uma prestação jurisdicional em ambiente de incertezas.

O cerne do trabalho diz respeito à relativização da coisa julgada e a suas críticas. Assim, à luz de um raciocínio jurídico pautado pela lógica do razoável, seria possível a revisão da coisa julgada material em virtude da mera declaração de inconstitucionalidade da lei utilizada como razão de decidir?

Com base nesse contexto, pode-se concluir que o tema adotado é de grande relevância para o direito, pois, quando se demonstra que a coisa julgada não possui caráter absoluto, é necessário buscar o melhor caminho para a sua desconstituição, e a ação rescisória e os embargos à execução terminam por ser reconhecidos pelo direito positivo como instrumentos hábeis para a impugnação de decisões judiciais inconstitucionais irrecorríveis. Para tanto, são levados em conta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o que contribui para que a atuação do órgão jurisdicional seja mais eficiente e satisfatória.

1 AS NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE A COISA JULGADA

A coisa julgada, embora seja protegida pela Carta Magna em seu art. 5º, XXXVI, é considerada muito mais do que um princípio constitucional. É vista como regra indispensável à existência do discurso jurídico e, conseqüentemente, ao exercício da própria jurisdição (MARINONI, 2013, p. 56).

A matéria é regulada pelo CPC/15, a fim de equiparar à lei o provimento jurisdicional de mérito, além de conceituar a coisa julgada como a qualidade especial da decisão de mérito responsável

por tornar imutável e indiscutível o seu conteúdo. Logo, é responsável por declarar uma nova situação jurídica como não mais passível de recurso.

A função da jurisdição é buscar resolver, de modo definitivo, os litígios que deram causa à instauração de processo. Logo, o instituto da coisa julgada é de grande importância, já que está diretamente relacionado a essa imutabilidade. Por esse motivo, quando não couber mais recurso, diz-se que a decisão alcançou força de lei, tendo seus efeitos projetados para além do processo.

A condição de estabilidade está diretamente relacionada ao caráter definitivo do pronunciamento judicial; do contrário, as divergências entre as partes nunca acabariam, e a jurisdição se ocuparia com as mesmas demandas sucessivas vezes.

A doutrina, assim, passou a considerar a coisa julgada como o instituto que objetiva proteger o comando de uma sentença, de maneira a torná-lo imutável, ou seja, não pode ser alterado posteriormente, nem pode haver discussão futura sobre o respectivo tema, que já foi decidido. Isso, porque o principal objetivo de uma sentença é, além de aplicar a vontade da lei, ser instrumento que comporte o ato de vontade do juiz, que se efetiva por meio de um comando, como órgão integrante do Estado.

O Código de Processo Civil de 1973 trazia, em seu art. 467, o conceito de coisa julgada como a “eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença irrecorrível” (NEVES, 2012, p. 535). Já no CPC/15, tal conceito é estabelecido no art. 502, em que foram substituídas uma palavra e uma expressão do antigo texto: além de “sentença” vir substituída por “decisão de mérito”, o dispositivo legal menciona a “autoridade da sentença” em vez de “eficácia”, o que significa dizer que se objetivou evidenciar a distinção entre a coisa julgada e os efeitos da decisão.

1.1 A COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL

São dois os momentos da coisa julgada, nas palavras de Câmara (2011, p. 480): “os dois degraus do mesmo fenômeno”.

A coisa julgada formal só tem capacidade de pôr termo ao módulo processual, não permitindo que se discuta o objeto novamente, no mesmo processo (CÂMARA, 2011, p. 480). O fenômeno da coisa julgada formal revela a impossibilidade de se impugnar uma decisão que foi proferida no mesmo processo.

Essa imutabilidade da decisão decorre “da falta de iniciativa recursal da parte, de sua iniciativa tardia, da utilização de alguns recursos suscetíveis de impugnar a decisão e da renúncia de outros, ou ainda, da exaustão dos recursos disponíveis” (BERMUDES, apud PORTO, 2006, p. 63).

Já quanto à coisa julgada material, como determina o art. 502 do CPC/15, é a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso. A imutabilidade do conteúdo da sentença de mérito produz efeitos fora do processo, fazendo com que a matéria discutida não mais possa ser objeto de novo debate em outro processo (art. 337, VII, § 4º, do CPC/15).

É importante destacar, segundo Câmara (2011, p. 482), que a coisa julgada material só poderá existir, quando a decisão de mérito for fundada em cognição exauriente. Isso quer dizer que decisões baseadas em exames menos profundos não permitem a concretização de juízos de certeza e, por isso, não são passíveis de se tornarem imutáveis.

Assim, quando for instaurado novo processo no qual seu objeto já tenha sido discutido em processo anterior e já tenha transitado em julgado, ele deverá ser extinto sem resolução de mérito, devido à existência da coisa julgada material (art. 485, V, do CPC/15).

Nessa mesma linha de ideias, interessante a rápida abordagem sobre a coisa julgada no processo coletivo. A *res iudicata*, que diz respeito aos direitos difusos e coletivos, caracteriza-se pelo regime da coisa julgada *secundum eventum probationis* (art. 103, I e II, do CDC). Significa dizer que, no processo coletivo, o juiz deverá sempre buscar a prolação de uma sentença em que sejam esgotados todos os meios de provas. Caso não seja possível o referido esgotamento, a sentença não será capaz de produzir coisa julgada material e, por conseguinte, poderá a parte autora, ou qualquer outro legitimado, propor novamente a mesma demanda, valendo-se de provas novas e suficientes para novo debate.

1.2 OS LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS

Possui força de lei, nos limites das questões expressamente decididas e da causa, a sentença que julgar o mérito (arts. 141 e 503, do CPC/15). É o pedido feito pela parte no processo que irá determinar os limites objetivos da coisa julgada. Logo, as questões que não forem expressamente decididas não serão cobertas pelo manto da coisa julgada, ainda que digam respeito ao mérito da causa.

A mudança trazida pelo CPC/15 ao texto do art. 503 se resume em duas importantes palavras: decisão e mérito. Antes, elas eram tratadas pelo CPC/73, respectivamente, como sentença e lide. Essa substituição possibilitou que a coisa julgada acobertasse os acórdãos, as decisões interlocutórias de parcela do mérito e as decididas monocraticamente (desde que abordassem o mérito).

O CPC/15 também é responsável por ampliar os limites objetivos da coisa julgada para que o véu da imutabilidade alcance as questões prejudiciais (pontos controvertidos que repercutirão no julgamento do mérito – art. 503, §1º), pois, diferentemente do CPC/73, a coisa julgada se estende automaticamente a essas questões. Não mais será necessário o ajuizamento de ação declaratória incidental, como ocorria na sistemática do antigo código. Entretanto, existem alguns requisitos que precisam ser respeitados para que a questão prejudicial seja decidida em caráter definitivo, quais sejam: o réu oferecer contestação, o exame de mérito depender da resolução da questão prejudicial, o juízo ser competente para conhecê-la, a questão ser expressamente examinada e não haver limitações ou restrições probatórias à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial (GONÇALVES, 2016).

É a partir do estudo dos limites objetivos da coisa julgada que será possível definir as partes da sentença que se submetem à autoridade da coisa julgada. O CPC/15, em seu art. 504, define essas partes,

ao prescrever que não fazem coisa julgada: os motivos, mesmo sendo fundamentais para definir o alcance da parte dispositiva da sentença, e a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

É na parte dispositiva da sentença que se encontra o conteúdo decisório do juiz, sobre o qual recai a autoridade da coisa julgada, já que “contém norma concreta, ou preceito enunciado pelo juiz” (CINTRA et al. 2010, p. 335).

Assim, somente as questões que constarem no dispositivo da sentença podem ser consideradas imutáveis, o que permite dizer que os fundamentos poderão voltar a ser discutidos em outro processo. Ou seja, os motivos, a verdade dos fatos e a decisão incidental da questão prejudicial não são imutáveis, por fazerem parte da fundamentação da sentença.

O art. 506 do CPC/15 regula os limites subjetivos da coisa julgada, dispondo que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”. Entende-se que o terceiro não é atingido pela coisa julgada, porque, quando for prejudicado pela eficácia da sentença, poderá dar início a outro processo, para levantar tal questão.

Na primeira parte de sua antiga redação, o art. 472 do CPC/73 estabelecia que, ao fazer coisa julgada entre as partes, a sentença não beneficiava, nem prejudicava terceiros. Percebe-se que o CPC/15 suprimiu do texto legal correspondente a parte que menciona o benefício a terceiros e, dada tal supressão, é interessante questionar se a coisa julgada poderia, de alguma forma, favorecê-los.

Tendo em vista que doravante não há mais vedação expressa em lei que impeça a concessão do benefício, a resposta deverá ser positiva, pois, afinal, “terceiros poderão se aproveitar da coisa julgada material, que apenas não poderá prejudicá-los” (NEVES, 2016, p. 851). Saliente-se que, ao mencionar “terceiros”, o código, em respeito às garantias constitucionais, está se referindo àqueles que tiveram participação no litígio, e não aos alheios ao processo.

Nesse sentido, importante trazer à baila a situação hipotética em que duas pessoas que prestaram determinado concurso público tivessem errado a mesma questão na prova de múltipla escolha. Uma delas, ao consultar o gabarito, percebeu que a questão foi mal formulada, ou aceitava mais de uma resposta certa, ou abordava matéria não constante do edital. Logo, resolveu entrar com ação anulatória, para invalidar tal questão. Pergunta-se: o outro candidato que também errou poderia se beneficiar de tal decisão? A resposta deve ser positiva, pois, do contrário, a coisa julgada criaria desigualdade entre duas pessoas que estão na mesma situação jurídica e, além disso, geraria a proliferação de ações idênticas.¹

1.3 OS PROBLEMAS GERADOS PELA IMUTABILIDADE

A imutabilidade da coisa julgada, como visto, é forte aliada dos princípios da segurança jurídica e da economia processual. Ocorre que se tornou crescente a preocupação da doutrina com a coisa julgada, derivada de sentenças injustas que violam os princípios da moralidade, da legalidade e outros de envergadura constitucional (DELGADO, 2002, p. 98).

Segundo Talamini (2005, p. 296-7), considera-se sentença injusta aquela que é perfeita enquanto ato processual (forma correta), porém, contém falha de julgamento (*error in iudicando*), como, por exemplo, a que reputa verdadeiros aqueles fatos que, na verdade, são inexistentes. A sentença injusta cede lugar à coisa julgada injusta, a partir do momento em que adquire a imutabilidade. Embora o conceito exposto por Talamini também abarque o *error in iudicando*, a preocupação vai além e engloba tanto a situação de erro de julgamento quanto aquela de choque entre direitos fundamentais e princípios.

Buscar um resultado justo significa dizer que a sentença e, conseqüentemente, a coisa julgada garantam tanto o equilíbrio entre direitos e obrigações das partes litigantes quanto a plenitude da ordem constitucional.²

Discordam desse entendimento Theodoro Júnior e Faria (2002, p. 123-61), visto acreditarem que a intangibilidade da coisa julgada não merece receber tratamento constitucional, já que é abarcado apenas pela legislação ordinária. Em outras palavras, não se pode falar em conflito entre princípios constitucionais, o que evita estabelecer qual prevalece sobre o outro.

A coisa julgada injusta não se confunde com a coisa julgada inconstitucional. A primeira trata do conflito de princípios constitucionais, que são todos os direitos fundamentais. Estes, por sua vez, são igualmente válidos, o que os diferencia da ideia de unidade da Constituição, já que prevalece a hierarquia de normas.

Assim, toda vez que uma decisão judicial encontrar justificação num dos princípios constitucionais postos em colisão, não há que se falar em inconstitucionalidade, já que não ocorreu ofensa à Constituição. Por outro lado, apesar de a sentença não ser considerada inconstitucional, isto não quer dizer que a decisão tenha sido proferida da forma correta, uma vez que lesionou outros direitos constitucionais, o que a tornou injusta.

2 A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA – QUESTÕES CONTEMPORÂNEAS DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

É comum, na aplicação de normas constitucionais, haver conflitos de valores. Como forma de solucioná-los, Barroso (2009, p. 298) sugere a utilização de instrumentos interpretativos, qualificados pela Constituição como princípios instrumentais, necessários à aplicação do devido processo legal.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são encontrados implicitamente na Constituição Federal e reconhecidos pela jurisprudência e pela doutrina. Tais princípios são apresentados como instrumentos cuja natureza é pública e indispensáveis à justiça.

Acreditava-se, até há pouco tempo, que, para solucionar uma lide, bastava tão somente buscar a verdade formal no processo. Ocorre que essa maneira de enxergar foi sofrendo mudanças impulsionadas pelo sentimento de justiça, do que era certo ou errado, e, por isso, a busca pela verdade formal cedeu espaço à busca pela verdade real.

O juiz, ao prolatar uma decisão, deve ter em mente a satisfação do interesse público, de forma a fazer a ponderação necessária entre os fins almejados e os meios utilizados.

Sobre isso, expõe Dinamarco (2003, p. 13):

Um óbvio predicado essencial à tutela jurisdicional, que a doutrina moderna alcandora e realça, é o da justiça das decisões. Essa preocupação não é apenas minha: a doutrina e os tribunais começam a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, na consciência de que não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas.

O ponto principal desse assunto está em não se reconhecer a forma absoluta da coisa julgada, quando esta atentar contra valores e princípios acima da Constituição.

Apesar de a coisa julgada sempre ter sido vista como algo inquestionável, posto que garante a segurança jurídica das decisões, começa a vir à tona a possibilidade de sua relativização, uma vez que os atos jurisdicionais devem estar em consonância com a Carta Magna e, por isso, serem sinônimos de justiça.

Parte considerável da doutrina entende que, a partir do momento em que o magistrado decide um caso e a sentença prolatada fere dispositivos constitucionais, “a segurança jurídica não deve ser uma razão em si mesma” (FONSECA, 2009).

