

Anais do

SEMINÁRIO

MINISTRO ALIOMAR BALEEIRO

RECIFE/PE
MARÇO/2010

ORGANIZAÇÃO, EDITORAÇÃO E REVISÃO

Mariana Pinheiro Galvão Pereira
Secretária do Centro de Estudos Judiciários

Raquel da Veiga Araújo de Meneses
Subsecretária de Informação Documental e Editoração

Milra de Lucena Machado Amorim
Coordenadora de Editoração do Centro de Estudos Judiciários

Ariane Emílio Kloth
Luciene Bilu Rodrigues
Alice Zilda Dalben Siqueira
Hélcio Rosa Corrêa

Notas Taquigráficas

Seção de Taquigrafia do Tribunal Regional Federal da 5ª Região

Fotos

SCO/STJ
Edson Queiroz/CJF
Paulo Rosemberg/CJF

IMPRESSÃO

Gráfica do Conselho da Justiça Federal

Evento produzido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em parceria com o Tribunal Regional Federal da 5ª Região e com a Escola de Magistratura Federal da 5ª Região - ESMAFE. Realizado nos dias 11 e 12/3/2010, no auditório do TRF-5ª Região, em Recife-PE.

S471a Seminário Ministro Aliomar Baleeiro (2010 : Recife).
Anais do Seminário Aliomar Baleeiro / Conselho da Justiça Federal,
Centro de Estudos Judiciários. -- Brasília : CJF, 2010.
86 p. : il.

1. Direito Tributário. 2. Direito Público. I. Título.

CDU 336.2

SUMÁRIO

Abertura – <i>Francisco Falcão</i>	05
Lei complementar tributária	
<i>Hugo de Brito Machado</i> – conferencista	07
A responsabilidade tributária do sócio	
<i>Herman Benjamin</i> – presidente da mesa	19
<i>Eliana Calmon</i> – conferencista	21
Aspectos polêmicos do recurso especial	
<i>Sidnei Beneti</i> – presidente da mesa	31
<i>Teori Albino Zavascki</i> – conferencista	33
Tutela de urgência	
<i>Castro Meira</i> – presidente da mesa	45
<i>Luiz Fux</i> – conferencista	46
Os desafios do Direito Público	
<i>Napoleão Nunes Maia Filho</i> – presidente da mesa	62
<i>Ricardo Lorenzetti</i> – conferencista	64
Aliomar Baleeiro e o STF	
<i>Luiz Alberto Gurgel</i> – presidente da mesa	77
<i>Francisco Rezek</i> – conferencista	78
Encerramento – <i>Luiz Alberto Gurgel</i>	85

SEMINÁRIO MINISTRO ALIOMAR BALEEIRO

ABERTURA

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO, Corregedor-Geral da Justiça Federal e Diretor do Centro de Estudos Judiciários: Eminente Presidente Luiz Alberto Gurgel de Faria, Presidente desta Casa, a quem agradecemos pela acolhida na realização deste seminário; Exmo. Sr. Desembargador Jovaldo Nunes, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Pernambuco, que nos honra com sua presença; Eminente Professor Hugo de Brito Machado, conferencista desta tarde; Dr. Fernando Mattos, Presidente da Ajufe, que realiza magnífico trabalho à frente dessa conceituada associação; Senador Roberto Cavalcanti, representando aqui o Senado da República e o Estado da Paraíba; Eminente Ministro Castro Meira, que nos honra com sua presença e que integrou esta Corte por mais de quatorze anos e que, hoje, honra o Superior Tribunal de Justiça como um dos seus mais eminentes membros; Ministros Herman Benjamin e Sidnei Beneti, coordenadores deste evento e que projetam o Superior Tribunal de Justiça no cenário internacional; Ministro Rafael Mayer, Ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, paraibano ilustre, que nos honra com a sua presença; Desembargador Ridalvo Costa, primeiro presidente desta Corte, presença sempre destacada em todos os eventos deste Tribunal; Eminente Desembargador Orlando Rebouças, que também integrou a primeira composição desta Corte; Eminentíssimas Autoridades do Comando Militar do Nordeste, do Comando da Marinha, demais eminentíssimas autoridades, minhas senhoras e meus senhores.

Não é fácil, a quem está jungido à limitação do tempo, esboçar o retrato de corpo inteiro da personalidade exuberante do nosso homenageado: Aliomar Baleeiro. Nascido a 5 de maio de 1905, projetou-se no cenário nacional como professor, político e jurista de elevado conceito.

Notabilizou-se como uma das maiores autoridades em Direito Tributário do país. Professor nas Faculdades de Direito da Universidade Federal e Católica da Bahia, do Estado da Guanabara e de Brasília. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Financeiro, do Conselho Federal da OAB, da Academia Brasiliense de Letras, da *International Fiscal Association* e do Instituto Internacional de Finanças Públicas. Autor de diversos livros no campo do

Direito Público, particularmente do Direito Financeiro e Tributário. Político de quase trinta anos de atividade parlamentar. Na elaboração da Carta Constitucional de 1946, praticamente escreveu sozinho o item relativo a finanças e tributos. Ao tomar posse na Presidência da Suprema Corte, em 1972, com serenidade e firmeza, ponderou: *desgraçado do país em que os juízes fossem apenas juristas.*

Essa reflexão foi o remate do núcleo de ideias expostas, assim como o retoque no retrato delineado. Nela, está a figura do humanista que apurou o pensamento na experiência da vida política, na prática do magistério e nas atribuições da própria função de julgar. É que nunca entendeu que o juiz, sobretudo, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, possa cumprir sua tarefa sem atentar nos contrastes da sociedade e no funcionamento das instituições políticas, que modelam, diversificam e, por vezes, subvertem os direitos proclamados nos textos constitucionais e legais. Nessa peregrinação, era o doutrinador, o professor, o homem público que a toga conteve, mas não anulou.

Mil novecentos e setenta e seis. Passaram-se trinta e quatro anos de sua aposentadoria na Suprema Corte, e hoje, na sede do TRF da 5ª Região, edifício que leva o nome de seu companheiro de uma década, Djaci Falcão, com a presença de eminentes autoridades de nosso país e juristas de escol, reverenciamos, todos nós, o jurisconsulto e homem de Estado, Aliomar Baleeiro.

LEI COMPLEMENTAR TRIBUTÁRIA



O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO, Corregedor-Geral da Justiça Federal e Diretor do Centro de Estudos Judiciários: O palestrante desta tarde e que vai fazer a abertura deste seminário é graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará, especializou-se em Direito Público pela mesma instituição, é Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado, consultor tributário e contabilista, atuou como juiz federal em primeira instância e como desembargador deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região, leciona em cursos de especialização e mestrado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, além de possuir vasta biografia, especialmente em Direito Tributário, tais como, *Crimes Contra a Ordem Tributária*, *Curso de Direito Tributário* e *Mandado de Segurança em Matéria Tributária*, e foi agraciado, por dois anos, com o título de “Mais Admirado do Direito Tributário”.

É esta personalidade, tida hoje como o maior tributarista do nosso país, tenho certeza, que é um grande nome para começarmos este seminário em homenagem a outro grande tributarista que foi Aliomar Baleeiro. É com imensa satisfação que tenho a honra de passar a palavra ao Eminentíssimo Professor Hugo de Brito Machado.



O EXMO. SR. PROFESSOR HUGO DE BRITO MACHADO, Desembargador aposentado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região: Eminentíssimas autoridades que se encontram neste recinto, minhas senhoras e meus senhores, Eminentíssimo Presidente Francisco Falcão, a quem dirijo o meu sensibilizado agradecimento pela oportunidade que me concede para, mais uma vez, nesta Casa, conversar com os senhores sobre um tema que me parece ser de grande relevância, sobretudo, pelas controvérsias que tem suscitado na doutrina e na jurisprudência.

Refiro-me à questão da Lei Complementar no Direito Tributário brasileiro.

Não poderia, entretanto, iniciar a nossa conversa sem lhes dizer o que penso a respeito de noções fundamentais do Direito, porque penso que dessas noções no mais das vezes depende a posição que adotamos nos diversos questionamentos jurídicos. Não se preocupem, pois não vou desenvolver aqui nenhum tratado de Filosofia do Direito. Devo lhes dizer apenas que, para mim, a ideia de Direito implica, necessariamente, a ideia de limitação do poder. O Direito é essencialmente e, sobretudo, um sistema de limites ao poder.

O que é o poder?

O poder é a aptidão para decidir e fazer valer a decisão. Qualquer pessoa que possa fazer valer tudo o que decide fazer é realmente poderoso. E o Direito existe como um instrumento da racionalidade humana para pôr limites ao poder.

Ouvi, certa vez, de um psiquiatra, em uma reunião social, uma história que me chamou muito a atenção como sendo útil para explicar essa ideia de direito enquanto fruto e instrumento da racionalidade humana. Disse o psiquiatra que, em conversa com colegas seus, médicos não psiquiatras, ouviu de um deles a pergunta: *Psiquiatria é mesmo Medicina?* E sabendo, naturalmente, que a pergunta era uma forma de menosprezo aos psiquiatras, porque muitos médicos acham que psiquiatria nada tem a ver com medicina, ele respondeu: *É colega, é exatamente a área da medicina que nos permite distinguir medicina de veterinária.*

Até nem sei se é exata essa colocação, mas é muito eloquente. E colhi essa resposta para lhes dizer que o Direito é que nos permite distinguir o ser humano dos animais não racionais.

Não conheço o Código Civil, nem o Código Penal, nem a Constituição dos elefantes ou das onças ou dos macacos. Nunca ouvi falar que houvesse um regramento estabelecido por animais irracionais. É por isso que, a cada dia, torna-se mais forte meu convencimento de que o Direito é fruto e instrumento da racionalidade humana. É fruto porque nasceu da racionalidade humana, e é instrumento porque se destina a impor à humanidade comportamentos racionais.

Mas o Direito é algo extremamente difícil e tenho uma inveja muito grande quando vejo, escuto ou leio algo em que alguém se afirma como o dono da verdade, dizendo: *Isto aqui é assim. Quem disser que não é estará errado.* Fico com uma inveja enorme de tamanha

segurança porque para mim o Direito é extremamente difícil, sobretudo, por se expressar em linguagem, pois a linguagem é formada de conceitos que são geralmente indeterminados, alguns são vagos e outros são imprecisos.

Minha convicção sobre este particular ficou absolutamente fortalecida depois que li de um jurista filósofo argentino, Genaro Carrió, o livro *Notas sobre Direito e Linguagem*, em que ele aponta a impossibilidade de elaboração de regras que comportem interpretações tranquilas, pacíficas, que não possam ser contestadas, que não possam ser controvertidas. É curioso observar que um outro jurista argentino, Sebastián Soler, mais conhecido como penalista, em razão de sua notável obra *Direito Penal Argentino*, em cinco volumes, escreveu um livro com tese oposta à do Carrió, cujo título é *As Palavras da Lei*. Nesse livro, Soler sustenta haver um exagero na tese de Carrió, e que é perfeitamente possível escolher, para a elaboração das leis, palavras que não sejam plurissignificativas e, portanto, que afastem as controvérsias a respeito do significado das regras. Carrió não se fez de rogado, saiu para resposta a Soler com um livro ao qual deu o nome de *Algumas Palavras sobre as Palavras da Lei*. E notem, já no título ele desmentiu a tese do Soler, pois duvido que alguém, em sã consciência, possa dizer que essa frase se refere ao livro de Soler ou às palavras de uma lei qualquer. Quem pode garantir qual o significado desse título? Portanto, não é necessário ler o livro em que o Carrió responde a tese do Soler para se convencer de que realmente as palavras da lei são extremamente complicadas e é por isso que os tribunais não dão conta das questões que lhes chegam para decidir e as controvérsias são intermináveis.

Como a nossa tarefa é conversar um pouco sobre lei complementar, vamos deixar de lado essas considerações e enfrentar o tema, que é, a meu ver, de enorme importância para a Teoria Geral do Direito, inclusive, porque, dependendo da posição que adotemos a respeito, uma quantidade imensa de conflitos pode ser evitada ou resolvida com mais segurança.

Por alguma razão à qual me reportarei daqui a pouco, o certo é que se desenvolveram, na doutrina brasileira, algumas teorias a respeito da lei complementar: uma corrente simplesmente nega qualquer tipo de supremacia da lei complementar, segundo essa corrente doutrinária ela não seria superior hierarquicamente a nenhuma outra lei; uma segunda corrente afirma a supremacia da lei complementar, mas sustenta que a sua identidade, ou seja, a identidade da lei complementar depende da matéria tratada; e uma outra corrente, afirmando que a questão não é de hierarquia, e sim de especialidade, que a lei complementar

é somente aquela que trata das matérias reservadas à Constituição Federal e que uma lei complementar não pode invadir – notem, não estou afirmando, estou reproduzindo uma afirmação – o campo da lei ordinária. Faço questão de dizer que não é minha a afirmação, porque a considero absolutamente inadmissível, vez que lei ordinária não tem campo reservado coisa nenhuma, a lei ordinária pode tratar de qualquer assunto que o legislador entender que deva tratar, salvo obviamente o respeito às normas superiores a ela, mas a lei ordinária pode tratar de qualquer matéria, então não tem campo reservado.

Finalmente, uma outra corrente, à qual me filio, sustenta que a lei complementar é hierarquicamente superior à lei ordinária e se qualifica por elementos formais: competência e procedimento. É lei complementar aquela que o Congresso Nacional aprova como tal, isto é, adotando o procedimento próprio para a aprovação das leis complementares. Ressalto que, ao falar de procedimento, não estou me referindo simplesmente ao *quorum* de votação. Há muita gente dizendo não ser possível dar simplesmente ao *quorum* de aprovação o poder de definir a natureza de uma norma jurídica. Insisto em dizer que não me refiro simplesmente ao *quorum* de aprovação. A lei complementar se qualifica como tal pelo procedimento adotado para a sua apreciação e votação, desde o início, desde o projeto que ingressa no Congresso Nacional, ela já pretende ser uma lei complementar e o seu procedimento de elaboração certamente inclui o *quorum* de aprovação, qualificado como *quorum* de maioria absoluta.

A verdadeira questão em torno de todas essas controvérsias, a meu ver, situa-se exatamente na identidade da lei complementar. O que é uma lei complementar? É aquela como tal aprovada pelo Congresso Nacional, ou temos de verificar a matéria de que ela trata para sabermos se é lei complementar?

Em outras palavras, a questão essencial consiste em sabermos se é lei complementar aquela que, aprovada pelo Congresso Nacional como lei complementar, eventualmente trata de alguma matéria que a Constituição não reserva à lei complementar, pode ser alterada por lei ordinária.

Essa, a meu ver, é a verdadeira questão, e questão que tem uma importância muito grande porque leva a repercussões de grande monta na prática judiciária, já ensejou divergências imensas dentro do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Na Corte Maior, aliás, está praticamente assentado que a lei complementar pode ser alterada por lei ordinária nos pontos que cuidam de matérias não reservadas pela Constituição a essa

espécie normativa. Não nos parece, porém, que seja este o melhor entendimento. Trata-se de questão que exige de todos mais meditação, sobretudo para que possamos ter na lei complementar um instrumento que nos ajude a melhorar um pouco a segurança jurídica em nosso ordenamento.

E quais teriam sido as razões do surgimento dessa controvérsia muito grave? Existem várias; inclusive a vaidade humana, que não deixa de ser uma delas. Alguém quer criar uma tese nova e se apresentar como o “pai da criança” e ganhar prestígio. Existem, porém, duas razões que contribuíram significativamente para o desenvolvimento dessas teorias complicadoras. A primeira delas foi um artigo publicado em 1947, na Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas, escrito, e muito bem escrito, pelo Ministro Vitor Nunes Leal.

Aproveito esta referência para, também, pessoalmente, fazer a minha modesta homenagem ao Ministro Aliomar Baleeiro, que dá ensejo a esse evento, até porque, embora não tenha tido a felicidade de conviver com ele, foi em suas obras que comecei a estudar Direito Tributário, tanto que o meu *Curso de Direito Tributário* reproduz muitas e muitas ideias que eu colhi exatamente na obra de Aliomar Baleeiro. A meu ver, ao lado de Rubens Gomes de Sousa, foi o pioneiro dos estudos do Direito Tributário no Brasil, sendo que Rubens Gomes de Sousa se inclinava mais para o estudo do Direito Tributário como algo formal, Baleeiro era muito mais financista e via muito mais o Direito Tributário pelo enfoque da Ciência das Finanças.

Como lhes disse, o Ministro Vitor Nunes Leal escreveu um artigo ao qual deu o título de *Lei Complementar*, quando, no nosso ordenamento jurídico, não existia a figura da lei complementar. A Constituição não fazia nenhuma referência à lei complementar. Aí, se pergunta, e por que Vitor Nunes Leal escreveu a respeito de lei complementar? Vitor Nunes Leal começa apontando uma diferença que não tem sido considerada por muitos juristas que abordam o assunto, uma diferença muito importante para o equacionamento da questão que estamos abordando, que é diferença entre um conceito de lógica jurídica e um conceito de direito positivo.

Uma coisa é o conceito de lógica jurídica, que resulta formulado pela observação do sistema, pela observação do fenômeno jurídico. Por exemplo, o conceito de incidência da norma: não precisa estar escrito em lugar nenhum, não precisa estar definido em lei nenhuma para a gente saber o que é a incidência da norma, o que é a aplicação da norma, o

que é uma norma. Agora, se eu falar em lei, no Direito Positivo brasileiro, tenho um conceito de direito positivo. Devo verificar que a lei é aquela regra jurídica aprovada pelo órgão competente etc.

É importante estabelecer a diferença entre lei complementar no sentido lógico-jurídico e lei complementar no sentido do Direito Positivo brasileiro. No sentido de lógica jurídica, lei complementar é aquela que complementa a Constituição Federal. E diz Victor Nunes, num sentido muito amplo, que toda lei é complementar, porque toda lei se destina, em última análise, a completar o regramento constitucional. Mas, no sentido mais estrito, no sentido lógico-jurídico mais estrito, a lei complementar é apenas aquela que completa dispositivos da Constituição Federal, que não poderiam ser vivenciados ou aplicados não fora a existência da lei. Quer dizer, a lei complementar no sentido lógico-jurídico é aquela sem a qual o dispositivo da Constituição é inoperante. É necessária, portanto, a lei complementar no sentido lógico-jurídico. A ausência desta distinção, a meu ver, tem contribuído muito para a confusão que a doutrina faz em torno da questão da lei complementar, até porque há muita gente que ainda hoje, em trabalhos atuais, cita a doutrina de Victor Nunes Leal para justificar a tese de que a lei complementar não é superior hierarquicamente à lei ordinária. É o caso de se perguntar a quem faz tal afirmação: qual é a lei complementar a que você está se referindo?

Se o ordenamento não houvesse criado a figura formal da lei complementar, e a lei complementar fosse aprovada pelo Congresso, formalmente, como lei ordinária, não poderíamos identificá-la como lei complementar a não ser pela matéria na mesma tratada. Nem se poderia cogitar de superioridade hierárquica porque esta só se define pelos elementos formais. Não é o caso, porém, quando falamos hoje de lei complementar temos em vista uma espécie normativa com características formais que a identificam.

A outra razão que contribuiu, decisivamente, para o surgimento dessas controvérsias sobre o assunto foi o fato de que o Código Tributário Nacional é uma lei ordinária – Lei n. 5.172/66 – votada, aprovada, quando ainda não existia no nosso ordenamento jurídico a figura formal de lei complementar. E muita gente diz que não tem problema de hierarquia, pois o Código Tributário é uma lei ordinária e só pode ser alterado por uma lei complementar. E com isto sustentam que o problema está na matéria versada e não nos elementos formais da espécie normativa. O que falta a essas pessoas é uma noção elementar de Teoria Geral do Direito,

relacionada à sobrevivência das normas de um sistema jurídico em face do surgimento de uma Constituição nova.

Toda vez que examinarmos uma regra jurídica em qualquer ordenamento e quisermos saber se essa regra é válida, examinamos a validade do ponto de vista formal e também do ponto de vista material ou substancial. Se examinarmos a validade do ponto de vista formal, a regra superior que serve de padrão é a regra vigente na data em que aquela norma foi editada, e não a regra vigente hoje. É por isso mesmo que temos, ainda hoje, vigentes, no nosso ordenamento, decretos-leis que já não existem como espécies normativas mas, quando foram produzidos, eram válidos.

A validade formal é aferida, portanto, tendo-se em vista a norma superior da data em que a edição da norma em questão aconteceu. É assim por uma razão, conhecida de todos nós, expressa no provérbio *tempus regit actum*. Quer dizer, os atos regem-se pela lei do tempo em que eles são praticados. O ato praticado foi a edição da norma, e esse ato deverá estar de acordo com a regra superior vigente na data em que ele houver sido praticado. Esse é o critério de verificação.

Agora, se procuro verificar a validade material, devo buscar a norma superior vigente na data da verificação, que geralmente é a data da aplicação da norma. Se vou aplicar hoje uma lei e quero saber se ela é válida materialmente, tenho de verificar se é compatível com a Constituição Federal, hoje vigente, para saber se é, ou não, materialmente válida.

São noções, a meu ver, simplórias de Teoria Geral do Direito e que, infelizmente, têm sido desconsideradas, motivando essa desconsideração a confusão muito grande estabelecida em torno da lei complementar. Penso, repito, que a lei complementar se caracteriza, hoje, como tal, exclusivamente em razão dos seus elementos formais, isto é, competência de quem aprova e procedimento utilizado para a feitura da lei.

Interessante observar que não é só em relação à lei complementar que se coloca a distinção entre o conceito jurídico-positivo e o conceito de lógica-jurídica. Temos, no nosso ordenamento, desde que o Brasil foi descoberto, na Constituição de 1824, um dispositivo segundo o qual é só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivos dos poderes públicos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos. Tudo o que não é constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas pelas legislaturas ordinárias, isto é, a Constituição de 1824 estabeleceu uma distinção entre esses dois conceitos e deu relevância a essa distinção, permitindo que artigos da própria Constituição de 1824 fossem

alterados por lei ordinária, desde que eles não tratassem dessas matérias indicadas nesse dispositivo. Isso aconteceu, novamente, agora, no nosso momento, com a Lei Complementar n. 123, estabelecendo que os dispositivos dessa lei que não tratem de matéria reservada à lei complementar podem ser alterados por lei ordinária.

Qual é a lição que devemos colher daí?

É que o próprio Congresso Nacional está afirmando a tese à qual nos temos filiado. Se a Lei Complementar n. 123 não contivesse esse artigo, não poderia ser alterada em nenhum de seus dispositivos por lei ordinária, e pode, porque ela própria o autoriza. Em outras palavras, a hierarquia limita as atribuições do subalterno, que não pode invadir as atribuições do superior, a menos que este autorize. Não limita as atribuições do superior, impedindo que pratique ato próprio de um subalterno.

Podemos enunciar de outro modo essa ideia. Em um sistema hierarquizado de normas, toda e qualquer norma superior pode incursionar no campo de norma inferior; o contrário é que não é possível. Temos no Brasil um exemplo, inclusive, já decidido pelo Supremo Tribunal Federal que diz respeito à fixação de prazo para o recolhimento de tributos. Surgiu a controvérsia. Fixar o prazo para o pagamento é matéria de reserva legal? Tem que estar na lei, ou não? Pode ser fixado o prazo num regulamento ou até em norma inferior ao regulamento. Quem admitir que não é matéria de reserva legal enfrenta, em seguida, a questão: e se a lei houver estabelecido o prazo? Vejam como o exemplo é importantíssimo, é de uma eloquência enorme para demonstrar a tese a qual nós nos acostamos, de que não é a substância ou a matéria que define a hierarquia. A fixação de prazo, como substância, como matéria, não está reservada à lei. Entretanto, se a lei estabeleceu o prazo, o regulamento não pode vir depois e alterar, a pretexto de que aquela matéria não precisava estar na lei.

Em torno da questão da lei complementar outra confusão merece registro. Confusão pela qual o Supremo Tribunal Federal, de algum modo, é responsável, confusão consistente em ter como de igual significado duas afirmações radicalmente distintas. Uma afirmação é: as matérias reservadas à lei complementar só por lei complementar podem ser tratadas. Afirmação corretíssima.

