

Entrevista com o ministro Sepúlveda Per-  
tence, 301

**DIÁLOGOS COM  
A DOUTRINA**

## Entrevista com o ministro Sepúlveda Pertence\*

**RTDC:** Ministro Sepúlveda Pertence, em primeiro lugar, gostaríamos de saber quais as principais lembranças de seus estudos universitários; quem foram os mestres que mais o influenciaram; qual era o método didático usado e quais as diferenças na relação entre professores e alunos naquele tempo; como o Sr. vê os métodos atuais e, finalmente, qual o peso dessa formação universitária na sua vida profissional?

**SP:** Eu me bacharelei na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, que tinha à época corpo docente com figuras de grande expressão. Seria difícil destacar alguns sem esquecer de outros, mas é inevitável falar, por exemplo, de Washington Albino, que teve um papel decisivo para mim, não só pelo professor que era, mas pelos primeiros sinais de modernização do método do ensino jurídico. O tempo, ainda com essa exceção, e em certos aspectos da de Orlando de Carvalho, professor de Teoria Geral de Estado, era o do velho e tradicional método coimbrão da aula-conferência. Algumas primorosas, como eram, já ao findar o curso, as aulas de Direito Internacional Privado de Amílcar de Castro, considerado por sucessivas gerações o melhor professor que a faculdade teve em todas aquelas décadas. Mas tivemos outros grandes professores: fomos a primeira turma de que foi professor Alma Xavier; na área de Direito Civil, algumas figuras notáveis, como Caio Mário, Darcy Bessone, Durvali Ferreira; no Direito Comercial, o excelente professor Eunápio Borges.

**RTDC:** Houve influência desses professores na sua vocação para o Direito Público, para as áreas do seu gosto, como o Direito Constitucional?

**SP:** Fui menos um estudante do que um militante estudantil. O curso propiciava isso, era também de duas provas escritas, uma em julho e outra em dezembro, a média 7 aprovava e, eventualmente, uma prova oral. Isso me possibilitou dedicar-me mais à política estudantil e dedicar em cada semestre 15 dias ao estudo — aí varando noites (risos).

**RTDC:** Quais eram, naquela época, as principais bandeiras da política estudantil?

**SP:** Foi, basicamente, a época de lutas nacionalistas, coincidentes com o quinquênio de Juscelino Kubitschek — 1956 a 1960. Então, eu diria que a bandeira que unificava o movimento estudantil era a da luta de desenvolvimento com bases nacionalistas.

\* Entrevista realizada com a indispensável colaboração dos Procuradores Regionais da República Drs. Antônio Carlos Bigonha e Odím Brandão Ferreira, aos quais a RTDC agradece.

**RTDC:** A sua geração se considera vencedora em relação a essas bandeiras ou frustrada? No movimento estudantil a gente sonha muito... Como o Sr. se sente diante disso?

**SP:** Aí depende da geração, é difícil falar em nome da geração; da minha parte, é claro, se soma a esta aspiração da formação nacional, formação econômica, a de um desenvolvimento nacional. Quanto às aspirações de justiça social, de solidariedade social com base na organização do país, evidentemente que este outono vivido é de profunda frustração.

**RTDC:** Portanto, este período tão rico de vida, na casa de Afonso Pena, na Universidade de Minas Gerais, dos estudos com esses grandes nomes que foram seus professores e dessas bandeiras de luta, influenciou a sua maneira de ver o mundo, a vida pública e a profissão, teve um grande peso ou houve uma ruptura entre a fase universitária e a fase profissional?

**SP:** Não, pelo contrário, eu diria que a fase universitária prosseguiu naturalmente, quase sem interrupção, quando, já tendo me transferido para Brasília, acabei seduzido pela oportunidade de participar da grande aventura universitária da época, que foi o ensaio da criação da Universidade de Brasília, pensada na época como a verdadeira revolução do ensino universitário no Brasil. E tive então, aí sim, a oportunidade de viver uma experiência absolutamente inesquecível, não só pela vivência que era a Universidade de Brasília, naqueles anos muito ricos de crise brasileira, infelizmente mal terminados com a implantação do autoritarismo de 64, mas no ponto estritamente universitário, do que era, enfim, um ensaio de novas metodologias no ensino de direito.

**RTDC:** Chegou-se a concretizar parte desse projeto?

**SP:** Sim, é preciso explicar que participei nos três primeiros anos da vida da Universidade de Brasília como instrutor, que era o estudante de pós-graduação, que, ao tempo de preparar o seu mestrado, prestava o serviço de auxiliar docente. Por exemplo, para ficar só na metodologia das aulas, havia o sistema de monitor. Chamávamos então, aula maior, uma vez por semana, proferidas pelos nomes de grande titulação, que iniciava o curso com uma aula clássica, tipo conferência, de duas horas de duração — a aula maior. E isso era desdobrado em três aulas menores, e aí participávamos nós, os instrutores e outros auxiliares: em pequenas turmas, de no máximo 20 estudantes, se discutia, em 50 minutos, o tema da unidade da semana, aí com ampla participação dos estudantes.

**RTDC:** E a avaliação?

**SP:** A avaliação se fazia também com trabalhos de pesquisa, com provas, entrevistas, etc. Além dessas aulas menores, entregues a um professor auxiliar de uma turma pequena, os estudantes tinham seu orientador pessoal com quem dialogavam permanentemente sobre

assuntos afeitos à organização de seu currículo, sobre suas dificuldades nesta ou naquela disciplina.

**RTDC:** Esse modelo era coordenado pelo Anísio Teixeira e Darcy Ribeiro; havia uma filosofia?

**SP:** Esta estrutura básica vem do plano Anísio Teixeira-Darcy Ribeiro. No campo do ensino jurídico, àquela época ainda sem condições de instalar o que no plano definitivo seriam os institutos básicos, criamos o que se chamou o curso-tronco de direito, economia e administração, no qual os três ou quatro primeiros semestres eram dedicados ao estudo de disciplinas básicas desses três cursos, dentro de um critério básico, de um critério fundamental do plano Darcy Ribeiro, que era evitar a duplicação dos esforços. Assim, o estudante de economia tinha aquelas disciplinas de informativos, de elementos de direito público privado, sob a responsabilidade dos professores de direito, assim como os estudantes de direito estudavam introdução à economia no departamento de economia.