Delgado (2003, p. 32-5) expõe seu pensamento sobre o tema, quando diz:

[...] não posso conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza. Não posso aceitar, em sua consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmorone ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa.

Já Alvim (2007, p. 310), em contrapartida, entende que as considerações de Delgado não merecem prosperar, visto que não são suficientes para relativizar a coisa julgada, já que considera ser mais importante o valor da segurança jurídica, tendo em vista o argumento de que o conceito da coisa julgada seria submetido a radical mudança, transformando-se em conceito vago, de fácil modificação.

Araken de Assis, Sérgio Gilberto, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery “assumem a coexistência de uma pluralidade de valores na ordem constitucional, por vezes conflitantes” (TALAMINI, 2005, p. 400). Reconhecem que há necessidade de tais valores serem equilibrados, mas somente a lei teria competência para ponderá-los. Em outras palavras, significa dizer que a coisa julgada somente poderia ser relativizada pela lei.

Nascimento (2003), por sua vez, acredita que a segurança jurídica encontrada no instituto da coisa julgada não configura argumento suficiente para impedir a readequação de decisões judiciais. Isso, porque considera a segurança e a justiça princípios simétricos, afirmando ser de mera aparência o conflito entre ambos.

Entende, ainda, que não há razões para impedir o procedimento da relativização da coisa julgada, quando a decisão está em desacordo com a Carta Magna. Além do respeito pela segurança

jurídica, devem ser observados, quando se tratar de decisões judiciais, os princípios da equidade, da justiça e da moralidade.

Dinamarco (2003) aponta o equilíbrio entre os princípios:

Depara-se, aí, mais uma vez, com o eterno conflito, mais aparente que real na espécie, do Direito quanto a sua preocupação com a segurança e certeza, ao mesmo tempo em que se persegue a justiça. Até bem pouco tempo sempre se buscou valorizar a segurança, pelo que a intangibilidade da coisa julgada vinha merecendo posição de destaque sendo poucos os que se aventuravam a questionar ou levantar o problema da inconstitucionalidade da coisa julgada, advogando a impossibilidade de sua subsistência. Admitir-se que a impugnação da coisa julgada sob o fundamento autônomo de que contrária à Lei Fundamental do Estado era algo que não se coadunava com o ideal de certeza e segurança.

Tendo em vista a importância do equilíbrio na aplicação do direito, ao ser proferida uma sentença de tal modo que não permita o descrédito nas decisões do Poder Judiciário, deve-se prezar pela harmonização entre os princípios mencionados.

Logo, apesar de a coisa julgada estar respaldada pelo princípio da segurança jurídica, o ideal é que não se oponha ao princípio da justiça, uma vez que a coisa julgada não possui valor absoluto. Estando em confronto com o ideal de justiça, uma análise meticulosa do caso concreto deverá ser feita, a fim de evitar julgamento injusto e insatisfatório para todos.

A certeza e a ordem são valores instrumentais da efetivação da justiça. Somente amparada pela segurança jurídica (sem a ideia de justiça), essa ordem e certeza poderiam regredir ao arbítrio.

Os tribunais superiores estabeleceram um rol de situações excepcionabilíssimas, em que se admite a relativização da coisa julgada, merecendo referência as investigatórias de paternidade, as sentenças fraudulentas e as sentenças embasadas na coisa julgada inconstitucional.

Nas ações de investigação de paternidade, de acordo com jurisprudência do STF, ARE nº 900521 Ag/MG, a coisa julgada deve ser relativizada, quando não for possível comprovar a concreta existência de vínculo genético, por meio de exame de DNA, que una as partes (STF, 2016).

Da mesma forma, conforme entendimento do STJ, REsp nº 622.405/SP, as sentenças que forem acometidas de fraudes serão consideradas inexistentes juridicamente, por conterem vícios insanáveis e, portanto, não poderão transitar em julgado (STJ, 2007). Já a coisa julgada inconstitucional, para que seja relativizada, segundo a jurisprudência do STF, ADI nº 2.418, é necessário que tenha havido declaração de inconstitucionalidade em precedente do STF, em controle difuso ou concentrado e “independentemente de resolução do Senado, mediante: não declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução do texto; ou não interpretação conforme a Constituição” (STF, 2016).

2.1 A OCORRÊNCIA DA RELATIVIZAÇÃO PELA INCONSTITUCIONALIDADE

Durante muito tempo, a justificativa dada para a imutabilidade da decisão era que, ao atingir os efeitos da coisa julgada, a sentença passava a representar a verdadeira vontade da lei, reputando como absolutamente certos os fatos jurídicos.

O problema surge, quando a decisão já amparada pelo manto da coisa julgada é inconstitucional, violando, assim, o que estabelece a Magna Carta. Para resolver essa questão, a doutrina apresenta justificativas, a fim de possibilitar a mudança da referida decisão por meio de sua revisão.

Convém mencionar, ainda, o conceito de inconstitucionalidade, para ser possível tratar melhor dos aspectos da coisa julgada não constitucional.

2.2 A SENTENÇA INCONSTITUCIONAL

Segundo Neves (1998, p. 74), inconstitucional é “um ato normativo cujo conteúdo ou cuja forma contrapõe-se, expressa ou implicitamente, ao conteúdo de dispositivos da Constituição”. Por isso, o ato ou a lei que não esteja em conformidade com a Constituição possui, com esta, uma relação de incompatibilidade vertical.

Talamini (2005, p. 407) adverte que a sentença não é considerada inconstitucional, somente quando aplica norma inconstitucional, mas também quando estabelece interpretação não compatível com a Constituição.

Dessa forma, a coisa julgada inconstitucional existe, quando um provimento judicial, que foi baseado em lei vigente, transita em julgado (não sendo passível de impugnação), e seu conteúdo é declarado inconstitucional, posteriormente, pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Dentre as hipóteses de relativização da coisa julgada, está a declaração de inconstitucionalidade de lei. Para analisar essa hipótese, é interessante verificar os efeitos da decisão declarada inconstitucional.

Se houver decisão transitada em julgado e baseada em lei que posteriormente o STF entenda como inconstitucional, pode esta ser considerada sentença viciada?

Na doutrina brasileira, prevalece que a declaração de inconstitucionalidade feita pelo STF se dá pelo controle concentrado e possui como peculiar efeito o *ex tunc*, retroagindo a inconstitucionalidade e alcançando a vigência da lei (art. 27 da Lei 9.868/99). Além disso, tal controle é caracterizado pelo efeito *erga omnes*, previsto no art. 102, inc. I, a, da Carta Magna, atingindo todas as pessoas que fazem parte da relação processual e as que não fazem.

Devido a esse efeito, após a declaração, “tem-se que a lei rigorosamente nunca teria integrado o sistema jurídico positivo, pois que colidente com a Lei Maior” (ALVIM; MEDINA, 2003, p. 41).³

Theodoro Júnior (apud PORTO, 2006, p. 133) concorda com a tese de que o vício de inconstitucionalidade da sentença, por si só, seria suficiente para tornar possível a sua relativização, uma vez que o instituto da coisa julgada não pode ser mais importante que a lei e a Constituição Federal.

Segundo os autores supracitados, o vício de inconstitucionalidade não culmina na inexistência do ato judicial, pois este respeitou os requisitos mínimos de sua existência (demanda, jurisdição, citação, possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse processual).

Entende-se por mais correta a corrente que afirma ser nula a natureza jurídica do vício da decisão em desconformidade com a Constituição Federal, independentemente de ação rescisória, sob a justificativa de que “a coisa julgada não pode se sobrepôr à autoridade máxima da Constituição, no Estado Democrático de Direito” (THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2005, p. 52). Isso, porque se considera que a sentença foi proferida de forma regular no processo, constituída por todos os elementos essenciais, regularmente publicada e inalcançada por qualquer recurso.

2.3 O DILEMA DE A INCONSTITUCIONALIDADE SER VINCULADA À COISA JULGADA OU À SENTENÇA

Segundo a doutrina, a terminologia “relativização da coisa julgada” não é a mais correta para ser utilizada, pois dá a entender que a imutabilidade da sentença poderá ser afastada livremente, de acordo com o interesse das partes.

Além disso, quando se afirma que algo deve ser relativizado, acredita-se que ali existe algo absoluto, pois não faz sentido relativizar o que já é relativo (MOREIRA, 2005, p. 06).

A revisão da decisão transitada em julgado só poderá acontecer em casos excepcionais, o que significa dizer que não é o caso de retirada do instituto do ordenamento, mas, apenas, de sua adequação aos princípios constitucionais, proporcionando, assim, uma tutela jurisdicional mais justa.

Considerando que a coisa julgada e a sentença são fenômenos distintos, já que a coisa julgada é a imutabilização do comando decisório abarcado na sentença e a sentença é ato decisório do juiz, não é correto falar que a inconstitucionalidade pertença à coisa julgada.

Machado (2013) entende não ser possível dar o mesmo tratamento ao vício de inconstitucionalidade presente nas leis e na sentença, uma vez que a própria Constituição tornou as decisões judiciais imutáveis por meio do instituto da coisa julgada.

Nesse sentido,

A coisa julgada não é norma, mas, sim, um efeito decorrente da incidência de outra norma (CPC, art. 467), de modo que apenas a sentença, que cria relações jurídicas e regula condutas, pode ser editada em contrariedade à Constituição e, por este motivo, ser chamada de inconstitucional.

Acredita-se que a inconstitucionalidade não cria obstáculos para a formação da coisa julgada, mesmo passado o prazo da ação rescisória. Dinamarco (2003, p. 256-7), na mesma linha de raciocínio, declara que a desconsideração da autoridade da coisa julgada não é legitimada pela mera oposição entre a Carta Magna e o pronunciamento judicial, mas, sim, por resultado de julgamentos deficientes. O que se considera incompatível com a Constituição é a sentença e não a sua imutabilidade, dado que “se a sentença for contrária à Constituição, já o será antes mesmo de transitar em julgado, e não o será mais do que era depois desse momento” (MOREIRA, 2005, p. 06).

Talamini (2005, p. 404), ao tratar da matéria, defende que a inconstitucionalidade reside na própria sentença, e a coisa julgada tem somente o papel de perpetuar esse comando. Aduz que,

Por um lado, a “inconstitucionalidade” é qualificação normalmente reservada às “leis” (no sentido amplo de normas gerais e abstratas destinadas a inovar juridicamente). Não é usual os atos concretos, de aplicação das normas, receberem essa qualificação (nem estão submetidos, em regra, aos mecanismos concentrados de controle de constitucionalidade). Normalmente, não se fala que um contrato ou um ato administrativo concreto é “inconstitucional”, mesmo quando incompatível com valores constitucionais. Alude-se, nessa hipótese, à sua ineficácia, invalidade ou inexistência jurídica.

Logo, a flexibilização da coisa julgada só poderá ocorrer em hipóteses absurdas, “que afrontam o bem comum, e que, certamente, não se configurarão tão somente pelo fato de determinada sentença haver contrariado a Constituição” (MACHADO, 2013).

2.4 A AÇÃO RESCISÓRIA E A MERA INCONSTITUCIONALIDADE

A ação rescisória, que antes era disciplinada pelo art. 485 do CPC/73, passou a fazer parte da redação do art. 966 do CPC/15. Este ampliou suas hipóteses de cabimento, além de aperfeiçoar a redação do dispositivo.

Primeiramente, a ação rescisória visa à anulação ou à reforma de decisão judicial que padeça de vício de procedimento ou de julgamento. Ao contrário do que se acredita, o seu propósito é tornar possível a rescisão em algumas hipóteses (se presentes vícios específicos) previamente eleitas pelo legislador, e não confrontar a coisa julgada, de forma a enfraquecê-la.

Há inclinação doutrinária e jurisprudencial para relativizar a coisa julgada, dado o seu caráter não absoluto, entendendo-se cabível, por exemplo, a ação autônoma, para que a sentença transitada em julgado seja impugnada, mesmo que padeça de mera inconstitucionalidade.

Pacheco (2013) entende que o vício de inconstitucionalidade presente na sentença, por si só, não é suficiente para tornar viável a relativização do prazo de 2 anos para o ajuizamento da ação rescisória (art. 975, do CPC/15).

Considerar a relativização do prazo de dois anos seria concordar que a coisa julgada inconstitucional deva ser desconstituída todas as vezes que uma sentença ou decisão esteja em desconformidade com a Carta Magna. Admitir que a inconstitucionalidade seja reconhecida a qualquer tempo é o mesmo que desconsiderar os limites da coisa julgada.

Não parece razoável relativizar todos os casos, até porque, levada a efeito tal hipótese, a importância dada ao instituto da coisa julgada seria gravemente reduzida. Em outras palavras, dada a impossibilidade de delimitar as situações que justificam a relativização da coisa julgada, haveria a perpetuação dos conflitos sociais, e a segurança jurídica estaria seriamente abalada.

Logo, para que isso não ocorra, é necessária a exigência de “requisitos muito mais excepcionais do que a ‘simples e corriqueira’ inconstitucionalidade da sentença” (MACHADO, 2013). Tais adjetivos significam dizer que a sentença pode ter sido atingida pelo vício da inconstitucionalidade, seja formal, seja material, porém, considerando não ser de maior relevância, não há que se falar em necessidade de desconsideração da coisa julgada.

A proposta aqui gira em torno de situações teratológicas, ou seja, aquelas anormais e extraordinárias, que fogem ao padrão do aceitável. A título de exemplo, dentre as hipóteses trazidas pela doutrina, estão a sentença que fixa a indenização contra o Estado em valor exorbitante ou indevido; a decisão cujo conteúdo afronta princípios constitucionalmente garantidos, como o da dignidade da pessoa humana e o da moralidade; e a sentença que contempla a investigação de paternidade sem antes realizar o exame de DNA (DELLORE, 2015).

