

INOVAÇÕES PROCESSUAIS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 7: REPRESENTAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE NORMA JURÍDICA, AVOCAÇÃO DE CAUSAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL — CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO *

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Procurador do Estado do
Rio de Janeiro

Exmo. Sr. Proc.-Geral do Estado, Exmo. Sr. Des. Presid. do Trib. de Justiça, Exmo. Sr. Ministro Seabra Fagundes, Exmo. Sr. Presidente do Clube dos Advogados, Exmo. Senhor Corregedor-Geral da Justiça, Senhores Desembargadores e demais autoridades presentes, meus caros colegas.

O anúncio de uma conferência não deve despertar nos senhores uma expectativa que seria facilmente frustrada. Não se trata propriamente disso, senão de trazer aqui o resultado de alguma reflexão que procurei fazer, ao receber este convite, a respeito de temas trazidos pela Emenda Constitucional n.º 7, que se relacionam direta ou indiretamente com o processo, e, em particular, com o processo civil. As minhas opiniões sobre matéria jurídica, como de resto sobre quase todas as matérias, costume tê-las como provisórias e não considero nenhuma delas imune à possibilidade de modificação, graças a Deus. No caso, todavia, essa cautela sobe de ponto, assume intensidade particular, principalmente em vista da feição extremamente lacunosa dos textos e, se me permitem, da técnica

* Conferência pronunciada em 26 de julho de 1977 a convite da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro

bastante criticável com que foram eles concebidos e redigidos. De sorte que lhes trago apenas propostas, sugestões, para que possamos todos nós meditar a respeito do assunto e extrair algumas conclusões marcadas, sem dúvida, pelo caráter de provisoriedade, que, aliás, não destoa, seja dito de passagem, do objeto.

Foram escolhidos três tópicos para esta palestra. O primeiro é o da "Representação para interpretação de norma federal ou estadual", o segundo é o da "Avocação de causas para o STF" e o terceiro "Alguns aspectos referentes ao chamado Contencioso Administrativo".

Nos dois primeiros defrontamo-nos com institutos novos que dizem respeito diretamente ao processo. O autor da Emenda fez introduzir no art. 119, que trata da competência originária do STF, duas novidades: a primeira delas encontra-se no art. 119, inciso I, letra "I": onde se previa a representação do Proc.-Geral da República para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual, acrescentou-se que a representação pode igualmente visar à interpretação dessa lei ou desse ato normativo. O próprio texto constitucional permite-nos identificar os pressupostos da providência. Há um pressuposto de natureza subjetiva, que é a iniciativa do Proc.-Geral da República, mediante aquilo a que o texto chama "Representação", com terminologia talvez criticável. O STF não pode, portanto, atuar aqui **ex officio**; somente através da iniciativa do Proc.-Geral da República, que é o titular dessa faculdade, desse poder específico. O outro pressuposto é de natureza objetiva: o caráter federal ou estadual da norma jurídica cuja interpretação se pede. Não há, portanto, possibilidade de requerer-se o pronunciamento do STF, em tese, sobre o sentido que se deva dar a uma norma jurídica municipal. Aliás, já o próprio fato de se ter contemplado também a norma jurídica estadual, ao lado da federal, constitui, de certo modo, uma peculiaridade, ou mesmo uma singularidade, uma vez que, em regra, como princípio geral do nosso ordenamento, não compete ao STF cuidar de questões de direito estadual; é verdade que a Corte Suprema pode também, mediante representação — e já o podia antes da Emenda — declarar inconstitucional uma norma estadual; porém essa atribuição se justificava à luz do papel atribuído ao STF, de guardião da Constituição Federal. Com efeito: a inconstitucionalidade da norma estadual era e é declarável, pelo STF, à luz da Constituição Federal. Tratar-se-ia, portanto, sempre de uma questão **de direito federal**. Ao passo que agora, no tocante à interpretação, podemos ter o STF a fixar o sentido de normas jurídicas estaduais, enfrentando assim questões de direito puramente estadual, sem nenhuma vinculação necessária com o sistema jurídico da União.

Depois dos pressupostos, importa fixar os efeitos dessa declaração do sentido da norma, dessa interpretação da norma sem vinculação com qualquer hipótese concreta. O texto da Emenda não é claro a respeito. Limitou-se a atribuir ao STF competência para julgar a Representação do Proc.-Geral da República, "por inconstitucionalidade, ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual". Entretanto, parece razoável entender que se quis atribuir a esse pronunciamento do STF uma eficácia particular, uma eficácia peculiar. De outro modo seria talvez inútil emendar-se a Constituição apenas para dizer-se que o STF é competente para interpretar normas jurídicas: para isso, todos os Tribunais são competentes na medida em que exerçam a sua atividade jurisdicional em face de casos concretos, em face de litígios que lhes sejam submetidos. Aqui, trata-se de interpretar a norma, repito, desvinculada de qualquer problema de aplicação a caso concreto. Além disso, a proximidade, a vizinhança e até certa analogia que existe entre este caso e o da representação para declaração de inconstitucionalidade constitui outro indício forte de que se quis dar à hipótese tratamento especial. É, portanto, razoável inferir que a declaração do sentido da norma, a fixação do sentido da norma, a interpretação dada pelo STF, neste caso, isto é, no julgamento de representação do Proc.-Geral da República, terá efeito vinculativo e há de impor-se aos demais órgãos judiciários de todo o país, quer no plano da Justiça Federal, quer no plano da Justiça Estadual. Não é, repito, algo que o texto estabeleça manifesta e explicitamente; é uma inferência que decorre de considerações relacionadas com a **ratio** da norma. Restaria então saber se essa eficácia vinculativa se impõe no tocante ao próprio STF. Em mesa-redonda de que tive a honra de participar, nesta cidade, quando ainda se cogitava de efetuar a reforma constitucional pela via normal, através do Congresso, em companhia — para mim extremamente honrosa — do eminente Ministro Seabra Fagundes, aqui presente, ouvimos a opinião de um preclaro membro do STF, o Ministro Rodrigues Alckmin, para quem a eficácia vinculativa dessa interpretação que fosse dada pelo STF no julgamento da representação havia de vincular o próprio STF e prevaleceria até que o legislador interviesse, alterando a norma, se fosse o caso. A mim me parece que se deve a todo custo evitar essa consequência, ainda que tenhamos de usar de pouca cerimônia para com os textos, o que talvez não seja muito necessário, porque, a rigor, o texto é omissivo no tocante ao efeito vinculativo. Parece-me que uma coisa é a preocupação de uniformizar a jurisprudência, de evitar que, dentro das mesmas circunstâncias culturais, históricas, sociais, políticas, uma norma jurídica seja aplicada aqui e acolá em sentidos diversos. Outra coisa, muito diferente da uniformização da jurisprudência, seria a fossilização da jurisprudência. Não devemos