A outra afirmação: a lei complementar só pode tratar das matérias a ela reservadas. Afirmação completamente equivocada, que não pode de nenhum modo ser feita com suposto fundamento na primeira. Dizer que as matérias reservadas à lei complementar só

podem ser tratadas por lei complementar está correto, é isso que a Constituição determinou. Agora, daí não se pode concluir que a lei complementar só pode tratar daquelas matérias. Qual a consequência prática dessa confusão terrível? É a insegurança que se estabeleceu, em detrimento dos contribuintes. Insegurança da qual temos como exemplo a questão da isenção da Cofins para sociedades de profissionais. O Superior Tribunal de Justiça discutiu muito a questão e terminou fazendo súmula. Pouco tempo depois, o Supremo Tribunal Federal mandou a Súmula do Superior Tribunal de Justiça para o “inferno”. Vejam o nível de insegurança a que chegamos! Quem se comportou de acordo com a súmula de um tribunal superior está errado, terá de pagar tributo que não considerou a estabelecer o preço de seus serviços, e multa, e tudo o mais, porque obedeceu a uma súmula da jurisprudência. Tudo isso é decorrência, *data maxima venia*, da doutrina que foi divulgada no Brasil – e fico muito à vontade para dizer isso, porque também fui na “onda”, muita gente foi na “onda”. Nas primeiras edições do meu *Curso de Direito Tributário*, coloquei esta tese e a adotei, como tem muita gente por aí adotando. Depois, quando pensei melhor, fui provocado e meditei a respeito, mudei de opinião.

E isto suscita outra questão. Muita gente acha que mudar de opinião é diminuir-se. Pelo amor de Deus! Acho que a pessoa não deve estar mudando de opinião em toda esquina. Mas, eventualmente, se me convenço de que minha opinião não é a melhor, por que não mudá-la? Acho que devo mudar. E tenho mudado em algumas situações, e essa é um exemplo em que achei que deveria, e mudei, principalmente porque, no caso, o essencial é a preservação do valor segurança.

O Direito, como lhes disse no início, é um instrumento da racionalidade humana e é um instrumento de limitação do poder, pois busca a realização dos valores da humanidade; e, dentre esses valores, segundo Gustavo Radbruch, os dois únicos universais e perpétuos, que independentemente da relatividade do tempo ou do espaço, estão sempre presentes, são o valor segurança e o valor Justiça. O Direito que não busca realizar a segurança e a justiça não merece o nome de Direito. É com o objetivo de realizar o valor segurança que existem vários princípios constitucionais, como o da legalidade e o da irretroatividade das leis, entre outros.

Segurança, eu sei e disse, no início, que os conceitos são sempre plurissignificativos, mas, quando falo em segurança, refiro-me especialmente à previsibilidade. O Direito garante a segurança na medida em que ele permite que as pessoas possam prever as consequências

dos seus atos. Como me vou comportar sem que saiba qual é a consequência do meu comportamento. Não sei, posso estar cometendo um crime e nem sei, posso estar praticando um ato que é ilícito e eu não sei. Não sei, porque não sei como a lei será interpretada.

O que é fundamental, na ideia do Direito, é a busca da realização do valor segurança e do valor Justiça. E existem eminentes teóricos, inclusive brasileiros, a sustentarem que, não sendo possível realizar os dois valores, o valor segurança deve ter a preferência. Tem-se de garantir a segurança no sentido de que – alguém vai ser punido e essa punição pode não ser justa por alguma razão – mas ele sabia, quando se comportou, que seria punido. Quer dizer, a segurança no sentido da previsibilidade é fundamental para a ideia de direito.

É interessante mencionar que, se predominar a tese que tem prevalecido, inclusive, tende a prevalecer no Supremo Tribunal Federal, teremos uma insegurança absoluta. Começa essa insegurança pela necessidade de definição do âmbito das matérias que estão reservadas à lei complementar. O art. 146 da Constituição Federal diz, por exemplo, que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais sobre lançamento, prescrição e decadência. Aí vem a questão: a fixação do prazo de prescrição e de decadência é matéria de lei complementar? Temos doutrinador de renome, no caso, o Professor Roque Antonio Carrazza, que sustentou que não, que o prazo não pode ser uma norma geral. O prazo é algo tão específico que não cabe na ideia de norma geral sobre decadência. E aí o legislador aproveitou e jogou na legislação previdenciária que o prazo seria de dez anos, e não de cinco. E os que não se conformaram começaram a questionar.

Agora, não faz muito tempo, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a fixação do prazo é, sim, matéria reservada à lei complementar. Portanto, ainda que o Código Tributário Nacional, que estabelece o prazo de cinco anos, não seja formalmente uma lei complementar, como a matéria é reservada à lei complementar, a lei ordinária que alterou a Lei n. 8.212 e fixou o prazo de dez anos, não é válida, porque o Supremo rejeitou a validade desse prazo de dez anos. Modulou, até de certa forma; há quem considere ter sido injusta a modulação, mas tenho a impressão que não foi tão injusta porque prestigiou os que defenderam o seu direito. Afinal, o Direito não socorre aos que dormem e, segundo a decisão do Supremo, a retroação dos efeitos da decisão, só seria favorável aos que questionaram a exigência.

O que tenho tentado demonstrar é que é praticamente impossível definirmos, com relativa segurança, os limites das matérias que a Constituição reservou à lei complementar. Tenho

um convencimento muito forte disto, mas esse meu convencimento transbordou com o advento do art. 146-A da Constituição Federal, que diz: *A lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência da União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.* E agora? Como vou saber qual é a parte, aqui, que é reservada para a lei complementar? Porque a lei complementar deve tratar dessa matéria, sem prejuízo de uma lei ordinária da União Federal também tratar dessa mesma matéria. E onde fica a fronteira? O que será reservado à lei complementar e o que não será?

Então, a meu ver, é absolutamente impraticável a definição dos limites da matéria reservada pela Constituição à lei complementar; e, sendo assim, parece-me que a solução mais aconselhável, mais adequada é entendermos que o Congresso Nacional é o juiz da questão de saber o que deve ou não considerar como lei complementar. Aquilo que o Congresso estabelecer como lei complementar deverá ser aceito como tal, e outra pessoa não poderá desfazer o que o Congresso disse. Alguém diz: *não, mas isso é dar muito poder ao Congresso, não é possível fazer isso.* Pergunto: e se o Congresso resolver incluir na Constituição e aprovar uma emenda constitucional, inserindo a matéria na Constituição, a lei ordinária vai poder mudar? É obvio que não; e, pela mesmíssima razão, também não poderá mudar uma lei complementar que o Congresso tenha como tal aprovado.

A insegurança criada pela tese à qual me oponho é de tal ordem que, se o Presidente da República resolver hoje editar medidas provisórias alterando leis complementares poderá fazê-lo, não obstante a Constituição contenha regra introduzida pela Emenda n. 32, estabelecendo não ser possível medida provisória para tratar de matérias reservadas à lei complementar. Dirá simplesmente que a lei complementar em questão ultrapassou os limites a ela reservados, pois a definição das matérias reservadas à lei complementar é extremamente problemática, não se tendo como saber com segurança se determinada matéria está ou não reservada à lei complementar. Assim, se o Presidente resolver editar medida provisória alterando lei complementar, só depois dos fatos, quando o Judiciário disser se houve invasão do campo reservado à lei complementar é que se saberá da validade, ou não, da medida provisória. Teremos então um sistema no qual não teremos nosso comportamento regido por regras preestabelecidas, mas por decisões judiciais necessariamente posteriores aos fatos.

Acho que já falei demais, talvez, tenha dito até o que não deveria, e há pouco, antes do início, o Ministro Falcão me perguntava sobre a possibilidade de perguntas – achando que, talvez, não fosse o caso – mas, como sou extremamente voltado ao diálogo, quero revelar-lhes o meu e-mail e, se alguém, por alguma razão, quiser me contestar – não pense que me aborreço com quem me contesta, diferentemente de muita gente, até agradeço a quem o faz, porque, em função de algumas contestações que tenho recebido, é que tenho oportunidade de mudar o meu pensamento, de raciocinar, de meditar sobre a questão e mudar. Quero muito bem às pessoas que me contestam. Quem quiser me contestar, ou fazer alguma pergunta sobre o assunto do qual estamos falando, pode usar o meu e-mail: hbm@hugomachado.adv.br.

Podem crer que me darão satisfação se puderem, se quiserem, questionar qualquer dos pontos que foram objetos de nossa conversa. Concluo, insistindo com vocês que o Direito deve ser considerado como um sistema de limites. Aí se diz por quê? A razão é muito simples, é que o Direito, como instrumento para prestigiar o poder, é terrível.

O Direito, como instrumento para limitar o poder, é o que deve ser desejado por todos. Por quê? Porque autoridades, meus amigos, são somente alguns e só durante algum tempo; enquanto cidadãos somos todos nós durante toda a nossa vida. Muito obrigado!

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO: Cumprimentando o Professor Hugo de Brito Machado pelo brilhantismo que lhe é peculiar e agradecendo a presença de todos os que prestigiaram este evento, e especialmente a dos Eminentes Desembargadores que compõem esta Corte, a qual continua sendo, Professor Hugo Machado, uma referência no cenário nacional. Lembrando a todos que, amanhã pela manhã, daremos continuidade ao seminário, com o tema *A responsabilidade tributária do sócio*, a ser abordado pela Eminente Ministra Eliana Calmon, do Superior Tribunal de Justiça. Agradecendo a presença de todos, declaro encerrada a sessão. Muito obrigado!

A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO



O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Bom dia a todos. Estamos aqui abrindo o segundo dia deste importante seminário em homenagem ao Ministro Aliomar Baleeiro. Gostaria de iniciar esta conferência dizendo da minha alegria de estar em Recife, de estar neste Tribunal que admiro tanto, especialmente, porque acredito que homenagear o Ministro e Professor Aliomar Baleeiro deveria ser quase um ritual

permanente dos tributaristas, entre os quais eu não me incluo, mas a conferencista sim.

De toda sorte, esta iniciativa conta com o espírito visionário de dois juízes que admiro muito, exatamente por procurarem inovar, não apenas no aspecto processual formal dos autos, mas especialmente na inserção da Justiça no quadro dos grandes debates teóricos e sociais que devem ocorrer na sociedade brasileira.

Refiro-me, em primeiro lugar, ao meu colega de Seção e amigo, Francisco Falcão, com este seu descortino e ao mesmo tempo com uma energia que cansa o interlocutor. Este é efetivamente o modo de caracterizar alguém que tem uma energia profunda que jorra permanentemente, é quando o interlocutor se sente cansado, porque antes de sair de Brasília já está cobrando de todos nós a que horas vai chegar, dizendo que vai atrasar, vai perder o voo. Então, este é o nosso querido amigo Ministro Francisco Falcão.

Também este evento é uma realização desta Corte e do seu Presidente, bem como de todos os seus Desembargadores; o nosso Presidente, que é jovem, mas todos, em consenso e uníssono, afirmam o seu profundo equilíbrio. Não quero dizer que ser jovem não significa ter equilíbrio. É porque há muitos de idade que não têm tanto equilíbrio. Mas o nosso Presidente Luiz Alberto Gurgel de Faria é caracterizado por esta capacidade de guiar, de orientar e de decidir, como dizia ontem, com muita serenidade e com muito equilíbrio, a Desembargadora Federal Margarida Cantarelli.

Então, homenageio esses dois juízes e passo agora à apresentação da minha querida amiga conferencista. Poderia fazer a apresentação da Ministra Eliana Calmon usando da técnica mais fácil, sem dizer nome, filiação, faculdade onde cursou, escola primária, jardim de

infância, tipo sanguíneo, tudo o que interessa muito a todos que estamos aqui. Mas não vou fazer isso. Acredito que esta intervenção hoje da Ministra Eliana Calmon se encaixa no prisma da própria homenagem que estamos fazendo a Aliomar Baleeiro. E é a partir de Aliomar Baleeiro, que quero apresentar a Ministra Eliana Calmon.

Nós, o Ministro Falcão, os Desembargadores, o Ministro Sidnei Beneti, que está na coordenação científica deste evento, todos, homenageamos Aliomar Baleeiro porque acreditamos que foi e é um grande jurista. Mas a pergunta é, Desembargador Lázaro, o que é ser um grande jurista? E quais desses atributos podemos utilizar para a conferencista de hoje? Poderíamos começar pelo óbvio: o grande jurista é aquele que conhece o Direito. E a Ministra Eliana Calmon é uma profunda conhecedora do Direito, não apenas do Direito Tributário, mas da teoria geral do Direito, que são as fundações mesmas de todas as disciplinas jurídicas. Poderíamos ir além: o grande jurista é aquele que escreve bem sobre o Direito. Às vezes há um grande jurista que entende o Direito, compreende o Direito, mas não consegue passar para o papel e, portanto, para a posteridade aquela sua ideia, sua concepção, a sua visão do que seja o Direito. E todos sabemos que a Ministra Eliana Calmon escreve muito bem e transmite muito bem, no papel, as suas convicções e o seu pensamento. Poderíamos agregar um terceiro elemento: o grande jurista é aquele que fala bem sobre o Direito e fala de bem sobre o Direito. E de novo aqui a Ministra Eliana Calmon é uma oradora extraordinária que encanta a todos, mesmo quando discordamos profundamente, e hoje estou na Presidência, não posso me envolver em debates, especialmente neste tema que ela vai tratar.

Aliás, se houvesse a possibilidade de eu utilizar o direito que protege os animais hoje no Brasil, eu diria que foi um ato de crueldade contra os animais, em relação a mim, colocar-me para presidir este debate, que não será debate se eu ficar aqui absolutamente silencioso. Mas não basta apenas conhecer o Direito, escrever sobre o Direito, falar bem sobre o Direito, se não tivermos dois outros atributos. E são exatamente esses dois outros atributos que, desde que a conheci, há muitos anos, mais me impressionaram nesta figura extraordinária da Ministra Eliana Calmon, porque o jurista que conhece o Direito, escreve sobre o Direito, fala sobre o Direito, mas não conhece a responsabilidade social do Direito, com a solução dos problemas do seu país, não é jurista, ou será jurista de gabinete e será esquecido por aqueles todos que virão em seguida, porque terá sido “jurista fora do seu tempo”.

A Ministra Eliana Calmon é exatamente o exemplo de jurista que está permanentemente inserido no seu tempo. Diria mais, fora do seu tempo, mas não olhando para trás, olhando para frente. Às vezes, esse jurista é incompreendido, porque não vê apenas as vicissitudes e a problemática socioeconômica, ética, do seu momento, mas está olhando adiante. O último ponto fundamental, meu caro Ministro Teori Zavascki, é que não pode haver um bom jurista sem um profundo compromisso ético com os valores que norteiam a própria qualificação da norma jurídica – e é aqui que a Ministra Eliana Calmon se destaca em todos os sentidos.

S.Exa. tem, a um só tempo, o compromisso ético com os seus princípios e a coragem de aplicá-los numa visão não tribal, não familiar, não paroquial, não paternalista, em todos os sentidos. Os princípios que S.Exa. defende valem não apenas nos autos, perante aquelas partes, vale também fora dos autos, vale para a sua tribo, para a sua nação, mas vale também para a sua família e para os seus amigos. Estão todos igualmente postos na mesma posição. São essas cinco qualidades que, para mim, representam o grande jurista. Peço a todos que recebam com uma salva de palmas esta grande jurista Eliana Calmon.



A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: Exmo. Sr. Ministro Herman Benjamin, em nome de quem saúdo todos os magistrados aqui presentes, inclusive, os meus colegas de tribunal. Quero fazer um destaque para o Presidente do Tribunal, Desembargador Federal Luiz Alberto, para o meu colega Juiz Federal de sempre com quem tive militância na 1ª Instância, Dr. Lázaro Guimarães, meu amigo, e dois destaques: um para o coordenador do evento, Ministro Francisco Falcão, e o outro para a minha amiga e colega Dra. Margarida Cantarelli. Acho que o Ministro Herman Benjamin invocou até a proteção do direito dos animais, em razão de estar numa situação de não poder debater, mas S.Exa. antecipadamente devolveu essa crueldade, gerando aos espectadores uma expectativa quanto a minha fala, chamando-a de conferência, chamando-me de jurista, de conhecedora de tributaristas.

Para mim, é absolutamente constrangedor. Mas, ao mesmo tempo, diante da escolha que muito me lisonjeou e muito me fez feliz, eu vou superar esse aspecto, para dizer, Min. Falcão, que eu estou feliz sim, constrangimentos *a lateri*, pela expectativa gerada pela minha fala, mas tentarei não fazer uma conferência, e sim trazer para os senhores algumas

preocupações que tenho em torno do tema, e um tema que parecia já exaurido e que me deu a ideia de importância a partir da posição da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em relação ao art. 135 do Código Tributário Nacional.

A reabertura da discussão deu-se a partir do julgamento de dois recursos especiais, que foram julgados na 1ª Seção, já em recursos repetitivos, e que nos levou a certas e determinadas perplexidades. Refiro-me aos REsp's n. 1.104.900-ES e n. 1.110.925-SP. Esses dois inauguraram a reabertura dessa discussão de uma forma interessantíssima, porque, neles se apreciava o cabimento da exceção de pré-executividade, sobre o que o Superior Tribunal de Justiça determinou: *se o nome dos sócios estiver incluído na CDA, não é possível utilizar-se, como defesa, a pré-executividade*.

Esse é o teor. E isso foi suficiente para desencadear muitos e muitos questionamentos. A partir do momento em que a execução fiscal for ajuizada contra uma pessoa jurídica, se não constar o nome do sócio na CDA, o redirecionamento será possível *a posteriori*? Como fica esse redirecionamento? E os aspectos prescricionais em relação aos sócios? Se, na CDA, constar o nome do sócio, como proteger? Diz o Superior Tribunal de Justiça que a CDA goza da presunção de certeza e liquidez (arts. 204 e 3º da LEF), e, nestes casos, não se admite pré-executividade porque a prova tem de ser absolutamente pré-constituída. A não responsabilidade vai ensejar instrução probatória. A partir daí, tivemos alguns questionamentos. Ou seja, há solidariedade entre a pessoa jurídica e os sócios quanto à obrigação tributária?

É um questionamento que agora está sendo reestudado, revisitado por nós magistrados da 1ª Seção. E a desconsideração da pessoa jurídica? Como faço a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica em relação às sociedades limitadas? E os seus reflexos sobre o prazo prescricional? Prescreve para a empresa e para os sócios. Como se conta esse prazo?

Diante de todos esses questionamentos, escolhi este tema, que me pareceu de grande significado, quando se quer homenagear aquele que, em tempos de democracia não muito plena, deixou sua marca indelével na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mostrando a sua independência e a sua sensibilidade. Acho que não poderia ter escolhido um tema mais profícuo em termos de independência, em termos de manifestação jurídica, célere, rápida, eficaz e justa do que este, quando compreendemos a importância das sociedades limitadas para todo e qualquer país, especialmente para o Brasil, onde temos um

contingente, dentre as pessoas jurídicas, de 94% de pessoas jurídicas, e de sociedades comerciais que estão sob a forma de responsabilidade limitada.

Dentro deste quadro, vamos falar um pouco – e não me alongarei muito sobre o assunto, porque é, realmente, bastante instigante e engloba uma série de questionamentos – mas apenas farei a indicação de alguns pontos que me parecem fundamentais. A evolução da marca alemã no mundo moderno das sociedades de cota com responsabilidade limitada, com a figura da desconsideração da pessoa jurídica. Porque hoje já se questiona se é possível – em relação ao direito tributário – desconsiderar a pessoa jurídica para, imiscuir-me e tomar o patrimônio dos sócios, para fazer face às obrigações tributárias. Ora, a relação jurídica tributária não tem qualquer semelhança com as relações de direito privado estabelecidas no CDC, por exemplo, que, especificamente e de forma expressa, acolheu a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, da própria CLT. Esta, no art. 2º, § 2º, adotou, sim, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica e da lei ambiental – a Lei n. 9.605/98 – que, efetivamente, no art. 4º, adota esta teoria. Nunca se questionou isso. Até que surge o Código Civil, o qual estabeleceu a teoria da desconsideração para duas situações: o abuso da personalidade jurídica – que é a confusão patrimonial entre a figura dos sócios e da empresa, chamada de teoria maior – e o abuso do direito. O abuso do direito de defender-se – escudado na personalidade da pessoa jurídica – é a teoria menor – e esta é a adotada pelo Direito Ambiental, pelo Código de Defesa do Consumidor etc.

No momento em que questiono se é possível aplicar a teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica em matéria tributária, irei me deparar com alguns óbices que me parecem intransponíveis para dizer que não é aplicável, embora poucos juristas entendam, sim, ser possível a aplicação. Em primeiro lugar, a literalidade do Direito Tributário em matéria de responsabilidade, que tem uma tipicidade fechada – e só posso estabelecer a responsabilidade quando a lei assim o determinar. Então, esse é o primeiro óbice, pela própria forma de ser do Direito Tributário. Em segundo lugar, ao examinar-se o Código Civil e aferir a possibilidade de transportar para o Direito Tributário – e assim é permitido no CTN – os institutos do direito privado. Esbarro em um questionamento de ordem formal, que é o seguinte: o Código Civil é lei ordinária, enquanto todas e quaisquer limitações estabelecidas em matéria tributária, por imposição constitucional, têm de vir em termos de lei complementar. Em terceiro lugar, para aqueles que aceitam a teoria da desconsideração em matéria tributária, há a interpretação do art. 116, parágrafo único, do

CTN. Este artigo permite que a autoridade administrativa desconsidere atos e negócios praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador.

Então, mesmo aqueles que aceitam, com base no art. 116, parágrafo único, do CTN, a aplicação da desconsideração da pessoa jurídica, tenho como óbice exatamente o aspecto de que este artigo se insere no capítulo de fato gerador e, especificamente, de que este parágrafo foi inserido em 2001, quando se tentou alinhar todas as situações para não haver a elisão fiscal. Nesse momento o legislador, de forma absolutamente clara e específica, diz o seguinte: *para evitar a ocorrência do fato gerador, dando ensejo a que nós revisitemos o princípio da tipicidade fechada em matéria de Direito Tributário*. Assim, a ausência de uma lei ordinária, inclusive, como pede o art. 116, é mais um óbice para que eu possa dizer e, digo, com muita convicção pessoal, que não há de ser aplicada a teoria da desconsideração da pessoa jurídica em matéria tributária.

Surge, então, um segundo questionamento sobre a natureza jurídica da obrigação tributária e a responsabilidade dos sócios. Que responsabilidade tem o sócio em relação às pessoas [da sociedade] da qual ele faz parte? Na sociedade de responsabilidade limitada eu aplico uma parte de capital e me responsabilizo até o limite dessa minha participação societária. E como surge a minha responsabilidade pessoal? A partir da possibilidade de ingressarem os bens pessoais para cumprir as obrigações tributárias.

O que temos de concreto na doutrina é que a responsabilidade do sócio é uma responsabilidade subsidiária em relação à sociedade, ou seja, a devedora é a pessoa jurídica e só, subsidiariamente, quando não mais exista, ou quando não for possível a localização de bens dessa pessoa jurídica é que chegarei até a figura dos sócios. Esta é uma relação de subsidiariedade, estabelecendo-se, entretanto, uma relação de solidariedade em relação aos sócios. Então temos dois tipos de responsabilidade, que verificamos nos artigos e às vezes até em decisões judiciais, causando certa confusão, ora chamando essa responsabilidade de subsidiária, ora chamando essa responsabilidade de solidária. Mas temos, aqui, o que provém da doutrina, que é unânime em dizer que a relação do sócio para com a empresa é uma responsabilidade subsidiária, enquanto a relação interna dos sócios é solidária.

Vistos esses dois pontos, que me parecem de fundamental importância, chego, agora, ao âmago da questão, que é a questão da prova que foi tratada pelo STJ. E por quê? O STF foi decisivo para varrer um pouco o temperamento fiscalista do TFR, e a Justiça Federal nasceu em pleno regime de exceção. A Justiça Federal nasceu, exatamente, com um viés de

defender os interesses da União, suas autarquias etc. E o grande Tribunal desse País foi o TFR, mas, de qualquer sorte, ele tinha um temperamento um pouco voltado para a fiscalização. E ele estabeleceu uma jurisprudência que veio a ser abrandada pelo STF, porque o TFR entendia que, não sendo encontrados bens da sociedade, imediatamente, recorria-se à figura dos sócios. E o STF abrandou esse entendimento, dizendo que não era bem assim. Se existe uma sociedade que está composta, e extinguiu-se de forma absolutamente irregular, os sócios não serão chamados como responsáveis.