O art. 975, § 2º, do CPC/15 inova em relação ao termo inicial do prazo da rescisória fundada em prova nova, rompendo com o antigo paradigma (dois anos a partir do trânsito em julgado da sentença). Assim, o prazo para a propositura dessa ação é o da “data da descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de cinco anos, a partir do trânsito em julgado da última decisão”. Note-se que o novo Código de Processo Civil trouxe maior valorização do princípio da segurança jurídica, quando se ateuve à previsibilidade das relações. Além disso, regulamentou o entendimento do STF quanto à repositura da ação de DNA, “trazendo balizas para a sua aplicação” (DELLORE, 2015).⁴

Outra mudança trazida pelo CPC/15 encontra-se no art. 525, §§ 12, 14 e 15, que trata da possibilidade de o executado ajuizar ação rescisória, sob o argumento de inexigibilidade da obrigação, na execução de título executivo judicial fruto de decisão transitada em julgado, todas as vezes em que a decisão exequenda tenha se respaldado em ato normativo, cuja inconstitucionalidade fora reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. No código anterior, esse assunto era disposto nos arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, que permitiam ao executado opor embargos e se defender por meio de impugnação, baseado na alegação de o título executivo estar “fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo STF como incompatíveis com a Constituição Federal”.

Um acréscimo interessante foi a possibilidade de a decisão exarada pelo STF ser tanto em controle difuso quanto em controle concentrado (este último já constava na antiga redação), devendo anteceder o trânsito em julgado da decisão exequenda.⁵ Nas palavras de Marinone et al. (2017, p. 650), o art. 475-L do CPC/73, “constituía um atentado contra a legitimidade do juízo de constitucionalidade do juiz ordinário. Ou melhor, representava desconsideração do controle difuso e uma violação à intangibilidade da coisa julgada”.

Contudo, se a decisão for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, será cabível ação rescisória, cujo termo *a quo* para a sua deflagração será contado a partir do trânsito em julgado da decisão proferida pela Corte Constitucional (art. 525, § 15, do CPC/15).⁶

É oportuno também mencionar o caso em que o Partido da Mobilização Nacional (PMN) ajuizou a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.295 no Supremo Tribunal Federal, para questionar o total de 13 artigos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), uma vez que os considerou bastante vagos e abrangentes. O § 4º do art. 37 da Constituição trata das sanções para os atos de improbidade administrativa, dentre eles: “a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública,

a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Já a Lei 8.429/92, como foi criada posteriormente à Constituição, teve por finalidade regular o disposto no art. 37, § 4º, da Constituição e acrescentar outras sanções, como, por exemplo, a de multa. O questionamento trazido na ADI tem por escopo declarar inconstitucionais as sanções previstas na lei infraconstitucional, visto que não constam no texto constitucional.

Ora, ao supor que essa ADI seja julgada procedente (salienta-se que tal ação ainda não foi julgada pelo STF), como ficariam as sentenças já prolatadas que tiveram por base as sanções previstas na Lei 8.429/92? Todos aqueles que sofreram a incidência das multas, por exemplo, fariam jus à repetição do indébito?

É notório prever o caos que se instalaria no sistema judiciário, dada tamanha insegurança jurídica. Não obstante, se houver possibilidade de conferir outro fundamento, no sistema jurídico, para a sentença, mesmo que o primeiro fundamento tenha sido inconstitucional, essa sentença será considerada constitucional, não sendo necessária a sua relativização.

Dessa forma, não haverá qualquer impedimento para a constituição da coisa julgada, dado o vício de inconstitucionalidade da sentença e transcorrido o prazo para a ação rescisória. A sua flexibilização (ou desconsideração), portanto, somente se dará em hipóteses de verdadeira repugnância.

Dito isso, não é possível afirmar que as ações que desconsiderem a coisa julgada material possam ser admitidas como formas de impugnação de sentenças inconstitucionais, “exatamente pelo fato de que não basta ser inconstitucional para que a sentença e a coisa julgada sobre ela formada venha a ser desconsiderada ou desconfigurada” (MACHADO, 2013).

3 OS NOVOS RUMOS DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Primeiramente, é válido registrar que, após a pesquisa de alguns acórdãos do Pretório Excelso, foi selecionada para análise a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.418, do Distrito Federal, que trata da coisa julgada inconstitucional, cujo relator foi o Ministro Teori Zavascki.⁷

Conforme relatório do Min. Cezar Peluso, trata-se de ADI com pedido liminar, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo por objetivo a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da Medida Provisória 2.102/27/2001: (a) o art. 4º, que acrescentou os arts. 1º-B e 1º-C à Lei 9.494/97, (b) e o art. 10, que acrescentou o parágrafo único ao art. 741 do CPC.⁸

Inicialmente, o autor sustentou vício de inconstitucionalidade formal em relação a todos os dispositivos, por haver violação do art. 62 da Constituição Federal, posto que ausente o requisito de urgência na determinação das matérias por Medida Provisória.

No tocante à nova redação do art. 1º-B da Lei nº 9.494, o autor alegou violação ao art. 5º, *caput* e inciso LIV, por ofender os princípios do devido processo legal e da isonomia, haja vista o

privilegiado tratamento dado à Fazenda Pública, ao conferir prazo para oposição de embargos do devedor em trinta dias, ao passo que, para o particular, continuou sendo de dez dias na área cível e de cinco na trabalhista.

Também relatou ofensa ao princípio da isonomia na fixação do prazo prescricional de cinco anos para que sejam ajuizadas ações de indenização nos casos relativos ao art. 1º-C da Lei 9.494, sendo que, para particulares, o prazo é de vinte anos. Argumenta, também, que, quanto ao parágrafo único acrescentado pela nova redação do art. 741 do CPC/73, foi criada, de forma simulada, nova hipótese de rescindibilidade de sentença transitada em julgado, o que afronta o art. 5º, XXXVI, da CF, já que enseja execução forçada, e esta vai de encontro à autoridade da decisão.

Dito isso, da análise do voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki foi extraído que, primeiramente, em relação à edição de medidas provisórias, não refuta ser cabível o controle jurisdicional dos requisitos necessários dessas medidas (de relevância e urgência). Porém, levando-se em conta o alto grau de indeterminação do conteúdo e do sentido de tais requisitos, decidiu-se preservar a avaliação discricionária feita pelo Presidente da República. Sendo assim, somente em hipóteses excepcionais, quando comprovada a ausência de tais requisitos, caberia a anulação do ato normativo editado, o que não foi feito pelo autor na exordial.⁹

Quanto à inserção no art. 1º-B da Lei 9.494/97 da ampliação de prazo para oposição de embargos do devedor pela Fazenda Pública, foi decidido que não violou os princípios do devido processo legal e da isonomia. Isso, porque, em virtude do princípio da supremacia do interesse público, é dado tratamento processual especial à Fazenda Pública, que, inclusive, já é reconhecido pelo ordenamento jurídico (exemplos: art. 188 do CPC/73 e arts. 180 e 183 do CPC/15). Os prazos desiguais, uma vez que são razoáveis, não constituem restrições aos direitos da parte contrária.

Saliente-se que o prazo de trinta dias para apresentação de embargos à execução pela Fazenda Pública é idêntico ao prazo que o particular tem para apresentar os mesmos embargos nas execuções fiscais movidas pela Fazenda Pública contra ele (art. 16 da Lei 6.830/80). Portanto, tais prazos alegados na inicial como não razoáveis, na verdade não o são, pois ao menos há diferença de tratamento normativo entre pessoas de direito público e privado.

Assim como foi decidido em relação ao art. 1º-B da Lei 9.494/97, o texto constante no art. 1º-C da Lei 9.494/97 igualmente não viola a Constituição. Tal dispositivo, ao estabelecer prazo prescricional de cinco anos, apenas reproduziu o que está assentado no art. 1º do Decreto 20.910/32.¹⁰

O último ponto trazido na Ação Direta de Inconstitucionalidade foi a legitimidade constitucional do parágrafo único dos arts. 741 e 475-L, § 1º, do CPC/73, que tratam da inexigibilidade do título executivo como matéria de defesa em “Execução contra a Fazenda Pública”. É oportuno lembrar que ambos os artigos foram reproduzidos nos arts. 525, §§ 12 e 14, e 535, § 5º, do CPC/15.

Eles vieram acrescentar às hipóteses de rescisão de julgados um novo modo de oposição a sentenças transitadas em julgado, cujo fundamento é um vício de inconstitucionalidade presente na sentença exequenda, que consiste na sua contrariedade a decisão do Supremo em controle de constitucionalidade. Tal invocação, dependendo do caso, poderá se dar por impugnação ao cumprimento de sentença (art. 475-L, § 1º), ou por ação autônoma de embargos à execução (art. 741, parágrafo único).

O instituto da coisa julgada, apesar da sua origem constitucional, tem a sua composição determinada pelo legislador ordinário, que, de forma facultativa, estabelece seus limites subjetivos e objetivos, “podendo, portanto, indicar as situações em que tal instituto cede passo a postulados, princípios ou bens da mesma hierarquia, porque juridicamente protegidos pela Constituição” (STF, 2016, p. 11).

Quanto à legitimidade constitucional dos artigos postos em questão, tem-se que, ao reconhecer a constitucionalidade dessas normas, é correto atribuir-lhes alcance coadunável com seu enunciado. Isso quer dizer que nem todas as vezes a compreensão será unívoca. Há corrente doutrinária que sustenta que a inexigibilidade do título executivo judicial só poderia ser invocada nas hipóteses restritas em que houver controle concentrado de constitucionalidade por precedente do STF. O novo Código de Processo Civil, ao tomar partido no assunto, estabeleceu, de forma expressa, que o precedente do STF poderá ser em controle de constitucionalidade tanto difuso quanto concentrado. Independentemente de resolução do Senado e em qualquer um desses casos, a autoridade do Supremo, na manifestação de seu juízo de constitucionalidade, será a mesma.

Continua afirmando que os arts. 741, parágrafo único, e 475-L, § 1º, do CPC/73 são preceitos normativos que têm o objetivo de harmonizar o primado da Constituição com a garantia da coisa julgada e vieram para acrescentar ao sistema processual ferramenta com eficácia rescisória de determinadas sentenças contaminadas pelo vício de inconstitucionalidade. Não se pretende, com isso, resolver todo e qualquer conflito entre o instituto da coisa julgada e os princípios da supremacia da Constituição, menos ainda negar exequibilidade a quaisquer sentenças inconstitucionais ou rescindi-las.

E mais, por razões teleológicas e lógicas, apesar de os mencionados artigos elencarem explicitamente apenas três hipóteses de inexigibilidade da obrigação contida no título executivo judicial, há outra situação implícita que também configura hipótese cabível: “é quando a sentença exequenda reconheceu a inconstitucionalidade de norma – ou, o que dá no mesmo (Súmula Vinculante 10/STF), simplesmente deixou de aplicá-la – que o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional” (STF, 2016, p. 19). Embora tal hipótese não esteja explícita, ela decorre de interpretação sistemática.

Feitas essas ponderações, infactível negar a constitucionalidade dos aludidos artigos e de seus correspondentes no CPC/15. São dispositivos que têm por escopo harmonizar o primado da

Constituição com a garantia da coisa julgada, de forma a integrar ao sistema processual brasileiro uma ferramenta capaz de proporcionar a rescindibilidade a certas sentenças inconstitucionais.

Destaque-se não serem todos os vícios de inconstitucionalidade capazes de invocar a inexigibilidade da sentença exequenda, por impugnação ou por embargos à execução, mas aqueles devidamente “revestidos de gravidade qualificada pelo comprometimento da autoridade das decisões do STF”.¹¹

Nesse diapasão, o voto se deu pela improcedência de todos os pedidos formulados na ação proposta.

CONCLUSÃO

Procurou-se, neste artigo, reforçar o entendimento de que o instituto da coisa julgada possui importância crucial para o processo, uma vez que está relacionado diretamente com a imutabilidade do conteúdo da decisão. Esse caráter definitivo está ligado à condição de estabilidade e segurança jurídica proporcionada às partes, pois, em regra, não permite que haja alteração posterior ou nova discussão de tema já decidido em juízo.

Acontece que, como o escopo do processo é promover a pacificação social, não se configura legítimo defender a tese de que é melhor promover injustiças do que impedir perpetuação de incertezas. É neste ponto que entra o caráter não absoluto da coisa julgada, sendo possível a sua relativização, quando o seu conteúdo atentar contra princípios e valores da Constituição.

No entanto, o caminho para ser percorrido, a fim de que ocorra essa desconstituição, deve levar em conta uma série de fatores. Entende-se por não ser correto relativizar toda e qualquer sentença pautada na inconstitucionalidade. Ora, a ponderação entre os princípios da segurança jurídica e da justiça deve ser considerada, de maneira que prevaleça, sempre, a preocupação com a melhor forma de resolução de conflitos.

A proposta de relativização na qual, dentre os meios possíveis de desconstituição, se encontra a ação rescisória, de modo geral, alude a situações de injustiça consideradas intoleráveis, sendo a sentença objeto de relativização, se abarcar situações teratológicas em casos de extrema gravidade. Mera inconstitucionalidade, por si só, não acarreta a necessidade de relativizar, até porque o problema está nos maus resultados dos julgamentos.

Quanto mais efetivo for o modo de atuação do órgão jurisdicionado, sendo o seu conteúdo adequado e eficiente, menores serão as discussões a respeito da coisa julgada e mais efetivos serão os seus resultados.

Aprovado em: 13/11/2017. Recebido em: 5/9/2017.