esquecer que o legislador nem sempre é pronto em acudir às necessidades que se apresentam constantemente mutáveis no contexto social, e um dos remédios que a história do Direito sempre conheceu e graças aos quais pôde progredir em busca de novas soluções, que melhor atendessem a essa variedade de circunstâncias, sempre foi a evolução da jurisprudência, isto é, a possibilidade de que sem alterar-se determinado texto, se pudesse ir construindo sobre ele uma interpretação mutável de acordo com as circunstâncias e as necessidades sociais. Seria supérfluo dar exemplos, mas eu me pergunto em voz alta, e peço que todos aqui se ponham a indagação, se não seria curioso e estranho que, por exemplo, até hoje se estivesse a aplicar o Código Civil de acordo com o sentido dado às suas normas, em certas matérias pelo menos, ainda nos primeiros tempos da vigência, isto é, no primeiro quartel do nosso século, num Brasil completamente diferente do atual. Todos conhecemos as transformações, as profundas modificações que a própria jurisprudência foi introduzindo no sentido das normas dessa lei, como nas de tantas outras, a despeito da permanência do texto. Essa sempre foi a grande válvula de escape para a inércia do legislador. Esperamos, por isso, que, a despeito da opinião emitida por um dos mais eminentes Ministros daquela Corte, o próprio STF venha a convencer-se de que não pode nem deve ficar agrilhado a uma primeira interpretação que porventura haja de dar a determinada norma. Aliás, se me permitem uma pequena e breve apreciação crítica, a própria idéia da representação para interpretação, se alguma coisa se pode dizer em seu favor do ponto de vista da segurança, da uniformidade na aplicação das normas jurídicas, por outro lado parece revelar duas idéias, duas noções, que ou são extremamente maliciosas, ou são profundamente ingênuas. Eu prefiro naturalmente optar pela segunda hipótese. O Autor da Emenda parece ter partido de duas premissas: a de que num determinado sistema jurídico certa norma pode **sempre** ter o seu sentido fixado de forma absolutamente unívoca, isto é, a de que, dentro de dado contexto de normas, cada uma delas só pode ter determinado sentido. Essa idéia está em franco desprestígio na ciência jurídica moderna, aliás nem tão moderna assim: já KELSEN, no seu tempo que vai um tanto longe, mostrou que é perfeitamente possível atribuir sentidos diferentes à mesma norma jurídica, sem com isso quebrar a inteireza lógica do sistema. E todos nós conhecemos casos em que uma determinada regra jurídica pode ser interpretada no sentido "a" ou no sentido "b", encaixando-se perfeitamente no conjunto, em qualquer das duas hipóteses; há sempre uma opção no trabalho do Juiz, opção ditada por uma série de circunstâncias relacionadas com o caso concreto. A outra idéia, que também considero um pouco ingênuas, é a da possibilidade de fixar-se **a priori** uma interpretação para determinada

regra jurídica sem submetê-la ao crivo da experiência prática. A norma jurídica só revela as suas potencialidades quando testada no contacto com as hipóteses concretas, e não há intérprete no mundo, creio eu, capaz de adivinhar todas as conseqüências que se podem extrair de uma norma às vezes aparentemente muito simples. Ora, a Constituição não estabelece nenhuma restrição a respeito, de sorte que, em princípio, é perfeitamente possível que o Proc.-Geral da República submeta uma questão de interpretação ao STF, no próprio dia da entrada em vigor de determinada lei. E é óbvio que, por maior que seja a sabedoria dos membros daquela Egrégia Corte, dificilmente terão eles possibilidade de, desde logo, sem nenhuma prova prática, sem nenhuma experiência ou vivência, determinar, de uma vez por todas, o sentido que se há de atribuir a essa regra. Seria muito de desejar que o STF pudesse, inclusive, recusar-se a fixar a interpretação de determinada norma quando sentisse que ela não está ainda madura para a fixação do seu verdadeiro entendimento. Seria muito aconselhável, desejável, que, diante de uma representação do Proc.-Geral da República, pudesse o STF dizer: "Ainda é cedo para que nós fixemos a interpretação dessa norma; vamos aguardar que alguns casos concretos se apresentem, e depois então, à luz dessa experiência, cuidaremos de fixar o alcance e o sentido da norma". Aliás, sem cometer nenhuma inconfidência, mas sem declinar o nome por um escrúpulo de discrição, desejo dizer-lhes que ouvi essa opinião de um eminente membro do STF, com quem estive há poucos dias e com quem conversei a respeito desse assunto. Cogita-se disso, parece, no próprio seio do STF.

Dando um fecho rápido às considerações relativas a este primeiro tema, desejo apenas acentuar que não se trata de introduzir no Brasil o sistema dos precedentes vinculativos. Há uma profunda distinção entre a sistemática adotada pela Emenda n.º 7 e o sistema vigente, dominante nos países de **common law**, nos países anglo-saxônicos; aqui apenas se atribuiu, digamos implicitamente, a determinado pronunciamento do STF esse efeito (a admitir-se que realmente ele se produza, como parece lógico) de vincular os outros órgãos do nosso sistema judiciário; porém, trata-se de uma exceção que confirma a regra nos casos não excetuados. De sorte que o princípio cardeal do Direito Brasileiro nesta matéria continua a ser o de que a jurisprudência **não** é vinculativa.