Efetivamente, o que me recorde destes anos, além de toda a agitação do ambiente pelos anos vividos pelo País, é de um rendimento excepcional, porque o sistema provocou e exigiu dos estudantes de direito daqueles anos um esforço, eu diria que, por mês, talvez maior do que me tenham exigido os cinco anos de duração do curso de direito, se deles se subtraírem os seminários de Washington Albino de direito econômico e as pesquisas de Orlando de Carvalho, mas, estas, voluntárias.

**RTDC:** Ministro, e as demais influências de literatura? Sabe-se de seu gosto por Ciências Políticas e por Direito do Estado. A respeito da formação não-jurídica, teria autores prediletos ou leituras recomendadas às novas gerações? O que lhe vem à cabeça se eu lhe perguntar sobre sua formação humanista, sobre os seus gostos por temas não jurídicos?

**SP:** Sim, nada muito disciplinado, mas fui desde a época do curso secundário um leitor que hoje os agravos não permitem ser mais de literatura de todos os gêneros e até de todas as qualidades (risos).

**RTDC:** A gente tem sempre a impressão, quando ouve pessoas da geração do Sr. falando sobre o curso de direito, que, no passado, a faculdade de direito e o corpo de alunos eram mais iluminados, existia um humanismo maior, o estudante de direito daquela época era sempre o motor dos movimentos estudantis, da formação de opinião estudantil, ao passo que a imagem do estudante de direito hoje seria um pouco burocrática, técnica, profissionalizada. Isso é um subproduto mesmo da repressão? O estudante de direito hoje vive fora do ambiente acadêmico, ele perdeu o referencial humanista?

**SP:** Para fechar o ciclo de Brasília, você perguntou a diferença... Bem, é claro que, naquela época, especificamente no campo de direito, a universidade teve a oportunidade de ter um número muito expressivo de professores e que, de minha parte, me influenciaram profundamente, desde Machado Neto e Anísio Lima, na área de Teoria Geral do Direito e de Filosofia do Direito, como a influência que, depois, viria a ser marcante na minha vida, de Vitor Nunes Leal, na área de direito público, e de Roberto Lira Filho, no campo do direito penal. Depois, passado o período da grande crise de 65, quando se teve de recompor a qualquer custo o corpo docente, a universidade, até pelas facilidades de Brasília, voltou a ter um corpo docente de boa categoria. Mas eu não tenho hoje informações mais pormenorizadas quanto a ter ou não restado algo daquela tentativa de modernização de métodos e de maior interação com os estudantes, que foi a nossa tentativa.

**RTDC:** Essa geração de hoje de estudantes, de jovens que às vezes seguem a advocacia, perdeu um pouco desse referencial do estudante de direito como uma pessoa profundamente politizada e preocupada com as ciências humanas? Isto teria ocorrido por força do processo político ou por outras forças, outras causas?

**SP:** Ocorreu a perda do que as faculdades de direito tinham tradicionalmente: a condição de ser o centro de todas as ciências sociais e de grande parte da cultura humanística e literária. Aos poucos, vão ganhando autonomia os cursos: primeiro pela faculdade de filosofia, de letras, depois com as faculdades de economia e de ciências sociais, toda essa área, de tal modo que se foi especializando o próprio universo do estudante de direito. Isto somado a uma confusão recorrente do pensamento jurídico brasileiro — deixe-me vender meu peixe — ainda nostalgicamente kelseniano, entre normativismo e exegetismo rasteiro, pode ter levado à perda, em termos globais, desta ebulição política, filosófica e literária, de que as faculdades de direito foram a sede tradicional, e, eu quase diria, inevitáveis.

**RTDC:** Muito sugestiva esta sua designação, escola da exegese rasteira... A que o senhor atribui isso? Geralmente, isso nos preocupa muito — esse excesso de tecnicismo, o que o Sr. teria a dizer a esse respeito?

**SP:** Estando há tanto tempo distante, infelizmente para mim, de estudos mais pretensiosos de teoria jurídica, eu não me aventurarei neste mar revolto. Eu prefiro dizer neste sentido, quase na defensiva em que me pus antes que, no que-fazer cotidiano do jurista, ou se quiser — na terminologia hospitalar em voga — dos operadores do direito, Kelsen continua insuperável instrumento de lógica formal do direito, que nada tem a ver, nem em Kelsen, com exegetismo. E as subleiturias de Kelsen, a meu ver, insistem nessa confusão.

**RTDC:** O que significou Vitor Nunes, para o Brasil e para o Sr.?

**SP:** Para mim, em termos vitais, a coisa cairia até em tons sentimentais. Foi uma figura humana que me marcou profundamente, em todos os sentidos, até por ser uma das cabeças intelectualmente mais privilegiadas que conheci e um dos poucos homens humildes que conheci. Vitor nunca procurou fazer um tipo, mas seguramente foi um dos poucos homens que começava por não ter idéia sequer parcial do seu valor. As circunstâncias da vida foram nos aproximando desde minha função como um de seus auxiliares, nos primeiros cursos de direito constitucional; de seu orientando nos projetos frustrados da dissertação de mestrado; depois, de seu colaborador voluntário, do que foi então uma revolução de métodos de trabalhos no Supremo Tribunal e, finalmente, de companheiro de advocacia depois de sua arbitrária aposentadoria do Supremo Tribunal até a sua morte, que coincidiu também com meu afastamento da advocacia, primeiro para a Procuradoria Geral da República e depois para o Supremo Tribunal.

**RTDC:** Fale-nos a respeito da importância do Ministro Vitor Nunes Leal no Supremo Tribunal Federal, que as gerações de hoje pouco conhecem. O Senhor se referiu a uma revolução de métodos no STF...