NOTAS

¹ Outra hipótese trazida por Machado (2016), que deixa clara a possibilidade de favorecimento de terceiros pela coisa julgada:

Situação distinta ocorre quando, de fato, o terceiro está ligado à relação jurídica que deu base à formação da coisa julgada. Imaginemos demanda petítória ajuizada por um dos condôminos de determinado imóvel ocupado pelo vizinho, a qual, julgada procedente para reconhecer a ausência de direito possessório do réu, transita em julgado.

Diante de nova invasão, o condômino que não foi parte no primeiro processo pode se beneficiar da coisa julgada, para negar o título apresentado pelo réu. Não é necessária a rediscussão de todos os fundamentos, mesmo diante da alteração de uma das partes.

Machado (2016) continua ao afirmar que não é qualquer terceiro que estará apto a se beneficiar da coisa julgada, mas somente aqueles que “– não tendo figurado como parte na relação processual que culminou com a coisa julgada – estejam vinculados ou sejam sujeitos daquela mesma relação de direito material que fundamentou a causa”. O benefício, portanto, não se estende aos terceiros que compõem relações simplesmente análogas, ou seja, sem qualquer vínculo jurídico com aquela cuja coisa julgada se estabeleceu.

² Imagine-se, então, que um dos direitos fundamentais em tensão é o direito-garantia da coisa julgada. Se esgotado o procedimento de ponderação, depois de confrontados e balanceados os direitos em atrito, o direito-garantia da coisa julgada for o que menos pese, deve ceder em face do(s) direito(s) fundamentais(ais) oposto(s). Ter-se-á, no caso, a coisa julgada injusta, pois a opção pela imutabilidade e a intangibilidade da decisão judicial não é a decisão que melhor se justifica na unidade da ordem constitucional. Se, pelo contrário, o direito-garantia fundamental da coisa julgada for o princípio a que for atribuído mais “peso”, o mesmo deve ser preservado, preterindo-se o princípio oposto (PEPINO, 2006, p. 186).

³ Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, inclusive os atos pretéritos com base nela praticados (efeitos *ex tunc*). [...] Além disso, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma acarreta a repristinação da norma anterior que por ela havia sido revogada, uma vez que norma inconstitucional é norma nula, não subsistindo nenhum de seus efeitos (MORAES, 2006, p. 687-9).

⁴ Interessante observar que a prova nova mencionada do texto legal, que antes era reportada como “documento novo” no CPC/73, trata-se, na realidade, de prova velha, ou seja, que já existia ao tempo da instrução, porém não pôde ser usada por alguma razão. É necessário que esta impossibilidade tenha se dado de forma estranha à vontade da parte (exemplo: lugar inacessível, furto...). Até porque, “cuja existência ignorava” ou “não pôde fazer uso” deixa claro que o documento já existia, o que é completamente diferente de ter sido constituído posteriormente. Além disso, o documento deverá ser suficiente para possibilitar o pronunciamento favorável, mas que parcialmente, ao autor da rescisória.

⁵ Sob a égide do CPC/73, a doutrina majoritária posicionava-se “pela necessidade da edição de resolução do Senado suspendendo a eficácia do ato normativo declarado inconstitucional incidentalmente para viabilizar o manejo da ação rescisória” (BEZERRA, 2017, p. 328).

⁶ É possível concluir que o legislador criou um novo e independente prazo para o ajuizamento da ação rescisória: ‘contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal’. Esta conclusão, todavia, deve ser tomada com toda cautela, sob pena de grave afronta ao princípio constitucional da segurança jurídica e da intangibilidade da coisa julgada, sob pretexto de se primar pela justiça, mesmo porque já há ataques diretos ao texto deste dispositivo, especialmente pelo fato de permitir a rediscussão de casos a qualquer tempo.

Ademais, outros argumentos sustentam que a melhor interpretação do novel dispositivo é aquela tendente a limitar no tempo a sua aplicação porque, apesar do julgado do Supremo possuir forma persuasiva [...] este não configura requisito essencial para o ajuizamento da ação rescisória, uma vez que a inconstitucionalidade, estando presente, dá ensejo ao ajuizamento da ação rescisória por violação literal da norma jurídica. Assim, apesar do pronunciamento da Corte Suprema funcionar como reforço ao argumento da inconstitucionalidade, é de se destacar que o cabimento da rescisória já estava configurado em função da simples afronta ao texto constitucional, não sendo o novo paradigma do STF essencial para tanto (PIGNATARI, p. 394).

[...] Assim, há quem defenda que a melhor interpretação do dispositivo em comento seria aquela que o entende como hábil, exclusivamente, a prolongar o prazo estabelecido em lei a partir do trânsito em julgado da sentença que se busca rescindir.

Apesar desta última posição conciliadora, tratar este dispositivo como apto a criar um novo prazo para o ajuizamento da ação rescisória importa em inconstitucionalidade, pois o faz incidir sobre litígios há muito resolvidos, enfraquecendo por demais a jurisdição e implicando em insegurança jurídica demasiada. (LEAL; BONATO, 2016, p. 121-2).

Nesta perspectiva, Marinoni (2016, p. 298) assegura que “os juízes e tribunais não devem aplicar o § 15 do art. 525 do CPC/2015, dada a sua inescandível e insuperável inconstitucionalidade”, pois isso configuraria “violação da garantia constitucional da coisa julgada material”.

⁷ ADI 2418/DF – Ementa: CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DAS NORMAS ESTABELECEDENDO PRAZO DE TRINTA DIAS PARA EMBARGOS À EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA (ART. 1º-B DA LEI 9.494/97) E PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS PARA AÇÕES DE INDENIZAÇÃO CONTRA PESSOAS DE DIREITO PÚBLICO E PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS (ART. 1º-C DA LEI 9.494/97). LEGITIMIDADE DA NORMA PROCESSUAL QUE INSTITUI HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL EIVADO DE INCONS-

TITUCIONALIDADE QUALIFICADA – ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO E ART. 475-L, §1º DO CPC/73; ART. 525, §1º, III E §§12 E 14 E ART. 535, III, §5º DO CPC/15 (STF, 2016).

⁸ Art. 4º. A Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

[...]

Art. 1º-B. O prazo a que se refere o *caput* dos arts. 730 do Código de Processo Civil, e 884 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a ser de trinta dias.

Art. 1º-C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

[...]

Art. 10. O art. 741 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, com a redação dada pela Lei nº 8.953, de 13 de dezembro de 1994, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

Parágrafo único. Para efeito do dispositivo no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

⁹ Nesse Juízo prévio e sumário, estou em que o Chefe do Poder Executivo não transpôs os limites daqueles requisitos constitucionais, na edição da Medida Provisória nº 2.180-35, em especial no que toca ao art. 1º-B, objeto desta demanda. Com efeito, é dotada de verossimilhança a alegação de que as notórias insuficiências da estrutura burocrática de patrocínio dos interesses do Estado, aliadas ao crescente volume de execuções contra a Fazenda Pública, tornavam relevante e urgente a ampliação do prazo para o ajuizamento de embargos.

Tal alteração parece não haver ultrapassado os termos de razoabilidade e proporcionalidade que devem pautar a outorga de benefício jurídico-processual à Fazenda Pública, para que se não converta em privilégio e dano da necessária paridade de armas entre as partes no processo, a qual é inerente à cláusula *due process of law* (arts. 5º, incisos I e LIV; CPC, art. 125) – ADI nº 1.753-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12.06.1998 (STF, 2016).

¹⁰ Art. 1º. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todas e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

¹¹ A inexigibilidade do título executivo a que se referem os referidos dispositivos se caracteriza exclusivamente nas hipóteses em que (a) a sentença exequenda esteja fundada em norma reconhecidamente inconstitucional – seja por aplicar norma inconstitucional, seja por aplicar norma em situação ou com um sentido inconstitucionais; ou (b) a sentença exequenda tenha deixado de aplicar norma reconhecidamente constitucional; e (c) desde que, em qualquer dos casos, o reconhecimento dessa constitucionalidade ou inconstitucionalidade tenha decorrido de julgamento do STF realizado em data anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda. (STF, 2016, p. 22-3).

REFERÊNCIAS

ALVIM, Thereza Arruda. Repensando a Coisa Julgada. **Revista autônoma de processo**, Curitiba, n. 2, p. 307-21, jan-mar. 2007.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERMUDES, Sérgio apud PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006.

BEZERRA, David A. S. Da inconstitucionalidade do prazo para a propositura da ação rescisória como forma de defesa do executado no novo CPC. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 268, p. 319-40, 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 11. ed. São Paulo: Editora RT, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 11. ed. São Paulo: Editora RT, 2017.

BRASIL. **Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997**. Dispõe sobre aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.418. Tribunal Pleno. Relator Min. Teori Zavascki. Relativização da coisa julgada. Legitimidade das normas estabelecendo prazo de trinta dias para embargos à execução contra a fazenda pública (Art. 1º-B Lei 9.494/97) e prazo prescricional de cinco anos para ações de indenização contra pessoas de direito público e prestadoras de serviços públicos (art. 1º-C Lei 9.494/97). Data de publicação DJE 17 nov. 2016 – ata nº 175/2016. DJE nº 243, divulgado em 16 nov. 2016. *Lex*: Jurisprudência do STF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 900521AgR/MG. Primeira Turma. Relator Min. Edson Fachin. Relativização da coisa julgada em ação de investigação de paternidade. Data de publicação DJE 16 nov. 2016. Ata nº 174/2016. DJE nº 242, divulgado em 14 nov. 2016. *Lex*: jurisprudência do STF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 622.405/SP. Dúvidas sobre a titularidade de bem imóvel indenizado em ação de desapropriação indireta com sentença transitada em julgado. Relativização da coisa julgada. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Primeira Turma. Relator Min. Denise Arruda, DJ 20 set. 2007. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunal de Justiça.

CÂMARA, Alexandre F. **Lições de direito processual civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CINTRA, C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

DELGADO, José A. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos V. (org.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DELLORE, Luiz. O fim da relativização da coisa julgada no Novo CPC. *Jota*. São Paulo, ago. 2015. Disponível em: <<http://www.jota.info>>. Acesso em: 27 out. 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 109, p. 09-36, jan-mar. 2003.

FONSECA, Claudia de Oliveira. A relativização da coisa julgada: segurança jurídica x justiça da decisão. **Caderno de ciências sociais aplicadas**. Vitória da Conquista, 2009. Disponível em: <<http://www.periodicos.uesb.br>>. Acesso em: 01 fev. 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEAL, David A. P.; BONATO, Giovanni. Coisa julgada inconstitucional: os efeitos do controle difuso de constitucionalidade no novo CPC e a segurança jurídica. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**. Curitiba, n. 02, p. 106-25, jul-dez. 2016.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Decisão judicial inconstitucional: e daí?. **Revista de Processo**. Vitória, n. 216, p. 209-41, 2013.

MACHADO, Marcelo Pacheco. A coisa julgada e os terceiros no novo CPC. *Jota*. São Paulo, mai. 2016. Disponível em: <<http://www.jota.info>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

_____. **Incerteza e processo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz G. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 251, p. 275-307, 2016.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIERO, D. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz G. **Coisa julgada inconstitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. **Revista Síntese direito civil e processual civil**, Porto Alegre, n. 33, p. 05-28, jan-fev. 2005.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das leis**. São Paulo, Saraiva, 1998.

NEVES, Daniel A. A. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

NEVES, Daniel A. A. **Novo código de processo civil comentado artigo por artigo**. 1. ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2016.

_____. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 127, p. 09-53, set. 2005.

PEPINO, Elsa Maria L. S. F. **O direito-garantia fundamental da coisa julgada: coisa julgada injusta e coisa julgada inconstitucional**. Vitória, ES: 2006. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Faculdade de Direito de Vitória, 2006.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **PMN questiona 13 artigos da Lei de Improbidade Administrativa**. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113132>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

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

THAMAY, Rennan Faria Kruger. O processo coletivo na teoria geral do processo civil: legitimidade e coisa julgada. Minas Gerais: **Revista de Direito/Universidade Federal de Viçosa**, Minas Gerais, v. 5, n. 2, p. 179-82, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto apud PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (org). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

Paula Daher Sardinha

Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV.

Graduada em Direito pela Universidade Vila Velha/ES - UVV.

Advogada.

pauladsardi@gmail.com

O “DÉCIMO SEGUNDO CAMELO” DE LUHMANN: ENTRE APORIAS, INTERPRETAÇÕES E HERMENÊUTICA JURÍDICA

Wagner Vinicius Oliveira

LUHMANN'S “TWELFTH CAMEL”: BETWEEN APORIAS,
INTERPRETATIONS AND LEGAL HERMENEUTICS

RESUMO

O presente artigo debate a aplicabilidade da parábola do “décimo segundo camelo”, ilustrada por Niklas Luhmann, à interpretação do direito. Na área de estudo da teoria do direito, especificamente na filosofia do direito, são retomadas as tentativas positivistas, normativa e analítica de compreensão do direito devido à relevância da linguagem para a interpretação jurídica. Em virtude disso, abre-se um campo fértil para as contribuições da hermenêutica filosófica ao processo de interpretação e de fundamentação do direito. Desse modo, à luz do giro hermenêutico de Gadamer (1995), por meio do qual se examina a mencionada metáfora, objetiva-se analisar a (im)possibilidade de existência de um padrão interpretativo válido para a generalidade das situações. Para tanto, elege-se como metodologia de trabalho a linha crítico-metodológica, justamente por permitir extrair sentidos e alcances dos materiais bibliográficos após o confronto destes com a teoria adotada, o que proporciona uma leitura aproximativa das incertezas do direito. O resultado alcançado pela investigação teórica permite assegurar a impossibilidade de a parábola do “décimo segundo camelo” ser considerada como paradigma interpretativo do direito, basicamente, por causa das pretensões de exclusividade, pureza e atemporalidade, as quais são incompatíveis com as características do direito contemporâneo. Assim, em arremate, apresenta-se, por um lado, a conclusão de inexistência do “fundamento ausente” para ser descoberto pelos “sábios”, mas, por outro lado, com base nos contributos hermenêuticos, expõe-se a possibilidade de construir teorias adequadas à interpretação do direito.