Daí por que nasceu, no STJ, uma jurisprudência sedimentada em relação ao art. 135 do CTN, dizendo o seguinte: *todas as vezes que a sociedade de responsabilidade ilimitada se extingue de forma irregular – e desta maneira não é possível aos órgãos de fiscalização acompanhar o desenvolvimento das atividades econômicas – os sócios serão chamados como responsáveis pelas obrigações da sociedade*. Entretanto, se a extinção for de forma regular, tenho de estabelecer que os sócios só serão chamados quando provada uma das hipóteses estabelecidas no art. 135 do CTN: *quando esse sócio, gerente ou administrador agiu com fraude, simulação excesso de poder, etc., etc.*

E nós aperfeiçoamos ainda mais, porque ainda dentro do STJ, tivemos outro questionamento. A quem cabe provar uma das hipóteses do art. 135. Dizia-se: *isso vem do Tribunal Federal de Recursos*. Cabe aos sócios provarem, eles têm de provar. Ora, é o tipo da prova diabólica, porque tenho de fazer uma prova negativa do meu agir. E se cabe ao fisco estabelecer a responsabilidade do sócio e ele está com todos os livros, com toda a dinâmica econômica documentada nos livros da sociedade, cabe a ele apontar quais os atos em que o administrador, gerente extrapolou seus limites. Então, fica muito mais fácil para o fisco fazer essa prova, que é a prova positiva do agir indevido do administrador ou do gerente, do que incumbir os sócios de estabelecerem a prova negativa, chamada juridicamente de “prova de aborca”.

Estabelecida esta jurisprudência, que é uma jurisprudência sedimentada, as empresas ficaram tranquilas. E todas as vezes que eram chamadas para, juntamente com a sociedade, responder, os advogados não se preocupavam. Entravam com a exceção de pré-executividade e diziam o seguinte: *inexiste prova de que houve uma das hipóteses do art. 135*. Cabe ao fisco fazer esta prova. Daí por que não pode haver o redirecionamento senão quando o fisco provar. E isso veio sendo reiterado e chega ao STJ, e então ele cria uma jurisprudência, voltada para o viés do Direito Processual Civil, e que diz o seguinte: *Em*

execução de pré-executividade, a prova tem de ser linear, imediata. Não cabe ao juiz indagar sobre outros documentos, exigir outras provas senão a prova cabal de que o sócio não agiu com exação, com fraude, com dolo etc. Prova negativa constatada documentalmente é absolutamente impossível. Ninguém faz esta prova. E a partir daí, foi possível o redirecionamento. Já na fase da inicial, principia-se a execução com o nome dos sócios na CDA, porque é mais um avanço na jurisprudência. O STJ diz: se o nome do sócio estiver na CDA, que é documento e título líquido e certo, não é possível outro tipo de defesa senão os embargos do devedor. Ainda salvaram-se os sócios, porque era possível sim fazer a inserção através da impugnação de embargos do devedor.

Esta posição foi sedimentada em alguns julgados de forma quase inofensiva, porque se entendia que aquilo era um aspecto processual e nós estávamos decidindo o aspecto da possibilidade de haver exceção de pré-executividade, uma novidade para nós, principalmente, os magistrados com mais de trinta anos, já que antes não era possível se ter a exceção de pré-executividade. É uma novidade para a LEF. E nela fomos decidindo, isoladamente, até que passou a recursos repetitivos, e quando se estabeleceu o caráter geral para estas execuções, causou-se um desespero dentro da sociedade brasileira. Os executados estão desesperados porque os órgãos públicos, principalmente as Procuradorias do INSS, que agora passaram para Procuradoria da União, quando tinham suas procuradorias, não contavam conversa. Na hora de executar uma pessoa jurídica, examinava-se, no contrato social, quem eram os sócios, já inserindo seus nomes. Muitas vezes, o sócio, já tinha morrido. Outras vezes, o sócio havia deixado a sociedade à época do fato gerador. Muitas vezes ainda, o sócio nada tinha a ver; um sócio de 2% do capital social. Ele não pode fazer a defesa senão através de embargos do devedor. Só que, ao tomar conhecimento da história, já tinha passado o prazo de embargos. E como é que se faz uma prova negativa, senão por embargos ou pela exceção de pré-executividade, que o STJ eliminou?

Desta forma, nasce o interesse, sim, para debatermos, e já existem alguns artigos específicos sobre esse tema. A preocupação é de estarmos redirecionando aquilo que é absolutamente irredirecionável. A prova maior do que estou dizendo e da importância fundamental que existe em relação a este tema é que, em fevereiro, a própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional publicou a Portaria n. 180, de 26 de fevereiro de dois mil e dez, estabelecendo aos seus procuradores que só será possível o redirecionamento: [...] *quando uma autoridade superior declarar os motivos pelos quais pode ser redirecionada porque presente um dos*

motivos do art. 135, para, desta forma, ser possível garantir a chamada liquidez e certeza da CDA. CDA e Boi Ápis são a mesma coisa, apresentados, todos caem por terra, porque é certeza absoluta e ninguém pode questionar. O que os juristas estão tentando mostrar está equivocado. Isso é de importância fundamental, segundo o meu entendimento. O fato de que a CDA tem todo esse poder de liquidez e certeza porque ela certifica algo que já existe num processo administrativo, porque o lançamento é um processo administrativo. Então, acompanhando: nasce o fato gerador e com ele nasce a obrigação tributária da pessoa jurídica.

No momento em que toma conhecimento o fisco deste fato gerador, começa a fase do lançamento, que é um processo. E sabemos, porque está estabelecido no CTN que o lançamento é o acerto de contas em relação à existência do fato gerador, ao quanto devido, à identificação do sujeito passivo. Se, a partir deste processo, na identificação do sujeito passivo, identifico como devedor a pessoa jurídica, inscrevendo na CDA, e extrapolo e insiro o nome dos sócios, é absolutamente equivocada a CDA, porque só posso redirecioná-la, para incluir o nome do sócio, se neste processo de identificação, chegar à figura do sócio que agiu com dolo, fraude, extrapolou o seu dever, etc., uma das hipóteses do art. 135.

Daí por que alguns magistrados mais cuidadosos, ao receberem a execução fiscal, imediatamente pedem a apresentação do processo administrativo, cujo número, cuja identificação está na CDA, por isso que a CDA tem de trazer a identificação. Ora, dentro deste entendimento é possível, sim, ao sócio ir a juízo e dizer o seguinte: *eu não era sócio à época da ocorrência do fato gerador*. E isso está constatado no levantamento que deu origem ao lançamento. E o juiz diz o seguinte: *Apresente ao fisco o processo administrativo*. Esta exigência pode ser feita pelo juiz de primeiro grau, para constatar o que acabo de dizer, que é a possibilidade de redirecionamento – porque junto com a pessoa jurídica está também o sócio, por ter agido com dolo, fraude, etc. (uma das hipóteses do art. 135). Neste caso, é possível identificar se o fisco apurou a questão no processo administrativo. Se a resposta for negativa no processo administrativo, não posso redirecionar. Assim, a ideia que aqui se coloca é tão lógica, que a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz: *Se entrei só com a execução contra a pessoa jurídica, no curso, para eu redirecionar, o fisco tem de provar uma das situações que ele levantou*. Então, essa é a lógica da jurisprudência. Assim, esta é a última posição do meu Tribunal, na qual inclusive votei. Lembro-me perfeitamente de que, nas discussões, aleguei o seguinte:

esta jurisprudência irá inutilizar toda uma história de jurisprudência, quando conseguirmos colocar bem arrumada a interpretação do art. 135. Mas, na hora, me apercebi do gigantismo da decisão, mas não me apercebi da injustiça que isso tem ocasionado, porque, quando o Superior Tribunal de Justiça diz, em última palavra – porque tudo se passa em nível de infraconstitucionalidade – que a CDA é absolutamente legítima, e não é possível fazer a defesa através de pré-executividade, estou traçando exatamente a morte econômica de um sócio, que muitas vezes não tem nada a ver com o fato gerador.

Por essa razão, parece-me que este assunto precisa ser revisitado por nós magistrados, pelos juristas, pelos interessados, porque, sem dúvida alguma, temos um questionamento muito sério a esse respeito. E o que é pior: não estou “punindo”, nem agindo em benefício do fisco, em detrimento dos grandes grupos econômicos, porque estes estão, todos eles, escondidos nas sociedades anônimas. Estou, sim, punindo aqueles que tomam um pequeno capital (e geralmente é a grande quantidade das sociedades limitadas: as microempresas, as sociedades menores etc.) e, com um esforço hercúleo, e começam a direcionar uma certa atividade econômica; muitas vezes, fugindo de uma sociedade em que o grande mote é o desemprego e criam uma S.A, para, inclusive, proteger o seu pequeno capital, o seu pequeno patrimônio, que, de um modo geral, é um apartamento financiado e um carro também financiado em alienação fiduciária.

E, a partir daí, começamos a pedir que os bens desses sócios venham compor uma execução fiscal, e, muitas vezes, não tem nada a ver com aquilo. Podemos dizer diferentemente: os sócios se escondem atrás da pessoa jurídica para fraudar o fisco. Mas este, pela própria forma de fiscalização que lhe é dada pela legislação, pode exatamente ir ao ponto e verificar que aquele sócio está se escondendo atrás das S.A(s), e fazendo com que haja a confusão do seu capital com o capital da sociedade.

Enfim, isso não é conferência; é apenas um chamar de atenção para alguma coisa que me deixou, efetivamente, preocupada. Em função de tudo que disse, quero dizer que cabe, sim, a exceção de pré-executividade em execução fiscal, no caso de redirecionamento. E quando cabe? Quando o lançamento não estiver lastreado em alguma das situações estabelecidas no art. 135. E isso quem deve provar é o fisco. Cabe, ainda, quando, mesmo, em havendo uma das situações, não tenha sido dada ao sócio a oportunidade de defesa, porque, se eu estou processando a pessoa jurídica e eu redireciono, aquele a quem coube o redirecionamento tem de ser chamado. Tem de ser chamado sim para se defender daquilo que o fisco está a

acusá-lo. E, finalmente, quando vier a execução acompanhada de procedimento administrativo comprovando a situação “A” ou a situação “B”.

Então, nestas três hipóteses, parece-me incontestável a possibilidade de haver, sim, a defesa através da exceção de pré-executividade. Aqui, então, faço *mea culpa*, porque esta é a jurisprudência do meu Tribunal, da qual participei e em que votei; mas, refletindo melhor, de cabeça fria e não jungida àquele monte de processos que temos de julgar, quero dizer que reestudei o assunto e estou convicta do que acabo de dizer aos senhores. Muito obrigada*.

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Eu felicito a conferencista. Foi uma excelente conferência. Como não guardo segredo, repito o que a conferencista disse aqui há pouco: *Como presidente, vai ter que ficar calado; não vai poder dizer nada*. Então, a título de conclusão, vou dizer alguma coisa.

Acredito que este tema foi, como sempre, exposto com enorme clareza e com o poder de convicção que tem a minha querida amiga, Ministra Eliana Calmon. E quais as questões que ficam aqui? Evidentemente, não serei eu a debater, mas acredito que a conferência foi muito mais também no sentido de apontar caminhos – dúvidas e caminhos. A primeira pergunta que fica para nós desta lição extraordinária é: qual o papel da pessoa jurídica na sociedade moderna? É o pano de fundo de todo esse debate. Seria a pessoa jurídica apenas uma entidade que, à moda da pessoa física, tem todos os direitos estabelecidos no ordenamento jurídico, inclusive direitos que tradicionalmente são da pessoa física, mas que, contrariamente a ela, não tem todas as obrigações, ou, pelo menos, não tem todas as obrigações na extensão das pessoas físicas? Qual a função, hoje, da pessoa jurídica em que a responsabilidade está limitada? E, no que tange à desconsideração da pessoa jurídica, outras perguntas. Será que no ordenamento jurídico brasileiro vamos, como disse a Ministra Eliana Calmon, admitir a desconsideração da pessoa jurídica para relações jurídico-privadas individuais, de natureza fundamentalmente patrimonial? Ou, então, relações jurídicas de caráter hipercoletivo, como de proteção das gerações futuras, no campo do Direito Ambiental, naquilo que nós chamamos relações jurídicas fiscais coletivas – porque há coletividade, aí nesse campo haveria uma restrição maior?

* Sem revisão da conferencista.

Por fim, nesta conferência magnífica fica a pergunta que foi posta de uma forma retórica, mas sincera também, pela própria conferencista: como o juiz pode desenhar uma solução jurídica que reconheça a posição do vulnerável e as situações peculiares de proteção de agregados comerciais, que interessam à própria sociedade, as limitadas, mas, cirurgicamente, evitar que esta solução seja uma espécie de Sonrisal ou Melhoral, que possa ser utilizado por todos, inclusive pelos grandes sonegadores, que se encontram também não apenas nas sociedades anônimas.

Com isso, parabenizo a Ministra Eliana Calmon – vejam que não falei nada. Os senhores nem sabem a minha posição – e deixo este debate com um convite ao aprofundamento, aprofundamento este que teve, hoje, uma contribuição magnífica, repito, da Ministra Eliana Calmon. Permitam-me, antes de encerrar, registrar a presença – para mim, em particular, como paraibano – honrosa da vice-presidente do Tribunal de Justiça do meu Estado, a Desembargadora Fátima Maranhão, que encanta aquela Corte e, mais do que encanta, faz um trabalho que é respeitado por todos. Com isso, peço uma salva de palmas para nossa conferencista.

ASPECTOS POLÊMICOS DO RECURSO ESPECIAL



O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI: Muito obrigado, bom dia a todos, bom dia eminente Vice-Presidente deste Tribunal, representando o Tribunal, bom dia eminente Ministro Teori Zavascki, senhoras e senhores. Antes de tudo, quero agradecer o convite para participar deste evento presidindo uma das mesas e assim realizando a co-coordenação com o eminente Ministro Herman Benjamim, agradecer ao eminente

Ministro Francisco Falcão por esta deferência que dedica a minha pessoa, eu que, de certa forma, sou um estranho no ninho do Direito Público, mas estive no Direito Público por dez anos na Seção do Tribunal de Justiça de São Paulo – alguma coisa ainda me lembro – de forma que vou renovar os conceitos.

Tenho uma imensa satisfação de vir a este Tribunal Regional Federal, que se destaca na intelectualidade e na jurisdição nacional como importante construtor da nossa sociedade. E tenho muita honra de participar de um evento que homenageia o Ministro Aliomar Baleeiro, homem de cuja obra todos aprendemos e cujo exemplo nós miramos como ideal de vida. Quero ressaltar a imensa satisfação de saudar os ministros do meu tribunal, aqui presentes, cumprimentar a Ministra Eliana Calmon pela excelente conferência que acaba de proferir, e peço licença para ressaltar a importância de dois ex-presidentes do Tribunal: o Ministro Francisco Falcão e o Ministro Castro Meira.

A minha apresentação ao Ministro Teori Zavascki não vai dizer o seu tipo de sangue, pois todos sabemos que é positivo e muito bom, sem que seja preciso declarar, mas vou trazer algumas observações a respeito do currículo de S.Exa. O Ministro Teori Zavascki se coloca nesta posição de que falam os japoneses diante de uma montanha. A montanha é mirada pelos japoneses e principalmente o Fujiyama, o principal dos montes do Japão, como algo diante do qual nos colocamos a venerar boquiabertos, porque esta majestade significa não só aquela imensidão diante da qual nos prostramos, mas também a imensidão do saber.

Isto é o Ministro Teori Zavascki. S.Exa., que é natural de Santa Catarina, nascido em Faxinal dos Guedes, é um eminente ministro, magistrado e professor, com uma invejável

atividade docente, acrescida à experiência jurisdicional, o que leva aquele saber de experiência, feito importantíssimo para as nossas atividades. S.Exa. é Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Membro da Corte Especial, Membro da 1ª Turma e da Comissão de Documentação. Na magistratura, Membro do Conselho da Justiça Federal, Presidente da 1ª Turma, no biênio 2004/2006, Membro da Corte Especial. No Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com jurisdição no Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, no período de 30 de março de 1989 a 8 de maio de 2003, foi Presidente da Corte, Membro do Conselho de Administração, Presidente da Comissão de Jurisprudência e de outras comissões do tribunal, além de ter integrado o Tribunal Regional Eleitoral. Professor destacado, que traça rumos para a nossa intelectualidade jurídica. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, a partir de julho de 2005, Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, de julho de 1987 a julho de 2005, após aprovação em concurso público. Foi Membro da Congregação da Faculdade, professor concursado da disciplina de Introdução ao Estudo do Direito, na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, a partir de 1º de agosto de 1980, e atualmente licenciado. Exerceu a advocacia e outras atividades. Foi advogado do Banco Central do Brasil, Coordenador dos Serviços Jurídicos do Banco Central, Superintendente Jurídico do Banco Meridional do Brasil, na época, sociedade de economia mista, Membro da 4ª Comissão de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil do Rio Grande do Sul. S.Exa. realizou vários concursos, sempre aprovado por brilho. Juiz Federal, Consultor do Estado, Advogado do Banco Central, Professor Universitário, por três vezes, por concurso público. S.Exa. possui uma obra jurídica intensa que honra esta montanha de que falamos: *Eficácia da Sentença na Jurisdição Constitucional*, *Processo de Execução*, *Comentários ao Código de Processo Civil – Volume VIII*, *Antecipação da Tutela*, pela Saraiva, *Processo Coletivo*. São cinco livros de obra densa, publicados pelo Eminentíssimo Ministro Teori Zavascki. Livro em coautoria, registra o currículo de S.Exa., nada menos que vinte livros, e uma numerosa lista de artigos e publicações, todos com idêntica densidade, selecionados por esta qualidade jurídica estrita, no caso, do Eminentíssimo Ministro Teori Zavascki, numerosas obras em revistas especializadas e, além disso, S.Exa. apresenta condecorações, títulos e medalhas e é integrante de entidades do maior respeito na área jurídica: Membro do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, onde exerceu o cargo de

diretor, Membro do Conselho da Diretoria do Instituto Brasileiro de Direito e Política do Direito do Consumidor – Brasilcon, Membro do Conselho Diretor da Revista Gênesis de Direito Processual Civil e Membro do Conselho Editorial da RePro, a nossa querida Revista de Processo. Um homem de grande saber e experiência que nos vai brindar com uma de suas magníficas palestras, com o tema: *Aspectos polêmicos do Recurso Especial*. Agradecendo, tenho a imensa honra de passar a palavra ao Professor e Ministro Teori Zavascki.



O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ZAVASCKI: Prezado colega, Ministro Sidnei Beneti, prezado colega de mesa, Desembargador Federal Marcelo Navarro; saúdo o Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria; saúdo o nosso colega Ministro Francisco Falcão, corregedor da Justiça Federal, a quem dirijo o meu especial agradecimento pelo honroso convite de poder estar

aqui associando minha participação nessa homenagem a esse grande homem público, que foi o Ministro Aliomar Baleeiro. Evidentemente que os exageros do meu querido amigo Sidnei Beneti não podem, como ressaltou a Min. Eliana, na sua introdução também, criar uma expectativa exagerada, porque teríamos, aqui, certamente, o controle de um órgão importante do consumidor, que é o Ministro Herman Benjamin. Quer dizer, propaganda enganosa não vale, nem em palestra.

Eu começo dizendo que não sei se escolhi bem o tema, porque não é que o recurso especial não tenha aspectos importantes e polêmicos. Há muitos, vou trazer vários deles aqui. Eu digo que não sei se escolhi bem o tema porque, na verdade, o cachimbo é que faz o formato da boca. Lidamos todos os dias com o recurso especial, e, às vezes, a gente imagina que os problemas do recurso especial sejam realmente os que interessam a um grupo maior da comunidade. Talvez o interesse desse assunto não seja tão vasto como imaginei inicialmente. De qualquer modo, vou procurar situar esses problemas do recurso especial fazendo o *link* com temas que dizem respeito não apenas exclusivamente ao Superior Tribunal de Justiça, mas à jurisdição em geral.

Como eu disse, o recurso especial, aparentemente inofensivo, do ponto de vista científico, ainda contém uma série de dificuldades de manejo, inclusive para nós, ministros do

Superior Tribunal de Justiça. O recurso especial é o carro-chefe, junto com o agravo de instrumento, dos instrumentos de acesso ao Superior Tribunal de Justiça, e o primeiro aspecto polêmico é a própria natureza do recurso. Sabemos que, pela classificação dos recursos, temos recursos ordinários e recursos extraordinários.

Quanto à natureza extraordinária do recurso especial, não há dúvida. Dizemos que o recurso tem natureza ordinária quando se trata de um recurso cujo objetivo principal é fazer justiça ao caso concreto. E o recurso tem natureza extraordinária quando o seu objetivo principal não é propriamente o de fazer justiça ao caso concreto, de tutelar um indivíduo recorrente, mas é um recurso destinado imediatamente à preservação do direito positivo, constitucional, no caso de recurso extraordinário, ou federal, no caso de recurso especial.

Também é fácil classificar o recurso especial como aqueles recursos de motivação vinculada. Há recursos de motivação livre e recursos de motivação vinculada. Significa dizer que há certos recursos em que o recorrente pode alegar, ele é livre na sua fundamentação, mas existem outros recursos de fundamentação vinculada. São três, especificamente, no nosso sistema: os embargos de declaração; que têm fundamentação vinculada aos casos do art. 535, do Código de Processo Civil, em que só se pode alegar a omissão, contradição etc.; e os dois recursos extraordinários, o extraordinário *strictu sensu* e o recurso especial, que têm motivação vinculada àquelas situações estabelecidas na própria Constituição. Então, podemos dizer que o recurso especial é um recurso extraordinário de motivação vinculada. E aí vem o primeiro problema. Será um recurso de revisão ou um recurso de cassação? O recurso de revisão é aquele em que o Tribunal que o julga, julga o recurso e, se for o caso, vai adiante, e rejulga a causa. Isso quanto ao recurso de revisão. O recurso de revisão é aquele em que o Tribunal julgador julga o recurso e, se for o caso, dando-lhe provimento, rejulga a causa. O recurso de cassação, que tem natureza de cassação, é aquele em que o Tribunal julgador julga o recurso e devolve ao órgão de origem, se for o caso, o re julgamento da causa. Eu diria que uma crise de identidade do recurso especial, a exemplo do que já ocorreu no recurso extraordinário, é justamente essa, de saber se é um recurso de revisão ou um recurso de cassação. Se olharmos a nossa jurisprudência, assim como a jurisprudência tradicional do Supremo Tribunal Federal, vamos ver que não há essa definição muito clara. E isso tem uma consequência importantíssima.

O Supremo Tribunal Federal tem a súmula 456, que diz *provido o recurso extraordinário, o Tribunal julgará a causa, aplicando o direito à espécie*. Então, aparentemente, esta súmula

consagra a natureza revisional do recurso extraordinário. Esse mesmo dispositivo foi incorporado ao Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. O STJ tem um artigo no regimento interno que diz *conhecido o recurso e provido, o Tribunal julgará a causa, aplicando o direito à espécie*. Então, olhados, assim, esse dispositivo, essa súmula e esse artigo dão a impressão de que se trata de um recurso de revisão. E assim tem acontecido muitas vezes. Mas em outras – e não são poucas vezes – o Tribunal – eu diria até que na maioria das vezes – quando tem que enfrentar um julgamento mais extenso da causa, inclusive examinando a questão de fato, tem devolvido o julgamento da causa ao órgão recorrido.