Passemos à "Avocação de causas pelo STF", matéria contemplada, um tanto estranhamente, no rol das competências originárias do STF. Entendeu o redator da Emenda que esse seria o lugar próprio para atribuir ao STF competência para julgar "as causas processadas perante quaisquer juízes ou Tribunais, cuja avocação deferir". Ora, a mim me parece que, se as causas estão sendo processadas perante outro juízo ou Tribunal, não se incluem na

competência **originária** do Egrégio STF. Vamos seguir aqui um roteiro análogo ao que adotamos para o exame da representação, isto é, examinar rapidamente, em primeiro lugar, os **pressupostos**, e, em segundo lugar, os **efeitos** da providência. Os pressupostos, a meu ver, são os que estão indicados no texto constitucional, insuscetíveis de ampliação por qualquer outro diploma. Atrevo-me a afirmá-lo, tendo em vista que se trata de uma regra obviamente excepcional, no sentido de que desloca a causa para um âmbito estranho àquilo que se chama o "Juiz natural" do processo. Aliás, o problema é interessante, e andei tentando uma pesquisa de direito comparado, porque a medida me pareceu singular, e creio que realmente o é; a pesquisa foi pouco frutífera, não se encontram símiles perfeitos para essa inovação do direito comparado. No direito norte-americano há algumas figuras aproximadas, porém de menor alcance; por exemplo, o Proc.-Geral da União, quando se suscita uma questão de inconstitucionalidade de lei federal, pode requerer a intervenção da União no processo e, com isso, assegurar eventualmente o acesso à Corte Suprema, para a palavra definitiva sobre a matéria. Há outros casos de competência concorrente, da Justiça federal e da Justiça estadual, em que, a requerimento de alguma das partes, a causa que tenha sido ajuizada perante a Justiça estadual se desloca para a Justiça federal — é o que os Autores chamam **removal**. Mas não encontrei em nenhum texto legal, nem em obra doutrinária, referência à possibilidade de a Suprema Corte avocar, por iniciativa própria, ou mesmo por provocação do Proc.-Geral, causas que corram perante outros órgãos judiciais. Curiosamente, o que encontrei de mais conhecido com a inovação da Emenda n.º 7 foi um dispositivo do direito chinês. A minha fonte é um livro publicado nos Estados Unidos: **Fundamental legal documents of Communist China**, editado por Albert P. Blaustein, South Hackensack, New Jersey, Fred B. Rothman Co., 1962. Lendo esse texto, que está integrado na Lei de Organização Judiciária, deparei com um dispositivo, o art. 30, em que se diz que "A Suprema Corte popular toma conhecimento de:

1. casos de 1.ª instância, atribuídos por lei ou decreto a sua competência, **ou que ela considere que deva julgar.**"

Eis aí. Foi o que encontrei de mais parecido com a avocação introduzida em nosso Direito pela Emenda n.º 7. Quer dizer, basta que a Suprema Corte do Povo entenda que deve julgar determinada causa, essa causa, **ipso facto**, entra na sua esfera de competência. A nossa Emenda não foi tão longe, porque não atribuí ao STF a possibilidade de, espontaneamente, sem provocação de quem quer que seja avocar as causas. Há um pressuposto, de natureza subjetiva, idêntico àquele já indicado no tocante à representação: é a

provocação, a iniciativa do Proc.-Geral da República. Vejamos os pressupostos de natureza objetiva, que, como tive ocasião de afirmar, me parecem contidos exaustivamente no texto constitucional. Não creio que algum outro diploma, seja ele de que natureza for (a menos que se trate, é óbvio, de ato revolucionário), possa modificar esses pressupostos. Vamos ler então o dispositivo:

“Compete ao STF processar e julgar originariamente as causas processadas perante quaisquer juízes ou Tribunais, cuja avocação deferir, a pedido do Proc.-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido.”

É dentro desse texto que temos de procurar e identificar os pressupostos da evocação. O primeiro deles, a meu ver, é a existência de um processo pendente perante outro órgão judicial, seja de primeiro grau, seja de grau superior. Não creio que se possa exercer essa faculdade em relação a causas já encerradas, com sentença transitada em julgado. É claro que numa Emenda constitucional se poderia chegar a esse ponto, sem dúvida; a Emenda tem a força da Constituição, de sorte que o Autor da Emenda poderia, em tese, haver chegado ao ponto de permitir uma revisão pelo STF de causas já encerradas. E no Direito chinês existe essa possibilidade. O Supremo Tribunal do Povo, *ex officio*, ou por provocação do que deve corresponder ao nosso Proc.-Geral, pode rever causas com sentença já transitada em julgado. Não me parece que seja possível isso no Brasil. Teria de haver, creio eu, uma norma expressa e categórica para permitir esse entendimento; ainda que o texto não o repila expressamente, a presunção é a de que não consentiu nisso. Então, a meu ver, o primeiro pressuposto objetivo é a pendência do processo, isto é, a existência de uma causa que, ou ainda não foi julgada, ou já foi julgada mas pende ainda de recurso, é suscetível ainda de impugnação através de recurso contra o julgamento.