» PALAVRAS-CHAVE: ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA. GIRO HERMENÊUTICO. HERMENÊUTICA JURÍDICA. INTERPRETAÇÃO.

ABSTRACT

This article discusses the applicability of the “twelfth camel” parable illustrated by Niklas Luhmann, for interpretation of the law. Inside of area of study of the law theory, specifically in the philosophy of law, we return to positivists normative and analytical attempts to understand the law and we note the relevance of language to legal interpretation. We have a fertile land for the contributions of philosophical hermeneutics in the process of interpretation and grounding of law, that way, in the light of the hermeneutical by Gadamer (1995), wherewith we examine the spoken metaphor. We aim to analyze the (im)possibilities of the existence of an interpretive standard valid for most situations. Therefore, we chose as methodology of work the critical-methodological line, precisely because it allows extracting the meanings and reaches of the bibliographic data after the confrontation of these with the chosen theory, providing an approximate reading of the uncertainties of law. The result achieved by theoretical research is the impossibility of parables of the “twelfth camel” be considered as interpretative paradigm of law, basically, because of the claims of exclusivity, purity and atemporality. Incompatible with the characteristics of contemporary law. Thus, in closing, we present, on the one hand, the absence of the “without foundation” to be discovered by the “wise”, but, on the other hand, based on the hermeneutical contributions build theories appropriate to the interpretation of law.

» KEYWORDS: LEGAL ARGUMENTATION. HERMENEUTICAL TURN. LEGAL HERMENEUTICS. INTERPRETATION.

1 PRIMEIRAS PALAVRAS: APROXIMAÇÃO DA SITUAÇÃO-PROBLEMA

A mola propulsora para a escrita das linhas que se seguem é investigar a situação-problema sobre a suposta existência de um “paradigma correto” para a interpretação e a compreensão do direito. Como o título aponta, a verificação será centrada na parábola do “décimo segundo

camelo”, ou melhor, no “fundamento ausente”.¹ Esta tese, em alguma medida, pressupõe uma concepção fundacionista da ciência jurídica, que deve ser encontrada pelos(as) juristas para que tenham acesso ao direito. Logo, este escrito busca colaborar com as questões sobre o problema da interpretação jurídica e suas incertezas.

Mas, o que propriamente se objetiva é aclarar a insuficiência da sobredita parábola para a resolução dessa situação específica, bem como analisar a (in)existência de um padrão interpretativo válido para a generalidade das situações a partir das contribuições da hermenêutica jurídica, entendida aqui como a arte ou a ciência da interpretação orientada por princípios específicos, aplicada à ciência do direito. Sob o pano de fundo teórico, levanta-se um problema intimamente gravado nas chamadas “ciências humanas”, que, na atualidade, não deve ser ignorado, qual seja, não há mais um fundamento seguro para a análise ou o juízo sobre as coisas humanas, tal como se imaginava na teologia sistemática e na metafísica de outrora.

No campo mais específico, este trabalho se destina a (i) analisar e compreender o cenário no qual Gadamer (1995) propõe o chamado giro hermenêutico; (ii) nessa senda, verificar a (in)aplicabilidade da metáfora do “décimo segundo camelo” ao campo jurídico e, por fim, (iii) realizar um esforço aproximativo de compreensão das incertezas do complexo fenômeno jurídico contemporâneo mediante a exposição das ideias centrais da hermenêutica jurídica.

Para tanto, escolhe-se como metodologia de trabalho a linha crítico-metodológica, justamente porque essa vertente de pensamento, uma vez aplicada às fases de análise bibliográfica e de confrontação dos dados primários e secundários com o marco teórico adotado, permite extrair os sentidos e os alcances dos termos empregados e, assim, proporciona uma leitura aproximativa das incertezas do direito. O estudo se apoiou, ainda, na base teórica das reflexões contidas em *El giro hermenéutico*.

A hipótese trabalhada é a de que não há “décimo segundo camelo” para ser encontrado ou descoberto, de outro modo, equivale a dizer que as incertezas do direito são conhecidas e administradas, porém, nem sempre solucionadas, na medida em que novos e complexos desafios se colocam à frente das antigas respostas fornecidas. De tal sorte, se o “fundamento ausente” existe, não é outro senão a móvel e desafiadora realidade social, contudo, isso não significa aderir ao casuísmo ou à completa ausência de critérios metodológicos, ao revés, a metodologia apenas indica que os critérios, cada qual ao seu tempo e modo, são necessários, porém, sempre insuficientes em razão da complexidade dos fenômenos jurídicos analisados.

Realizadas essas considerações introdutórias, o segundo tópico será dedicado ao recorte da ciência positiva do direito, especialmente, às matrizes teóricas do positivismo normativo (Kelsen) e analítico (Hart). Adiante-se que não se desconsideram por inteiro suas contribuições, no entanto, são igualmente insuficientes, daí a necessidade de ajustes. Ato contínuo, no terceiro tópico, lança-se uma perspectiva crítica, a fim de colocar em crise a parábola do “décimo segundo camelo”, apresentada por Luhmann (2004), cuja explicação está contida na teoria do sistema do citado autor.

No quarto e último tópico, realiza-se o diálogo entre a dita parábola e o giro hermenêutico, para esboçar uma hermenêutica filosófica aplicada ao direito como tentativa de diminuir suas incertezas. Diante disso, percebe-se, com efeito, que a busca por um paradigma interpretativo é, conforme consta no título do presente artigo, uma das aporias apresentadas. Apesar disso, o direito na contemporaneidade reclama teorias e interpretações adequadas às construções coletivas de seus sentidos e alcances.

Em suma, a amplitude desse debate permite compreender, tal qual Abraham (2007, p. 131, tradução nossa),² que “a prática da dúvida hermenêutica requer permanente vigilância por intelectuais dentro e fora da academia”, pois, se o ser humano é histórico, encontra-se submetido às mudanças temporal e espacial, elementos indispensáveis para a interpretação da instável realidade social na qual se envolve e se desenvolve.

2 ALGUMAS IDEIAS SOBRE TEORIA DO DIREITO

Conforme se sabe, uma pesquisa serve para continuar perguntando (pesquisando), mesmo porque “a pergunta”, segundo afirma Gadamer (2001, p. 102, tradução nossa),³ “coloca-nos na posição de ter que decidir entre possibilidades.” E, nesta pesquisa teórico-bibliográfica, investiga-se a (in)existência de um paradigma de interpretação do direito.

Muitas foram as escolas de pensamento que se dedicaram a estudar e a pensar a forma de se conhecer o direito. Cada qual, a seu tempo e modo, demarcou um caminho histórico que não cabe ser refeito sob a perspectiva da linearidade cronológica, igualmente, a tentativa de repetir as ideias que já foram ditas é uma operação bastante questionável. Assim, falar em conhecer o direito é, inevitavelmente, falar da teoria do direito; e, por vezes, esbarrar no debate estabelecido por Kelsen (1962), seja para anuir a suas ideias, seja para contrapor-se a elas.

Bem por isso, não há como desconsiderar as contribuições que os clássicos têm a oferecer. Segundo Bobbio (2000, p. 130-1), clássico é o atributo de toda obra que cumulativamente satisfaz quatro requisitos: ter sido elaborada por um(a) intérprete autêntico(a) de seu tempo; permanecer atual, mesmo com o passar do tempo; possibilitar reinterpretações ou adaptações e, por fim, possibilitar a compreensão da realidade analisada.

Em Teoria Pura do Direito, Kelsen busca descrever o direito por meio da ciência jurídica, isento da interferência de outras ciências, como é o caso da filosofia, da sociologia, da religião, da moral etc. Para Kelsen (1962, p. 90-4), direito e moral (justiça) estão separados, logo, a validade da norma jurídica prescinde de validade moral. Tem-se, pois, uma teoria positivista normativa cujo contributo para a intrincada tarefa de compreensão do fenômeno jurídico permanece relevante. No entanto, essa afirmativa não significa o amplo e irrestrito apoio aos seus posicionamentos ou pressupostos teóricos, mas, antes, o reconhecimento de suas contribuições para a construção do direito.

Nessa teoria essencialmente descritiva, o fenômeno jurídico possui como pressuposto a identificação do direito (gênero) com o direito positivo (espécie), portanto, ao se ocupar com a descrição, buscou-se, em larga medida, responder aos questionamentos sobre a natureza do direito. Diz-se, então, que Kelsen (1962, p. 95), ao inserir a abstração do direito no plano da ciência (forma metodológica de conhecer o objeto, relação investigador-investigado, ser-objeto etc.), o reduz a mero objeto da ciência jurídica, ou o simplifica.

As distintas vertentes do positivismo jurídico,⁴ via de regra, depositam na generalidade e na abstração do preceito normativo positivo a promessa de segurança jurídica. Também consideram a vedação à “não-resposta” (*non liquet*) pelo Judiciário, vigente no ordenamento jurídico brasileiro.⁵ Todavia, como resolver as questões que não encontram correspondência na produção legiferante preexistente?

Então, percebe-se que as teorias estruturantes do direito, centradas na investigação dos elementos da regra jurídica, tais como mandamento e sanção, conteúdo de comportamento articulado pelos modais deônticos (imperativos, obrigatórios ou dispositivos), são capazes de responder parcialmente às demandas apresentadas pela móvel realidade social.

Por outras palavras, há incidência, no plano fático, da regra geral e abstrata, bastando realizar a técnica de subsunção das premissas maior e menor (lei e fatos, respectivamente) para se chegar a essa conclusão. Vale o registro de que tal solução, ainda hoje, em alguma medida, repercute na prática jurídica, contudo, o dilema enfrentado é como decidir quando o enunciado normativo é impreciso ou ambíguo? Ou, para retomar a indagação anterior, quando não existe regra legal para a situação concreta analisada?

Inegavelmente, essas questões margeiam amplo espaço de discricionariedade judicial ou administrativa na aplicação do direito e fazem com que a suposta segurança jurídica caia por terra, quando confrontada com situações semelhantes para as quais oferece respostas antagônicas. Talvez, exatamente aqui resida o ponto alto da necessidade de ultrapassar as vertentes clássicas do positivismo jurídico. A questão da discricionariedade na aplicação do direito ainda hoje é apresentada como uma espécie de “zona cinzenta” para a teoria do direito.

Diante disso, inicia-se outra perspectiva jurídica, segundo a qual se questiona a possibilidade de existência de um direito hermético ou, por outros termos, se procede à recorrente acusação de *autopoiese*⁶ do sistema jurídico. Isto, porque, mesmo nas versões mais radicais do positivismo jurídico, como é o caso do legalismo ou do positivismo exclusivo, este último exposto por Alexy (2008, p. 285-6), se entende não ser adequada a ideia de autocriação do direito a partir de si próprio. Para ilustrar essa afirmação, bastaria pensar que o direito encerrado no texto positivo (legislado) é necessariamente precedido de um processo político que, em alguma medida, interage com sua produção e reconhecer o papel significativo da realidade determinada historicamente.

Tal distinção se apresenta não apenas nos órgãos de criação, mas também nos órgãos responsáveis pela aplicação do direito. A título de exemplo, tem-se a composição de alguns tribunais superiores que, igualmente, exigem indicações notadamente políticas, conforme já se registrou na experiência histórica brasileira.⁷ Logo, tanto na produção quanto na aplicação do direito operam-se intervenções de outros agentes, a exemplo da realização de audiências públicas, seja no processo legislativo, seja no judicial, não se sustentando, pois, a tese de completo hermetismo do direito.

Conforme já dito, uma simples tentativa classificatória não fornece os suportes necessários para a adequada compreensão do fenômeno jurídico, pelo contrário, este necessita de densa investigação teórica e empírica. Com efeito, nota-se que a capacidade de significação ultrapassa a exegese textual, na mesma medida, a aferição da validade das regras dentro do esquema de norma superior e autoridade competente.

Ao insistir na vertente positivista, desta vez no positivismo analítico, no capítulo Os fundamentos de um sistema jurídico, Hart (1994) ressalta a existência das regras primárias de obrigação e das regras secundárias, que estabelecem a relação de validade entre aquelas, isto é, “faculta os critérios através dos quais a validade das outras regras do sistema é validada” (HART, 1994, p. 117), mediante as regras de alteração, adjudicação e reconhecimento, de tal sorte que essa teoria reconhece a existência e a relevância da “textura aberta do direito”⁸ para sua compreensão contemporânea.

Isso, porque o fenômeno jurídico, na atualidade, se manifesta num complexo contexto de relações descentralizadas, demarcado por forte mobilidade econômica, social, cultural etc. Quem sabe por isso a atual atividade legiferante, na tentativa de abarcar o maior número de situações possíveis, lança mão, com maior frequência, de conceitos jurídicos indeterminados, como boa-fé, bem comum, justa causa etc. Disso exsurge a necessidade de compreensão do atual fenômeno jurídico por outras lentes, retomando-se o valor semântico do texto normativo.

Nessa abertura de densidade axiológica, os princípios exercem duas funções sociais: internas e externas, segundo afirmam Guimarães e Lanzillo (2013, p. 106). Os primeiros dizem respeito a: (i) estabilidade; (ii) sistematização; (iii) integração do sistema jurídico com o intento de oferecer balizas normativas para um sem número de situações. Isto compete, respectivamente, ao conteúdo semântico extraído dos axiomas universais de consolidar o direito, tornando-o coerente, e de preencher as lacunas legislativas. Já no plano social externo, significa compreender a Constituição como atual *locus* hermenêutico, a necessidade de legitimidade social somada à possibilidade de mutabilidade na compreensão do direito (GUIMARÃES; LANZILLO, 2013, p. 110-4).