**SP:** Bem, Vitor tinha também uma qualidade que não é muito comum: a do intelectual brilhante com uma rara capacidade de organização de trabalho, completada por essa humildade a que me referi. Comecei a freqüentar o Supremo Tribunal Federal no primeiro ano seguinte ao meu bacharelado, quando Vitor acabava de ser empossado no Supremo Tribunal. Foi dezembro de 1960 ou janeiro de 1961. Já então impressionava um dado novo, que às vezes irritava os colegas: o sistema de cruzamento de anotações de dois tipos de cadernos, que ele preenchia durante as sessões e que lhe permitia, não só em intervenções orais, referir precedentes, com data de julgamento do relator e eventualmente da publicação, e também — daí a irritação —, indagar freqüentemente dos colegas se haviam mudado de opinião sobre determinado tema, porque, anteriormente, às vezes com o intervalo de uma semana ou duas, haviam acompanhado o relator em sentido oposto. É desses cadernos que nasce a idéia da súmula, que Vitor Nunes explicava como fruto da sua falta de memória: dizia que sempre teve memória fraca e se via obrigado àquelas anotações. Verificava-se, então, não apenas o dispêndio da rediscussão de temas, que, naquele momento do Tribunal, eram considerados entendimentos absolutamente consolidados, sem perspectiva de alteração, mas também, por eventuais falta de memória dos outros, um certo saber lotérico de vacilações jurisprudenciais, devidas não a mudanças de opiniões, mas a eventuais desatenções. Então, partiu daí a sua proposta das súmulas como uma afirmação explícita e oficial pelo Tribunal do que entendia como jurisprudência sobre determinados temas, determinadas questões. E das súmulas

pretendeu extrair, vencendo resistências naturais daquela época, alguns modestos efeitos procedimentais: por exemplo, no recurso extraordinário por divergência jurisprudencial, dispensar a parte de outra documentação de acórdãos divergentes senão a referência à súmula. E a grande inovação daquela época, que foi dar ao relator a oportunidade de arquivar agravos de instrumento ou recursos extraordinários cuja tese contrariasse a súmula, obviamente sujeita à revisão do colegiado mediante agravo regimental. Esta grande contribuição se somou a várias outras, até mesmo à racionalização da caminhada física dos autos, do momento em que chegado ao protocolo do Tribunal até a mesa do ministro relator. Cito este exemplo apenas para mostrar o tipo de preocupações de que era capaz um intelectual do nível de Vitor. Ele demonstrava que havia, entre esses dois momentos, dezessete movimentos físicos dos autos. Coincidindo com a revolução da "xerox", aquilo foi reduzido a dois ou três movimentos. Mas é evidente que a resistência da rotina burocrática a inovações é sempre brutal. Os autos ainda iriam fisicamente à distribuição, que era feita com esferas de víspora retiradas pessoalmente pelo Presidente do Tribunal, à vista dos autos. Logo depois da aposentadoria compulsória de Vitor e da aposentadoria de Antonio Gonçalves, lhe dera carta branca para comandar esses aspectos da administração do Tribunal, o Presidente que veio a suceder Gonçalves, meu querido amigo Oswaldo Trigueiro, velho advogado do Tribunal também, chegou para a primeira sessão de distribuição e não viu o que era normal, o que ele como advogado se acostumara a acompanhar: o Presidente "afogado" em um mar de autos que lhe eram postos um a um sobre a mesa. Ele disse: "Mas como fazer a distribuição?" Diz-lhe um funcionário "O Ministro Vitor inventou um negócio: agora só vêm essas folhas aqui." Ele disse: "Não, isso sempre deu certo, vamos voltar ao sistema antigo", aí vieram os carrinhos. Isto fica apenas como um exemplo destas rotinas, que têm muito a ver com as frustrações da administração de qualquer tentativa racionalizadora da administração judiciária, até pela extrema rotatividade e brevidade das administrações nos Tribunais. Depois, eu verifiquei isso no Superior Tribunal Eleitoral, no Supremo Tribunal particularmente, como a burocracia olha para a gente com um certo ar de pouco caso quando se prescreve alguma inovação, alguma ruptura com a rotina. Como a dizer: ele passa, nós ficamos.

**RTDC:** Conte o episódio do Ministro Vitor, técnico em Eletrônica...

**SP:** Quando começava a primeira perspectiva de que o cérebro eletrônico poderia ter algo a ver com a racionalização do serviço judiciário, da rotina judiciária, aproveitando-se do que era o ensino secundário em Brasília naqueles primeiros anos, planejado ainda por Anísio Teixeira, Vitor matriculou-se em um curso técnico noturno de um dos colégios — eram as primeiras idéias de um curso técnico paralelo ao curso secundário tradicional. Mas tudo isso

terminou em 1969, sob o Ato Institucional nº 5, quando a ditadura resolve aposentar compulsoriamente do Tribunal os três Juizes tidos então como politicamente suspeitos, que eram Vitor Nunes, Evandro Lins e Silva e Hermes Lima. Dessa aposentadoria, que já corria pelos boatos, Vitor toma conhecimento quando está em sua casa discutindo com um belga que o assessorava nas primeiras formulações do que seria a preparação do Tribunal para o momento em que fosse possível pensar em iniciar a informatização de certas áreas. Em sua própria casa, na sala de jantar, ouvia o belga explicar-lhe alguns planejamentos que fizera. Ao mesmo tempo, com o outro ouvido, prestava atenção na *Voz do Brasil*. Até que vem a notícia que Hermes Lima nunca perdoou, pelos seus termos: ao final de uma reunião, o Presidente da República aproveitara a oportunidade para comunicar ao Conselho de Segurança Nacional que resolvera aposentar os três Ministros. Dizia Hermes Lima: "Oportunidade se aproveita é para desejar Feliz Natal e Próspero Ano Novo, para protestos de estima e consideração... Aproveitar para cassar?" E vinha o palavrão (risos), do *gentleman* que era Hermes Lima. Vitor Nunes apenas se limitou a dizer ao belga: "Estou curiosíssimo, e teria o maior prazer de continuar ouvindo a sua explicação, mas o senhor já não estará explicando ao Ministro do Supremo, mas a um aposentado".

**RTDC:** Que coisa chocante! Na sua trajetória, Ministro, retomando aqui o caminho entre as lutas na advocacia, na OAB, na frente da Procuradoria Geral da República, a passagem pelo Ministério Público local, não poderíamos perder aqui a ocasião de registrar tantas importantes memórias. O que o Sr. teria a dizer dessa experiência nesses cargos públicos tão elevados e, no caso do Ministério Público, o interesse pessoal por aquilo que foi a organização da defesa dos interesses coletivos, em sua gestão na Procuradoria Geral da República?