Digo que essa definição é importante, porque ela tem algumas consequências. Por exemplo, a questão do exame do direito superveniente, as questões de ordem pública e a questão do princípio *jura novit curia*. O direito superveniente, *jura novit curia* e questões de direito público não prequestionadas, certamente, não se incorporam no recurso de simples cassação, mas se incorporariam, perfeitamente, na segunda fase de julgamento do recurso se fosse recurso de revisão. Em outras palavras, se dissermos que o recurso especial é um recurso de cassação, de modo que se julga o recurso e se devolve ao Tribunal de origem o rejuízo da causa, esse rejuízo é livre. Pode-se, obviamente, nesse rejuízo, se examinar direito superveniente, aplicar o princípio e conhecer, de ofício, as questões de ordem pública. Se dissermos que esse rejuízo da causa é do próprio Tribunal, do STJ, nós, nessa segunda fase, poderíamos reexaminar essa questão. Aí não estamos mais propriamente no julgamento do recurso, mas no rejuízo da causa. No meu entender, há, ainda, uma certa crise de identidade na jurisprudência do Supremo e do STJ sobre a natureza do recurso. Segundo o art. 105, inc. III, da Constituição, *cabe ao STJ julgar em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar lei federal, ou negar-lhes vigência; julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; dar à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal*.

Vamos por partes. Causas decididas. O que significam causas decididas? Incluem decisões interlocutórias. Embora não se considere, dependendo do conceito que se tem de causa, o julgamento de uma interlocutória como julgamento da causa, o que se tem assentado na jurisprudência desde o STF, quando depois no STJ, é que o conceito de causa não tem o

conceito de ação, de demanda, mas de questões decididas. Se a causa tem julgamento separado por questões, se permite a recorribilidade das interlocutórias, se entende por causa decidida aquela parcela da causa que, sendo objeto de decisão interlocutória, não pode mais ser, depois, rediscutida pelo próprio tribunal. Aí vem uma questão importante, que é justamente a questão do cabimento do recurso especial para julgar recursos que digam respeito à concessão de liminares. A decisão sobre liminar pode ser considerada uma decisão de parte da causa? O STF editou, a esse propósito, a Súmula 735, que diz: *Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.*

Se olharmos os precedentes dessa súmula, veremos que ela disse muito menos do que poderia ter dito. Por quê? Porque o fundamento dessa súmula é que, em matéria de liminar, não há decisão da causa definitivamente, porque aquela matéria pode ser revista ainda no âmbito da jurisdição ordinária. Portanto, observei que essa súmula disse menos do que deveria porque não cabe recurso extraordinário não apenas quando se defere a liminar, mas, também, quando se indefere. Por quê? Porque o indeferimento da liminar não inibe a instância ordinária de decidir diferentemente quando prolatar a sentença definitiva. Dentro desta ideia de que decisão sobre liminar não é causa decidida, e não cabe recurso extraordinário nem para deferir e nem para indeferir medidas liminares. Ora, esse mesmo fundamento aplica-se ao recurso especial. Também este só é cabível em casos decididos. Se dissermos que medida liminar não esgota jurisdição local porque ela pode ser modificada pela própria jurisdição local a qualquer tempo, não se trata de uma questão, portanto definitivamente julgada. Não cabe também para esse efeito recurso especial.

Nós, na Primeira Turma (vi que algumas outras Turmas também já estão aplicando) temos várias decisões (de processos) em que fui relator, em que se aplica, por analogia, a Súmula 735 aos casos de recurso especial. De modo que, em princípio, não caberia recurso especial contra acórdão que julga matérias a respeito de tutela de urgência, genericamente, medidas liminares e medidas cautelares, dentro desse princípio de que não se trata de causa decidida. Isso não significa dizer que nunca cabe recurso especial em relação a liminares. Há certos casos em que o recurso, a concessão ou não da liminar diz diretamente com os pressupostos desta. Por exemplo: se a lei proíbe a concessão de liminares, como proibiu em muitos casos, e o juiz contra essa proibição defere uma medida, evidentemente, que aí, sim, caberia o recurso especial, porque há ofensa direta. Não se pode, em recurso especial, alegar ofensa, em virtude de o Tribunal local, ao deferir considerando presente o *fumus boni iuris*, ter feito

um juízo definitivo sobre esse direito material. Então, não caberia recurso especial fundamentado em ofensa ao preceito normativo que trata do direito material objeto de tal *fumus boni iuris*. Por quê? Porque é *fumus boni iuris*, não é decisão definitiva da causa. Este é um aspecto interessante, acho que ainda a tendência é que o Superior Tribunal de Justiça, com o tempo, se atente mais profundamente para este aspecto. Na verdade, temos na prática poucos recursos julgados no mérito em relação a liminares por outra razão. Porque examinar a questão da existência do *periculum in mora* é uma questão de fato que fica inibida desde logo. E por outro lado, em geral, quando o recurso especial chega ao STJ, a própria causa já está julgada. E, tem-se considerado, isso é jurisprudência de todas as Turmas do Tribunal, que a superveniência de sentença torna prejudicado o recurso a respeito da liminar. Isso vale não apenas para o recurso especial extraordinário, mas também para os agravos de instrumento, eventualmente pendentes perante os tribunais de 2º Grau.

Proferida decisão julgando a causa, existe um título com maior força, que é a sentença. Faz-se um juízo, não apenas da base de cognição sumária, como são os provimentos de natureza cautelar, liminar, mas, da causa com cognição exauriente. De modo que ele tem uma força e uma autoridade naturalmente mais relevante que diz respeito à decisão sobre liminar. Isso sobre causas decididas. Há outros aspectos sobre causas decididas, por exemplo, a questão de processamento de precatório. Processamento de precatório não é considerado causa decidida, ele tem natureza administrativa e não jurisdicional. Mesma coisa, os pedidos de intervenção estadual e municipal, que são considerados procedimento de natureza político-administrativa e não propriamente jurisdicional. Portanto, não está sujeito a recurso especial.

O recurso especial cabe contra causas decididas por tribunais de justiça ou por tribunais federais. Estão fora da possibilidade de recurso especial as decisões dos Juizados Especiais. Isso tem criado, institucionalmente, um problema muito sério no Brasil que, não havendo acesso ao Superior Tribunal de Justiça em recurso especial de causas decididas por Juizados Especiais, tem-se a possibilidade de haver decisões diferentes, de modo definitivo, sobre matéria de Direito Federal insuscetível de uniformização. Houve o caso da assinatura básica de telefonia. O STJ tem uma jurisprudência que considera legítima a cobrança da assinatura básica, inclusive a matéria foi sumulada, mas os Juizados Especiais estaduais (muitos deles) julgavam diferentemente.

Tentou-se, mediante reclamação no STJ, provocar a uniformização. Nós negamos isso. Eu mesmo fui relator do acórdão dessa reclamação na 1ª Seção e consideramos que não era o caso de reclamação. Entretanto, foi posta reclamação semelhante no Supremo Tribunal Federal e ele, diante desse vazio de uniformização, considerou cabível a reclamação perante o STJ para uniformizar a jurisprudência quando houvesse conflito entre Juizados Especiais e a jurisprudência do STJ. No acórdão do Supremo, a Ministra Ellen Gracie, que foi a relatora, diz que essa reclamação seria cabível enquanto não houvesse uma regulamentação legislativa da matéria. E essa regulamentação já existia no âmbito dos Juizados Especiais Federais, pois a Lei n. 10.259 já previa uma provocação do STJ para uniformizar, fazendo as vezes de recurso especial.

Agora, no fim do ano, foi aprovada a Lei n. 12.253, que, ao disciplinar os Juizados Especiais da Fazenda Pública nos Estados, criou, a partir do seu art. 18, um sistema de uniformização de jurisprudência que permite acesso ao STJ quando houver ofensa à súmula ou quando Turmas de Juizados Especiais Federais de diferentes Estados derem interpretação diferente à lei federal. Poder-se-ia questionar a constitucionalidade disso, porque, afinal de contas existe a tese de que as competências constitucionais seriam exaustivas e não comportariam interpretação extensiva ou sistemática. Essa tese, na verdade, serviu de base para não se reconhecer o foro por prerrogativa de função aos agentes políticos em ação de improbidade. Essa foi a tese dominante do Supremo recentemente. Mas ela não é a tradicional do Supremo Tribunal Federal.

Temos inúmeros casos em que se deu à Constituição, no capítulo das competências, uma interpretação extensiva. No âmbito da Justiça Federal mesmo, consideramos – e lembro-me do tempo da 4ª Região, aqui na 5ª Região deve ser a mesma coisa – que cabe ao TRF julgar prefeito que comete crime federal. Essa competência não está na Constituição, pelo contrário, a Constituição diz que a competência para julgar prefeito é do Tribunal de Justiça. Mas fez-se uma construção sistemática justamente em função do sistema. E assim outras coisas. Agora, na última ou na penúltima sessão, o Min. Castro Meira levou para o nosso julgamento um conflito de competência, para saber qual o tribunal competente para julgar uma ação rescisória movida pela União contra um acórdão do Tribunal de Justiça. Pelo sistema constitucional, a competência para julgamento de ação rescisória é do próprio Tribunal. Agora, no caso, a União era terceira prejudicada e ajuizou ação rescisória. Foi

criada, por interpretação sistemática, a competência do Tribunal Regional Federal. É uma interpretação extensiva, mas sistemática.

O Ministro Castro Meira, inclusive, buscou, lá atrás, jurisprudência do Supremo em sentido um pouco diferente, justamente porque é uma dificuldade, mas acabou considerando essa interpretação extensiva. Então, o que quero dizer é que a Constituição comporta, sim, interpretação extensiva para criar competências complementares decorrentes do sistema. E parece que essa competência de uniformização de jurisprudência é para quando houver um conflito entre a posição dos juizados especiais e a posição do Superior Tribunal de Justiça – que afinal é constitucionalmente a instituição judiciária encarregada de uniformizar. Tínhamos de criar, por construção sistemática, uma forma de dirimir esse conflito, porque acima de tudo, está o direito material, que prevê o tratamento isonômico perante a lei. Não é possível que por um problema de mecânica judiciária se consagre a absoluta desigualdade de tratamento para situações semelhantes. De modo que considero que não há propriamente uma inconstitucionalidade nesse sistema de uniformização.

Bom, diz mais a Constituição: *Contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência*. Contrariar significa dar um sentido contrário, ou negar aplicação. Nesse caso também temos de distinguir quando há uma contrariedade frontal e uma contrariedade indireta. Certamente não pode caber recurso especial quando eventual contrariedade à lei supõe análise, por exemplo, de peças do processo. Diz-se, por exemplo: contrariou o art. 333 do Código de Processo, ou contrariou o art. 467, que fala da coisa julgada, porque deu uma sentença contra a coisa julgada, que a sentença tal, que está às folhas tal é [...]. Isso é uma contrariedade indireta. Para saber se houve contradição ou não temos de examinar o conteúdo de uma sentença proferida num outro processo. Houve um julgamento *extra petita*. Então, contrariou o artigo tal que estabelece o princípio da congruência do Código de Processo. Para examinar se foi ou não ofendido o princípio da congruência, não vamos examinar o texto normativo, nem dar interpretação ao texto normativo, vamos interpretar uma sentença, uma peça, um ato processual. Isso é, no meu entender, contrariedade indireta, que não comportaria recurso especial. Dar, portanto, contrariar ou negar vigência à lei federal. O que é lei federal? Qual o conceito de lei federal? Esse é outro tema polêmico; seguidamente, nós nos debatemos.

Apenas para resumir, acho que, com isso, consigo expressar a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. Consideram-se como lei federal aqueles atos normativos,

portanto, de caráter geral e abstrato, produzidos por órgãos da União, com base em competência derivada da própria Constituição. São aqueles órgãos que têm competência normativa prevista na própria Constituição Federal. As leis complementares, ordinárias, delegadas, as medidas provisórias, os decretos autônomos regulamentados expedidos pelo Presidente da República, com base naquele poder regulamentar decorrente da Constituição. Então, não se incluem no conceito de lei federal os atos normativos secundários, produzidos por autoridades administrativas; resoluções, circulares, portarias, instruções normativas, provimentos da OAB. Por quê? Porque são atos normativos produzidos por órgão da União, mas com base em competência que não deriva diretamente da Constituição.

Aqui, temos aquela dificuldade em matéria de decreto. Há certos decretos que são expedidos pelo Presidente da República, chamados “decretos autônomos”. Em relação a esses, caberia recurso especial. Agora, há decreto que, simplesmente, regulamenta uma lei. Este já não seria propriamente compatível com o recurso especial. *Ou julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal.* Essa redação do art. 103, III, é dada pela Emenda Constitucional n. 45. Antes da Emenda n. 45, havia possibilidade de recurso especial quando o acórdão julgasse válida lei ou ato do governo local; em face de lei federal. O conflito entre lei local e lei federal, até a Emenda n. 45, comportava recurso especial; agora, não. Agora, é recurso extraordinário. Corretamente. Porque se sabe que o conflito entre uma norma federal e uma norma estadual não é um conflito hierárquico; é um conflito entre normas sem natureza hierárquica. Para saber qual dos dois é válido, não vamos buscar a solução pelo princípio da hierarquia, porque não existe. O que existe é uma área, um domínio competencial normativo de cada uma dessas entidades. Quem dá essa competência é a Constituição Federal. De modo que esse conflito entre lei local e lei federal é um conflito que se resolve com base na Constituição. Assim, acertado o constituinte com a Emenda n. 45: *dar à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal.* Aqui é por divergência. Cabe, e esse é o papel uniformizador do Superior Tribunal de Justiça, recurso especial para uniformizar jurisprudência conflitante entre dois tribunais. Há uma questão que é a do prequestionamento nesses casos.

Existem vários julgados do Superior Tribunal de Justiça, que, equivocadamente, entendem que, nesses casos, demonstrado o conflito, seria dispensável o prequestionamento. Acho equivocado. Por quê? Temos que partir da natureza do recurso. Como disse, o recurso tem motivação vinculada. Então, pela Constituição Federal, cabe recurso especial quando o

acórdão contrariar lei federal ou quando houver conflito de interpretação de lei federal por dois tribunais diferentes. O que é prequestionamento? Diz-se que tem de prequestionar, porque não se pode dizer que um acórdão tenha contrariado uma lei, se ele não tratou da matéria objeto daquela lei. Isso é prequestionamento. Exige-se que a matéria – não a lei, não o texto, não a indicação do texto – de que trata uma determinada lei federal tenha sido tratada. Isso vale também nos casos de recursos com base em divergências de interpretação. É preciso que se indique qual é a lei federal a cujo respeito há divergência de interpretação de tribunais diferentes. Isso é prequestionamento e se exige, sim, também, quando o recurso é pela alínea c.

Uma grande dificuldade que enfrentamos seguidamente é a questão de saber se há ofensa ou não à lei federal naqueles casos em que o tribunal local julga por equidade, ou em que a lei permite o julgamento por equidade, como é o caso de honorários. Há certos casos – art. 20, § 4º –, que os honorários são fixados com base na equidade. O Supremo Tribunal Federal tinha uma súmula, a n. 389, dizendo que não cabe, salvo quando a lei impõe limites a honorários e quando o acórdão extrapolou os limites. Bem, aí é uma ofensa direta. Mas quando o acórdão atua dentro do limite, examinar a equidade foge ao âmbito do recurso extraordinário, dizia a Súmula 389 do STF, quando aquela Corte julgava essa matéria. Em geral, temos transportado isso para o Superior Tribunal de Justiça, mas, às vezes – assim como acontece também em relação ao dano moral, que é um outro problema, porque não tem parâmetros normativos certos – temos considerado que, em princípio, não cabe recurso especial, a não ser quando, evidentemente, haja uma extrapolação de qualquer limite razoável, seja na fixação de honorários em valores excessivos ou em valores extremamente reduzidos, seja em relação à questão do dano moral.

Em função do prequestionamento, temos alguns problemas difíceis. Por exemplo, é possível em recurso especial aplicar a regra do 462, que diz que o juiz, no julgamento, deve considerar o direito superveniente? Ou, é possível, no julgamento de recurso especial, aplicar o princípio *jura novti curia*? Ou seja, se alegou ofensa a um determinado dispositivo, e o tribunal diz: esse não, mas, o outro, sim. É possível aplicar, no recurso especial, o chamado efeito translativo, ou seja, aquele efeito próprio de todos os recursos – ordinários, pelo menos – que permitem que o órgão *ad quem* conheça de ofício matéria de ordem pública? Esse é o efeito translativo. É possível no recurso especial?

No meu entender, não temos definições acabadas para isso no STJ, justamente, por causa desta nossa crise de identidade. Não sabemos se somos um recurso de cassação – que julga o que está no recurso e, se for o caso, devolve o julgamento da causa para o tribunal recorrido – ou se somos um recurso de revisão – julgamos o que está no recurso, mas, dando-lhe provimento, rejuvamos a causa aplicando o direito à espécie. Nos casos em que aplicamos uma técnica cassatória, certamente não podemos fazer juízo sobre direito superveniente, sobre o princípio *jura novit curia*, nem sobre o efeito translativo, nem conhecer de ofício matéria de ordem pública. Agora, nos casos em que nos “arboramos” a um Tribunal de revisão, no meu entender, não só podemos como devemos, ao rejuvamos a causa, aplicar o direito superveniente e conhecer de matéria de ordem pública. Aliás, sobre matéria de ordem pública, o Tribunal tem, na Corte Especial, essa posição, embora talvez não com muita clareza técnica. Mas o Tribunal considera, por maioria, que, conhecido o recurso, ou seja, examinando também a existência do prequestionamento, ao fazer o juízo sobre a causa, ele pode conhecer de matéria de ordem pública.

Na Primeira Turma, tivemos uma questão importante, da qual fui relator, quando tínhamos centenas de processos. Houve um processo em que alguém reclamou da Caixa Econômica Federal uma diferença de FGTS, e o juiz julgou como se fosse uma causa de Sistema Financeiro de Habitação contra a Caixa Econômica Federal naquela sentença padrão. A Caixa recorreu pelo Sistema Financeiro de Habitação, o Tribunal julgou pelo Sistema Financeiro de Habitação e houve recurso especial pelo Sistema Financeiro de Habitação. Quer dizer, tínhamos lá – o Ministro Falcão estava presidindo a Turma naquela oportunidade – uma causa, um recurso especial, com todos os requisitos de admissibilidade. A matéria tinha sido prequestionada, alegava-se ofensa à lei federal. Realmente a questão tinha sido debatida, só que havia uma nulidade absoluta, não tinha o menor sentido julgarmos a causa, porque íamos fazer um diletantismo absolutamente inútil porque a causa tratava de outra coisa. Como é que não íamos conhecer uma nulidade dessas de ofício? Claro que se o recurso fosse intempestivo, ou tivesse algum outro problema de admissibilidade, não poderíamos conhecer de ofício e dar esse efeito translativo. Mas o recurso foi conhecido e se conheceu, de ofício, a nulidade, para anular o processo. Não há outro modo, quer dizer, a questão do efeito translativo tem esse sentido. Se se conhecer e rejuvamos aí temos que conhecer da matéria de ordem pública.

Gostaria de terminar com duas observações: uma é a respeito do recurso cabível, no caso de ação rescisória. Até há pouco tempo, tanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto a do Superior Tribunal de Justiça diziam que no julgamento da ação rescisória, o recurso cabível era contra os pressupostos da ação rescisória (art. 485 do Código de Processo) e não contra os fundamentos. Isso significava dizer que o recurso cabível era sempre o recurso especial, porque os pressupostos são de lei federal. Acontece que isso funcionava bem no tempo em que o Supremo Tribunal Federal examinava a matéria constitucional e a federal, mas, depois, essa questão ficou difícil de se compatibilizar com o sistema, porque temos casos em que os fundamentos da ação rescisória são constitucionais, alega-se ofensa à Constituição Federal. Nesses casos, quando o tribunal de origem diz que há ofensa ou não, cabe recurso especial, porque, caso contrário, o Superior Tribunal de Justiça seria a última palavra sempre, inclusive, em matéria constitucional; a não ser quando a ação rescisória fosse de acórdão do próprio Supremo Tribunal Federal, que obviamente o tribunal teria um conhecimento de uma ação originária. Mas, nos demais casos, em todas as ações rescisórias, bastaria alegar matéria constitucional para transferir definitivamente a causa e o juízo a respeito da ofensa à Constituição Federal ao Superior Tribunal de Justiça. No meu entender, de modo acertado, uma decisão recente da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, considerou que, nesses casos, cabe recurso extraordinário e não recurso especial. Em outras palavras, o recurso cabível nos casos de rescisória deve atacar os fundamentos e não os pressupostos. Se o fundamento é constitucional irá para o Supremo Tribunal Federal.

Para terminar, gostaria de dizer umas breves palavras sobre a técnica de julgamento dos recursos repetitivos do recurso especial. Estamos mudando a cultura jurídica nacional a respeito dos precedentes. É uma escalada legislativa, que vem de muito tempo, para se incorporar na nossa cultura jurídica, a valorização dos precedentes dos Tribunais Superiores. É uma dificuldade, porque não é da nossa cultura. Aquilo que é natural nos países da *common law* e em outros países europeus continentais, que os precedentes das Cortes Superiores valem pela sua autoridade como precedente, e admite-se que a decisão de uma determinada maneira num caso, pelo princípio da igualdade, impõe julgamento semelhante para casos iguais. Supõe-se então, que o primeiro a preservar o princípio da igualdade é o Poder Judiciário. Essa cultura da valorização do precedente é natural. Não é

assim no Brasil. E por isso tivemos, ao longo da nossa história mais recente, essa enormidade de processos tratando da mesma coisa.

Quando o Superior Tribunal de Justiça fez quinze anos, fiz um levantamento sobre as principais matérias julgadas e constatei que, vinte e cinco por cento, ou seja, um quarto dos recursos que o tribunal julgou era sobre uma única questão – a correção monetária das contas vinculadas. Isso não tem sentido. De modo que a última etapa dessa escalada normativa, que verificamos nos últimos anos, para valorizar os precedentes, é a dos recursos especiais repetitivos.

Quando se trata de um recurso de matéria que se repete, que se reproduz, em muitos casos, o Código de Processo determina que se faça um julgamento especial pelo órgão fracionário do tribunal ou pelo órgão colegiado mais importante, Corte Especial, ou pela Seção correspondente, e que este precedente tenha um efeito expansivo. Não vou chamar de efeito vinculante, porque não se trata propriamente de um efeito vinculante – hoje, vimos a Ministra Eliana Calmon já advogando aqui a possibilidade de revisão – não se trata de um efeito vinculante, mas é um efeito expansivo com uma carga persuasiva significativa, que deve decorrer fundamentalmente da sua autoridade. Isso que é o importante.

É fundamental que nós, juízes, tenhamos consciência disso. Mais importante do que a autoridade formal é que as decisões tenham autoridade material, ou seja, que elas tenham autoridade pelo seu próprio conteúdo, pela sua própria valorização intrínseca. É isso que se tem procurado dar aos recursos repetitivos, e as estatísticas têm mostrado que essa técnica tem contribuído enormemente para resolver a crise que, há muitos anos, vivemos no âmbito dos recursos especiais. Mais uma vez agradecendo, Min. Falcão, a gentileza e a honra do convite, eu agradeço a atenção. Muito obrigado*.

* Sem revisão do conferencista.

TUTELA DE URGÊNCIA



O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA: Boa tarde a todos. Permitam-me saudar aos magistrados presentes na pessoa do eminente Ministro Francisco Falcão, Coordenador da Justiça Federal, e empreendedor, que teve a iniciativa de instalar este seminário. Quero também agradecer por esta oportunidade de retornar ao Recife e, especialmente, a este Tribunal, que ajudei a fundar, juntamente com o Ministro Francisco Falcão e o

Desembargador Federal Lázaro Guimarães, aqui presente. Por coincidência, nós três constituímos a comissão de construção deste prédio, que hoje abriga o nosso Tribunal. Tive a incumbência de dizer algumas palavras sobre o tema e sobre o eminente palestrante.

Nós magistrados, às vezes, encontramos situações em que as formas tradicionais que havia no Direito não tinham um meio de solucionar situações absolutamente inesperadas em que se desafiava o legislador a regulamentar situações normativas que permitissem tornar possível a efetividade da Justiça, dada a urgência e necessidade dessas medidas. Entre os estudiosos desse tema destacou-se, exatamente, o eminente Ministro Luiz Fux, que irá hoje dissertar sobre esse assunto. Creio que não poderia ter escolhido ninguém melhor para o assunto.

O Ministro Luiz Fux domina a matéria, especialmente, esse tópico do Direito Processual, já que S.Exa. tem um trabalho exatamente sobre este tema. Teria que falar alguma coisa sobre S.Exa. e acho que quase não irei falar nada, porque aqui em Pernambuco, particularmente, são poucos os que ainda não consultaram suas obras. E nós conhecemos os autores pelas suas obras. Mas gostaria só de lembrar que S.Exa., desde a juventude, teve um contato com o processo civil.