O segundo pressuposto objetivo, que não conflita com o primeiro, ao contrário do que à primeira vista pode parecer, é a existência de uma decisão já proferida. A meu ver isso resulta com absoluta clareza do texto constitucional emendado: “... cuja avocação deferir a pedido do Proc.-Geral da República, quando decorrer imediato perigo etc..., **para que se suspendam os efeitos de decisão proferida.**” Esta cláusula, que é final, estabelece a meu ver uma restrição; ela funciona como fim e ao mesmo tempo como pressuposto. Se é para isso que se avoca a causa, então não se há de

avocar a causa quando não seja para isso — isto é, para que se suspendam os efeitos de decisão já proferida. Logo, parece claro que se pressupõe a existência de uma decisão proferida; não, porém, de uma decisão transitada em julgado. Aqui haveria uma série de problemas particulares que se abrem como que em leque diante de nós, porque a rigor seria preciso examinar hipóteses diversas. Haverá hipóteses de causas com decisão já proferida em primeira grau, decisão essa que não há de ser necessariamente a final, isto é, não necessariamente aquilo a que o Código de Processo Civil chama “sentença”: pode ser uma decisão liminar, pode ser uma decisão proferida em caráter cautelar, mas, enfim, alguma decisão há de haver, até porque, sem decisão proferida, é difícil imaginar que decorra imediato perigo de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde e às finanças públicas. O simples fato de alguém propor uma ação não faz surgir por si só esse imediato perigo de grave lesão. O imediato perigo de grave lesão só pode decorrer (notem que o texto usa o verbo “decorrer” e não “ocorrer”; ora, tudo aquilo que **decorre**, decorre **de alguma coisa**, é claro) da decisão, porque a decisão é que é capaz de produzir a lesão — o simples ajuizamento da causa, não.

Como disse, submeto todas essas idéias à consideração dos presentes, atribuindo-lhes valor meramente provisório, quase que de raciocínio em voz alta, mas, em todo caso, aqui me parece muito nítida a existência desse pressuposto; é preciso que haja uma decisão capaz de produzir efeitos, e esses efeitos seriam considerados como altamente perigosos para a ordem, para a saúde, para a segurança ou para as finanças públicas. E por isso então, em face do imediato perigo, é que se justificará a avocação. Quanto a essa cláusula: “imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas”, desejo apenas observar que o autor da Emenda usou aqui de uma técnica conhecida em legislação, que é a de fixar os pressupostos de uma determinada medida através de conceitos juridicamente indeterminados. Não se deve confundir essa figura com a da discricionariedade. Eu me permito fazer um pequeno parêntese, pedindo desculpas aos ouvintes pelo que vou dizer, bastante óbvio; mas, para arrumar meus próprios pensamentos, talvez não seja de todo inoportuno este breve parêntese. Toda norma jurídica, como se sabe, contém dois elementos: o pressuposto de fato, aquilo a que os alemães chamam *tatbestand*, os italianos *fattispecie* e o nosso Pontes de Miranda “suporte fático”; e o efeito. Toda norma jurídica, seja ela qual for, funciona dessa maneira, atribuindo determinados efeitos jurídicos a um fato ou conjunto de fatos. Pois bem, por vezes a norma jurídica deixa em aberto, pelo menos parcialmente, a determinação dos efeitos, e nesse caso diz-se que ela atribuiu ao seu próprio aplicador um poder discricionário. O juiz penal, por exemplo, pode graduar a

pena entre o máximo e o mínimo legal, ou pode escolher uma pena em vez de outra.

Desculpe-me o eminente Ministro Cordeiro Guerra se estou pisando aqui, com aquele "temor e tremor" de que falava o filósofo dinamarquês Kierkegaard, em terreno alheio às minhas ocupações habituais e no qual, pelo contrário, S. Exa. encontrou o seu campo de eleição, digamos assim. Mas a isso se chama discricionariedade, poder discricionário; isto é, o aplicador da norma, diante da ocorrência do fato, pode escolher entre efeitos diferentes. Noutros casos, porém, o que a norma deixa parcialmente em aberto é a própria fixação dos pressupostos; neste caso não há discricionariedade nenhuma, trata-se de verificar se ocorrem aqueles pressupostos e, uma vez afirmada a ocorrência, o aplicador não tem opção. É claro que subjetividade há em ambos os fenômenos, porém eles nem por isso se identificam. Aqui o problema consiste não em saber o que podemos ou devemos fazer diante de determinada situação; isso está dito na norma. Trata-se, sim, de saber se ocorre aquela situação à qual a norma liga, relaciona, vincula o efeito jurídico de que se trata. De sorte que não concedeu o texto da Emenda ao Egrégio STF, aqui, um poder discricionário. Não. O que o STF tem é de verificar a ocorrência desse pressuposto, isto é, imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas. É evidente que há uma natural elasticidade de apreciação, porém o STF não pode avocar a causa sem considerar que existe imediato perigo de grave lesão a qualquer desses valores. Não há, portanto, liberdade no tocante aos efeitos; a liberdade, se é que existe, é apenas a de apreciação desses conceitos ("imediato", "grave"), conceitos eminentemente valorativos, de sorte que, é claro, o que para uns é imediato, para outros poderá não ser imediato; o que para este é grave, para outro poderá não ser tão grave; porém, o fenômeno se passa como eu acabo de descrevê-lo. Há que assentar a existência dos fatos que autorizam a avocação.

Dois são os efeitos: 1.º: suspensão dos efeitos da decisão proferida. Aqui haveria diversos problemas de que não posso tratar em extensão, porque não quero abusar da paciência do auditório. Parece que a minha afirmação soa um tanto contraditória com aquela que fiz há pouco no sentido de que não é possível avocar uma causa já julgada por sentença irrecorrível transitada em julgado. Porque normalmente, em regra, no nosso sistema jurídico, as decisões judiciais só produzem efeitos extraprocessuais, efeitos no mundo cá de fora, a partir do momento em que transitam em julgado. Não devemos de modo nenhum confundir a eficácia da decisão judicial com a autoridade da coisa julgada — uma lição que ficamos a dever a LIEDMAN, em caráter definitivo, creio eu, tanto quanto algo pode ser definitivo em ciência e, afinal, na vida; mas, enfim, até agora não