**SP:** Bem, entre o início da adversidade e a cassação, como é sabido, prestei concurso para o Ministério Público do Distrito Federal e nele atuei alguns anos, com a interrupção provocada pelos dois anos que passei como secretário jurídico de outra grande figura do Tribunal daquela época, que foi Evandro Lins e Silva. Voltei ao Ministério Público e depois de alguns ensaios de ditadores individuais, tenho a glória de ter sido necessária uma junta para me aposentar. Dali voltei a advogar, o que coincidiu mais ou menos com a montagem do primeiro dos escritórios organizados por Vitor Nunes; voltei, então, intensamente à advocacia, paralelamente à militância na Ordem, que era a tribuna restante para evitar a castração completa da cidadania naquela época. Seguem-se aí coisas do destino, a escolha por Tancredo Neves para a Procuradoria Geral da República, numa fase que eu considero, particularmente, fascinante, em que um grupo de procuradores começava a perceber as potencialidades do Ministério Público no regime democrático e assentou algumas bases, naquele período de

transição do que pretendíamos que viesse a ser, com a Constituição, o Ministério Público. Se o Ministério Público Estadual, nos sucessivos textos constitucionais e até, por paradoxal que pareça, no desenvolvimento do “pacote de abril”, vinha tendo desenvolvimentos sensíveis, o Ministério Público Federal ficaria, até aquela época — ressalvada a atividade dos pareceristas junto ao Supremo Tribunal e aos outros Tribunais —, dominado pela outra função que lhe cabia, a advocacia do Estado. Então, aqueles anos foram férteis no pensamento de outras perspectivas do Ministério Público, até porque — e hoje eu já posso dizer, pois os meus amigos já não ficarão bravos comigo — eu já tinha a clara percepção de que, na Assembléia Constituinte, era fatal a cisão das duas funções então confiadas ao Ministério Público Federal e, a exemplo do que já sucedera com o Ministério Público dos estados, a entrega a outro órgão da função de advocacia da União. Ali houve, realmente, além da preparação administrativa, a emancipação administrativa da Procuradoria em relação ao Ministério da Justiça. Assumi a Procuradoria Geral quando o seu diretor-geral se reportava ao diretor administrativo do Ministério da Justiça, órgão de terceiro escalão da pasta. Então, puderam ser feitos alguns experimentos do que viria efetivamente a ser o Ministério Público da União. Lembro-me, por exemplo, de uma troca de idéias com Dom Paulo Evaristo Arns em São Paulo, ainda vivo Tancredo Neves, quando surgiu aquilo a que se referiu: o primeiro aceno ao papel que o Ministério Público poderia desempenhar na defesa dos direitos difusos e dos direitos humanos fundamentais. Isso surgiu no Ministério Público mediante uma simples portaria, pensada em conjunto com Cláudio Fontelles, então meu chefe de gabinete, da qual surgiu uma sigla que mais parece farmacêutica — SECODID — Setor de Coordenação da Defesa dos Interesses Individuais e Difusos. Isso se desenvolveu na designação, em cada Estado, de pelo menos um Procurador da República encarregado do setor, o que, pelo menos nas seções mais tradicionais da Procuradoria, gerou na época uma resistência que era inevitável: de repente, movimentos negros, verdes, índios, homossexuais etc., passavam a invadir, sem muita cerimônia, os corredores da Procuradoria com o tom reivindicativo, nem sempre muito gentil, que lhes é próprio.

**RTDC:** Essa sua passagem pelo Ministério Público e pela Procuradoria Geral da República; especialmente no que tange à sua experiência na defesa dos direitos humanos, exerceu uma influência decisiva na sua atuação no Supremo Tribunal Federal?

**SP:** Sim, em primeiro lugar, em minha vivência no dia-a-dia do controle concentrado de constitucionalidade. A antiga representação de inconstitucionalidade, àquela época, como se sabe, era monopólio da iniciativa do Procurador-Geral da República. Na medida compatível com a dúplice função do meu cargo à época, creio ter logrado começar a liberalizar, no sentido

de trazer ao conhecimento do Supremo Tribunal algumas questões polêmicas, nem sempre no sentido mais conveniente ao governo. E, pelo menos no caso da Lei de Informática, tomando a posição do governo, mas sem usar da prerrogativa do Procurador-Geral de simplesmente arquivar a provocação que submetesse ao Supremo a arguição de inconstitucionalidade, o que parece estar historicamente nas origens de um instituto, que viria a ser consagrado na Constituição e que eu sei não é muito popular: a ação declaratória de inconstitucionalidade.

**RTDC:** A biografia de um Ministro do Supremo é determinante em seus votos?

**SP:** Bem, para um Ministro do Supremo emitir sobre isso um juízo definitivo, deveria tentar converter-se em um estudioso de si mesmo. Mas é claro que eu não tenho dúvida de que, desde que superada a ilusão exegetista — e não-kelseniana — do silogismo judicial, parece ser uma evidência a respeito da teoria da decisão judicial de hoje que o juiz se põe em maior ou menor grau nas suas decisões. E esta intromissão da biografia e da cosmovisão do juiz, como foi referida, obviamente cresce, quando se chega à jurisdição constitucional — por definição, repleta de tarefas de concretização de conceitos indeterminados e de colisões de direitos e de princípios fundamentais contrapostos. Fossem outras as condições e circunstâncias de trabalho do Supremo Tribunal, isso poderia ganhar uma dimensão fascinante, em face das características da própria Constituição Brasileira de 1988, não apenas repleta de pretensões quase holísticas, mas também por sua natureza extremamente compromissória, pelas próprias condições em que foi elaborada, em que pululam conceitos indeterminados e ponderações a fazer entre princípios opostos. Por isso, exatamente por reconhecê-lo e freqüentemente dizê-lo ao Plenário, às vezes sei ou percebo que colegas meus podem considerar-me um tanto ou quanto desajuizado, porque, é claro, que ainda consciente desta intervenção da biografia nos seus julgados, o juiz se sente, e é bom que se sinta, obrigado ao final a reduzir a fundamentação do seu voto a termos mais ou menos silogísticos (risos).