Com pouco mais de vinte anos, o Ministro Fux teve a oportunidade de trabalhar com um dos maiores processualistas deste país. Estou falando de José Carlos Barbosa Moreira – e todos nós, mais antigos, estudamos especialmente seus comentários pela Forense, os comentários do Código de Processo Civil, além dos estudos inúmeros que o eminente desembargador e escritor produziu na área de processo. Com ele o Ministro Luiz Fux pôde

ter as primeiras discussões sobre temas processuais e não há dúvida nenhuma de que teve um excelente encaminhamento pelas mãos desse eminente processualista. Além disso, ele foi advogado, trabalhou como Promotor de Justiça do Rio de Janeiro, Curador de Fundações do Estado do Rio de Janeiro, na qualidade de Promotor, e teve uma brilhante carreira de magistrado, que culminou com sua chegada ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e, posteriormente, ao Superior Tribunal de Justiça, onde se acha hoje – a gente não sabe até quando, porque é muito possível que outros pontos mais altos ele consiga galgar na sua brilhantíssima carreira.

Dentre suas obras, enumero apenas algumas para não ficar cansativo, porque temos de controlar o tempo: *O Novo Processo de Execução, Cumprimento de Sentença, Execução Extra-Judicial*, o *Curso de Direito Civil* e o *Que se Espera do Direito no Terceiro Milênio Frente às Crises das Leis, da Justiça e do Ensino*. Lá na 1ª Seção tenho oportunidade de com ele conviver e, com ele aprender diuturnamente, não só lições de processo como, também, lições de vida, já que é uma pessoa de riquíssima personalidade e qualidades que, realmente, tornam essa figura, para mim, especialmente, muito querida.

Então, com essas breves palavras, dou a palavra ao Ministro Luiz Fux para proferir a sua palestra, embora essa palestra no horário posterior ao almoço dá-me a certeza de que ninguém ficará, aqui, cochilando porque, realmente, ele tem o poder de manter uma troca de energia permanente com a plateia que, certamente, muito terá de aprender com as suas lições.



O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX: Excelentíssimo Sr. Ministro Castro Meira, Presidente dos Trabalhos; Excelentíssimo Desembargador Manoel Erhardt, Corregedor de Justiça, meus queridos companheiros do Superior Tribunal de Justiça aqui presentes: Sidnei Beneti, Francisco Falcão, Herman Benjamin, Teori Zavascki, futuros Ministros do Superior Tribunal de Justiça, também, aqui presentes. Temos, também, a ilustre presença, magnífica presença que dá o toque singular, nesta solenidade, do Presidente da Suprema Corte Argentina, o Professor Ricardo Lorenzetti, e peço a todos que façamos uma saudação universitária a ele, senhores estudantes, advogados, a todos os membros integrantes das carreiras judiciais, meus senhores e minhas senhoras. De tudo quanto

verossímil possa ter dito o Ministro Castro Meira sobre o meu currículo, talvez algo que tenha a maior exatidão seja exatamente a minha humanidade conquanto magistrado.

Aprendi desde cedo que o juiz deve ter, acima de tudo, sensibilidade e saber Direito se for possível, porque sentença, desde a época romana era exatamente aquilo que o juiz sentia. Quando caminho, sempre costumo dizer que o homem quando vai à frente, o que vai mais adiante é o seu passado. E este momento para mim é tanto mais importante, pois foi aqui, na cidade do Recife, quando ainda era Desembargador do Tribunal de Justiça, que tive a oportunidade de conhecer esse magnífico juiz – esse magistral juiz que une conhecimento e sensibilidade – que é o Ministro Castro Meira. Também tenho uma honra singular de pertencer à 1ª Seção a que ele pertence também, Ministro Herman Benjamin, Ministro Teori Zavascki, Ministro Falcão, que nos deixou temporariamente para exercer a Corregedoria, de sorte que estou aqui me sentindo tal como Calamandrei, no segundo quartel do século passado, que fora convidado para fazer uma conferência na Universidade do México, a mais antiga universidade de língua latina. E ele era um homem muito introspectivo e foi recebido pelos estudantes com uma grande faixa onde estava escrito: *Esta é tua casa*. Então, muito embora aqui não haja nenhuma faixa, esta é uma faixa implícita porque, de tanto vir aqui e apreciar a sensibilidade do povo pernambucano, sinto-me muito à vontade, exatamente como na minha casa, máxime a presença destes ilustres companheiros que engrandecem o Superior Tribunal de Justiça.

O Ministro Castro Meira destacou talvez um dos pontos mais relevantes do nosso tema, exatamente a inadaptação das formas usuais de prestação de Justiça para determinadas questões que surgem sem que haja uma previsão do legislador que não tem a aptidão de poder imaginar tudo quanto possa se passar pela vida fenomênica. Sou juiz de carreira, comecei minha vida no interior do meu Estado, depois do Ministério Público, resolvi fazer concurso para juiz e aí persequei todas as entrâncias até que cheguei na entrância da capital. E, certa feita, numa sexta-feira, ao término do expediente, isso tem toda uma pertinência, porque sabemos que os eminentes profissionais do direito, com *dolus bonus*, batem à porta dos juízes aos cinco minutos do término do expediente da sexta-feira, para tentar obter uma providência liminar, sob pena de o juiz não conceder aquela providência, passar uma sofreguidão no fim de semana. Mas isso faz parte da estratégia do advogado, isso também se passou comigo, Juiz da 9ª Vara Cível.

Numa sexta-feira, findando o expediente, ingressa no meu gabinete um senhor, àquela altura da hora, e me diz: *Doutor, quero me apresentar. Sou um Procurador da República.* Eu, jovem, com aquela irreverência natural do jovem, imaginei que havia ali um ato de arrogância, um ato de prepotência. E ele então revelou seu lado humano e disse: *Doutor, sou Procurador da República e acho que estou numa situação jurídica muito delicada porquanto pretendia realizar o sonho da minha mulher.* E, aí, pude entender realmente o sofrimento daquele homem, porque é de uma ousadia ímpar um homem que se lança na tarefa de realizar o sonho de uma mulher. Porque, certamente, se ele não o fizer, viverá um profundo pesadelo. Então, fiquei acometido de piedade daquele similar e perguntei: *Mas qual foi esse sonho que lhe trouxe tantos problemas jurídicos?* Ele me disse: *Doutor, imagine o Senhor que a minha mulher tinha o desejo, o sonho, o devaneio de morar numa casa na Barra da Tijuca, que é um bairro nobre lá do Rio de Janeiro, e encontrei uma casa em condições excepcionais, mas, para adquiri-la, fui obrigado a me desfazer de todo o meu patrimônio, inclusive do meu escritório – porque Procuradores da República, dependendo da época, podiam ainda advogar – e eu me desfiz de todo o meu patrimônio, passei a trabalhar de favor no escritório de um colega e a morar sob o regime de comodato no bem de uma pessoa da minha família. Comprei a casa, paguei à vista, porque ela estava em construção, e fiz mais, para realizar o sonho na sua integralidade, adquiri a casa com todos os móveis que guarneceriam aquela residência. E hoje me vejo diante de algo que não poderia deixar de prever, ou seja, a obra não está acabada, o prazo de comodato para desocupar o imóvel já se expirou e o meu colega de escritório pede que eu saia da sala. De sorte que tenho uma escritura pública de aquisição de bem imóvel, com pagamento à vista, com pagamento dos bens móveis que guarneceriam essa casa, estou na iminência de ser desalojado e tudo quanto se destina a mim é uma ação de imissão de posse, ou uma ação de conhecimento, ou uma ação de perdas e danos que, certamente, será fruto de uma sentença apelável, recorrível extraordinariamente, posteriormente sujeita a uma liquidação, para tornar realidade o direito declarado da sentença, que é absolutamente ótimo, porquanto consagrado numa prova inequívoca que era a escritura de compra e venda daquele imóvel.* Pois bem, eu adquiri o pesadelo daquele homem e disse a ele que, na segunda-feira, traria uma solução que fosse satisfatória diante daquela prova inequívoca e da juridicidade de sua pretensão. Então, naquela oportunidade, quando ainda não havia a consagração da tutela antecipada no Código de Processo Civil, observei que o art. 798 do Código de Processo

Civil dispunha que, se o juiz verificasse que, no curso do processo, uma parte poderia causar ao direito da outra – não o prejuízo ao processo, que seria aquele *periculum in mora* cautelar –, mas um prejuízo irreversível ao direito da outra, ele, magistrado, poderia plasmar uma solução sob medida, tal como hoje ainda previsto no art. 798 do Código de Processo Civil.

Então, depois daquela leitura, que foi um afago de esperança na minha alma de juiz, porque a magistratura é a ponte por onde passam essas misérias e essas aberrações, consegui entrever que o Código permitia uma providência de urgência nessas hipóteses em que uma das partes pode causar um grave dano ao direito da outra. Então, deferi uma medida de urgência, determinando que a casa fosse entregue no prazo máximo de quinze dias diante daquela prova inequívoca e posteriormente, então, aquele Procurador da República veio ao meu gabinete e disse que, realmente, resolveram o problema com a ocupação da casa e, mais importante do que qualquer problema jurídico, a realização do sonho de sua mulher, coadjuvado pela iluminação que Deus me forneceu naquele momento.

Essa é uma pequena história sobre a eficiência, a eficácia, da tutela de urgência como meio de vencer essas formas usuais de prestação judicial, que, num dado momento da nossa história, alcançaram níveis absolutamente alarmantes de insatisfação. Francesco Carnelutti, na sua velha e clássica obra *Direito e Processo*, afirmava que todo juiz travava contra o tempo uma luta em relação a qual ele jamais poderia vencer. E, exatamente, à luz da constatação dessa impossibilidade de atendimento pelas formas usuais de prestação judicial das situações de urgência, é que se desenhou o surgimento da tutela de urgência, modernamente sob a ótica da tutela antecipada, mas, remotamente através da clássica obra de Calamandrei sobre a *Introdução ao Estudo Sistemático dos Provimentos de Urgência*.

Naquela obra fantástica, Calamandrei inicia suas lições narrando a história de uma atriz famosa que se vira retratada nas paredes de um cabaré de Paris, como uma ninfa vestida de trajes incompatíveis com a sua figura, e que pretendia apagar aquela imagem porquanto não autorizara a exploração da mesma. Explica Calamandrei, que, como advogado, naquela oportunidade, diante da impossibilidade imediata de o juiz conhecer e julgar e determinar que fosse removida aquela imagem, que obteve uma providência provisória, mas uma providência urgente, uma providência iminente cobrindo a figura daquela ninfa vestida em trajes edênicos com uma peça de pano, até que no final do processo se verificasse se

realmente aquela figura retratava a figura da atriz e se, efetivamente, aquilo era uma violação ao direito de imagem.

Observem que a tutela de urgência surge na história do Direito Processual como uma tutela antecipada do direito material da imagem. Na realidade, pela distinção que hoje se traça, aquela figura a que se referia Calamandrei, não era uma tutela cautelar, era uma tutela antecipada, satisfativa, de proteção do direito de imagem daquela atriz. Sucede que, no estudo sistemático de Calamandrei, ele restou por influir toda a doutrina europeia da qual nós nos abeberamos, e essa doutrina de Calamandrei, que era a doutrina mais genial da época, fazia uma mesclagem entre as figuras cautelares e as figuras não cautelares.

Por isso é que surgiu o movimento diante dessa incapacidade das formas usuais de prestação judicial de utilização vulgar e promíscua da ação cautelar para agilizar a prestação judicial. Tudo o que o ordenamento jurídico oferecia ao cidadão era o procedimento sumaríssimo, superlativo absoluto sintético, que era o mais ordinário no sentido coloquial da palavra, de todos os procedimentos. Então, as partes passaram a utilizar “do procedimento cautelar” para tutela de questões não cautelares, diante da celeridade do rito e celeridade do procedimento. Isto conduziu, evidentemente, ao movimento doutrinário de oposição, porquanto na tutela cautelar só se precisava demonstrar “fumaça do bom direito”, ao passo que, para a tutela de urgência satisfativa, como hoje a lei explicita, é necessária a demonstração da prova inequívoca conducente à verossimilhança da alegação; é algo que propende para a certeza, completamente diferente do *fumus boni juris*, que é apenas um juízo de mera aparência, e inúmeras vezes, como se sabe, pela experiência própria da vida, as aparências enganam.

A doutrina italiana, então, capitaneada por Giovanni Verde, Sérgio La China, começou a sinalizar e a noticiar um uso imoderado da tutela de urgência, um uso promíscuo da tutela de urgência, chegando mesmo a entrever a possibilidade de sua eliminação, tal a sua utilização imoderada. E não foi por outra razão que, com o decorrer do tempo e o aprimoramento da doutrina, e para fazer jus a um belíssimo jurista nacional, hoje falecido, o Professor Ovídio Baptista da Silva, num Congresso Brasileiro de Direito Processual de 1985, reclamava que o sistema judicial brasileiro carecia da possibilidade de os juízes proferirem sentenças liminares, porquanto isto representava um apego ao velho direito romano canônico, em que os juízes não podiam prover imediatamente, senão iluminados

pela certeza, quando nós magistrados, inúmeros magistrados aqui presentes, sabemos que a certeza, a verdade nos processos, são verdadeiras quimeras e verdadeiras utopias.

O juiz trabalha com a verdade suficiente; o juiz trabalha com a verossimilhança e, no processo cautelar, a lei o autoriza a decidir com base na mera aparência, porque haverá a propositura de uma ação principal, em que a questão central será analisada com verticalidade. Então, hodiernamente, quando se aduz a tutela de urgência, é mister que se distinga entre a tutela de urgência de natureza cautelar e a tutela de urgência de natureza satisfativa. A tutela de urgência de natureza cautelar, como afirmava Liebman, cria condições para que a justiça seja prestada. A tutela de urgência de natureza satisfativa é a antecipação do resultado prático que a parte obterá somente no processo satisfativo, se julgado procedente o seu pedido. E essa é a razão pela qual, no processo cautelar, o juiz pode deferir uma providência com base na aparência. E essa é a razão pela qual, na tutela antecipada, é preciso que haja a evidência do direito. Então, a tutela de urgência, conforme a sua natureza, reclama pressupostos diversos. A tutela de urgência cautelar reclama *periculum in mora* para o processo. Um perigo de que a utilidade da prestação jurisdicional seja completamente afastada pelo desaparecimento das condições ideais para que ela seja efetivada.

Assim, por exemplo, o juiz arresta bens do devedor para que, no momento do processo satisfativo, possam recair os meios executivos por esses bens. E o juiz defere alimentos provisórios, não por força de uma possível inutilidade do processo futuro, mas antes, porque a parte que pede alimentos definitivos precisa dos alimentos provisórios para poder prosseguir na sua demanda judicial. E, aí, o que o juiz faz é antecipar aquilo que ele só daria no final. E essa é a razão pela qual aqui não se exige perigo para o processo; existe perigo para o direito da parte. E, para que o juiz possa antecipar essa prestação judicial, a parte tem que fornecer a ele aquilo que ela forneceria ao final do processo, que é o que a lei denomina de “prova inequívoca”, quando sente a verossimilhança da sua alegação.

Então, o *periculum in mora* para o processo cautelar é o *periculum in mora* para o processo; para que não desapareçam as condições ideais para que a justiça seja prestada. Dois sócios estão brigando; um deles está dilapidando o patrimônio, é preciso reservar os bens para o momento da partilha do patrimônio social. Na tutela antecipada antecipa-se o resultado prático que a parte obterá no próprio processo satisfativo, como só iria ocorrer, por exemplo, com a entrega de soma, com a entrega de um bem, que só ocorreria no final do

processo de execução, por quantia certa ou para a entrega de coisa. A tutela de urgência satisfativa passou a apresentar peculiaridades maiores depois da reforma que se promoveu no art. 273 do Código de Processo Civil. Mas mesmo essa reforma que se promoveu no art. 273 do Código de Processo Civil, deixou margem recentemente a uma especulação sobre essa fungibilidade entre o que é antecipatório e o que é cautelar. Por isso o art. 273, § 7º, dispõe que, formulado o pedido de antecipação, o juiz pode deferi-lo a título de providência cautelar. Mas, a recíproca não é verdadeira: o juiz não pode deferir um provimento satisfativo com base em preenchimento dos requisitos do processo cautelar, porque, para a tutela satisfativa, é preciso a prova inequívoca conducente à verossimilhança da alegação. E é claro que, se a parte apresenta uma prova inequívoca conducente à verossimilhança da sua alegação, e pleiteia uma tutela cautelar, evidentemente, quem pode o mais, pode o menos. O que não é possível é a parte preencher os requisitos do processo cautelar e formular um pedido de natureza satisfativa.

O Código, então, na reforma do art. 273, trouxe pressupostos processuais e materiais para o deferimento dessa tutela de urgência de natureza satisfativa, porque, talvez, este tenha sido o instrumento mais eficiente de ultrapassagem dos óbices da prestação da justiça morosa, tão reclamada no mundo inteiro. A antecipação da tutela, sem dúvida alguma, é um instrumento mais eficaz para vencer a natural morosidade da prestação judicial, que só advém depois de um longo processo de maturação, através da sentença do juiz. Sinteticamente, o art. 273, para o deferimento da tutela antecipada, exige, como pressupostos processuais, o requerimento da parte e a prova inequívoca conducente à verossimilhança da alegação, e, como pressupostos materiais, um direito evidente ou um direito em estado de periclitación.

Então gostaria de instá-los, através de exemplos práticos, à análise desses pressupostos. Dispõe a lei que, a requerimento do autor, o juiz poderá deferir a antecipação de tutela. Confesso aos senhores que, à luz da minha limitação, nunca pude entender porque o Legislativo e o Executivo atuam *ex officio*, e o Judiciário não pode agir *ex officio*, em situações de extrema urgência. Por que ainda se está apegado à clássica forma de que o autor é o *dominus litis* e *ne procedet iudex ex officio*? Sucede que todas essas regras são oriundas do período do Iluminismo, em que havia uma funda desconfiança em relação ao Judiciário, que era comprometido, realmente, com seu regime. Por isso o vigor do princípio dispositivo e por isso a regra que o juiz só poderia agir quando estimulado pelas partes.

Mas tive uma oportunidade singular na minha carreira na magistratura, no meu Estado, onde ainda havia Tribunal de Alçada, de me deparar com uma situação que é bem própria não só para o tema, mas também para o horário, porque, como advertiu o Ministro Castro Meira, é preciso que se torne esse nosso momento de interação bastante palpitante e instigante, porquanto, depois do almoço, a tendência não é ouvir conferência de ninguém. Esse exemplo vai chamar a atenção de todos, primeiro porque é verídico e, segundo, porque é absolutamente inusitado. Assim é que o dono de uma área de um posto de gasolina cedeu a parte remanescente para uma loja de móveis e, acidentalmente, esse terreno se situava no meio de uma estrada, onde essa loja de móveis era própria para guarnecer as casas da redondeza e esses eram móveis de vime. Então, nada mais incompatível do que tanques de gasolina em uma loja de vime. Quer dizer, é autocombustível; é um negócio jurídico autocombustível. Pois bem, em um dado momento, por uma ironia da vida, um desses tanques de gasolina apresentou uma fenda e começou a vazar gasolina, pingando a pingando, para o interior do piso da loja. Esse vazamento começou a alcançar proporções que, quem ingressava na loja, não sabia se estava ingressando em uma loja de vime ou em um posto de gasolina, porque o cheiro era absolutamente idêntico. Então a loja já tinha odor de gasolina infiltrado no piso daquele estabelecimento. O dono da loja, baseado na lei de locações, que estabelece que o locador tem que fazer firme e valiosa locação, contratou um advogado e pediu a este que promovesse em juízo uma providência para que aquela “bomba”, que ficava em frente à loja, fosse lacrada, porquanto o posto ainda dispunha de mais dez tanques de gasolina. Então, eram onze “bombas”.

O advogado, então, através de um pedido de tutela de urgência – vocês são muito jovens, não há de se lembrar, mas se utilizava muito a expressão de “ação cautelar atípica”, ou “ação cautelar inominada” – promoveu essa ação cautelar inominada com pedido de urgência para que fosse lacrada a bomba de gasolina; e não o fez numa sexta-feira cinco minutos antes de terminar o expediente, o fez no expediente normal porque a situação era grave. O juiz, então, diante do *periculum in mora*, determinou que se lacrasse aquela bomba de gasolina, o oficial de justiça foi e lacrou. Sucede que, no Judiciário, também prevalece a velha regra de que “manda quem pode e obedece quem tem juízo”.

Assim, o advogado do dono da bomba promoveu um agravo de instrumento, naquela época que não tinha nenhum efeito, e acoplou o velho mandado de segurança. E, nesse mandado, o desembargador, no seu ambiente refrigerado – posso dizer isso porque já fui desembargador

e até hoje convivo em ambiente refrigerado, mas o que quero dizer é que o desembargador não estava na mesma posição do juiz diante do calor dos fatos – deferiu uma liminar mandando deslacrar a bomba. Prestem atenção neste caso verídico! Evidentemente que o juiz – cumpra-se – mandou deslacrar a bomba de gasolina e aquele vazamento foi crescendo, foi crescendo, foi crescendo a ponto de se pisar na loja e o piso apresentar-se solto do solo em razão da infiltração extensa da gasolina naquele estabelecimento. O corpo de bombeiros foi chamado ao local e certificou que aquela loja poderia ir pelos ares a qualquer momento. Qualquer faísca, qualquer fagulha, qualquer pessoa mais quente que entrasse ali faria pegar fogo aquele estabelecimento.

Pois bem, o que fez o juiz? Fechou a loja! Imaginem os senhores: o juiz fechou a loja porque o desembargador mandou deslacrar a bomba, o corpo de bombeiros anunciou que aquilo poderia ir pelos ares, o juiz mandou fechar a loja, de ofício. Por quê? Porque fora requerida uma providência para fechar a bomba e não a loja. Eu fiquei imaginando a situação daquele advogado perante o cliente. O que ele poderia dizer para o cliente? O cliente ia dizer muito obrigado a ele por ter conseguido e perguntar quanto lhe devia. Foi o único caso de *reformatio in pejus* em 1º Grau de jurisdição que vi em minha vida. Então, nós estávamos no Tribunal de Alçada e decidimos que o juiz podia, sim, na defesa da segurança da comunidade, decretar de ofício aquela providência não requerida, evidentemente ressalvado o direito de indenização do locatário da loja.

Isto é uma pequena demonstração de que há casos e casos. Evidentemente que, para manter a sua imparcialidade, o juiz não deve agir de ofício. Mas, há determinadas hipóteses em que o dever geral de segurança impõe que o juiz possa efetivamente atuar de ofício, principalmente se for na defesa de direitos indisponíveis, se for na defesa de interesse de incapazes. Recordo-me que, nos idos de 1980, o Professor Ergas Muniz de Aragão, num belíssimo trabalho apresentado nas Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, que se realizavam no Rio de Janeiro, defendeu essa possibilidade de tutela *ex officio* em relação aos direitos indisponíveis e em relação aos interesses de menores e incapazes em casos excepcionais. E dizia ele: *O Código dispõe que o juiz pode determinar medidas urgentes em casos excepcionais ou expressamente previstos em lei*. Evidentemente que há casos previstos em lei e há casos excepcionais, porque, do contrário, o legislador não utilizaria a conjunção alternativa “ou”. Isto com relação ao requerimento da parte.

É evidente que a regra é o requerimento, mas, excepcionalmente, é possível produzir-se uma decisão *ex officio*. Mais ainda, a tutela de urgência, pela sua própria característica, reclama que o juiz seja artesão da solução judicial do caso concreto. Por isso que as tutelas de urgência podem ser fungíveis.

O Professor germânico, Fritz Brauch, que muito frequentou a Escola Processual Brasileira, trazido pelo Professor Barbosa Moreira, e que tinha uma obra da Editora Fabris sobre as medidas cautelares, narra um caso interessante em que um prédio fora construído sem aquela distância, de metro e meio, estabelecida pelo legislador e que, diante de um pedido de demolição do prédio, o juiz, com a sua criatividade, determinou que, ao invés da demolição do prédio, os vidros das janelas fossem pintados com tinta opaca, para preservar a propriedade, garantir o direito à preservação e a sua própria intimidade.