apareceu uma construção melhor nesse ponto. Embora, porém, não se confunda a eficácia da decisão com a sua autoridade de coisa julgada, por uma questão de conveniência prática, o legislador, em regra, faz coincidir no tempo esses dois fenômenos, isto é, só admite que a decisão produza efeitos a partir do momento que ela transita em julgado. Há, entretanto, e todos nós sabemos, exceções: basta lembrar os casos de recurso dotado de efeito apenas devolutivo, o que já mostra não serem contraditórias as afirmações que fiz. Há problemas interessantes aqui, e eu vou-me permitir apenas aflorar um deles; as sentenças proferidas contra a União, o Estado ou o Município, nos termos do art. 475, n.º II, do CPC não produzem efeitos (entenda-se sempre "efeitos extraprocessuais") senão depois de confirmadas em grau superior de jurisdição. É a revisão obrigatória, instituto que todos conhecemos. Seria o caso de perguntar: então, o que pensar disso no tocante à avocação? Se a sentença, ainda que não haja recurso da Fazenda, não produz efeitos, parece que dela não decorre imediato perigo de grave lesão a qualquer daqueles valores que o legislador constitucional levou em consideração. É uma sentença ainda em estado de hibernação, digamos assim, à espera de confirmação pelo Tribunal para adquirir eficácia. Ora, o texto fala em causas processadas perante qualquer juízo ou Tribunal, o que claramente indica que a possibilidade da providência não se limita a causas que já estejam em grau superior de jurisdição. Mas seria o caso de indagar-se agora: será que só pode decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança pública, quando seja vencida a União, ou quando seja vencido o Estado, ou quando seja vencido o Município? Parece que não! A jurisprudência francesa consigna um caso muito interessante que ocorreu na África, no tempo em que a França exercia ainda soberania sobre os territórios de nações atualmente independentes. Houve um litígio entre particulares no tocante à posse de certo território, e a parte vencedora, ao tentar executar a sentença que lhe dera ganho de causa e reconhecera o seu direito de haver aquele território, defrontou-se com um problema gravíssimo. O território era ocupado por uma tribo ainda muito primitiva, que certamente se poria em pé de guerra se o vencedor ali se instalasse, naturalmente para exercer atividades econômicas, quem sabe para extrair petróleo; tornou-se impossível a execução da sentença porque qualquer tentativa de desalojar dali aquela tribo provocaria uma guerra, possivelmente. Eis aí um exemplo de como pode decorrer de uma decisão judicial entre particulares, em processo do qual não era parte nenhuma pessoa jurídica de direito público, imediato perigo de grave lesão à ordem pública, de sorte que o que afirmei há pouco não inutiliza o texto da Emenda; é perfeitamente compatível com ela. Além do mais, é preciso que nos lembremos de que, quando se fala em suspensão dos

efeitos da decisão, a expressão é às vezes usada em nosso direito processual com sentido um tanto equívoco. Vejam os senhores: quando se diz que um recurso tem efeito suspensivo, isso não é perfeitamente exato. Não é a interposição do recurso que suspende os efeitos de uma decisão que já estivesse a produzi-los. Quando se diz "a apelação em regra tem efeito suspensivo" — se fôssemos levar esta afirmação ao pé da letra, teríamos que chegar a uma conclusão curiosa, a de que, se a apelação vem a ser interposta no 15.º dia, a sentença produziria efeitos durante 14 dias e só deixaria de produzir no momento da interposição. Não é verdade; essa é uma nomenclatura tradicional, porém inexata. O que realmente suspende, se é que se pode usar esse termo, os efeitos da decisão é o simples fato de ela estar sujeita a recurso — normalmente, é claro, excluídas as hipóteses de recurso não dotado de efeito suspensivo. De sorte que aqui não é de presumir-se que o redator da Emenda n.º 7 haja sido mais rigorosamente técnico na sua terminologia processual do que o redator do Código de Processo Civil; e se o próprio redator do CPC manteve a terminologia tradicional, embora inexata, tudo leva a crer que, quando se fala em suspender os efeitos da decisão, não é necessário que ele já os esteja produzindo; basta que eles estejam na iminência de produzir-se, porque há de haver perigo imediato. Então, parece que se pode concluir com facilidade que a avocação é perfeitamente possível dentro do prazo que teria algum legitimado para interpor o recurso, porque, vindo nesse momento, a avocação não suspende propriamente os efeitos, se quisermos levar o rigor às suas últimas conseqüências, porém evita, sim, que eles venham a produzir-se caso o prazo de interposição se escoe em branco, sem que ninguém recorra.

O segundo efeito é o da devolução integral do conhecimento da lide ao STF. Não sei se o legislador constitucional terá usado aqui o termo "lide" no seu sentido técnico, ou, pelo menos, naquele que se tornou consagrado na linguagem do Direito processual brasileiro, por influência de Carnelutti, e que encontrou guarida no CPC. A "lide", neste sentido, corresponde ao conflito de interesses cuja solução se pede ao órgão judicial. Corresponderia àquilo que costumamos designar pela expressão "mérito da causa", o litígio. Ora, é isso que se devolve ao STF, desde que entendamos que a palavra **lide**, aqui, tem sentido técnico. O que significa que mesmo as questões de fato poderão e deverão ser apreciadas ou reapreciadas pelo STF, ao contrário do que normalmente acontece, ressaltados os casos da sua competência originária. Agora, que pensar da sorte das decisões que porventura tenham sido proferidas no curso do processo até o momento da avocação, e das preclusões que se tenham formado até esse momento? O problema é delicado, e parece-me difícil que ele encontre uma solução a todos os ângulos perfeita; isso porque, a meu

ver, o Egrégio STF tem toda a competência para disciplinar o procedimento da causa depois de avocada, no seu âmbito, por meio de normas que façam inferir no seu próprio Regimento Interno. Para isso, a Corte Suprema estará lastreada em expresso dispositivo constitucional. Porém não nos esqueçamos de que o Regimento é **interno**, e não **externo**. De sorte que aquilo que se passa fora do âmbito do STF, ao meu ver, **data maxima venia** das opiniões em contrário, refoge ao âmbito da competência normativa do STF. Então eu me pergunto como se resolverá este problema, em que diploma se há de dizer o que acontece com aquilo que se passou no processo até o momento da avocação. Penso que a solução mais razoável, abstraindo-se do problema da sede própria, seria distinguir aqui entre preclusões e preclusões, tomando por base o próprio texto constitucional que fala de devolução integral da **lide**. Então, tudo aquilo que se refira à lide, isto é, tudo aquilo de que dependa a solução do próprio litígio, todas aquelas questões relevantes para a formação do convencimento judicial a respeito do mérito da causa, em todo esse campo, a meu ver é razoável supor que caíam as preclusões. Isto é, se determinada prova, por exemplo, houver sido requerida e indeferida, no órgão de origem, o STF poderá determinar que ela se produza, já que a lide se lhe devolve integralmente ao conhecimento. O mesmo não deve acontecer, parece-me, com as questões meramente processuais, isto é, com aquelas decisões que houverem sido proferidas sobre incidentes, sobre questões de natureza puramente processual; essas continuam de pé, porque não dizem respeito à lide e, como tal, não se devolvem ao conhecimento do STF.