**RTDC:** Ministro, qual a justa medida entre o julgamento pelos meios de comunicação e a solene desconsideração ou impermeabilidade judicial à realidade?

**SP:** Os senhores querem que eu faça vestibular para a mais alta filosofia do direito (risos) ou, pelo menos, a mais alta filosofia da função judicial. Isto hoje na sociedade de comunicação de massa e, particularmente, na vivência da jurisdição constitucional, é talvez o seu maior drama. Até porque a resposta dependeria de outra indagação: a distinção entre o que é a realidade social subjacente e a pressão da mídia de cada dia. Porque freqüentemente se chama a atenção à opinião pública, a atenção à realidade do País, o que não passa de ser o quadro apresentado pelos veículos de comunicação de massa e, sobretudo, pelos interesses

empresariais a que servem. Isso é profundamente angustiante, desde as grandes questões constitucionais ao dia-a-dia da jurisdição penal do Supremo Tribunal Federal, neste grande drama, neste grande dilema vivido pela prática da jurisdição penal contemporânea, que é o pêndulo entre o discurso *law and order*, que consegue conjugar numa aliança forças diversas sem que elas próprias percebam, e o discurso de preservação de garantias fundamentais do direito penal e sobretudo do processo penal. Isto é um drama cotidiano e está tão enraizado em cada juiz, na sua mundividência, que é angustiante e ao mesmo tempo é aquele em que menos o juiz percebe como está sendo influenciado por esta sua visão, pela pré-compreensão do mundo. É transparente para o juiz, porque internalizou o discurso *law and order* e que acredita, realmente, na universalização ilusória, universalização da resposta penal a todos os problemas; sobretudo os problemas de violência e de corrupção da sociedade contemporânea, parecendo-lhe absolutamente dramático ter que fazer concessões às garantias.

**RTDC:** Em termos das garantias, há vários pontos na sua atividade jurisdicional que interessam muito aos leitores da RTDC, alguns que entram em xeque, que trazem à cena colisões de princípios fundamentais relacionados às matérias de direito privado, atividade econômica privada, matéria de família. Gostaríamos de lembrar dois votos vencidos seus, e ouvir a sua opinião atual sobre estas duas questões muito polêmicas para o Supremo. O primeiro foi trazido pelo exame de DNA, quando num *habeas corpus* vindo do Rio Grande do Sul, o réu de ação de investigação de paternidade se recusara ao exame de investigação de paternidade e, portanto, a tese que se discutia era a da possibilidade de levar, *manu militari*, o pai para fazer o exame; ou se deveria prevalecer o princípio da intimidade, da privacidade do réu que se recusava a se submeter ao exame. O seu voto, assim como os dos Ministros Francisco Rezek e Ilmar Galvão, foram derrotados, prevalecendo a privacidade, a intimidade, não se autorizando, portanto, a produção coativa da prova. A Corte ainda não alterou o ponto de vista dela, sua posição ainda é minoritária. Portanto, essa garantia fundamental de descoberta da identidade genética, como expressão da dignidade da pessoa humana, teria sido deixada de certa maneira de lado por uma presunção processual em matéria probatória? Qual a sua opinião, hoje, já passados alguns anos deste *leading case*?

**SP:** É evidente que o tema é dramático. Votei naquele momento, ainda não me convenci do contrário, no sentido de que o direito à identificação da paternidade deveria prevalecer, naquela hipótese, sobre a invocação da intimidade. Eu creio que nós vivemos, hoje, uma época do duplo abuso da intimidade. O primeiro é a invasão abusiva da intimidade, particularmente quando se cuida de dois extremos, ou das pessoas notórias, das pessoas que põem em causa as sérias discussões sobre a ampliação da zona de iluminabilidade de suas vidas, o

que tem também leituras difíceis e outras que não têm nada do encanto, da sofisticação narrados pelas figuras notáveis da história ou pelo menos da crônica de seus próprios livros. O outro prisma do mesmo abuso à intimidade é a que vemos cotidianamente perpetrada contra a privacidade e a intimidade das personagens de episódios policiais ou similares, desde que saídos das classes marginalizadas. Outro abuso da intimidade é o abuso da invocação do princípio da intimidade, como se fosse algo de absoluto e unilateral. Nesse sentido é que se põe freqüentemente o problema da ponderação e da escolha de valores e impondo-se então, voltando à pergunta anterior, a necessária ingerência da biografia da pré-compreensão do juiz nos seus votos.

A propósito do DNA, tive o voto, aí acompanhado pela Primeira Turma, num caso absolutamente típico de abuso de DNA. Cuidava-se de uma curiosa ação proposta contra o pai presumido, pelo companheiro de sua mulher, para afirmar a paternidade do filho havido de sua relação adulterina antes da separação do casal. Não satisfeito com a própria prova positiva que lograra do cotejo do seu DNA com o da criança, pretendeu ele, e o que é pior, obteve, ordem judicial para submeter o chamado pai presumido ao exame.

**RTDC:** Bem, e como acabou esta questão?

**SP:** Nessa, foi deferido unanimemente o *habeas corpus*.

**RTDC:** Ministro, a questão da prisão civil por dívida atinge diretamente as relações jurídicas privadas. A posição do Supremo é contrária à posição que acabou prevalecendo no Superior Tribunal de Justiça. Nas decisões do Supremo, e o seu voto também foi minoritário, discutia-se se deveria prevalecer o art. 7º da Convenção de San José da Costa Rica, que proíbe a prisão civil por dívida no Brasil. Acabou prevalecendo no Supremo a tese de que a Constituição, estando acima das leis infraconstitucionais — tanto que a matéria incluída nos Tratados internacionais é submetida ao Superior Tribunal de Justiça — deveria prevalecer. Estaria, então, ainda em vigor no Brasil, segundo o Supremo Tribunal Federal, por maioria, a prisão civil nos casos de alienação fiduciária em garantia. Na academia a tese é altamente polêmica. Afirma-se: “Mas o Supremo não enfrentou ainda o § 2º do artigo 5º, que permitiria que, nas hipóteses de princípios consagrados em tratados internacionais, se pudesse aumentar o elenco dos direitos e garantias fundamentais”. Então, sempre tivemos a curiosidade de perguntar ao Sr., que lavrou um memorável voto vencido — depois outros tantos em sua Turma, ressaltando sua posição no voto mas admitindo a posição do colegiado —, por que não se deu maior efetividade ao § 2º do art. 5º da Constituição, com a introdução de novos direitos e garantias fundamentais?