Assim, de acordo com uma perspectiva ontológica clássica, vê-se, com efeito, a insuficiência do projeto descritivo do direito que, por sua vez, abre amplo espaço para análises axiológica e teleológica da atividade jurídica. Caberia, ainda, questionar se a busca pela suposta essência do direito, agora substituída pela interpretação valorativa, representaria a outra face da mesma moeda, visto que a própria concepção de essência pressupõe, ao menos em tese, uma ontologia que não se solu-

ciona pela substituição terminológica de regras por princípios. Definitivamente, o que se coloca em xeque é a possibilidade da própria essência jurídica.

De certa forma, as tradições positivistas, brevemente abordadas em Kelsen e Hart, prosseguem em Luhmann. Para tornar esse ponto compreensível, demonstra-se a abordagem teórico-metodológica do paradigma sociológico, segundo Luhmann (1983, p. 43), o direito enquanto “uma ciência de sistemas altamente complexos”, a qual realiza a distinção entre direito e moral, mas, por outro lado, exclui a possibilidade de separação ôntica entre os sistemas sociais.

Na percepção de Luhmann (1983, p. 121, grifos do autor), o direito é compreendido como uma “[...] estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas.” No subsistema social do direito, ocorre o fechamento operacional, igualmente replicável aos outros sistemas autorreferenciais (vivos e psíquicos), característica que Villas Bôas Filho (2006, p. 162) nomeia de teoria da *autopoiesis*. Explica-se, assim, como “ocorre na paradoxal parábola do Barão de Münchhausen, que se retira para fora da água puxando-se pelos próprios cabelos, seria uma forma de resolver criativamente o paradoxo da auto-referência (*sic*).” Coincidência ou não, esse ponto de vista é também atribuído a Kelsen por Helfer e Stein (2009, p. 50), sob a forma do trilema de Münchhausen, que basicamente apresenta três características, quais sejam: o regresso infinito, o círculo lógico e a interrupção do procedimento.

No entanto, descabe igualar Luhmann a Kelsen, haja vista que, para Luhmann (2005, p. 402), a validade e a argumentação jurídica são acoplamentos estruturais, formas de comunicação com outros sistemas sociais, que se realizam por meio do texto, bem como os princípios podem ser utilizados na *praxis* argumentativa para minimizar a “clausura operativa” (LUHMANN, 2005, p. 411); porém, paradoxalmente, a redução da complexidade serve para aumentar essa mesma complexidade.

Ao que tudo indica, as referências atribuídas às ideias de Kelsen por Helfer e Stein (2009, p. 48), por razões semelhantes, devem ser estendidas à parábola do “décimo segundo camelo”, pois, “esses ideais, como o mito da linguagem técnica, da neutralidade, da metalinguagem e da clausura do direito, prestam-se ainda a satisfazer os fetiches teóricos de abordagens rigorosas só em aparência, mas que não assumem a discussão de fundo.” Mas, para o exame desses argumentos, conta-se com o apoio dessa parábola no tópico seguinte.

3 EXISTE ESPAÇO ADEQUADO NO DIREITO PARA O “DÉCIMO SEGUNDO CAMELO”?

Nas linhas pretéritas, traçou-se um panorama sobre algumas das teorias que buscavam determinar a ontologia jurídica, inaugurado com Kelsen, que concebia a norma positiva como o elemento fundante do direito. Na vertente *light* do positivismo jurídico,⁹ Hart avançou nessa compreensão, ao acrescentar à sua clássica divisão de regras primárias e secundárias a existência de um potencial integrativo do direito (textura aberta), amplamente apoiado nos estudos sobre a linguagem de Wittgenstein.

Cumprido, neste momento, trabalhar sobre o ponto subjacente acima iniciado, isto é, a existência de uma essência capaz de entregar a segurança jurídica prometida. Seria a *grundnorm* (KELSEN, 1962, p. 255-61) essa essência procurada? Ou a quintessência jurídica faltante seria a “textura aberta” (HART, 1994, p. 137-49)? Acredita-se que a resposta para ambas as indagações deva ser negativa.

Fala-se, com efeito, no ultrapassamento, no sentido daquilo que se deve transpor, do positivismo jurídico; aliás, alguns autores¹⁰ sugerem o pós-positivismo como o atual estágio de compreensão e aplicação do direito; todavia, deve-se atinar para a substituição do culto à produção legislativa pela veneração dos princípios jurídicos (explícitos e implícitos), sobretudo pela maneira como são aplicados, talvez por isso, Tomaz (2005, p. 179) sustenta a “falta de habilidade, de preparo, para tratar o direito fora dos domínios exclusivos da dogmática.”

Em igual medida, questiona-se a mera invocação dos princípios, assim como do enunciado normativo, desconectados das circunstâncias fáticas (materiais) do caso concreto ao qual se pretende aplicá-los. Definitivamente, enquanto não se fornecer o acesso aos fundamentos da interpretação jurídica, prevalecerá o caráter tecnicista. Ao contrário, revela-se oportuno apresentar as opiniões de Barros, Linhares e Mendonça (2016, p. 168):

[...] estamos testemunhando um tempo de críticas - sociais, políticas, culturais, científicas, filosóficas - às mais diversas verdades dispersas nesses campos. Questionamentos que têm sido acompanhados por diversos “pós”: pós-estruturalismo, pós-modernismo, pós-marxismo, pós-colonialismo. Entendemos que as imprecisões e incertezas que marcam nosso tempo metaforizado por tantos “pós” podem ser mais bem percebidas se “encontrarmos” a sua origem não originária, o seu fundamento abissal.

Ao se colocar em crise o “fundamento ausente” na ciência jurídica, analogicamente ao apontado pelos sobreditos autores, o ponto que se passa a enfrentar é sobre sua (im)possibilidade para a adequada compreensão do direito. Ou seria viável complementação possível, realizada por um elemento capaz de resolver as questões e de assegurar, a um só tempo, segurança jurídica e justiça ao caso concreto? Ao que tudo indica, juristas, filósofos, sociólogos, dentre outros, teimam em considerar e buscar esse disperso fundamento para o direito.

Essas ideias possuem um quê de sentido ontológico clássico, com variadas manifestações desse mesmo fenômeno, singelamente chamado de fundamento ausente. Assim, debate-se sua ideia central, encerrada numa espécie de conjunto de instrumentos jurídicos caracterizado pelo solipsismo metodológico, composto por um painel diverso de regras, princípios, valores etc.

Pois bem, a descoberta ou a invenção de um “décimo segundo camelo” fictício pode ser concebida como um reenvio aos períodos pretéritos; por outro lado, contemporaneamente percebe-se que as preocupações axiológicas e teleológicas do direito exigem satisfação que, em alguma medida, é negligenciada. Em contraponto, para explicar a utilização da citada metáfora, Alban e Maia (2016, p. 1.028) sustentam um discurso pós-metafísico e pós-ontológico em Luhmann, tornando superadas as discussões apontadas no primeiro tópico. Para ir além dessa dúvida, passa-se à análise da parábola do “décimo segundo camelo”.

Antes, porém, cabe compreender o sentido da palavra parábola. Para tanto, a sede do conhecimento humano, segundo Bacon (2007, p. 112), é dividida em história, poesia e filosofia. Especificamente no § 344, o gênero poético é subdividido em poesia narrativa, representativa e alusiva (ou parabólica) e, ao final do parágrafo, o autor sustenta que as parábolas “conservam muita vida e vigor, porque a razão não pode ser tão perspicaz, nem os exemplos tão aptos.” (BACON, 2007, p. 133). Na mesma senda, Abbagnano (2007, p. 742) define o termo parábola como um “argumento que consiste em aduzir uma comparação ou um paralelo”.

Desse modo, sabe-se de antemão que uma parábola reivindica a realidade de seu conteúdo sob um formato alegórico e, para compreender os argumentos trabalhados, a dita parábola pode ser, sumariamente, recontada. Diz-se que três herdeiros estavam em apuros para realizar as disposições testamentárias deixadas pelo *de cuius*, considerando que o espólio (patrimônio) era composto por onze camelos e as disposições de última vontade (testamento) destinavam metade da herança para o primogênito, a quarta parte para o filho do meio e a sexta parte para o caçula.

Ao conjugar as disposições do testamento com o monte sucessório, não havia condições fáticas para realizá-lo integralmente, pois, como atribuir cinco camelos e meio para o filho mais velho, dois vírgula setenta e cinco camelos para o filho do meio e um vírgula oitenta e três camelo para o terceiro filho? Em igual medida, não havia como contrariar a vontade do genitor.

Os herdeiros, então, procuraram um juiz, que apresentou como solução a doação graciosa de um camelo de seu acervo pessoal. Assim, diante do aceite da doação, do monte *mor* agora composto por doze camelos, nos termos do testamento, procedeu-se à partilha da seguinte forma: caberia ao primogênito seis camelos, ao segundo filho três camelos e ao ultimogênito dois camelos, no total de onze camelos. Logo, por fim, sobrou um camelo que seria restituído ao juiz. Desse modo, estaria definitivamente resolvida a questão.

Ainda assim, há de serem realizadas reservas quanto às ideias apresentadas. A primeira questão para ser levantada é sobre a pretensão de exclusividade, ou seja, existe apenas um fundamento capaz de alcançar o resultado. Outra objeção seria seu caráter atemporal, nesse sentido, cabe acrescentar as palavras de Fernández-Largo (1995, p. 74-5, tradução nossa),¹¹ “não existe um objeto histórico que encerre em sua profundidade um significado unívoco para todos os tempos, enquanto não seja submetido a uma interpretação atualizadora (função necessariamente mediada pelo presente).”

Nota-se do fragmento supratranscrito a necessidade de intensa e constante atividade interpretativa, o que indica que “a hermenêutica é parte da metodologia legal.” (FERNÁNDEZ-LARGO, 1995, p. 69, tradução nossa).¹² Desde já, cabe o registro da função de complementariedade desenvolvida pela hermenêutica filosófica para a interpretação e a aplicação do direito, mesmo porque interpretar é extrair a essência a partir do contexto histórico e cultural. Não há, portanto, como restringir essa tarefa tão somente a seu aspecto formal, legado pela tradição, que não deve, em última instância, ser o fundamento de decisão alguma, seja ela de cunho histórico, seja de cunho jurídico.

Outro elemento para acalorar o debate é o grau de pureza desse lendário “décimo segundo camelo”. Percebe-se, pois, que o elemento fundante preexiste ao conflito, é invocado para resolver o dilema e, ao final de todo o processo, permanece inalterado. Diferentemente da parábola acima narrada, a hermenêutica, enquanto ciência ou arte da interpretação, “deve fornecer pistas inequívocas para diferenciar entre uma interpretação subjugadora e opressiva e outra libertadora e protetora dos sentidos.” (FERNÁNDEZ-LARGO, 1995, p. 93-4, tradução nossa).¹³

Por fim, ao desconsiderar por completo a atividade das partes na construção da decisão judicial, não há de se falar no exercício de participação, conhecimento ou influência nos atos decisórios, requisitos indispensáveis para a realização do princípio do contraditório,¹⁴ pois as partes apenas se submetem ao conteúdo pré-determinado pelo embasamento ausente. O protagonismo, como se disse, incumbe apenas ao “décimo segundo camelo”. E as interlocuções com o já citado Fernández-Largo (1995, p. 126, tradução nossa)¹⁵ possibilitam retomar as reflexões anteriores, o que permite afirmar que:

Reivindicar uma hermenêutica filosófica equivale a propugnar que, acima da cientificidade, está a experiência de participar em uma tarefa criadora do patrimônio histórico e cultural de um povo e de promoção da convivência na justiça e na paz, em conformidade com os princípios de racionalidade acordados.

Assim, em virtude da refutação iniciada, surge espaço para as contribuições da hermenêutica filosófica ao processo de fundamentação jurídica e, uma vez iniciadas essas ideias, vale detalhar o tema no próximo tópico.

4 ALGUMAS PALAVRAS SOBRE A HERMENÊUTICA JURÍDICA

As orientações, nesta parte final, caminham para uma proposta diferente da empreendida nos tópicos precedentes, sem, contudo, cederem ao engodo da tese da única resposta correta para a aporia da interpretação do direito. Ressalte-se que ainda vigem os cânones da interpretação gramatical, teleológica, sistemática e lógica. Permanecem válidos, é verdade, porém, seu limitado repertório não esgota a potencialidade interpretativa do direito.

Enquanto arte de compreender (*verstehen*), a hermenêutica se apoia na compreensão do idioma, em suas regras e condições históricas; distingue-se do mero entendimento, isto é, do conhecimento dos conceitos. Diante disso, fala-se no contributo da hermenêutica para aproximar-se da adequada interpretação do direito.

Em igual medida, tem-se em vista que várias são as espécies de hermenêutica (teológica, histórica, psicológica, filológica, jurídica etc.), que devem ser avaliadas não por sua tradição, mas, antes, pelos resultados que efetivamente se extraem de sua atividade interpretativa. Assim, para conectar as reflexões teóricas com sua aplicação prática, exige-se o envolvimento intenso na realidade que margeia a solução apropriada para o caso concreto.

O estado de coisas esboçado nos tópicos precedentes deve ser retomado neste momento da pesquisa, e permite-se advertir, preliminarmente, que descabe falar numa pauta binária (restrita à

validade ou à invalidade da regra normativa). Exige-se mais. Tem-se atualmente um espaço crescente para a ideia de uma pauta deliberativa plural e aberta na construção da interpretação jurídica, o que pressupõe os sentidos racionalmente adequados para a comunidade democrática de direito.

Desse modo, seria possível falar nos interesses ou nos valores sociais emanados de múltiplas fontes, num primeiro momento, captados pelo legislador e transformados em proposições jurídicas pela atividade legiferante. Porém, como lhe é peculiar, essa (hiper)atividade, no mais das vezes, não consegue sistematizar esses valores contrapostos.