Passando ao 3.º tópico, digamos algumas palavras a respeito do chamado "Contencioso Administrativo", que não guarda similitude, que não tem igualdade com aquilo a que se costuma dar essa denominação no Direito europeu, onde determinadas causas são apreciadas em definitivo pelos órgãos do chamado contencioso administrativo, sem possibilidade alguma de exercício de atividade jurisdicional pelos órgãos do aparelho judicial a respeito. Matéria do Contencioso Administrativo: ela está indicada nos arts. 110 e 203. O art. 110 refere-se aos litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive autarquias e empresas públicas federais. O art. 111 estabelece que a lei poderá criar contencioso administrativo e atribuir-lhe competência para as causas mencionadas no artigo anterior, que são essas. Aliás, é curioso observar que, neste ponto, houve um recuo na Emenda n.º 7. O texto primitivo do art. 111 não continha remissão ao art. 153, § 4.º, e essa é a única inovação que se nota no texto. Ora, a remissão ao art. 153, § 4.º, só pode significar uma coisa: é que, ainda sob determinados condicionamentos, essa matéria não pode escapar em definitivo à apreciação judicial. Então, voltou-se atrás; não é um juízo de valor este

que estou fazendo, é uma proposição de mero fato, uma constatação, se me perdoam a galicismo: no texto anterior, a meu ver, era possível a criação de órgãos com o poder de emitir decisões imunes à apreciação judicial, com aquele **final enforcing power** a que se referem os norte-americanos. Sob o regime atual já não é possível.

O art. 203 refere-se à criação de contenciosos administrativos **federais e estaduais**. Há portanto uma diferença entre os dois casos. Quanto a litígios decorrentes das relações de trabalho, a meu ver, o problema só se põe na órbita federal; não há que entender que esta é uma norma que repercute no plano estadual e que o Estado pode criar contencioso administrativo para o conhecimento dessa matéria. Não! A Constituição só se refere à União e, como tudo isso é excepcional, deve ser interpretado restritivamente. Não se pode ampliar além daquele campo que a Constituição delimitou. Já no tocante ao art. 203, a Constituição é expressa, na redação dada pela Emenda, em referir-se a contenciosos administrativos federais e estaduais para decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive relativas a acidentes de trabalho; e vem mais uma vez, entre parêntesis, a remissão ao art. 153, § 4.º, logo, os Municípios não estão autorizados em caso algum a criar órgãos deste chamado "Contencioso Administrativo". Os Estados só estão autorizados a criá-los em matéria fiscal e previdenciária, inclusive questões relativas a acidentes de trabalho, nada mais. É claro que os Estados podem ter, e já têm, muitos deles, órgãos administrativos que exercem, digamos assim, função análoga à judicante, no sentido de que apreciam determinados conflitos de interesses. O Estado da Guanabara, tinha um antigo Conselho de Recursos dos servidores, que subsiste no atual Estado do Rio de Janeiro. Há uma série de órgãos estaduais que funcionam de maneira até certo ponto semelhante àquela por que funcionam os Tribunais. Até formalmente, lavrando acórdãos, por exemplo. Mas não nos iludamos: nenhum desses órgãos corresponde à previsão constitucional, e os efeitos das suas decisões não podem, por conseguinte, de maneira alguma, ser equiparados aos efeitos das decisões que venham a ser proferidas por esses órgãos de que cogitou a Emenda. O art. 203, a bem dizer, só encerra novidade pela sua conjugação com o art. 204 e com o art. 153, § 4.º. Em si nenhuma inovação trouxe, porque os Estados já tinham e continuarão a ter órgãos administrativos para decidir questões, como referi há pouco; entretanto, a novidade vem da conjugação entre esse dispositivo e, de um lado, o art. 153, § 4.º. Que é que nos diz o art. 153, § 4.º, na sua parte nova? — Ele começa repetindo o texto anterior: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão do direito individual". E agora vem o texto acrescentado: "O ingresso

em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância nem ultrapassado o prazo de 180 dias para a decisão sobre o pedido". Relevem-me uma observação **en passant**: aqui foi golpeada a gramática. O verbo **exaurir** é defectivo, segundo os autores que consultei. Não tem presente do subjuntivo; só se conjuga nas formas 'em que ao radical se siga a letra **e** ou a letra **i**, de modo que esse **exaura**, positivamente, não faz honra ao redator da Emenda. Essa é a novidade trazida pela conjugação da norma com o art. 203: em relação àqueles órgãos de contencioso administrativo previstos no art. 203, poderá haver o condicionamento a que se esgotem previamente as vias administrativas. Exigência essa que, obviamente, não pode prevalecer em relação a outros órgãos que eventualmente os Estados criem para a solução de conflitos de interesses no âmbito administrativo, sem base constitucional. A outra inovação resulta da conjugação com o art. 204. "A lei poderá permitir que a parte vencida na instância administrativa (art. 111 e 203) requeira diretamente ao Tribunal competente a revisão da decisão nela proferida".