312

SP: Bem, a minha perspectiva pessoal da inconstitucionalidade da prisão civil do devedor na alienação fiduciária em garantia vem de convicção firmada ao tempo da advocacia e que, talvez, decorra de uma certa desconfiança de quem sabe muito pouco direito privado e das artes dos civilistas de, por meio de construções inteligentíssimas, transformar a essência das coisas. Sempre me pareceu, ainda sob o texto constitucional anterior, que quando a Constituição estabelecia, como exceção à prisão civil, sua admissão contra o depositário infiel (sem entrar aqui em que limites é válida a interpretação da Constituição a partir do direito infraconstitucional) tinha em conta as noções clássicas do depósito. De tal modo que me parecia ladear a proibição constitucional criar-se, por normas infraconstitucionais, figuras equiparadas ao depósito, mas que não tinham os dados essenciais dos quais me parecia ter derivado a exceção constitucional. Por isso, sempre insisti nesta visão, ao lado das novas questões surgidas. Quanto ao aspecto da questão, relacionado ao § 2º do art. 5º da Constituição, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte”: ao meu ver, esse esboço de interpretação do dispositivo não está no voto sobre a prisão civil, mas no voto sobre a questão do duplo grau de jurisdição. E há aí exageros das duas partes. De um lado, dos que pretendem ver neste dispositivo constitucional algo que, no atual estágio das noções consolidadas sobre a relação entre a Constituição e o direito internacional convencional, me parece inadmissível, que é a possibilidade de alteração da Constituição por tratados e, sobretudo, por tratados incorporados ao direito interno após a Constituição. Seria, em termos de direito constitucional, de direito interno, admitir que os órgãos nacionais de celebração, ratificação e promulgação dos tratados detivessem, na verdade, um poder de revisão constitucional, sem seguir o processo das emendas constitucionais, e afetando um campo delicadíssimo, que é o das garantias individuais. Outra coisa é saber se o tratado pode ir além das garantias constitucionais, acrescentando-lhes outras. E, aí, confesso que sem aprofundamento para juízo definitivo, pois o caso que examinei não o impunha, a minha tendência seria assegurar à norma internacional prevalência sobre a lei ordinária.

No que diz respeito, especificamente, à questão suscitada — a da prisão civil na alienação fiduciária, da prisão em geral do depositário infiel à luz do “Pacto de San José” — é uma outra indagação que, também sem tê-la aprofundado, me inquieta. É se, na verdade, no contexto de um rol de declaração de direitos qual a do art. 5º, a permissão das duas hipóteses

de prisão civil devem ser interpretadas como exceções admissíveis à garantia individual, que é a vedação da prisão civil, ou, ao contrário, como imperativos constitucionais de que aquelas duas hipóteses de prisão civil sejam admitidas.

**RTDC:** Assim como o crime hediondo, por exemplo...

**SP:** Sim, então o art. 5º seria o lugar adequado para uma garantia do crédito? A grande defesa da permissão da prisão civil na hipótese de alienação fiduciária é esta: só ela viabiliza o crédito de bens duráveis de maior valor e o exemplo inevitável em nossa civilização, que é o do automóvel, a devedores de menor fortuna. Agora, o que me pergunto é se, em termos de análise do art. 5º como rol, como declaração constitucional de liberdades, isso se converte em um imperativo?

**RTDC:** O Tratado de San José da Costa Rica, mesmo como lei infraconstitucional, poderia revogar outra lei infraconstitucional e o assunto poderia se considerar resolvido, sem se chegar a uma ampliação da lista de garantias.

**SP:** A defesa da posição contrária, que surge agora a respeito dos crimes hediondos, é respeitável e, por outro lado, como disse, eu só enfrentei como relator com a responsabilidade de juízos mais assentados à questão do duplo grau de jurisdição, em que concluí ao contrário: o sistema constitucional não apenas não consagrava como garantia o duplo grau de jurisdição, como, em certas hipóteses, não o admitia; particularmente naquela em que se reclamava, que era o recurso ordinário das decisões nos processos penais de competência originária dos Tribunais de segundo grau. Eu quero dizer que esse problema é uma indagação que eu me faço: se, no contexto do artigo 5º, o que há de prevalecer ali é a afirmação da obrigatoriedade da prisão por dívida, ou ter as exceções ali estabelecidas como imperativo.

**RTDC:** Essa confusão de perspectiva é recorrente. Recentemente, em discussão sobre a medida provisória da quebra de sigilo bancário, a mídia tratava pessoa jurídica e pessoa física indistintamente, sem cerimônia, como se a intimidade de contas fosse a mesma coisa que intimidade pessoal enquanto garantia individual...

Há uma última curiosidade, antes de entrarmos em outras questões de direito público; ela diz respeito à defesa do consumidor e à questão dos direitos individuais homogêneos. Sua passagem na Procuradoria Geral da República marcou esse início da defesa dos interesses coletivos. A matéria hoje está chegando ao Supremo, que, volta e meia, reconhece a possibilidade das associações de consumidores defenderem direitos individuais homogêneos em ações coletivas. Criou-se uma nova perspectiva para a defesa de bens que antes não eram defendidos, mas há tendências um pouco radicais no que tange aos interesses individuais

homogêneos, aos interesses mais restritivos. Em geral, qual sua visão a respeito dos interesses coletivos, esses novos direitos coletivos, no que tange aos consumidores?

**SP:** O Ministério Público brasileiro, neste campo, tem vencido uma incredulidade internacional. A discussão sobre a tutela jurisdicional de interesse difuso vem pelo menos do começo do século, e a grande indagação é a que personagens seria possível entregá-la.