Em larga medida, a essas ideias é tributada a inexistência do dever de coerência na concretização do direito positivo. Com o fim de sustentar a alegação realizada, cita-se a contrariedade das diversas disposições positivadas (antinomias); outro exemplo plausível é o controle de constitucionalidade, isto é, a análise da compatibilidade de determinada lei (ou ato normativo) com as disposições do Texto Constitucional vigente. No entanto, isso não equivale a afirmar que o controle de constitucionalidade seja ou permaneça restrito ao exame formal das leis, por exemplo, ou ainda, que a sistematização ou a harmonização seja uma preocupação exclusiva dos(as) juristas.

Como já dito, houve uma guinada na prioridade da ordem jurídica, fato que equivale a dizer que, de acordo com o paradigma democrático, não há espaço para um conhecimento jurídico estritamente conceitual sobre o aparato jurídico. O que, por sua vez, não quer significar o completo desprezo pelos conceitos, ao revés, estes ainda são bastante necessários, contudo, não são suficientes para a complexa manifestação do direito. Com vistas a erigir um repertório argumentativo aproximativo da explicitação dessas ideias, extraem-se as perspectivas centrais de uma fundamentação hermenêutica como forma de compreender as possíveis (res)significações do complexo fenômeno jurídico.

Com base nas reflexões hermenêuticas de Gadamer, que, por sua vez, estabeleceu denso diálogo com a tradição filosófica ocidental e, ao final, tornou-se receptivo à linha ontológico-existencial de Heidegger, conforme aponta Pereira (1994, p. 47), essa perspectiva se inicia na constatação de que “ao contrário da razão retórica, a razão hermenêutica mantém-se na morada da natureza e do mundo, que é raiz constante da mobilidade polissêmica do conflito de interpretações, cujo centro de convergência é o logos como recolha primária das coisas.”

Por conseguinte, essa imersão filosófica possui endereço certo e, segundo Gadamer (1988, p. 53, grifo do autor), consiste em identificar com precisão a tarefa desempenhada pela hermenêutica jurídica, assim:

Aristóteles nos fala de um modo muito explícito da *Epieikeia* com “retificação” ou “acomodação” da lei. Ele funda a sua concepção no fato de que toda lei comporta uma tensão interior no que se refere às possibilidades da ação: uma lei é sempre geral e não pode conter toda a complexidade concreta de um caso particular (Diga-se de passagem, que esse é o problema próprio de uma hermenêutica jurídica.). Uma lei é sempre insuficiente; não em razão de qualquer falha intrínseca, mas porque o mundo, como campo de nossas ações, é sempre imperfeito com relação à ordem ideal projetada pelas leis.

As contribuições da filosofia antiga são evidenciadas não apenas por apontarem o método para alcançar o agir correto no caso concreto, mas também por perpassarem a atividade interpreta-

tiva. Na mesma medida, “a Retórica de Aristóteles foi uma teoria da argumentação, que se articulava com a sua vizinha lógica da demonstração e com a filosofia, uma teoria da elocução e uma teoria da composição do discurso.” (PEREIRA, 1994, p. 07). Guardadas as devidas proporções, indicam os pontos de partida das ideias anteriormente apresentadas.

Ao expor algumas dessas questões dentro de um estudo na área transdisciplinar da hermenêutica, busca-se colocar a par que Gadamer, em alguma medida, investiga esse mesmo problema. Retomam-se conceitos legados pela tradição aristotélica, passando pela leitura dos conceitos kantianos, o que provoca uma nova ruptura, isto é, a compreensão de que a capacidade da linguagem para comportar as múltiplas relações de semelhança e significação não está mais depositada na análise positiva da linguagem. Eis alguns dos elementos decisivos para a hermenêutica contemporânea.

Contudo, o desafio imposto é ir além do peso da tradição e da autoridade. Diante dessa emergência, a situação aporética enfrentada é construir novas respostas, sem recorrer à ideia de uma “essência humana atemporal” (ou ainda uma “essência humana baseada em sua origem”), o que, para o aludido autor, seria a base do humanismo, o qual parte expressiva das ciências humanas ainda emprega como fundamento para suas análises.¹⁶

Nessa ordem de ideias, percebe-se, pois, que o objeto de trabalho da hermenêutica jurídica é o texto normativo, daí a necessidade de passar e ultrapassar os apontamentos realizados no segundo tópico (Algumas ideias sobre teoria do direito). Em Gadamer, interpretar é, antes de tudo, uma forma de existência no mundo: “De fato, todas as constatações das ciências humanas referem-se, em última instância, aos fatos da ‘experiência interior’: um domínio do ser que não diz respeito à ‘explicação’ mas sim a compreensão.” (GADAMER, 1988, p. 28).

Bem por isso, segundo Fernández-Largo (1995, p. 91, tradução nossa),¹⁷ entende-se que “as normas jurídicas, tanto as legais como as consuetudinárias, provocam uma conduta perceptiva que se impõe, como limite externo, para qualquer interpretação.” Repise-se a necessidade de demarcar que não representam o reenvio às vertentes positivistas, ao contrário, conforme argumenta FERNÁNDEZ-LARGO (1995, p. 101, tradução nossa),¹⁸ foram exatamente:

O positivismo e o formalismo jurídico nos habituaram à aceitação acrítica de que as normas jurídicas não são suscetíveis de verdade ou falsidade, nem conseqüentemente tampouco sua interpretação e aplicação, as quais seriam funções mecânicas e procedimentos dedutivos.

Em sentido diametralmente oposto, na hermenêutica a tônica está na atividade interpretativa como tarefa que não possui proprietário(a), como sugere o caso do “décimo segundo camelo”. Quando se compreende a tarefa hermenêutica enquanto ciência de princípios e métodos próprios, percebe-se que nada mais é senão intérpretes dedicados(as) à construção de sentidos e alcances dos textos e dos contextos jurídicos. Tem-se o direito como obra móvel, dinâmica e circunstancial; logo, permanentemente aberta.

Contudo, “se considerarmos por um instante a arte da interpretação de textos tal como os antigos a aplicavam na filologia e na teologia, observaremos de imediato que se tratava sempre de

uma arte ocasional.” (GADAMER, 1998, p. 19). Por outro lado, a atual função hermenêutica transcorre por um constante processo de busca pelos sentidos adequados e, dentro desse contraste, “vê-se, então, facilmente”, segundo Gadamer (1988, p. 42), “que a hermenêutica tradicional restringia excessivamente o horizonte dos problemas ligados à idéia (*sic*) de compreensão.”

Noutra passagem, o autor sugere que “esta hermenêutica pode considerar-se tradicional na medida em que sempre pretendeu ser uma doutrina metodológica, encontrando como tal seu lugar científico-teórico na jurisprudência, na teologia e na filologia.” (GADAMER, 2001, p. 133-4, tradução nossa).¹⁹

Porém, ao se compreender, minimamente, o papel desempenhado pela hermenêutica jurídica, percebe-se que se distancia em muito da hermenêutica clássica (teológica) em razão da impossibilidade de adoção de uma denominação religiosa oficial (caráter secular da sociedade e laico do Estado); outro argumento possível é a impossibilidade de tomar tanto o texto quanto seu(sua) autor(a) ou o conjunto deles(as) em seu sentido sagrado. Da mesma forma, afasta-se da hermenêutica filológica, uma vez que, na seara jurídica, descabe uma compreensão apenas do enunciado normativo, mas interessa sobremaneira a compreensão realizada por meio das palavras que o compõem.

Assim, nesse seguimento, Fernández-Largo (1995, p. 08, tradução nossa)²⁰ alerta para o fato de que “não designa só o procedimento da exegese ou filologia, jurisprudência ou paleografia.” E, mais ainda, submeter uma questão à jurisdição equivale a afirmar que “compreender ou interpretar significa, acima de tudo fazer uma pergunta ou abrir um problema. O significado de um texto surge quando se tenha perguntado sobre algo.” (FERNÁNDEZ-LARGO, 1995, p. 27, tradução nossa).²¹

Para Camargo, Linck e Neubauer (2015, p. 287), “o saber hermenêutico é um saber extrametódico. Um saber metódico se pode ensinar do início ao fim; porém, um saber extrametódico é, ao contrário, baseado sobre faculdades e sensibilidades cujo operar não é de todo reconstituível, como o gosto, o gênio, o tato.”

Da mesma forma que não cabe a prevalência do prisma teológico e exegetico, a clássica ideia de uma estrutura circular de compreensão torna-se problemática, quando pressupõe que a simples reconstrução de um passado remoto possibilita avançar para a compreensão. O contexto histórico é relevante, mas, *per se*, não conduz à adequada interpretação. Exige-se mais. “Uma hermenêutica filosófica chegará ao resultado de que a compreensão só é possível de forma que o sujeito ponha em jogo seus próprios pressupostos.” (CAMARGO; LINCK; NEUBAUER, 2015, p. 293).

Percebe-se, assim, um distanciamento da essência teológica e filológica na construção dos sentidos e dos alcances dos textos jurídicos. No mesmo sentido, Zagrebelsky (1995, p. 146, tradução nossa)²² sustenta que “assim, a mera exegese dos textos é, no final, a mais aberta de todas as interpretações.” Bem por isso, Camargo, Linck e Neubauer (2015, p. 300) entendem que “o círculo da compreensão não é de modo algum um círculo metodológico”, mas a complementação de um

ciclo interpretativo que permite se apropriar de uma longa tradição, dos métodos e das experiências pretéritas para ofertar uma compreensão atual.

Realizadas essas considerações, cabe acrescentar que, na tarefa de apurar conclusões, o(a) intérprete inicia um processo que Gadamer (2005, p. 457 [§ 311]; p. 578 [§ 401]) denomina de “fusão de horizontes” ou “fusão horizôntica”. Pelas palavras de Fernández-Largo (1995, p. 114, tradução nossa),²³ lê-se que “a fusão de horizontes entre um texto abstrato ou geral e uma realidade concreta que tem de ser configurada e conformada aos propósitos buscados pelo texto legal.”

Todavia, esse procedimento hermenêutico torna-se viável somente após a virada hermenêutica, a qual Gadamer (2007, p. 40-1; 2001, p. 36)²⁴ interpreta como:

A virada hermenêutica estende-se, assim, para além dos limites da ciência moderna que é denominada pelo ideal do método. Desse modo, ela descortina o lado inverso da cultura científica que denomina nossa civilização e entra em cena como a cultura das “humanidades”, que também são denominadas ciências humanas ou ciências da cultura, ao lado das ciências da natureza, abarcando em verdade a totalidade de nossa configuração humana da vida.

Dentro desta experiência história e cultural não autossuficiente, “a hermenêutica nos oferece uma visão mais global de conhecimento jurídico, para não reduzi-la a uma interpretação filológica ou historicista ou voluntarista.” (FERNÁNDEZ-LARGO, 1995, p. 111, tradução nossa),²⁵ sob pena de voltarem-se sobre si as mesmas críticas endereçadas às versões clássicas do positivismo jurídico.

“Desta forma, torna inevitável um giro hermenêutico, que consiste em ir mais além do ‘presente’. [...] A hermenêutica retém uma experiência, não é um método para descobrir um sentido ‘verdadeiro’, como se isso pudesse ser alcançado.” (GADAMER, 2001, p. 70-1, tradução nossa).²⁶ De tal modo, o produto das reflexões apresentadas recai sobre a atividade jurídica que é o ato de:

“Aplicar” não é ajustar uma generalidade já dada antecipadamente para desembaraçar em seguida os fios de uma situação em particular. Diante de um texto, por exemplo, o intérprete não procura aplicar um critério geral a um caso particular: ele se interessa, ao contrário, pelo significado fundamentalmente original do escrito de que se ocupa (GADAMER, 1988, p. 57).

Por fim, ao realizar tais questionamentos, suscetíveis de aprofundamentos e aprimoramentos para debates posteriores, revela-se preferível e compatível com os objetivos acima traçados entender a hermenêutica jurídica mais como um ponto de partida para as múltiplas interpretações do direito do que como repositório de respostas peremptórias e atemporais.

CONCLUSÃO

Neste artigo, investigou-se a existência de um paradigma adequado para a compreensão e a interpretação do direito, o que constitui, pois, uma das aporias sugeridas no título. Após a realização desse percurso, retomou-se a parte introdutória, sobretudo quanto aos objetivos específicos traçados, como numa espécie de prestação de contas que alicerçou as considerações finais daqui em diante (re)apresentadas.

Assim, com o objetivo de analisar e compreender o giro hermenêutico, proposto por Gadamer, traçou-se um panorama teórico como ponto inicial. Viu-se, portanto, que o apego excessivo ao texto legal, capitaneado pelo positivismo normativo, possui lastro na promessa de suposta segurança jurídica, ainda hoje não concretizada. Prossegue-se na busca por um paradigma interpretativo para a compreensão do fenômeno jurídico, a senda do positivismo analítico hartiano, textura aberta do direito, dentre outros fatores, que contribui para a virada axiológica. A linguagem, então, passou a assumir o papel de destaque que, de fato, possui.

Verificou-se a inaplicabilidade da parábola do “décimo segundo camelo” à seara jurídica, basicamente por dois motivos: primeiro, porque o direito não deve ser concebido como “algo revelado”, ao contrário, constrói-se também nas incertezas; segundo, porque a citada metáfora insiste na pureza e na atemporalidade do “fundamento ausente”, ou seja, uma vez descoberta a essência preexistente, esta é aplicada ao caso concreto, solucionando-o, e, ao final, a essência pura conserva-se intacta.