O segundo requisito é a prova inequívoca conducente à verossimilhança da alegação. O juiz trabalha com a verdade possível, com a verdade suficiente. A prova se obtém através da aferição de um fato conhecido que se chega a um fato desconhecido. A verdade, como já dissemos aqui, é uma utopia. O próprio Calamandrei, na sua obra sobre a verdade e a verossimilhança, afirmava que, se o juiz fosse buscar a verdade, o processo levaria um século e, ainda assim, não se saberia a verdade fenomênica que era pertencente a um mundo exterior. Para nós, juízes, num acidente de trânsito, se o sinal está aberto ou fechado, o que prevalece é o que consta dos autos. A prova inequívoca conducente à verossimilhança da alegação é a melhor prova que se pode fazer em juízo para levar ao acolhimento ou não, conforme a pretensão veiculada.

Na prática, por exemplo, certa feita, eu me deparei com um documento de comodato firmado por um cidadão paupérrimo que se comprometera a sair do imóvel no prazo de seis meses. E já havia transcorrido mais de dezoito meses, e ele não havia desocupado o imóvel ainda. Por via das dúvidas, marquei uma audiência especial, porque havia participado de um encontro na casa do Cardeal Dom Eugênio Sales, sobre a questão pastoral da terra, no Rio de Janeiro, e ali havia uma plateia composta de juízes e magistrados, e, ao final desse encontro, foi lavrada uma carta em que juízes e magistrados se comprometiam, antes de determinar desalijos, verificar se por trás daquela pessoa não havia uma família, no afã de não se criar um problema social maior do que aquele que se queria evitar.

Particularmente, como magistrado, utilizava um dispositivo do Código de Processo Civil que assenta que o juiz pode determinar o comparecimento das partes em qualquer fase do

processo para, dentre outras coisas, perguntar se querem fazer um acordo. Fizemos isso, nesse caso concreto, porque havia ali um documento, que era uma prova inequívoca conducente à verossimilhança da alegação. Convoquei aquele cidadão e perguntei-lhe se tinha assinado aquele documento comprometendo-se a sair em seis meses. Ele disse que sim. Fiquei um pouco abismado e, ainda iluminado por aquele encontro na casa do Cardeal, perguntei se ele tinha uma família, pois ele tinha assinado um documento que era uma prova inequívoca numa ação possessória de força nova, a liminar de desalijo que pode ser imediata. Ele pensou, os advogados se entreolharam, e eu disse que faria uma outra pergunta: quanto tempo ele precisava para desocupar o imóvel, já que ele afirmava que esse documento era uma forma inequívoca conducente à verossimilhança da alegação. E ele me disse: *Eu preciso de meio dia*. Eu falei: *Meio dia? Mas estamos todos nós preocupados com o senhor, estamos apiedados da sua causa, e o senhor diz que quer meio dia para desocupar? Eu já dei um mês, dois meses, seis meses. Já fizemos acordos assim. Agora, meio dia, sinceramente eu vou ser obrigado a invadir de novo a sua privacidade. Há uma família por detrás do senhor?* Ele disse: *Ainda não. E é por isso que eu quero meio dia*. E eu disse: *Mas, por quê?* Ele falou assim: *Porque eu vou me casar amanhã e eu preciso de meio dia, o senhor está me entendendo, estou vendo que o senhor é um homem casado, eu preciso de meio dia de lua-de-mel, imagine o senhor*.

Eu fiquei mais apiedado ainda porque eu vi a falência daquele casamento. Uma lua-de-mel de meio dia é um “*probation*” gravíssimo para o noivo. Então, os advogados se comportaram tal como os senhores e deram, de presente de casamento para a noiva, um comodato de oito meses ou seis meses, para que eles fossem tranquilamente celebrar o matrimônio e depois voltar para onde moravam.

E, naquela oportunidade, eu funcionava no Juízo da 9ª Vara Cível, era uma sala não tão moderna quanto as salas de hoje, e havia uma porta assim como se fosse um *saloon* do Texas, ele saiu, daqui a pouco ele volta com aquela porta balançando, virou para mim e falou assim: *Doutor, muito obrigado, agora eu terei muito mais tempo para aproveitar o meu casamento*. Achei aquilo ali uma solução, a que eu, como juiz, não chegaria, mas, ali, eu tive, por exemplo, a concretização desse conceito do que seja prova inequívoca conducente à verossimilhança da alegação. Além disso, é lei, exige que o direito esteja em estado de periclitção. Direito em estado de periclitção é algo que pertence à vida. O perigo pode se referir ao direito da parte, como no caso do Procurador, o perigo pode se referir à

parte que pleiteia alimentos, o perigo pode se referir até mesmo a uma hipótese simples de locação.

E aqui trago aos Srs., depois do almoço, já cumprindo esse desiderato imposto pelo Ministro Castro Meira, de não deixá-los adormecer, mais um caso prático que ocorreu na 9ª Vara Cível, em relação exatamente a essa questão do direito em estado de periclitacão, porque o legislador não teria condições de conceituar o que é o direito em estado de periclitacão. Ele até tentou fazer isso com o arresto, dizendo que caberia o arresto quando o devedor se ausenta, tenta se ausentar, acha que vai se ausentar. Então, dava a impressão de que o credor tem de ficar numa vigília sobre a vida do devedor. Mas esse caso foi um caso interessante de tutela de urgência em razão do estado de periclitacão, por isso que se tratava também de uma locação.

Aqui há um caso muito interessante. No Fórum do Rio de Janeiro, há um prédio de esquina, grande, que é exatamente o prédio de preferência dos advogados. Em poucos passos, eles chegam ao Tribunal de Justiça de primeiro e segundo graus de jurisdição. Sucede que uma senhora, no afã de manter a sua subsistência, resolveu erigir, num prédio de advogados, em algumas salas, uma cozinha industrial. Ela fazia “quentinhas” para vender a outras pessoas, ou, eventualmente, até para os funcionários dos escritórios. E alguns talvez se recordem, outros sequer viram, mas antigamente havia um equipamento artesanal que se chamava “botijão jacaré”. O “botijão jacaré” era exatamente um pequeno botijão que servia para esquentar uma panela. Como ela se propunha a vender várias “quentinhas”, ela alugara duas salas contíguas, e, ali, montara uma cozinha industrial com cinquenta “botijões jacarés”. Então, aquilo ali não era uma sala, era um *container* do inferno, porque aqueles equipamentos eram altamente vulneráveis, e dentro de um prédio de escritórios de advogados. Então, evidentemente que, com aquele odor – não sei se a comida dela era boa, se não era – a verdade era que os advogados instaram o locador a promover o despejo daquela locatária. E não havia nenhuma das *causa petendi* enumeradas na lei de locações. Mas era ali a necessidade de se prover uma providência de urgência adequada para aquele caso concreto, razão pela qual o juiz deferiu, e o Tribunal confirmou aquela tutela de urgência em razão de o direito estar em estado de periclitacão.

Não é por outra razão, por exemplo, que nós da 1ª Seção, por vezes, concedemos medicamentos, são providências urgentes, em que a parte não pode aguardar, sem tomar o medicamento, pelo desfecho final do processo. E o último requisito é que o direito da parte

seja um direito evidente, um direito líquido e certo. E aí o fundamento é belíssimo, na medida em que a Constituição Federal estabelece o princípio da isonomia de todos perante a lei e perante a Justiça também. Então, não é justo que o autor que tem razão tenha de aguardar as delongas da ordinariade para obter a providência judicial. O processo não pode ser forjado a favor do réu que não tem razão. Quem deve suportar o ônus da demora da prestação judicial é a parte que não tem razão; e não o autor que se viu obrigado a ingressar em juízo em razão do monopólio da jurisdição e da interdição à autotutela.

Então, o direito evidente significa dizer que o autor tem um direito líquido e certo semelhante àquele que se veicula através de um mandado de segurança. E o Professor Barbosa Moreira, num de seus temas de Direito Processual, afirmava: *Será que somente a Fazenda Pública transgride? Só contra ela cabe mandado de segurança à luz do direito líquido e certo? Será que não seria razoável que houvesse um mandado de segurança de particular contra particular? E esse mandado de segurança de particular contra particular veio, exatamente, através da tutela antecipada.*

Nós temos o nosso tempo e eu gostaria de sintetizar a teorização. Nunca digo “finalizar”, porque sempre há um ouvinte um pouco mais ansioso, olha para o relógio, bota no ouvido para ver se não quebrou, porque o orador disse que ia terminar, e não termina. Então, sintetizando a finalização, trago aqui algumas pequenas características da tutela de urgência. A tutela de urgência sempre se consubstancia em provimento liminar. Pode ser liminar cautelar, ou liminar satisfativa. Antigamente havia essa dúvida, mas era uma dúvida apenas terminológica. O provimento é liminar, porque ele é deferido no limiar do processo. Então, provimento liminar, cautelar ou satisfativo. Se o provimento for satisfativo é adiantamento do próprio resultado prático da solução final. Isso tem uma diferença com a tutela cautelar. Porque a incompetência para a tutela cautelar não tem muito problema, porque não está sendo analisada a questão de fundo. É a velha máxima *periculum in mora, incompetentia non attenditur*.

Quando se trata de tutela satisfativa, uma liminar deferida por um juízo absolutamente incompetente é um ato decisório nulo. Uma outra característica interessante é que muitas vezes – e é razoável que assim o seja – os profissionais do Direito concedem ao juízo uma contra-cautela, uma garantia de que repararão os prejuízos da parte que sofrerá os efeitos da tutela de urgência acaso ela seja concedida. É a denominada “medida de contra-cautela”, cujo protótipo é a caução. Aqui, impôs-se hoje, uma observação à luz da cláusula pétrea de

acesso à Justiça em confronto com as demais cláusulas constitucionais que fundamentam a República Federativa do Brasil. Evidentemente, que não se pode condicionar a concessão de uma liminar a uma contra-cautela a quem não tem meios de prestá-la, sob pena de se denegar o acesso à Justiça. E como a liminar é um provimento no início do processo, no limiar do processo, o Superior Tribunal de Justiça adota a teoria da cognição. Por isso é que a sentença consome o provimento liminar e, ainda que aquela liminar esteja sendo objeto de um recurso de agravo e se sobrevier a sentença, esta terá mais valor do que a decisão de um tribunal, ainda que superior como o nosso.

Tivemos um caso que foi necessário desempatar sobre se adotaríamos a teoria da hierarquia ou da cognição, que prevaleceu. Aliás, veio a ser consagrada na Lei n. 12.016, que é a nova lei do mandado de segurança. Por fim, a característica marcante da tutela de urgência é que esta não se compadece com delongas. O Professor Teori Zavascki, na sua obra sobre Antecipação de Tutela, é claríssimo ao afirmar que seria uma *contradictio in terminis* que uma tutela de urgência não fosse efetivada de imediato. E não é por outra razão que no Direito italiano não se fala em execução. Fala-se em *attuazione*. A tutela de urgência se atua, se realiza, é autoexecutável nos mesmos autos e é mandamental.

O juiz não condena, ordena e, nesse particular, à semelhança do que vem ocorrendo de uns tempos para cá, estamos mais aproximados da família do *common law* do que da família do *civil law*. Na família do *civil law*, até pouco tempo, o juiz era um burocrata judicial. Na família do *common law*, o juiz não condena; ordena porque exerce um *imperium judices*. O juiz do *civil law* adotou mais a figura do *judex* romano, que tinha a incumbência de dizer o direito, *Jurisdictio*, ao passo que o juiz do sistema anglo-saxônico adotou um império da justiça através da figura dos pretores.

Então, hoje, o Direito brasileiro, num grande momento, consagra, em primeiro lugar, a mandamentalidade das decisões oriundas da tutela de urgência e, mais ainda, criminaliza como desobediência e atentado à dignidade da jurisdição o descumprimento dessas decisões. Isso está previsto no art. 14, inc. V, parágrafo único, do Código de Processo Civil e, hoje, vem, textualmente, previsto na lei do mandado de segurança.

Quero agradecer a atenção de todos e dizer que a tutela de urgência para os senhores magistrados é um grande desafio, sem dúvida, mas é um desafio no qual o povo encontra como respaldo a nossa responsabilidade social. A tutela de urgência exige coragem, ousadia e é, acima de tudo, uma medida de Justiça. Da coragem falava-nos Eduardo Couture, ao

afirmar que, num país onde os juízes temem, as decisões valem tanto quanto esses homens. Da ousadia, falou-nos Anne Keller, a maior conferencista dos Estados Unidos, uma senhora completamente surda e que foi premiada como a maior conferencista norte-americana. Ao ser indagada: *como a senhora consegue receber um prêmio desse sendo completamente surda?* Dizia ela: *para mim, a vida é uma ousadia ou, então, ela não é nada.*

E, por fim, a tutela de urgência representa aquilo que no senso comum do povo significa justiça. Hans Kelsen trabalhou a sua vida inteira para conseguir apreender o conceito de Justiça. Escreveu sobre o império da justiça, escreveu sobre ilusão da justiça, sobre os sonhos da justiça e morreu lavrando uma obra: *O que é Justiça?* Dizia ele: o importante não é saber o conceito; é não parar de perseverar na busca desse valor, que significa a saciedade da esperança das pessoas que sofrem e daqueles que intentam viver. Muito obrigado pela atenção* .

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA: Meus Senhores, como podemos observar, ninguém neste auditório conseguiu realmente dormir. Observei que todos estavam bastante atentos e algum que estivesse pretendendo ter mais um sossego para cochilar era realmente despertado pela hilaridade da plateia, nos diversos exemplos trazidos pelo nosso eminente Ministro Luiz Fux. Vimos, nesta palestra, um momento de união entre duas coisas que realmente são difíceis de fazê-lo; ou seja, a teoria com a vivência prática. Percebemos que o processo realmente não está para ficar nos Códigos, mas para trazê-lo de perto para os fatos da vida.

E isso demonstrou-nos aqui o nosso Ministro Luiz Fux, com sua especial vivência e também sensibilidade jurídica para compreender as situações humanas e trazer as soluções da Justiça, a fim de buscar o valor maior, que é exatamente procurar realizá-la para todos. Agradeço a todos a oportunidade de presidir este painel; agradecer, em especial, ao eminente Presidente da Suprema Corte Argentina, o Ministro Ricardo Lorenzetti; agradecer aos meus colegas do Superior Tribunal de Justiça; aos meus colegas do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco; aos colegas do Tribunal Regional Federal da 5ª Região; ao Senhor Presidente e ao meu companheiro de bancada, o Desembargador Federal Manoel Erhardt; e a todos que ouviram com tanta atenção esta palestra magnífica, que creio que

* Sem revisão do conferencista.

ficará marcada na memória de todos. Agradeço, portanto, esta oportunidade. Vou passar a palavra, ao encerrar neste momento a minha participação, ao cerimonial para que dê prosseguimento à programação deste dia. Muito obrigado a todos.

OS DESAFIOS DO DIREITO PÚBLICO



O EXMO. SR. MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA

FILHO: Boa tarde a todos, Exmo. Presidente do Egrégio TRF da 5ª Região, Desembargador Luiz Alberto; Exma. Desembargadora Margarida Cantarelli. Saúdo ainda o Desembargador Manoel Erhardt, Desembargador Paulo Gadelha, Desembargador Marcelo Navarro, eminentes Ministros do Egrégio STJ, Ministro Francisco Falcão, Ministro Teori

Zavascki, Ministro Herman Benjamin e Ministro Sidnei Beneti. Antes de iniciar, indago ao cerimonial se poderia convidar para co-presidir esta solenidade o Ministro Herman Benjamin, porque, além de ser queridíssimo colega do STJ, é meu primo. Cumpro com muito prazer, com muita alegria a honrosa e fácil função ou encargo que me atribuiu o caríssimo Ministro Francisco Falcão de apresentar a este auditório, que já o conhece, o Professor Ricardo Luis Lorenzetti, eminente Presidente da Corte Suprema de Justiça da Argentina.

A Argentina, como todos sabemos, é ligada ao Brasil por fraternais laços de amizade e laços culturais também, e seguimos a nossa história comum com um paralelismo bastante pronunciado, exceto, naturalmente, nas atividades do futebol, onde a supremacia do Brasil é inquestionavelmente afirmada, bastando lembrar, somente para ilustração, a Copa América de 2004, em que o Brasil ganhou por quatro a dois, e a última Copa América de 2007, em que o Brasil ganhou por três a zero.

Feito o registro, Professor, gostaria de assinalar, como disse ainda há pouco, esses laços muito fortes que unem a cultura brasileira e a cultura argentina; e nisso, no mundo jurídico, desde já, há algum tempo. Poderia recordar, apenas para indicar um nome famoso da Argentina, o Professor Hector Villegas, que não sei se ainda vive, o Professor Agostino Covillo e o Professor Raúl Zaffaroni. São bastante conhecidos da nossa literatura jurídica, são autores muito citados, muito referidos e muito estimados aqui no Brasil. Do outro lado, os autores brasileiros são também muito acolhidos e acatados na Argentina, como a Professora Ada Pellegrini, o meu primo Herman Benjamin, o Professor Cândido

Dinamarco, o Professor Barbosa Moreira e o nosso estimadíssimo amigo Professor Ministro Teori Albino Zavascki; tudo isso nos aproxima, nada nos separa.

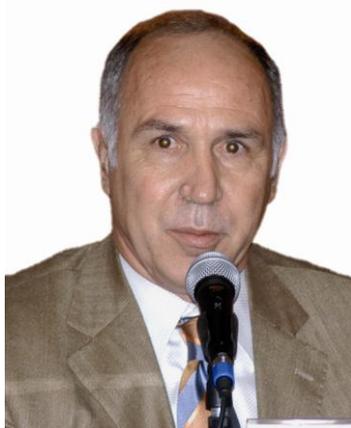
O Professor Ricardo Luis Lorenzetti, como todos sabemos, é ministro da Corte Suprema da Argentina e portador de um currículo acadêmico invejável, sobretudo, levando-se em conta a sua juventude. Portanto, um Professor precoce no reconhecimento internacional e não apenas sul-americano. Aproveito para saudar os magistrados estaduais na figura heráldica do querido e prezadíssimo Jones Figueiredo, que ali está cofiando o seu respeitável bigode, com uma classe que nos faz invejar.

O Professor Lorenzetti – Professor, permita-me que assinale sobremaneira a sua condição de Professor, porque é aquela que mais de perto nos toca e nos aproxima também – pois bem, o Professor Lorenzetti sucedeu o Professor Jorge Guido na Universidade de Santa Fé, esse Professor Jorge é igualmente afamado, tanto quanto ele. O Professor Lorenzetti é nosso conhecido já de longa data. Tenho, por exemplo, por coincidência trouxe e pedi para ele autografar e ele o fez, o livro *Fundamentos de Direito Privado*, um livro já antigo, mas que me serviu, sobremaneira, para muitas reflexões e para muitas lições, quando eu era professor e também como magistrado.

O outro livro de sua autoria, que recebi de presente do meu primo – e, embora esteja a ele dedicado pelo Professor, ele disse que devo devolvê-lo e vai conseguir um para mim; não acredito que ele consiga, por isso, fico logo com esse. Então, se ele tem facilidade de conseguir outro, consiga para si mesmo; esse fica para mim, é *Justiça Coletiva*. Tema da mais absoluta dramaticidade atual e de uma importância que nem precisa ser assinalada por nós outros, que diariamente lidamos com os problemas das ações coletivas, da necessidade de tutelas coletivas, urgentes, imediatas. Aquelas tutelas antecipadas, que o eminente Min. Luiz Fux acabou de falar aqui. O outro livro do Professor é a *Teoria da Decisão Judicial*, que somente agora adquiri, em português, um livro de excelente feição, de extraordinária antecipação e teorização a respeito desse assunto importantíssimo, que é a decisão judicial. Mas, nesse livro aqui, *Fundamentos do Direito Privado* – Professor, permita-me destacá-lo dos demais – a meu ver, é aquele onde há a maior ebulição e a maior efervescência de suas ideias, que me parece que se desenvolvem em três caminhos diferentes, que eu anotei. O primeiro é essa chamada crise do sistema do direito privado e dos seus métodos de pesquisa e aplicação, diante da avassaladora avalanche ou do avanço brutal do direito público, que contamina a todos nós e praticamente faz recuar as proposições ou as teorias do direito

privado. Um outro caminho é a função social do direito privado, que é vista como algo de menor relevo e ainda, a partir das constituições modernas, o crescimento vertiginoso do direito público.

Pois bem, estamos aqui ansiosos e atentos à exposição que nos vai fazer o Professor Lorenzetti. Se tiver me excedido na apresentação, peço desculpas, mas isso é por causa do entusiasmo que me dá a admiração que tenho pelo Professor Ricardo Luis Lorenzetti, a quem transfiro agora a palavra.



O EXMO. PROFESSOR RICARDO LUIS LORENZETTI:

Vou tentar falar em “portunhol” para facilitar a compreensão de vocês. É uma grande honra participar deste Seminário em homenagem ao Ministro Baleeiro. Também é uma grande honra compartilhar estes momentos com os juristas brasileiros, muitos deles grandes amigos, bem conhecidos também na Argentina. É um prazer também compartilhar alguns momentos com meus

queridos parceiros de longa data, como: Herman Benjamin, Teori Zavascki, com quem trabalhamos juntos por uma ideia distinta do direito. É um prazer trabalhar juntos na área latino-americana, com a ideia de um direito latino-americano, com uma perspectiva cultural comum. Para mim é um prazer estar aqui no Recife, tenho a honra de conhecer quase todos os Estados do Brasil. E é um país que amo profundamente, há muitos anos.

Eu me lembro de que a primeira palestra que proferi aqui no Brasil foi em Porto Alegre, e o querido Professor Clóvis do Couto e Silva, quando me apresentou ao público – eu era muito jovem, não tinha trinta anos –, precisou fazer uma aclaração dizendo: *Lorenzetti, não é Lorenzetti dos chuveiros*. E isso se repetiu durante muitos anos, em cada palestra que proferia aqui no Brasil, era necessário fazer esse esclarecimento.

Vou fazer um convite a todos vocês para sair da área da certeza da dogmática jurídica, para fazer uma viagem pelas incertezas da Teoria Legal e, também, da Filosofia do Direito, porque, se queremos falar e analisar os desafios do Direito Público, as únicas ferramentas analíticas de que dispomos são a Teoria Legal, no sentido técnico da mesma, e a Filosofia do Direito. A ideia é apresentar, ante todos vocês, as principais evoluções e desafios que tem agora, na minha perspectiva, o Direito Público.

Vou começar com uns comentários sobre algumas decisões da Corte Suprema da Argentina em matéria tributária. O primeiro caso que eu gostaria de comentar é um acórdão da Corte Suprema da Justiça da Argentina do ano 2009. Vocês sabem que, na Argentina, tivemos um período de inflação. Após esse período, o Congresso editou uma lei que proibia todo tipo de atualização monetária, em todos os campos. Isso permitiu a estabilidade econômica, mas a inflação continuou. E algumas empresas se apresentaram aos tribunais, dizendo que a impossibilidade de atualizar, de reavaliar seus balanços conforme a economia real, produzia uma afetação ao direito da propriedade. A Corte Suprema de Justiça, no ano passado, considerou que não é função do Tribunal o julgamento das políticas macroeconômicas e, dentro delas, as políticas tributárias do Estado pertinentes à proteção do direito da propriedade; no caso terminou decidindo o Tribunal que havia prova suficiente para acreditar que existia confiscatoriedade, porque existia uma alteração concreta do direito da propriedade e declarou a inconstitucionalidade da proibição dos ajustes dos balanços das empresas.

Em um outro caso, também do ano passado, a Corte declarou a vigência do princípio da estabilidade fiscal, no campo das inversões mineiras. O que aconteceu aqui é que houve uma primeira lei que declarou a estabilidade fiscal e uma segunda lei que estabeleceu a igualação das empresas do setor mineiro com outras atividades. A Corte Suprema protegeu aqui a estabilidade fiscal, declarou a inconstitucionalidade da segunda lei e estabeleceu que o direito de propriedade tem novamente âmbito constitucional.