Ao menos para os teóricos italianos com os quais pude ter maior contato, a grande descrença era que o Ministério Público pudesse ter, neste campo, um papel de algum relevo. O que era até natural, ante a visão do Ministério Público continental europeu, primeiro inteiramente dominado pela função da acusação penal e, por outro lado, compreendido, dizia a lei orgânica portuguesa, como um corpo essencialmente hierarquizado e centralizado. O certo é que em função mesmo de suas singularidades no direito comparado, como organização, como autonomia, como descentralização, o Ministério Público tende a um quase monopólio desta função. O que nós temos assistido, não sei se os dados da minha observação ainda são atuais, é que ainda quando as ONGs têm a iniciativa do questionamento do problema, elas preferem levá-lo ao Ministério Público a propor, elas próprias, a ação civil pública. Neste campo é preciso evitar um outro extremo: desde a "paternidade" da velha SECODID, tenho, é claro, um grande entusiasmo pela afirmação do Ministério Público neste campo. Mas é preciso fugir do outro extremo, que é o da imposição de uma curatela universal da sociedade.

**RTDC:** O Sr. acha que esta atuação ainda um pouco comedida das organizações não-governamentais está ligada ao fato recente da ditadura militar e a uma sociedade que está ainda aprendendo a caminhar com as próprias pernas? A participação do Ministério Público será mitigada por uma sociedade atuante?

**SP:** Eu creio que a tendência é que vá ocupar não tudo, porque eu creio que o Ministério Público tende a desempenhar definitivamente um papel neste prosclênio. Agora, não tenho dúvidas de que isto é fruto da fragilidade congênita das organizações intermediárias da sociedade civil brasileira.

**RTDC:** O Sr. poderia esclarecer um pouco mais este risco do Ministério Público, dessa curatela geral?

**SP:** A questão em que eu mais me aprofundei no exame do problema é a da defesa da ação civil pública para contestar, com base na inconstitucionalidade da lei, a exigibilidade de determinado tributo de todo município. E fiquei aí numa posição intermediária: nem neguei, em termos abstratos, a legitimidade do Ministério Público para discutir questões tributárias, nem me comprometi com a sua legitimidade irrestrita. No caso, por exemplo, porque creio

que certos resíduos emocionais de autoritarismo ainda insistem nesse ponto, a ver que na questão tributária há dois interesses sociais a contrapor-se. É preciso distinguir aí uma função, que também incumbe ao Ministério Público, hoje dividida com várias autoridades e entidades de defesa objetiva da Constituição, essa legitimação para a ação civil pública que a meu ver passa, sobretudo quando se trata de interesses disponíveis, por uma avaliação do interesse social concreto na causa. Então, situei-me nesta posição intermediária no caso — cuidava-se então de IPTU —, dizendo que, no perfil da sociedade, não me parece, abstraída a questão da defesa objetiva da Constituição, que tinha outras vias constitucionais adequadas, que o interesse social prevalecente mais dependente do patrocínio do Ministério Público fosse o do universo dos contribuintes em tese do imposto sobre a propriedade, e não o da coletividade dos não-proprietários. Daí você tem que se despir de qualquer valoração em tese da Constituição. E se chegaria a uma petição de princípio, o Ministério Público seria legítimo quando o tributo fosse inconstitucional, quando o que vai se discutir é exatamente a constitucionalidade dele. E segundo, que para a defesa objetiva da Constituição o próprio Ministério Público tem outras vias.

**RTDC:** O importante é fixar este ponto de vista porque a opinião mais radical entende que, como o direito individual homogêneo é divisível, acaba sendo disponível, portanto, nunca haveria legitimidade.

**SP:** A não ser naqueles direitos mais tipicamente difusos — meio ambiente, patrimônio histórico —, na área do consumidor isso praticamente fecha a possibilidade da defesa coletiva, se ele não estiver envolvido com problema de saúde, de meio ambiente, de segurança etc., serão, naturalmente direitos individuais, patrimoniais e indisponíveis. Aí o que prevalece é, exatamente, por toda a construção teórica da defesa da tutela jurisdicional em processos coletivos dos interesses difusos, os interesses relevantes de uma comunidade que não se viabilizariam em termos de defesa individual.

Voltando ao IPTU, deve-se levar em conta a multiplicidade de vias abertas a esta defesa, mesmo no campo dos proprietários, as amplas possibilidades abertas pela legitimação representativa das chamadas entidades associativas, e até, em certos limites, pelo mandado de segurança coletivo.

**RTDC:** A jurisprudência do Supremo já admite o direito civil como a concretização do direito constitucional ou ainda mantém os dois planos separados?

**SP:** É manifesto que todos nós, componentes do Supremo Tribunal, temos consciência de que a Constituição invadiu, temerariamente, segundo os civilistas, campos que alguns

defendem como infensos a esta “invasão dos bárbaros” do direito nacional. Mas, se eu lhe dissesse que a prática do Supremo Tribunal lhe tem dado oportunidade de enfrentar concretamente questões ligadas a áreas de constitucionalização do direito civil, não é verdade... Eu diria que, talvez, até este quase silêncio da jurisprudência do Supremo Tribunal em matéria de direito constitucional civil, ou vice-versa, se deva aos obstáculos processuais do recurso extraordinário. Sinceramente, são barreiras impostas em grande parte pelo próprio drama de inviabilização do Supremo Tribunal, que a falência do modelo da estrutura judiciária de cúpula da Constituição Federal de 1988 tem levado. É evidente que o radicalismo do Tribunal na negativa, na oclusão das vias do recurso extraordinário pela chamada violação reflexa da Constituição ou violação indireta por contrariedade à norma infraconstitucional interposta, teoricamente correta, tem, porém, uma vertente radical muito a ver com uma posição, eu já nem diria de legítima de defesa mas de estado de necessidade de um Tribunal que eu já nem digo estar à beira de inviabilizar-se, está virtualmente inviabilizado. É óbvio que, no momento em que se tivesse o mínimo de condições de trabalhar com as questões constitucionais resolvíveis, e de liquidar, e digo liquidar sumariamente, como têm feito todas as Cortes Constitucionais do mundo que conseguem trabalhar, a utilização da jurisdição constitucional como instrumento de chicana, o Tribunal tenderia necessariamente a abrir-se, não para toda a especulação como vemos, eu diria, na maioria dos recursos extraordinários trabalhistas, por exemplo, em que tem que enfrentar a ilusão de que foi afrontado o art. 5º, II, da Constituição, porque se obrigou a pagar horas extras, contando ou não contando com o horário de almoço, e com isso se obrigou a fazer algo que a CLT não manda. Mas, de cambulhão, é óbvio que se chega às vezes a um certo radicalismo desta negativa completa de exame de violações reflexas da Constituição, que são de lamentar. Enfim, empobrecem grandemente a própria função de guarda da Constituição que o Tribunal tem. Obviamente, se um dia se chegar ao descongestionamento do modelo, eu tenho certeza de que se multiplicarão as possibilidades, não só nas áreas das diretivas e princípios especificamente de direito privado, mas também em certas garantias genéricas, das quais o maior exemplo é o do *substantive due process of law*, que muito pouco frequenta até agora os anais do Supremo, e significativamente, salvo engano meu, apenas na via do controle concentrado; jamais na via do recurso extraordinário.