Voltaremos a esse ponto dentro de breves momentos. Antes, porém, e passando ao problema da força da decisão do órgão do contencioso administrativo, vamos focalizar a cláusula "sem poder jurisdicional", contida no art. 203, expressamente: "Poderão ser criados contenciosos administrativos, federais e estaduais, sem poder jurisdicional". Esta cláusula não figura, notem os senhores, no art. 111, porém a omissão é irrelevante, por força, exatamente, do art. 153, § 4.º, cuja primeira parte continua estabelecendo que não é possível subtrair ao conhecimento do Poder Judiciário qualquer lesão de direito. Ora, se assim é, evidentemente, mesmo nas hipóteses do art. 111, isto é, nos casos de litígios trabalhistas (hipótese esta que, repito, só interessa no plano federal, porque os Estados não estão autorizados a adotar este tipo de contencioso administrativo), não faz falta no texto do art. 111 a cláusula "sem poder jurisdicional". Da conjugação dos vários dispositivos, claramente se infere que aqueles órgãos do contencioso administrativo também não terão poder jurisdicional. Significa isso que a decisão proferida por qualquer órgão do contencioso administrativo não produz coisa julgada. A coisa julgada é o brasão do ato jurisdicional, é o seu signo distintivo. Há até autores como ALLORIO que não vêem outro critério possível para distinguir o ato jurisdicional do ato administrativo (matéria, como se sabe, difícilíssima) senão este: verificar se, de acordo com o direito positivo, aquela decisão produz ou não produz coisa julgada. Nisso o nosso sistema difere, repito, profundamente, do sistema europeu e difere, inclusive, em particular, do sistema das Comissões Tributárias italianas. Há pouco tempo foi reformada a legislação italiana em ma-

téria de contencioso fiscal. E, embora a lei não tivesse expressamente, explicitamente, atribuído poder jurisdicional a essas Comissões Tributárias, que são os órgãos do contencioso administrativo nesta matéria, a Corte Constitucional, diante da sistemática da legislação, acabou reconhecendo esse caráter a tais órgãos, que, portanto, podem proferir decisões suscetíveis de revestir-se da autoridade da coisa julgada, à exata semelhança de decisões do Poder Judiciário. Entre nós, o sistema continua diferente.

O art. 204 traz uma inovação interessante: "A lei poderá permitir que a parte vencida na instância administrativa (arts. 111 e 123)" — portanto quer no tocante ao contencioso administrativo trabalhista, digamos assim, quer no tocante ao contencioso administrativo fiscal ou previdenciário — "requeira diretamente ao Tribunal competente a revisão da decisão nela proferida". Que Tribunal competente é esse? A Constituição não disse. A meu ver a lei federal só poderá dizê-lo em relação à União, porque a designação do órgão competente, dentro do aparelho judiciário estadual, para exercer essa atribuição há de vir em norma jurídica estadual. Viria, até algum tempo atrás, na norma que fosse editada pelo Tribunal de Justiça; virá agora através de lei estadual. O processo, esse, deverá ser disciplinado em lei federal. Para tornar viável o funcionamento prático deste dispositivo deverão sobrevir dois conjuntos de normas. Um para estabelecer o processo (ou, se preferirem, o procedimento), e esse só poderá ser federal, porque os Estados não legislam nem mesmo supletivamente em matéria de direito processual. Quanto à indicação do órgão competente, aí convém distinguir: para a União, certamente, lei federal; para cada Estado, a lei do próprio Estado. Seria interessante, ainda que brevemente e sem desejar prolongar esta maçada além dos limites estritamente necessários, seria interessante refletir por alguns segundos acerca da natureza deste processo de revisão. O texto constitucional prudentemente usou expressão genérica, vaga: "requerer ao Tribunal competente a revisão da decisão nela proferida". Duas possibilidades se apresentariam **a priori, in abstracto**. A primeira é considerar este pedido de revisão como uma espécie de recurso **sui generis**, porque dirigido do plano administrativo para o plano judicial, voltado contra uma decisão administrativa porém endereçado a um órgão do Poder Judiciário. Essa construção, parece-me que devemos afastá-la, porque se vissemos no pedido de revisão um recurso, dentro da sistemática do nosso direito processual, correríamos o risco de entender-se que, uma vez esgotado o prazo para a interposição do recurso, a decisão faria coisa julgada. Ora, a decisão não faz coisa julgada, porque o órgão não tem poder jurisdicional. De sorte que a meu ver não se deve tratar esse pedido de revisão como um recurso. Resta considerá-lo como uma causa da competência originária do Tribunal; é perfeitamente possível construí-

lo assim. Como quando se impetra Mandado de Segurança, conforme a autoridade que tenha praticado o ato impugnado, muitas vezes a competência é originariamente atribuída a um órgão de grau superior, o mesmo aconteceria aqui. Tratar-se-ia, portanto, de uma ação de revisão de decisão do contencioso administrativo, a ser conhecida e a ser julgada por aquele Tribunal que, no tocante à União, fosse indicado em lei federal, e no tocante ao Estado, fosse indicado na norma estadual de Organização Judiciária. Neste sentido parece-me ter sido cauteloso e prudente o Anteprojeto de lei referente ao contencioso administrativo fiscal da União. Desejo muito sinceramente manifestar a minha impressão desfavorável a esse Anteprojeto, que me parece ter sido elaborado fora das boas normas da técnica legislativa em mais de um ponto, talvez pela exiguidade do prazo que se tenha concedido aos seus redatores. O Anteprojeto já foi aliás discutido amplamente em sessões do Instituto dos Advogados Brasileiros, às quais infelizmente não pude comparecer, inclusive pelo nosso eminente colega Carlos da Rocha Guimarães, especialista em matéria fiscal. Mas o Anteprojeto, pelo menos, absteve-se de usar a palavra **recurso**. O art. 50 diz: "Qualquer das partes poderá propor, perante o Tribunal Federal de Recursos (menção esta aqui cabível porque se trata de lei federal indicando o órgão competente na órbita federal), processo de revisão fiscal" (eu não gosto é do "propor processo", mas talvez seja ranzinze de professor da matéria. A meu ver propõe-se uma ação; processo, instaura-se) "processo de revisão fiscal com o propósito de obter a reforma da decisão administrativa final". O Anteprojeto absteve-se de regular esse processo; deixou a incumbência a uma lei especial que virá depois. O Anteprojeto está sujeito ao exame de uma comissão de juristas que, naturalmente, fará o possível para escoimá-lo dos defeitos que, sinceramente, são muitos, e alguns deles bastante graves. Há coisas até, se me permitem uma referência pitoresca, — há coisas um tanto curiosas. Por exemplo: parece claro que a incapacidade civil não impede ninguém de ser sujeito passivo de uma relação jurídica tributária; aliás, isso está dito, com todas as letras, se não me engano, no Código Tributário Nacional. E, ainda que, não estivesse dito, é o óbvio ululante. Pois bem, então, as pessoas que não têm capacidade civil, o menor ou os loucos de todo o gênero, como diz lá o Código Civil, podem perfeitamente ser sujeitos passivos de relações jurídicas tributárias; senão, seria o caso de todos nós requerermos a nossa própria interdição! Mas, a despeito disso, encontra-se escrito no art. 13 do Anteprojeto o seguinte: "Art. 13: todo contribuinte ou responsável por obrigação fiscal tem capacidade para estar no contencioso administrativo fiscal"; e mais, pode estar pessoalmente: "Art. 15: O contribuinte ou responsável comparecerá ao contencioso administrativo fiscal pessoalmente ou se fará representar por advogado".