Num terceiro caso, também na área da matéria tributária, um município local aplicou uma taxa geral às empresas, sem que existisse uma prestação efetiva de um serviço. A Corte Suprema declarou também aqui a inconstitucionalidade dessa medida, porque é uma espécie de tributo encoberto. Se não há uma prestação efetiva de um serviço, não há uma taxa. Neste caso, declarou também a inconstitucionalidade da lei que permitiu a esse município estabelecer uma taxa geral. Estes casos mostram a primeira questão que desejo tratar. Nos últimos cinquenta anos, os conflitos principais do Direito Público foram conflitos entre o Estado, por um lado, e os particulares ou indivíduos, por outro.

Daqui para frente, nos próximos cinquenta anos, o problema, o desafio que temos que visualizar é que esta ideia dos direitos fundamentais – direito de propriedade, direito de

liberdade – tem sua base em um “metavalor”, que é a liberdade e a igualdade do indivíduo. Isto está bem, isto foi a evolução teórica que tivemos nos últimos cinquenta anos. Estamos agora em um momento de esplendor dos direitos fundamentais no campo jurídico.

O que aconteceu foi uma mudança do centro de gravidade do Estado para o indivíduo. E agora assistimos a um cenário onde o centro de gravidade é o indivíduo, com seus direitos fundamentais protegidos contra o Estado e também contra outros poderes da economia e da sociedade. O problema dos próximos anos é que o individualismo excessivo, o individualismo esquizofrênico pode dividir as esferas do público e do privado. Achamos que o indivíduo isolado não é bom para nossas sociedades; temos que trabalhar com a ideia de um indivíduo situado, um indivíduo que vive na sociedade. Então, temos que trabalhar sobre o conceito de individualismo excessivo ou esquizofrênico, que produz uma quebra grave entre o público e o privado. Na maioria das sociedades atuais, seus sistemas jurídicos estão por esta via da divisão do público e do privado; pela preeminência dos direitos fundamentais e uma falta de conexão entre uma esfera e a outra.

Penso que o primeiro desafio que devemos analisar no campo do Direito Público é o de restaurar a continuidade entre a perspectiva pessoal e a perspectiva pública. Esta ponte que temos de reconstruir implica uma mudança também de metodologia jurídica. Penso que devemos estabelecer um método consequencialista, isto é, examinar as consequências econômico-sociais das decisões jurídicas na proteção dos direitos fundamentais individuais. Por exemplo, na Corte Suprema atual, promovemos agora a criação de uma área técnica específica em que os juízes podem consultar, nos casos específicos, sobre as consequências econômico-sociais de uma decisão que devem adotar no Tribunal. Isso é bem importante.

Penso que um dos grandes desafios do juiz atual, nesta tipologia de conflitos, é a restauração da harmonia, porque não é possível pensar na preeminência do Estado somente, como fazíamos no século XX, mas também não é possível pensar na primazia do indivíduo isolado, como fazemos agora em muitas sociedades que assistem a uma desarticulação do público. Então, temos que trabalhar sobre uma harmonia das esferas, e essa harmonia das esferas exige dos juristas a utilização do método consequencialista, a análise precisa, analítica, quantitativa, em alguns casos, das consequências econômico-sociais das decisões jurídicas, para examinar como vai incidir uma decisão no cenário social, no cenário público.

Considero esta uma das questões mais difíceis que temos agora no campo jurídico, especificamente no campo da teoria da decisão judiciária.

Um segundo desafio que acho importante, é o de que temos uma identificação muito clara, historicamente fundada entre a ideia de Direito Público, Estado, domínio público, função pública, isto é, que existe no transfundo a ideia do Direito Público a ideia de propriedade ou dominialidade pública, principalmente no campo dos Estados nacionais. Esta é uma ideia que surgiu no século XIX, principalmente. Nós trabalhamos com a ideia do Direito Público, Estado, bens públicos que pertencem ao Estado, sempre é o Estado nacional.

O desafio atual diz respeito a possuímos muitos bens que não pertencem ao Estado, não estão claramente identificados com o domínio público e muitos deles são transnacionais; têm interesse estadual, interessam ao Estado, interessam ao Direito Público, mas são bens coletivos. Então, devemos trabalhar no campo da teoria legal, na distinção entre bens públicos e bens coletivos, que têm particularidades.

Acho que um novo desafio que temos daqui para frente é o desenvolvimento dos bens coletivos e a identificação de suas principais características. Penso que, numa rápida enumeração, a primeira característica é a indivisibilidade dos beneficiários; eles têm uma singularidade que Herman Benjamin assinalou há muitos anos: o bem não é divisível entre os que o utilizam. Esse caráter não distributivo impede a concessão de direitos subjetivos. Estes pressupõem que a titularidade se exerce sobre uma porção identificável ou claramente delimitada, o que não é possível com os bens coletivos. Uma segunda característica é o uso comum sustentável. O bem pode ser usado por todos os cidadãos, o que faz com que sobre ele seja aplicável o problema da tragédia dos bens comuns. Todos usamos os bens coletivos, mas ninguém se preocupa com a sua conservação, nem sequer o Estado. Por isso não existe uma clara identificação, em todos os casos, entre bem coletivo e bem público. Os bens coletivos também têm muitas outras particularidades: a não exclusão de seus beneficiários, são abertos a todos. Isso é o fundamento da legitimação para agir, para a proteção dos bens coletivos. Qualquer pessoa pode exercer a legitimação processual e substantiva para a proteção dos bens coletivos. Tais bens também têm uma precedência da tutela preventiva, bem diferente dos outros bens, inclusive dos públicos. Em muitos casos, o Estado pode fazer transações sobre os bens públicos, mas sobre os bens coletivos não é possível. Os bens

coletivos não se encontram somente na esfera pública, são bens da esfera social. A esfera social é uma área que agora temos que desenvolver, pesquisar, porque a esfera social permite um novo conceito da participação social na defesa e proteção dos bens coletivos.

Obviamente podemos imaginar que o meio ambiente é um bem coletivo, mas também temos outros que, em alguns ordenamentos jurídicos, estão tipificados, e em outros não, sendo bens coletivos atípicos. Podemos mencionar a concorrência como o funcionamento do mercado, isto é um bem coletivo. Em alguns ordenamentos, como na Argentina, qualquer pessoa pode atuar com base na proteção do mercado. Nos Estados Unidos também existe esse tipo de ação, e a temos, agora, na União Europeia. A probidade administrativa é outro bem coletivo que permite a participação social; a saúde pública, um sistema como bem geral; a informação pública, e todas as leis que atualmente muitos países têm sobre o acesso à informação pública, que é um bem coletivo, ao qual qualquer pessoa pode ter acesso.

Outro desafio nesta temática é o da especificidade dos bens coletivos, que possuem características e modos próprios em que o Direito pode proteger esses bens. Insisto em que, por essas características, não há uma identificação total entre o bem coletivo e os bens públicos, mas também porque muitos bens coletivos são transnacionais. Atualmente, nesta Era da Globalização Econômica e Social, muitos bens coletivos são transnacionais. Por isso, não é possível identificar o bem coletivo com o Estado nacional. Por exemplo, o caso da concorrência e do meio ambiente são transnacionais, e muitos supostos que têm os tribunais agora para decidir são questões transnacionais, não é possível uma identificação exata com o Estado nacional.

O terceiro desafio que gostaria de apresentar é a ideia do Direito Público Clássico, como todos vocês o estudaram nas faculdades, *versus* os limites do paradigma ambiental. Isso é a maior mudança no campo do Direito atual. Todos sabem que, atualmente no mundo, talvez a área de maior produção normativa transnacional seja o Direito Ambiental. Temos convenções internacionais que obrigam aos Estados, além das convenções interestaduais de cada país e normas precisas no âmbito constitucional. Isso é uma mudança extraordinária no modo de apreciar o Direito em geral, especificamente no campo do Direito Público. Acho que o paradigma ambiental está influenciando de modo decisivo e temos aqui, um dos grandes

desafios do Direito Público. O paradigma ambiental é um princípio organizativo do modo de interpretar e de produzir o Direito.

Temos agora muitas ideias baseadas no paradigma ambiental, principalmente a ideia de que a natureza é um recurso escasso, e, como tal, estabelece um limite às decisões jurídicas, um limite às decisões econômicas e também às decisões sociais. Por isso que o paradigma ambiental atua de modo inverso a outros valores e paradigmas. A liberdade parte do individual ao geral. A igualdade, a mesma coisa, recorrendo o itinerário hermenêutico, interpretativo. No campo do paradigma ambiental é o inverso, parte do geral até o particular, e é o limite. Por isso que agora estamos falando de função social e função ambiental da propriedade.

No Direito brasileiro, isso é bem conhecido. É um limite ao direito de propriedade. Falamos também de uma função ambiental dos contratos, em um limite ao direito de contratar. Falamos do consumo sustentável e do desenvolvimento sustentável, que são limites às atividades empresariais. O que acontece com o Estado, com o Direito Público, em que também temos um limite muito importante? Porque, tradicionalmente, quando o Direito Ambiental começou a crescer, muitos falavam de que o direito ambiental teria seu campo de aplicação somente no Direito Privado, mas no campo do público eram princípios gerais de diretrizes políticas. Mas isto também está mudando, porque o interesse público, no campo do Direito Público, agora tem um limite claramente fixado pela normativa ambiental.

O paradigma ambiental também é um limite jurídico às políticas públicas. Vou apresentar dois exemplos. O que acontece agora com a produção normativa, no campo do aquecimento global, é um limite às políticas públicas em todos os Estados. Todos os Estados nacionais, agora, estão adotando decisões de políticas públicas, porque já não têm uma discricionariedade absoluta, porque o paradigma ambiental é um limite transnacional às decisões públicas nacionais. O outro exemplo é o princípio da precaução, que quase todos os ordenamentos têm. O princípio da precaução diz que, em caso de perigo de dano grave ou irreversível, a ausência de informação, a incerteza científica não deverão ser utilizadas como razões para postergar a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação do meio ambiente.

Isso não é somente um guia político, senão também, como dizem as diretivas éticas da UCN, é uma diretiva aos funcionários públicos, que têm de adotar decisões, agora, frente a uma situação de perigo. Não podem já ser reativos, como eram há alguns anos: *frente ao perigo, vamos saber o que acontece, vamos reagir, atuar frente ao perigo*. Agora, têm de ser proativos, prever. Isto é uma mudança muito importante nas políticas públicas, porque muda o modo como os Estados estão ditando normas jurídicas em todos os campos. Qualquer campo das políticas públicas, agora, sofre influência do paradigma ambiental, o que é um desafio cada vez maior, porque sobretudo as decisões no campo transnacional são cada vez mais fortes. São graduais, mas são cada vez mais gerais, influenciando nas políticas públicas e no campo, também, do Direito Público nacional.

Penso que este é outro desafio que temos de levar em conta quando criamos o Direito Público atual, os limites das políticas públicas e do Direito Público, porque temos, também aqui, uma mudança do centro de gravidade. Não é somente o interesse público identificado com o Estado. O interesse público identificado com o desenvolvimento tem um limite preciso que está baseado nos ordenamentos transnacionais e nacionais, e é principalmente uma realidade de nosso universo atual.

Finalmente, gostaria de falar sobre outra questão bem discutida no campo do estatuto do poder constitucional, que acho que também é uma mudança muito importante e um desafio dos anos que virão. Com finalidades didáticas, podemos distinguir entre uma concepção ascendente e uma concepção descendente do Direito, do estatuto do poder. O modelo descendente aceita que uma autoridade central pode impor a toda a comunidade um determinado corpo de valores ou de concepções da vida que descendem de uma autoridade superior e que devem ser aceitas por todos os cidadãos. A origem dessa ideia descendente é antiga. Podemos listar uma série de modelos de autoridades fortes unidas a concepções fechadas. O rei, o vice-rei, os senhores feudais, os caudilhos, os presidentes, que se consideram supremos, tudo isso está na nossa história, na nossa cultura. É característico disso um único projeto filosófico, político e moral que, para ser imposto, requer instituições centralizadas. Isso até provoca uma certa instabilidade institucional muito típica na América Latina, dez anos num sentido, dez anos no outro sentido. As suposições não são simultâneas, são sucessivas. Na América Latina é mais do que evidente. O modelo concentrado – descendente – considera que o mundo está povoado de setores que lutam de

modo irreduzível, e a única saída é dominar ou ser dominado. E isso produz um antagonismo constante, uma sociedade de opositores permanentes. E a solução do problema surge quando um deles domina o outro.

É de interesse geral a ideia clássica do Direito Público, de coincidir com as ideias de quem está exercendo o poder. Um dos problemas identificados nos sistemas atuais é o surgimento de uma burocracia política e administrativa, que se torna autossuficiente e que pode chegar a isolar-se dos interesses dos indivíduos, porque só presta atenção a uma ideia centralizada do interesse público. O que acontece agora? Isso está completamente em crise no mundo atual, porque temos sociedades complexas, multiculturais. Temos muitas ideias diferentes da vida, muitos projetos de vida numa sociedade só. E não é possível sustentar esta identificação tão forte entre o interesse público, o bem público é uma ideia precisa e única, excludente de projetos de vida, de ideologia, se se quiser utilizar este termo.

O modelo ascendente parte de uma situação contrária, já que a lei e as decisões de interesse público partem de um acordo básico entre os cidadãos que decidem viver em sociedade – uma ideia basicamente contratualista – e ascendem aos órgãos que exercem a autoridade e que são apenas os delegados. As diferenças entre um modelo e outro são nítidas. Os dados históricos são contundentes e bem conhecidos. Mas agora isso nos interessa como uma ideia regulativa e não como um dado histórico. Pode funcionar agora o estatuto constitucional do poder com base em uma ideia ascendente, mas própria de sociedades multiculturais, complexas, que precisam sempre de acordos permanentes, e esses acordos permanentes ascendem obrigando a seus governantes, essa ideia é o desafio do futuro.

Acho que o modelo ascendente permite examinar as decisões conforme um padrão de racionalidade, já que imagina uma situação ideal de diálogo de natureza contra-fática, ou seja, serve para comparar o modelo com os atos fáticos, com os fatos. Isso pressupõe uma situação de diálogo consensual do funcionamento democrático, em que as concessões não surgem de uma autoridade central, mas sim de uma descentralização decisória. Com base em um modelo ascendente, podemos pensar que todas as decisões sobre os fundamentos da democracia, ainda as de justiça concreta, podem ser analisadas conforme sejam aceitas pelos cidadãos, conforme um modelo de acordo hipotético. As regras desse modelo de diálogo em

busca do consenso devem ser fixadas conforme uma situação ideal igualitária. Isso é um modelo de democracia deliberativa bem conhecido.

Acho que devemos pensar o rol do Judiciário atual. Se vocês prestarem atenção a nossa sociedade, todas as decisões dos governantes são submetidas ao Poder Judiciário. Frente a qualquer decisão de um governante, seja de um prefeito, seja de um presidente, em qualquer país do mundo ocidental, principalmente onde funcionam os Poderes Judiciários fortes, os cidadãos atuais recorrem e apresentam petições de todo tipo aos Poderes Judiciários. Isso é um reflexo da crise do estatuto tradicional do poder constitucional, porque a ideia descendente não é atualmente de aplicação efetiva nas sociedades multiculturais. O que acontece quando há uma decisão desse tipo em que os cidadãos de alguma maneira recorrem ao Judiciário? E o que faz o juiz? Faz um processo que tem características policêntricas, uma sorte de consulta, uma sorte de comparação da decisão em questão com o modelo consensual.

Isso é o que está acontecendo atualmente e é um dos desafios mais fortes e mais difíceis que temos no campo do Poder Judiciário, porque estamos perante uma decisão que o juiz tem que tomar, mas ele não tem as ferramentas para tomar semelhantes decisões. Isso é uma consequência da crise do projeto clássico do estatuto do poder e do Direito Público no sentido clássico. Conforme esta concepção atual, podemos mencionar algumas características.

A primeira é a descentralização das decisões. Quanto mais se concentra o poder, mais difícil é o seu controle e a tendência a sua difusão. Atualmente vemos como existem muitas multiplicações de centros de decisão no campo do Direito Público. Os cidadãos participam das eleições para eleger seus representantes de governo, mas após, as decisões importantes dependem de uma multiplicidade de organismos técnicos que ninguém elegeu. A diversificação dos centros de decisão torna necessários, imprescindíveis, o controle público e o controle dos cidadãos, o controle social. Por isso que vemos agora uma participação da sociedade civil muito forte no controle das decisões públicas. Isso é feito perante o Judiciário. Por isso que temos agora um Judiciário muito ativista em todo o mundo.

Os juízes do século XIX e XX tinham anteriormente processos de famílias e sucessórios. Mas, agora, vemos que o Judiciário tem que decidir problemas muito complexos. Pensem na

Corte Suprema dos Estados Unidos, que decidiu quem era o Presidente. Isso é muito importante. Também o problema dos casamentos dos homossexuais. O que, em outros tempos, eram decisões descendentes de uma autoridade que dizia *Isto é um projeto de vida e não havia nenhuma outra discussão* agora é um problema judicial. Devemos compreender que o juiz atual, quando tem esse tipo de caso, deve fazer uma análise comparando a decisão com uma situação de racionalidade. O que seria o racional se todos os cidadãos, com interesses diferentes, tivessem de adotar essa decisão? Por isso penso que a ideia do modelo ascendente ou democracia deliberativa é um modelo que vai ser utilizado pelos magistrados do futuro.

E, finalmente, para encerrar, penso sempre que devemos falar do problema ético, e sempre me parece que, no campo dos bens públicos, o exemplo de Ibsen é o mais claro que conheço. Ibsen escreveu *O inimigo do povo* para explicar a situação que teve lugar num povoado em que havia um médico que era um herói, porque curava as doenças de todas as pessoas do local. Era um doutor respeitado por todos, mas um dia descobriu que as águas dos rios e do mar estavam poluídas. E, em consequência, ele aconselhou que fechassem o balneário. O povo todo vivia do balneário. Então, começaram a reagir: o prefeito, os empresários, os trabalhadores também, porque eles viram que perderiam o trabalho, que teriam perdas econômicas. Gerou-se um conflito entre a comunidade, os interesses coletivos e os interesses individuais de cada um. E Ibsen, ao final da obra, diz que o doutor fez uma reflexão dizendo: *Ao princípio, o que encontrei poluídas foram as águas, mas, ao final, o que encontrei poluídas foram as bases morais da sociedade.*

Acho que este é o principal desafio ético do futuro: reconstruir uma cultura com bases morais diferentes da que temos agora. Nada mais. Muito obrigado.

O EXMO. SR. MINISTRO NAPOLEÃO MAIA FILHO: Passo agora a palavra para o co-presidente da sessão para fazer as observações e os encaminhamentos necessários. Ministro Herman Benjamin tem a palavra.

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Não sei se o processo ou o expulso da família. Quero parabenizar, mais uma vez os organizadores, e especialmente o Ministro Francisco Falcão e o Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, pela ideia de

encerrar este ciclo de conferências com uma aula do Professor Ricardo Lorenzetti. Acredito que o meu primo ministro já o disse, ao apresentar o nosso convidado, que ele é, sem dúvida, o maior teórico da Teoria Geral do Direito, hoje, na América Latina e reconhecido em todo o mundo.

E, como temos à mesa uma professora de renome de Direitos Humanos, a Professora Margarida Cantarelli, ex-presidente desta Casa, estou convencido de que não apenas nós, professores, aprendemos, mas também todos que estão aqui participando deste evento. E me impôs o meu primo que tentasse resumir aquilo que foi dito pelo Professor Lorenzetti. Mas claro que as incumbências que o meu primo ministro me passa sempre vêm como uma espécie de contrato por adesão. Cláusulas que tenho de ler, por exemplo: *diga ao eminente Professor que, após assistir a sua palestra, tenho certeza que ele não precisa explicar que não é parente do fabricante de chuveiros, mas, de toda a sorte, ele é um verdadeiro produtor de chuva de conhecimento jurídico, porque o que nós tivemos aqui foi uma enxurrada, uma enchente de preciosas informações.* Segunda cláusula do contrato por adesão: diga ao Professor que observei que ele não fala portunhol, mas português castiço; então, isto, evidentemente, é a realidade.

Agora, apenas para encerrarmos, os pontos que, a meu juízo, realmente sintetizam essa densa apresentação do Professor Lorenzetti. Primeiro, o desafio que deixou para todos nós, juízes; e vejo tantos aqui: colegas meus de tribunal e também juízes de primeira instância. No mundo inteiro, discute-se hoje o consequencialismo judicial, menos no Brasil. Aqui, não nos passa pela cabeça a ideia de que, se tenho cinco possibilidades de construção de uma decisão judicial correta, paira sobre mim o dever de escolher aquela que é socialmente mais justa. Este crivo nós ainda não temos. Então, fica o desafio ao nosso Ministro Francisco Falcão, que é este vulcão de iniciativas, para que possamos discutir e buscar os elementos do velho realismo jurídico para o campo da decisão judicial.

Segundo: Direito Público – Direito Privado, esta divisão, pomposamente chamada de *summa divisio*, é boa para separar juízes num tribunal, mas é uma abstração; isso disse aqui o Professor Lorenzetti. O Direito Privado é cada vez mais Público, mas também o Público, inclusive o Penal, é cada vez mais Privado. Estão aí instrumentos, como a transação penal, que seriam impensáveis numa sistemática de separação rígida entre o Direito Público e o Direito Privado.

Terceiro, e acho que aqui é um dos corações da intervenção do Professor Lorenzetti, ele nos convidou a repensar a dominialidade, vale dizer, a teoria dos bens. E acredito que isto é um outro aspecto que nós, juízes brasileiros, não fizemos o nosso dever de casa ainda. Olhamos a relação jurídica, essa construção da pandetística, sempre pelo aspecto subjetivo. Antes, era o aspecto subjetivo do sujeito poderoso, e o papel do juiz era proteger a autonomia, a vontade e o proprietário, e da lei também. Depois, mais modernamente, passamos para o outro lado do polo da relação jurídica, e aí é o sujeito vulnerável. E o objeto, os bens, essas novas categorias que o Professor Lorenzetti trouxe, como a proibidade administrativa? Que bem extraordinário é esse que é do indivíduo, não é do Estado e é de todos nós, inclusive das gerações futuras?

Finalmente, ele trouxe a questão, ao falar da judicialização das políticas públicas, dos modelos descendentes e ascendentes de formulação dessas políticas públicas, a ideia da esfera social. Ao lado da esfera estatal, da esfera individual ou privatística, da esfera social. E aqui, deixo também como reflexão para todos nós, provocado por ele, o que é essa esfera social para nós juízes? A resposta mais fácil seria dizer: isto é no âmbito do processo. Mas seria apenas no âmbito do processo? E concluo, meu co-presidente, com um exemplo do Superior Tribunal de Justiça.

Todos sabem que hoje o Superior Tribunal de Justiça está, não é começando, não é a meio termo, é finalizando a maior revolução na organização da tramitação de processos, desde a invenção da agulha de costurar processos, que é a digitalização. Uma obra gigante. Essa obra poderia ser feita com um contrato de terceirização, ou com funcionários próprios, que seria correto, o produto final seria o mesmo: todos os processos do Superior Tribunal de Justiça digitalizados. O que fez o Presidente Cesar Asfor? Disse: *Não, não serão os funcionários. Segundo: Não contratarei uma empresa terceirizada que venha com seus digitadores e pessoas que sabem manipular scanners poderosos.* Contratou quase duzentos surdos-mudos. O que é isso? É esta visão da esfera social trazida ao Tribunal de uma forma grandiosa, que não é no processo, no caso individual, mas, ao mesmo tempo, serve à sociedade até como modelo de inclusão de categorias de brasileiros que nunca tiveram oportunidade de ter um emprego. Isso para mim é levar a esfera social e a responsabilidade social do juiz às últimas consequências no processo, mas também na administração da Justiça.

Fiquei encantado, Professor Lorenzetti, com a sua intervenção e gostaria de pedir a minha Professora, a Professora de todos nós, Margarida Cantarelli, que fizesse os comentários de encerramento desta tarde magnífica. Agora, permitam-me, ao passar a palavra à Professora Margarida Cantarelli, dizer que o meu primo, Ministro Napoleão Maia, é considerado, na família uma espécie de *L'Enfant terrible*. *L'Enfant terrible* porque constrange todos nós de uma forma carinhosa e afetiva, mas *L'Enfant terrible*, porque herdou de uma parcela dos Maias aquilo que não tenho. Ele é poeta; é o único ministro poeta do Superior Tribunal de Justiça, com livros publicados. Confesso uma certa inveja, porque esta característica eu não tenho.