Ato contínuo, realizou-se um esforço aproximativo de compreensão das indeterminações do complexo fenômeno jurídico contemporâneo mediante a exposição das ideias centrais da hermenêutica jurídica. Isto é, a aplicação dos métodos e dos princípios próprios da arte da interpretação aos (con)textos jurídicos permite um procedimento hermenêutico de construção dos sentidos e dos alcances dos textos jurídicos a partir da incidência no caso concreto. Diferentemente do “camelo” luhmanniano, o modelo hermenêutico se perfaz no questionamento de seus próprios pressupostos. Como um ponto de partida.

Tal empreitada se fundamenta na tentativa de construção da significação e da fundamentação jurídica, apoiada na arte da interpretação (hermenêutica), para a sobredita virada epistemológica no atual estágio jurídico. Busca-se, desse modo, tornar menos intenso o espaço vazio existente na atividade interpretativa, à luz dos aportes da hermenêutica aplicada ao direito. Sem exageros, é possível perceber algumas similaridades epistemológicas entre a parábola e os modelos positivistas trabalhados.

De resto, algumas ideias precisam ser (re)afirmadas, especialmente a impossibilidade de a parábola do “décimo segundo camelo” ser considerada como uma teoria adequada à interpretação do direito. Como dito, paradoxalmente, este aparente “ponto de chegada” revela-se novamente uma arrancada para outras interpretações do direito em sua contemporaneidade.

Aprovado em: 28/11/2017. Recebido em: 28/7/2017.

NOTAS

¹Cf. expressão originalmente utilizada por BARROS, Sebastián; LINHARES, Bianca de Freitas; MENDONÇA, Daniel de. O fundamento como “fundamento ausente” nas ciências sociais: Heidegger, Derrida e Laclau. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 18, n. 41, p. 164-94, jan./abr. 2016.

²No original: “*The practice of the hermeneutics of suspicion requires eternal vigilance by intellectuals inside and outside of the academy.*”

³No original: “*La pregunta nos pone en la situación de tener que decidir entre posibilidades.*”

⁴ Como se sabe, são diversos os tipos de positivismo jurídicos, por exemplo: o positivismo legalista, científico, normativo, analítico, realista, lógico, ético, neo-positivismo etc.

⁵ Vide art. 4º, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro de 1942: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito." (BRASIL, 1942); art. 140, Código de Processo Civil de 2015: "O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico." (BRASIL, 2015).

⁶ Cf. sugere Mateus Renard Machado: "O direito é um sistema funcionalmente diferenciado, autopoietico e autorreferencial." MACHADO, Mateus Renard. **Do sujeito ao sistema: uma análise do direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2012. 72 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Maria, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Santa Maria, 2012, p. 55.

⁷ Cf. notícia Ricardo Westin, durante o governo do Marechal Floriano Peixoto houve a indicação do médico Cândido Barata Ribeiro para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal. WESTIN, Ricardo. **Senado já rejeitou médico e general para o STF**. Jornal do Senado, Brasília, segunda-feira, 01 de junho de 2015, p. 07.

⁸ Por todos, indica-se BAHIA, Charles Nunes. Da textura aberta da linguagem à textura aberta do direito: o contributo de Wittgenstein e Waismann à filosofia jurídica de Hart. **Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 30, n. 2, p. 227-41, maio/ago. 2016.

⁹ Cf. indica KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 05-26, v. 3. (Série Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz).

¹⁰ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3 reimpressão. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 63. (Nota de rodapé n. 292).

¹¹ No original: "[Y, por tanto,] no existe un objeto histórico que encierre en su profundidad un significado unívoco para todos los tiempos, mientras no sea sometido a una interpretación actualizadora (función necesariamente mediadora del presente)."

¹² No original: "La hermenéutica forma parte de la metodología jurídica."

¹³ No original: "[...] debe ofrecer pistas inequívocas para diferenciar entre una interpretación sojuzgadora y opresiva y otra libertadora y proyectora de sentidos."

¹⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 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; (BRASIL, 1988).

¹⁵ No original: "Reivindicar una hermenéutica filosófica equivale a propugnar que, por encima de la cientificidad, está la experiencia de participar en una tarea creadora del patrimonio histórico y cultural de un pueblo y de promoción de la convivencia en la justicia y en la paz, conforme a principios de racionalidad acordada."

¹⁶ Parcela das reflexões desenvolvidas na parte introdutória deste quarto tópico foram desenvolvidas/aprimoradas a partir de conversa (informação verbal) realizada com o Prof. Dr. André Fabiano Voigt, do Instituto de História - Inhis - Universidade Federal de Uberlândia - UFU, em 31 de agosto de 2017.

¹⁷ No original: "Las normas jurídicas, tanto las legales como las consuetudinarias, conllevan una conducta perceptiva que se impone, como límite externo, a cualquier interpretación."

¹⁸ No original: "El positivismo y el formalismo jurídico nos han habituado a la aceptación acrítica de que las normas jurídicas no son susceptibles de verdad o falsedad, ni consiguientemente tampoco su interpretación y aplicación, las cuales serían funciones mecánicas y procedimientos deductivos."

¹⁹ No original: "Esta hermenéutica puede considerarse tradicional en la medida en que siempre pretendió ser doctrina metodológica, encontrando como tal su lugar científico-teórico en la jurisprudencia, la teología y la filología."

²⁰ No original: "[Y ya] no designa sólo el procedimiento de la exégesis, ni de la filología, la jurisprudencia o la paleografía."

²¹ No original: "Comprender o interpretar significan ante todo plantear un interrogante o abrir una cuestión. El sentido de un texto emerge cuando se le ha interrogado sobre algo."

²² No original: "De este modo, la mera exégesis de los textos resulta, al final, la más abierta de todas las interpretaciones."

²³ No original: "La fusión de horizontes entre un texto abstracto o general y una realidad concreta que ha de ser configurada y conformada a los propósitos buscados por el texto legal."

²⁴ Cf. afirma Gadamer (2001, p. 36, tradução nossa): "O giro hermenêutico se estende, assim, toda a ciência moderna, dominada pelo ideal metodológico. Desta maneira, se descobre o outro lado da cultura científica que domina nossa civilização é descoberto, aparecendo como a cultura das "humanidades", que na Alemanha se chamam também de ciências do espírito ou da cultura, ao lado das ciências naturais, as humanidades que abarcam, na realidade, a totalidade de nossa conformação humana de vida." (No original: "El giro hermenéutico se extiende así a la totalidad de la ciencia moderna, dominada por el ideal metodológico. De esta manera se descubre el otro lado de la cultura científica

que domina nuestra civilización, apareciendo como cultura de las 'humanidades', que en Alemania se denominan también ciencias del espíritu o de la cultura, al lado de las ciencias naturales, humanidades que abarcan en realidad la totalidad de nuestra conformación humana de la vida.”).

²⁵No original: “La hermenéutica nos ofrece una visión más global del conocimiento jurídico, al no reducirlo a una interpretación filológica ni historicista ni voluntarista.”

²⁶No original: “De esta forma, se hace inevitable un giro hermenéutico, que consiste en ir más allá de lo ‘presente’. [...] La hermenéutica retiene una experiencia, no es un método para averiguar un sentido ‘verdadero’, como si este pudiera llegar a alcanzarse.”

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. Tradução de Alfredo Bossi. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ABRAHAM, Mattheus. *What is complexity science? Towards the end of ethics and law parading as justice*. In: CILLIERS, Paul. (Ed.). *Thinking complexity*. Mansfield: 2007, p. 119-31, v. 1. (*Complexity and philosophy*).
- ALBAN, Carlos Eduardo; MAIA, Selmar José. A restituição do décimo segundo camelo: do direito à sociologia jurídica. **Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 1.027-43, jul./dez. 2016.
- ALEXY, Robert. *On the concept and the nature of law*. **Ratio Juris**, [S.l.], v. 21, n. 3, p. 286-90, Sep. 2008.
- ARANTES, Bruno Camilloto; GOMES, Alexandre Travessoni. A teoria hermenêutica de Emílio Betti e a objetividade da hermenêutica jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 49, p. 11-38, jul./dez. 2006.
- ARISTÓTELES. **Da interpretação**. Tradução de José Veríssimo Teixeira da Mata. São Paulo: Unesp, 2013.
- ÁVILA, Luiz Augusto Lima de; OLIVEIRA, Wagner Vinicius de. Da hermenêutica jurídica e seus fundamentos. In: DINIZ, Fernanda Paula; FREITAS, André Vicente Leite de; PEREIRA, Henrique Viana. (Org.). **Direito na atualidade: uma análise multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 503-38, v. 3.
- BACON, Francis. **O progresso do conhecimento**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 2007.
- BAHIA, Charles Nunes. Da textura aberta da linguagem à textura aberta do direito: o contributo de Wittgenstein e Waismann à filosofia jurídica de Hart. **Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 30, n. 2, p. 227-41, maio/ago. 2016.
- BARROS, Sebastián; LINHARES, Bianca de Freitas; MENDONÇA, Daniel de. O fundamento como “fundamento ausente” nas ciências sociais: *Heidegger, Derrida e Laclau*. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 18, n. 41, p. 164-94, jan./abr. 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3 reimpressão. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiane. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília: **Diário Oficial da União**, 09 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília: **Diário Oficial da União**, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- CAMARGO, Maria Aparecida Santana; LINCK, Ieda Márcia Donati; NEUBAUER, Vanessa Steigleder. Historicidade como pressuposto fundamental para pensar a “compreensão” nas trilhas da hermenêutica filosófica. **Revista de Educação e Filosofia** (Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Educação, Instituto de Filosofia, Programa de Pós-Graduação em Educação e Programa de Pós-Graduação em Filosofia), Uberlândia, v. 29, n. 57, p. 285-303, jan./jun. 2015.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e princípios da interpretação constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 230, out./dez. 2002, p. 163-86.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Os Passos da Hermenêutica: Da Hermenêutica à Hermenêutica Filosófica, da Hermenêutica Jurídica à Hermenêutica Constitucional e da Hermenêutica Constitucional à Hermenêutica Constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito. In: Bernardo Gonçalves Fernandes. (Org.). **Interpretação Constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica**. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 1, p. 07-101.

- FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *El debate filosófico sobre hermenéutica jurídica*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones Universidad de Valladolid, 1995. (Serie Derecho; 29).
- GADAMER, Hans-Georg. *El giro hermenéutico*. Traducción de Artuto Parada. 2. ed. Madrid: Cátedra, 2001. (Teorema, Serie mayor).
- GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**: a virada hermenêutica. Tradução de Marco Antônio Casanova. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2007, v. 2.
- GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1988.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer e Enio Paulo Giachini. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, v. 1. (Pensamento humano).
- GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; LANZILLO, Anderson Souza da Silva. Apontamentos sobre função social dos princípios. *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade - FIDES*, Natal, v. 4, n. 2, jul./dez. 2013, p. 99-118.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HELPER, Inácio; STEIN, Leandro Konzen. **Kelsen e o trilema de Münchhausen**. *Revista Seqüência*, Florianópolis, n. 58, jul. 2009, p. 47-72. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n58p47/13607>>. Acesso em: 20 fev. 2016.
- KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. Traduction de Charles Eisenmann. 2. ed. Paris: Dalloz, 1962. (*Philosophie du Droit*).
- KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012, v. 3. (Série Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz).
- LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs.). **Niklas Luhmann**: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 33-107.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, 2005.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, v. 2. (Biblioteca tempo universitário, 75).
- MACHADO, Mateus Renard. **Do sujeito ao sistema**: uma análise do direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. 2012. 72 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Maria, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Santa Maria, 2012. Disponível em: <http://w3.ufsm.br/ppgf/wp-content/uploads/2011/10/dissertacao_mateus_versaofinal.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.
- PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1969. (O saber da filosofia: 15).
- PALMER, Richard E. *Introduction to four key essays from the Gadamer lesebuch*. **Theory, Culture & Society**. London, v. 23, p. 01-12, Nov. 2006. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0263276406063225>>. Acesso em: 27 jul. 2015.
- PEREIRA, Miguel Baptista. Retórica, hermenêutica e filosofia. *Revista Filosófica de Coimbra*, Coimbra, v. 3, n. 5, pp. 05-70, 1994. Disponível em: <http://www.uc.pt/fluc/dfci/publicacoes/retorica__hermeneutica_e_filosofia>. Acesso em: 29 ago. 2017.
- RIBEIRO, Raphaela Rocha. Hermenêutica e mutações constitucionais no Brasil pós 1988. In: STARLING, Dayse (Coord.). **Direito Público**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2016, p. 342-51.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. Tradução de Celso Reni Braidá. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. (Pensamento humano).
- SOBOTTKA, Emil Albert. Dignidade da pessoa humana e o décimo segundo camelo. Sobre os limites da fundamentação de direitos. **Veritas**, Porto Alegre, v. 53, n. 2, p. 107-19, abr./jun. 2008.
- SOUZA, Ana Paula Lemes de. **Decisão judicial em Niklas Luhmann**. YouTube, 23 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ceturhzcglg>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. O décimo segundo camelo de Luhmann e o §3º do art. 5º da constituição brasileira acrescido pela emenda constitucional n. 45: inconstitucionalidade a partir de uma visão extradogmática do direito tendo como paradigma a alopoiese jurídica. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 6, p. 178-200, jul./dez, 2005.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.

WESTIN, Ricardo. **Senado já rejeitou médico e general para o STF**. *Jornal do Senado*, Brasília, segunda-feira, 01 de junho de 2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/arquivo/arquivos-pdf/senado-ja-rejeitou-medico-e-general-para-o-stf>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995. (*Estructuras y procesos. Serie Derecho*).

Wagner Vinicius Oliveira

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

Pesquisador pelo Núcleo de Estudos em Filosofia

Antiga e Humanidades - NEFIH do Instituto de Filosofia da UFU.

Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de

Pessoal de Nível Superior (CAPES).

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de

Minas Gerais (PUC Minas) - 2016.

Advogado.

wagner.vinicius@sga.pucminas.br