— De modo que um louco ou um bebê de colo podem comparecer pessoalmente ao contencioso administrativo fiscal. Eu tenho a certeza de que essas imperfeições não passarão despercebidas aos eminentes membros da Comissão Revisora, um dos quais nos honra com a sua presença, o Dr. Gustavo Miguez de Melo. É preciso notar que a Constituição e o Anteprojeto, que nesse ponto não discrepa dela, permitem a qualquer das partes requerer ao Tribunal competente a revisão; não é só o contribuinte, nem é só o fisco, mas a parte vencida. Faço essa observação, porque me assustou a leitura de um artigo publicado no **O Estado de S. Paulo** sob o título: "O contencioso administrativo na Emenda constitucional n.º 7", de autoria de um escritor que não tenho a honra de conhecer: Lutero Xavier Assunção, o qual afirma, com todas as letras, que a Fazenda Pública não poderá valer-se desse dispositivo, só o contribuinte. A mim me parece que não, **data venia**. A Constituição não distingue, nem o Anteprojeto distingue. Outro ponto desse artigo que não pode passar sem reparo é a afirmação do Autor de que não caberá a realização de atividade probatória nesse Tribunal, ao qual se vai requerer a revisão da decisão administrativa. Entende ele que o Tribunal funcionaria apenas como órgão incumbido de uma revisão **de jure**, isto é, de uma revisão só das questões de direito, ficando jungido, como acontece com o STF ao julgar o recurso extraordinário, àquilo que a instância administrativa tivesse estabelecido no tocante às questões de fato. Ora, não consigo vislumbrar, nem no texto constitucional, nem no texto do Anteprojeto, qualquer indicação de que se pretenda ou se possa restringir a atividade do Tribunal competente para a revisão nesta matéria; ao contrário, se se trata, como procurei demonstrar, de uma causa da competência originária do Tribunal, parece-me óbvio que esse Tribunal conhecerá da causa em todos os seus aspectos, quer das questões de fato, quer das questões de direito.

Haveria, evidentemente, numerosos problemas de ordem mais particular a abordar neste ponto. Entendo, porém, que nenhuma palestra deve estender-se além de um tempo que pode flutuar um pouquinho, mas que não deve passar muito de uma hora; eu já estou falando há mais de uma hora e sinto-me um pouco assustado com a idéia de estar abusando da generosidade do auditório. De sorte que vou encerrar aqui esta exposição, pedindo desculpas aos senhores pelo que ela tem de desalinhavado e sobretudo pelo que tem de incompleto, mas colocando-me à disposição de quaisquer dos ouvintes que porventura desejem fornecer-me o ensejo, quem sabe, não digo de suprir, mas pelo menos de atenuar essa feição tão lacunosa da palestra, suscitando alguma indagação a que tentarei, com muito prazer, responder. Agradeço a todos, de coração, a atenção com que me ouviram.

REPRESENTAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E MANDADO DE SEGURANÇA

JOSÉ EUSTÁQUIO CARDOSO
Procurador da República

1. INTRODUÇÃO

A impetração de mandado de segurança em nome de pessoa jurídica tem-se feito, não raro, sobretudo no âmbito da Justiça Federal, com o acompanhamento da petição inicial, além dos documentos comprobatórios do fato em que se fundaria o alegado direito líquido e certo, por uma simples procuração, passada por instrumento particular, em que uma pessoa, dizendo-se "representante legal" da pessoa jurídica, outorga, por ela, poderes ao advogado para que aja em juízo. Nada existe, no entanto, a provar seja o signatário da procuração realmente o órgão da pessoa jurídica competente para tanto. Nenhuma cópia dos atos constitutivos desta e da ata da assembléia em que o signatário da procuração tivesse sido eleito seu diretor. Argüida a preliminar, geralmente pelo Ministério Público, os juízes limitam-se a dela fazer "tabula rasa" ou a abrir prazo para que a "parte" (ver-se-á depois o porquê das aspas) interessada junte documentos. E há julgados a reconhecerem estar-se diante, no caso, de falta de capacidade processual da pessoa jurídica. Tentaremos demonstrar, no correr deste trabalho, que nenhuma das três atitudes prima por aplicar à hipótese a solução mais consentânea com o Direito. Na verdade, há um defeito muito mais profundo, que torna, mais que nulo, inexistente o processo apenas aparentemente formado em tal caso.

2. REPRESENTAÇÃO OU PRESENTAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA?

De há muito superada que se encontra a concepção romanística segundo a qual a pessoa jurídica careceria de representação por ser incapaz, incapacidade esta sugerida pela própria expressão "repre-