É jurista de escol, tem um livro magnífico sobre princípios, que todos nós aqui conhecemos, e, como primo, posso dizer que estou aqui constrangido de eu, que sempre fui contra o nepotismo, ser obrigado a, de público, dizer a verdade. Mas, como dizer a verdade não é ser nepotista ou nepótico, sinto-me menos constrangido de fazê-lo aqui na sua frente.

Agradeço muito. Evidentemente, passarei um mês sem falar com ele. Agradeço ao Ministro Francisco Falcão pela ideia extraordinária e transmito a palavra à Professora Margarida Cantarelli.

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Obrigada pela atenção, Ministro. Quero avisar que o Professor Francisco Rezek chegou e dizer, apenas, para concluir que, com essas reflexões, vamos transformar a *summa divisio* na *summa união*. É isso que todos nós buscamos. Muito obrigada.

ALIOMAR BALEEIRO E O STF



O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO):

Senhor Ministro Francisco Falcão, Corregedor-Geral da Justiça Federal, Diretor do Centro de Estudos Judiciários, em nome de quem saúdo todos os ilustres Ministros do egrégio Superior Tribunal de Justiça; excelentíssimo Senhor Ministro Ricardo Lorenzetti, Presidente da Suprema Corte Argentina, que muito nos honra com sua presença na nossa casa; excelentíssimo Senhor Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, aqui representando aquela casa, Dr. Jovaldo Nunes; o nosso brilhante conferencista, Ministro Francisco Rezek, cuja presença aqui nesta Casa também muito nos honra. Na verdade, em minha fala inicial, vou seguir um conselho que o Ministro Falcão me deu antes de iniciar a sessão: *Diante de um grande orador, não fale muito*. Então, diante do nosso notável orador, que é o Ministro Rezek, realmente não posso me alongar. No entanto, não posso deixar de fazer aqui brevíssimas considerações.

A primeira delas, no sentido de que o Ministro Rezek é uma personalidade, um jurista, que Minas cedeu ao Brasil e o Brasil emprestou ao mundo, porque, na verdade, o tempo em que ele esteve fora do nosso país foi por empréstimo. Mas, por felicidade, após os nove anos do período do seu mandato na Corte Internacional de Justiça, em Haia, ele para cá retornou e está nos abrilhantando com suas palestras, com suas conferências, com seus pareceres, com as suas sempre lúcidas opiniões. Inclusive convido a todos para que depois façam um passeio pelo currículo do Ministro Rezek.

Quem tiver curiosidade, entre no site do Supremo Tribunal Federal e terá oportunidade de ver que o currículo, para aquele profissional do Direito, para aquele que gosta do Direito, é o que nós chamamos de um verdadeiro passeio, porque, iniciando sua graduação em Minas, já teve oportunidade, naquela época, de fazer estudos em Harvard, depois fez estudos em Paris, depois fez estudos em Oxford, fez sua carreira brilhante no Ministério Público Federal, chegando a Subprocurador-Geral da República.

Muito jovem, aos trinta e nove anos de idade, chegou ao Supremo Tribunal Federal, depois foi Ministro das Relações Exteriores e, creio eu que, num caso inédito ainda hoje, volta mais uma vez à Corte Suprema – depois de brilhar no nosso Ministério das Relações Exteriores –, para dali sair para um mandato, para um período de nove anos na Corte Internacional de Justiça, em Haia. Ali, como já disse, ele ficou por empréstimo e hoje está de volta a nossa nação.

Então o Ministro Rezek é um jurista que certamente muitos dos meus colegas magistrados – aqui presentes – tiveram oportunidade de estudar, na época dos concursos de juiz federal, como eu tive oportunidade de fazer, pela sua brilhante obra, dentre muitas outras, que é exatamente sobre o Direito Internacional Público. É esse o grande jurista que irá falar sobre o Ministro Aliomar Baleeiro, que dá nome a esse seminário, e a sua importante presença no Supremo Tribunal Federal. É para ele que peço uma salva de palmas.



O MINISTRO FRANCISCO REZEK: Senhor Desembargador Presidente Luiz Alberto Gurgel, senhor Presidente da Corte Suprema Argentina, senhores Desembargadores desta Casa, eminentes Ministros do Superior Tribunal de Justiça, senhor Presidente do Tribunal de Justiça de Pernambuco, eminente Ministro Luiz Rafael Mayer, caros amigos.

Gostaria que a fala de hoje fosse, antes de qualquer outra coisa, a produção, no espírito dos mais jovens — dos que não só não o conheceram, mas não viveram num Brasil marcado em tempo real pela palavra, pelo espírito, pela consciência de Aliomar Baleeiro — da imagem de um dos brasileiros mais notáveis do século XX.

Na sessão de 5 de maio de 1975, quando ele, havendo completado 70 anos e deixado a Casa, foi objeto de homenagens no plenário do Supremo Tribunal Federal, leu-se, como era da tradição, sua carta de adeus. Essa carta é dirigida ao então presidente, Ministro Djaci Falcão. Termina com um proverbial *Deus guarde Vossa Excelência*. Em certo momento do texto Baleeiro revela que sente profunda inveja daqueles que atravessarão o século e entrarão nos anos 2000, nos anos do século XXI, e que a partir daí poderão ter a visão retrospectiva do passado e fazer uma análise isenta, completa, enriquecedora do que foi, com todas as suas penas, com todos os seus desastres, mas também com seu brilho e sua fecundidade criativa, o século XX. A propósito daqueles que chegariam ao século XXI e fariam essa

retrospectiva ele disse: *Espero que sejam generosos para com os juristas da geração a que pertenci.*

Lia repetidamente essa frase e me perguntava se Aliomar Baleeiro foi um homem de geração, foi realmente um jurista de geração. Embora vinculado a certas correntes próprias do Brasil de seu tempo, embora membro notável da chamada “*banda de música udenista*”, a orquestra política que se organizou contra o Estado Novo, que combateu ferozmente a ditadura e que se entregou mais tarde a uma oposição não menos vigorosa aos resíduos do getulismo, ele era um homem, de certo modo, atemporal. Os ingleses têm em Thomas Moore uma das figuras mais dignas da sua própria história, e ele foi na história da raça humana uma raríssima personalidade de estadista, de político, suficientemente virtuoso para merecer a canonização pela Igreja. A Thomas Moore os ingleses se referiam como “*a man for all seasons*”, um homem para todas as estações.

Era bem isso o que se via ao seu tempo em Aliomar Baleeiro: um homem para todas as estações, as mais sombrias, as mais pungentes e as mais ricas, as mais promissoras da vida política nacional, as mais diversas estações de trabalho na cátedra, no parlamento, na cúpula do Poder Judiciário. Era bem isso. Era, de certo modo, também um homem do século XXI, que me parece ter nascido por engano cem anos antes da época que seria mais receptiva ao seu estilo e ao seu talento. Ele chega ao Supremo Tribunal Federal numa época difícil, no calor dos acontecimentos políticos de 1964, da quebra da ordem constitucional e do estabelecimento de uma ordem concorrente e superior, a ordem *institucional*, a que se submeteu, de modo inescapável, sobretudo depois do Ato 5, de 1968, o Poder Judiciário e com ele todas as instituições republicanas.

Foi pela pena do primeiro presidente militar, Humberto Castelo Branco — que, diga-se de passagem, não tinha a intenção de que o regime militar durasse como durou depois dele —, que Aliomar Baleeiro e outros membros do Congresso Nacional foram compor o Supremo. A passagem desses homens, entre eles Bilac Pinto, Osvaldo Trigueiro, Adauto Lúcio Cardoso, que se forjaram na cátedra universitária e sobretudo na política, pelo Supremo Tribunal Federal, ilustrou, como poucos outros fatos, a conveniência que ele próprio, Baleeiro, sempre enaltecia, de que a composição da casa de cúpula do Poder Judiciário, em qualquer democracia, fosse sempre uma composição híbrida; que aquilo fosse o lugar certo para os mais destacados dos magistrados de carreira, mas recebesse também a contribuição

da Advocacia, do Ministério Público, da Academia, do Parlamento. Pois foi nesse hibridismo que o Supremo construiu, ao longo de tanto tempo, sua própria grandeza.

Aliomar Baleeiro era além disso um grande administrador, e o que tinha de generoso no dispêndio de seu próprio patrimônio, tinha ele de parcimonioso, de avarento quase, no que se referia ao dispêndio dos recursos públicos. Sob a presidência de Baleeiro, a extensão física do Supremo era apenas aquele prédio representativo onde funciona o plenário, e cada ministro dispunha de uma sala minúscula onde se comprimiam ele próprio, o assessor então único e duas secretárias datilógrafas. No Rio de Janeiro, como não era hábito trabalhar no tribunal, e sim em casa, não havia gabinetes para ministros no prédio da Cinelândia. A reserva das onze salas no prédio de Brasília fora ideia do arquiteto Niemeyer. Tomando posse naquele ano, o Ministro Antônio Neder pediu ao Presidente Baleeiro que mandasse cobrir o chão de tacos do seu pequeno gabinete com um tapete verde, que lhe daria um pouco mais de conforto e alguma inspiração. Baleeiro de pronto acendeu ao pedido, e o novo ministro teve a surpresa de receber, no dia seguinte, uma conta para que pagasse pelo tapete de seu próprio bolso. Era uma concepção espartana de rigor no uso dos dinheiros públicos, que ele revelou também quando da construção do primeiro anexo, que se levantou com uma economia exemplar de recursos.

Era um homem de teses, um homem de princípios. Quando ele foi compor o Supremo Tribunal Federal, Josaphat Marinho relata que houve resistência no Senado Federal, que lhe devia aprovar o nome, e no próprio Supremo, no sentido de que muitos eram reticentes sobre a adaptação, à Casa Maior da Justiça, de um temperamento tão exaltado e combativo. Com efeito, Baleeiro não era apenas, dentro da orquestra udenista, o mais feroz dos combatentes pela democracia contra o Estado Novo. Era também o mais desassombrado e o mais irônico nessa guerra política que ele comandava no Congresso Nacional, a ponto de, certa feita, tentando dar satisfações a um colega deputado que se sentira injuriado por ter sido chamado por ele, Baleeiro, de *débil mental*, explicar que a expressão não era injuriosa. Na verdade, não havia intenção de ofender ninguém, mas apenas de retratar *um estado de fato, uma realidade objetiva...* Esse era o mestre Baleeiro. E não lhe faltou coragem em nenhum momento. Sabem todos que a confraria política a que ele pertencia não se opôs ao que aconteceu em 31 de março de 1964. Mas já nos dias seguintes, quando editado o primeiro *ato institucional*, em que os militares diziam que o *comando revolucionário* não pretendia legitimar-se através do Congresso, pois ele sim legitimava o Congresso, Baleeiro

ia à tribuna para dizer: *O que é isto? Meu mandato não precisa ser legitimado por comando revolucionário nenhum. Meu mandato foi-me entregue numa folha de papel representativa de dezenas de milhares de votos, obtidos sem coação, sem corrupção, sem curralismo, sem coronelismo de espécie alguma. Este mandato tem uma legitimidade intrínseca que não precisa ser convalidada por nenhum comando militar. Ele se justifica por si mesmo, e dele me orgulho.*

Era esse o homem que o Supremo via entrar pelos seus umbrais naquele ano de 1965, e que ali ficaria dez anos, até o momento implacável da compulsória, em que o relógio da vida mostra, por força da norma constitucional, a hora da retirada. Nesse momento ele evocava o passado com nostalgia, lembrava algumas das suas teses, lembrava algumas das situações polêmicas em que se envolvera, lembrava com orgulho o fato de haver administrado o tribunal num período construtivo da história da casa.

Na revelação de seu pensamento jurídico, muitas vezes ele se opôs até mesmo aos amigos mais próximos, àqueles que compartilharam com ele toda uma história de vida. Quando Bilac Pinto, inspirado no sistema norte-americano, propunha certas fórmulas de quase-jurisdição para desafogar, de algum modo e com maior especialidade, determinados tipos de conflito — aquilo que conduziria, ao fim e ao cabo, à lei de arbitragem e à situação hoje reinante —, Baleeiro dizia: *É certo que a magistratura vive uma grande crise por força da evolução da sociedade contemporânea, mas eu não acredito que o remédio seja encontrar, para a magistratura, figuras alternativas, figuras variantes. O remédio é sim aparelhá-la, limpá-la do mofo que, ao longo de séculos, se acumulou por força de praxes obsoletas e, sobretudo, especializá-la.*

Sobre a autonomia municipal ele revelou a evolução de seu pensamento quando confessou que aquilo tinha sido um amor da juventude. Ele fora um romântico exaltado da autonomia municipal. Depois, com o passar dos anos, percebeu que as coisas são menos simples e que muitas vezes o argumento autonomista era utilizado para fins pouco exemplares. Talvez tivesse passado na época por suas mãos algum caso semelhante àquele que, anos mais tarde, seria relatado no Supremo pelo Ministro Djaci Falcão, tendo a ver com uma lei estadual paraibana que proibia a construção de edifícios na orla praiana, e que a especulação imobiliária tentava derrubar, por inconstitucionalidade, sob o argumento da autonomia municipal. Vereadores, afinal, são mais fáceis de cooptar.

Djaci Falcão, relatando este caso, enfatizou que a autonomia municipal só vai até onde um interesse maior, representado e vocalizado por uma legislatura superior àquela do município, deva prevalecer. A autonomia municipal, assim, o amor de juventude confessado por Baleeiro, perdera seu encanto ao longo dos anos e por força da experiência.

E a *segurança nacional*? O que destilou em matéria de saber e de ironia em torno do tema da segurança nacional esse mesmo Aliomar Baleeiro que exerceu sua judicatura, na maior parte do tempo, sob os governos do General Médici e do General Geisel — particularmente sensíveis a tudo quanto pudesse de algum modo melindrar o estamento militar após os idos de março de 1964?

A propósito do tema, Baleeiro em repetidas ocasiões ridicularizou o abuso do conceito e deu lições no plenário sobre o que era e o que não era segurança nacional. E condenou, por inconstitucionalidade formal, o decreto-lei com que o governo Médici pretendia legislar, sob o pálio da segurança, a respeito de um tema prosaico como a purgação de mora em dívidas comerciais.

Célio Borja — a mais notável das testemunhas, lembra que Baleeiro era um homem capaz de desenvolver em sala de aula suas ideias com uma didática exemplar, e de terminar no exato momento em que soava a sineta, não deixando que nenhum minuto sobrasse, mas não usurpando um instante sequer do justificado recreio de seus estudantes.

Homem de espírito que sempre foi, não era raro que dissesse coisas para chocar, como: *Sou contra o trabalho; acho que tudo de mais brilhante que a espécie humana produziu em pensamento, em poesia, em arte, foi o resultado das horas de ócio, não das horas de trabalho.* Dizia coisas assim, sendo ele o mais árduo trabalhador que as nossas ciências jurídicas conheceram no seu tempo. Um homem consagrado por inteiro ao trabalho que desenvolveu nas salas de aula, na escritura de sua obra doutrinária, na tribuna do parlamento e, por último, na cátedra do Supremo Tribunal Federal.

O legado de sua obra doutrinária é magnífico. Alguns desses textos como sua *Introdução à Ciência das Finanças*, suas *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar* e seu *Direito Tributário Brasileiro* são não apenas clássicos, como os escritos de Bevilacqua ou de Rui, mas são obras que permanecem na primeira linha de vendagem das editoras, tão atuais são aqueles conceitos e tão necessários ao jurista, ao estudante, ao magistrado, quando se defrontam com os grandes problemas do Direito Tributário — aqueles que não se resolvem

no domínio da normatividade periférica, no oceano de miudezas que gravitam em torno do essencial em direito fiscal.

Foi um homem dotado de uma visão da história e do futuro acentuadamente contemporâneos, modernos, virtualmente voltados para uma era posterior à da sua própria vida. Já no Rio de Janeiro, na tribuna do Congresso, ele lembrava que *os direitos, as garantias do povo brasileiro nunca estarão na orfandade enquanto, no mastro em frente ao Supremo, o pavilhão nacional tremular significando que ali dentro estão os ministros da casa a velar pela Constituição da República.*

Baleeiro tinha consciência, como parlamentar, de que não vivemos em regime parlamentarista. Tinha consciência de que o Brasil é daqueles poucos países onde, por haver-se adotado o modelo norte-americano — teorizado no século XVIII pelo Barão de Montesquieu, mas jamais praticado em parte alguma da Europa —, o Judiciário, aqui, não é apenas a *autoridade independente* que ele é na França, ou na Itália, ou na Dinamarca. Ele é, sim, um *poder do Estado*, aberto ao cidadão não só no seu confronto com outro particular, mas sobretudo no seu confronto com o poder público, com o próprio Estado, qualquer que seja o seu perfil: o Estado-policial, mas também o Estado-fiscal, o Estado-administrador, o Estado-empregador.

Esse é o privilégio identificado por Baleeiro no sistema presidencialista de governo, dentro de uma federação e de uma república. O poder autêntico de uma Justiça que não se confina em resolver problemas *dos particulares entre si por amor dos seus interesses privados*, mas que resolve os conflitos envoltos do Estado, que tem autoridade para derrubar atos de governo em nome da lei, e para derrubar mesmo leis do Congresso em nome da Constituição. Esse poder, inconcebível nos sistemas parlamentaristas, é próprio daquilo que aqui desenvolvemos ultrapassando até o modelo norte-americano — porque não conhecemos, como eles, o conceito de *questão política não jurisdicionável*. Tudo neste país é jurisdicionável, à única exceção, cada vez mais estreita, de certos atos de operação interna das casas legislativas.

Aliomar Baleeiro era também um homem solidário, um humanista insuperável, naquele período tão difícil de se fazer justiça. Tempo em que a Constituição se subordinava a um ato institucional que dizia que o Judiciário não pode conhecer do *habeas corpus* em casos relacionados à segurança nacional. Quantos problemas de consciência juristas como ele e seus mais próximos companheiros na casa hão de ter enfrentado na época? E como há de ter

sido penoso para eles aquele momento emblemático, a sessão de 10 de março de 1971 — um mês depois da posse de Baleeiro na presidência do Supremo —, em que Aduino Lúcio Cardoso, vencido e isolado na concessão de um *habeas corpus* em caso de delito político que o tribunal, por força das leis da época, teve de recusar, entendeu chegada a hora de deixar a casa, desvestiu a toga e requereu a sua imediata aposentadoria.

No dia seguinte o *Correio Braziliense* referia-se a Aduino como o “*cavaleiro andante da democracia e da liberdade, que buscando-as e perseguindo-as caminhou, como o poeta, ‘por desertos, por sóis, por noite escura...*” A noite era particularmente escura naquele momento da história do Brasil, em que os Ministros do Supremo perderam a companhia do retirante heroico. Todos eles eram, entretanto, cavaleiros andantes da democracia e da liberdade, que em momento de treva lutavam como podiam pela recomposição do Estado de Direito.

Deixada a presidência da Corte, e no pouco tempo que lhe restou antes da aposentadoria compulsória, sobrevinda em 1975, ele vocalizou, de modo mais agressivo que nunca, a sua luta pela restauração do primado do Direito. A antinomia que se estabeleceu entre os dois lados da Praça dos Três Poderes, com a voz de Baleeiro, de um lado, e a implacável postura do governo de Ernesto Geisel, do outro, foi algo que toda a imprensa da época noticiou ao país, e que o consagrou como símbolo.

É reconfortante para nós todos, Presidente, que o Tribunal Regional Federal de Pernambuco, em sintonia com o Superior Tribunal de Justiça, organize este evento em que se trabalha sobre o primado do Direito, dando-lhe simbolicamente o patrocínio da imagem de Aliomar Baleeiro. Poucas imagens marcaram tanto o Brasil no espírito dos juristas do século XX. Quando da sua investidura na presidência do Supremo, em 1971, ele citou Winston Churchill, dizendo que *se estabelecemos uma competição, um conflito entre o passado e o presente, a consequência disso será perdermos o futuro*. É preciso conciliar as duas coisas. É preciso não perder de vista as lições do passado para cultivar, no presente, a virtude cívica e poder projetar o futuro com alguma esperança.

Aliomar Baleeiro deixou-nos há mais de trinta anos. É imperativo, entretanto, que sua memória se preserve, dentro do novo século, na consciência daqueles que, como todos os presentes, cultivam o Direito.

ENCERRAMENTO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO):

Todos nós que já conhecíamos a obra do Ministro Aliomar Baleeiro, especialmente as suas aulas de Tributário e Direito Financeiro, tivemos agora uma verdadeira lição de vida na excelência da conferência proferida pelo Ministro Rezek, no que diz respeito ao período em que o Ministro Aliomar Baleeiro esteve à frente do Supremo Tribunal Federal. E também lições – digo isso me dirigindo aos meus colegas – de administração, especialmente aquela lição quando falou da instalação do carpete na sala, para alguns colegas que às vezes ficam ansiosos com as reivindicações, de repente, eu poderia usar, um dia, o exemplo do Ministro Aliomar Baleeiro de atender logo o pedido, mas, no outro dia, mandar a conta. O Desembargador Rogério Fialho, talvez, seja o primeiro a ser presenteado, que é um dos que mais apresenta solicitações.

Ministro Rezek, eu gostaria aqui, mais uma vez, de registrar a grande satisfação e a grande honra que é contar com V.Exa. aqui neste nosso Tribunal, nesta nossa Casa, proferindo uma palestra que, realmente, ficará na memória dos que aqui estão presente. Gostaria também, Ministro Falcão, de registrar o agradecimento no meu nome pessoal, em nome de todos os colegas que compõem este Tribunal, enfim, em nome do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, pela honra que foi esta Casa poder sediar este evento do Centro de Estudos Judiciários.

Na verdade, como destacado pelos ilustres palestrantes que estiveram aqui e agora, com a maestria regular, incomum, extraordinária do Ministro Rezek, procurou-se, no seminário jurídico, lembrar a memória de um grande jurista que foi o Ministro Aliomar Baleeiro. Sei que é a intenção do Ministro Falcão realizar outros eventos, mas, para a nossa satisfação, este foi o primeiro grande evento do Centro de Estudos Judiciários sob a sua administração, o que demonstra o apreço que V.Exa. tem pela sua origem, que é a Justiça Federal, e em especial por esta Casa, que foi exatamente sua Casa inicial no âmbito da magistratura, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Estendo os meus agradecimentos a todos os ilustres Ministros do Superior Tribunal de Justiça que aqui estiveram presentes; alguns deles, em razão de compromissos, Ministro Rezek, não estão aqui, mas participaram, presidindo mesas ou proferindo palestras. Portanto, lembro todos: a Ministra Eliana Calmon, o Ministro Luiz Fux, o Ministro Teori Zavascki, o Ministro Castro Meira, o Ministro Herman Benjamim, o Ministro Napoleão Nunes Maia e o Ministro Sidnei Beneti, fazendo aqui um registro especial da grande satisfação de que os três ministros que compõem o Superior Tribunal de Justiça, que são egressos desta Casa, fizeram questão de comparecer a este Tribunal para prestigiar este evento, o que para todos nós foi motivo de muita alegria.

Gostaria também, Ministro Lorenzetti, de registrar a enorme satisfação que foi contar, aqui, com V. Exa. Sabemos que, como preside uma Corte como a Suprema Corte da Argentina, é difícil sair e se ausentar para poder continuar uma carreira acadêmica tão bela e tão brilhante, como é a de V. Exa., mas, já no primeiro momento, com o apoio e a amizade do Ministro Herman, comprometeu-se em vir aqui, e veio nos brindar também com a sua palestra. Agradeço também a participação do Ministro Rafael Maia que, alguns colegas inclusive estranharam que ele em alguns momentos não estava aqui à mesa ou no lugar de destaque, mas é porque ele, em todas as ocasiões em que foi chamado, disse que queria ficar assistindo e vendo de frente as palestras que foram proferidas, muito nos honrou aqui com a sua presença. Também registro a satisfação de ter contado com os colegas, não só os desembargadores, mas também os magistrados da Justiça Federal de Primeiro Grau, servidores e estudantes.

Faço votos, Ministro, que o Centro de Estudos Judiciários continue realizando eventos como este, em que, realmente, há homenagens a grandes juristas, mas em que todos nós aprendemos muito o Direito. Muito obrigado. Está encerrada a sessão.