**RTDC:** Ministro, tem muito a ver com essa sua observação final a preocupação atual de várias escolas de direito civil com relação a despatrimonialização, quer dizer, o direito civil deixar de ser voltado só para o fato econômico e ser instrumentalizado a valores existenciais, o que se chama também de socialização, de constitucionalização do direito civil. Qual sua visão, já que o Supremo não tem podido enfrentar essas matérias, qual a sua visão pessoal?

**SP:** Vejo com grande fascínio esta tendência, esta busca de um caminho de ver o direito civil a partir da Constituição, até como um passaporte para que eu não me sinta tão humilhado (risos). E a despatrimonialização a que você se refere também é muito importante para o futuro de vocês, civilistas. O mundo é, cada vez menos, pensado em termos do indivíduo, de uma sociedade girando em torno da propriedade. O direito civil tende a ampliar o seu futuro na medida em que ele descubra outras áreas do cidadão comum, cada vez menos um proprietário, um herdeiro.

**RTDC:** A Constituição de 1988 é muito boa, é ruim, é a melhor das brasileiras, no seu tempo?

**SP:** É muito difícil, obviamente, comparar 88 com 91, quiçá com 1824. Cada uma vindo num determinado momento, representaram, ao seu tempo, saltos significativos nessa — lugar-comum inevitável — tarefa fascinante, porque sempre inacabada, de construir a democracia. Eu acho que a Constituição de 1988 é a melhor das Constituições do Brasil, talvez porque tenhamos assistido ao seu nascimento fascinante, como agitação da cidadania, como ampliação da discussão constitucional, qualidades que obviamente repercutem nos seus defeitos técnicos. Era inevitável numa Constituição que sucede um sistema de autoritarismo consciente, não a intervalos ditatoriais, mas de um autoritarismo que se pretendia, definitiva e solidamente edificado até doutrinariamente, a ruptura, a reabertura, a partir dali, do regime com o impacto da descoberta da falácia das compensações socioeconômico-financeiras prometidas pelo autoritarismo em troca das garantias. Tudo isso fez com que cada setor da sociedade, pelo menos cada setor da sociedade que tenha conseguido uma voz na discussão constituinte, seja no plenário da assembléia, seja nos corredores que se abriram ineditamente ao vozerio de setores populares, quisesse assegurar o seu pedaço na Constituição, e disso resultou até os seus pormenores, que, ao observador distante — e a nós mesmos, às vezes — parecem anedóticos, soldados da borracha, mas que, talvez, sob a perspectiva das injustiças e dos sofrimentos de que esses setores procuravam se resguardar, tenham a sua justificativa. Embora seja evidente que a Constituição de 2001 não é a mais a Constituição de 1988: a sua visão econômica... Não vou entrar em maiores juízos de valor, mas é evidente que a Constituição econômica mudou.

**RTDC:** Em quais casos o Sr. foi vencido no STF e mais queria ganhar?

**SP:** Bom, a vida no colegiado é muito enriquecedora, até do ponto de vista puramente pessoal. Ela abala certezas a cada dia ou, pelo menos, ainda quando não abale certezas, multiplica o coeficiente de tolerância. As verdades contrastantes são a verdade para cada um expostas, com boa-fé, e assim têm que ser recebidas. Então, mágoas eu não guardo e até tenho uma certa satisfação de ser o vice-campeão dos votos vencidos, ainda que distante do

campeão (risos), porque eu acho que isso dá testemunho de uma certa contribuição importante para o Tribunal, que é a de desafiar algumas vezes a visão dominante. Então, é sem nenhuma mágoa. Agora, é claro que, com todas as vênias, há certos inconformismos intelectuais, começando com o fechamento da via do controle abstrato para as leis ordinárias anteriores à Constituição, que, conforme a perspectiva, fez que se demitisse ou liberou o Supremo Tribunal de viver uma fase fascinante de alguns tribunais constitucionais europeus que também surgiram a partir da superação de regimes autoritários. A sentença nº 1 da Corte italiana é, precisamente — coroando a luta gigantesca de seu maior pregador, Calamandrei — a afirmação da submissão ao controle abstrato, pela Corte, das leis pré-constitucionais, o que viabilizou uma certa revisão histórica do resíduo legislativo do fascismo. E isso se repetiu, em termos, em Espanha e Portugal, e até na Alemanha, com certas distinções tipicamente germânicas. Agora, isto se liga muito a outro sentimento difuso que me resta, às vezes, de um certo misonéismo constitucional do pensamento do Tribunal em certas decisões. Eu me refiro ao exame constitucional, no sentido que Barbosa Moreira fala da interpretação retrospectiva, um esforço para mostrar que, ao final de contas, as mudanças textuais da Constituição nada significaram, e as coisas continuam tal como antes. Se eu pudesse dar apenas alguns exemplos dessas áreas de inconformismo, eu lhe diria a compatibilidade que a jurisprudência do Tribunal continua a afirmar entre a presunção de não-culpabilidade e a execução provisória da sentença penal condenatória. Para tanto, reduzindo, logicamente, a presunção a uma mera regra de direito probatório *in dubio pro reo*, que seria, se a tanto se limitasse a inovação constitucional, um retumbante grito do óbvio. Na mesma linha, a minha dificuldade de entender, numa Constituição que assegurou outros princípios diretores da educação pública na sua gestão democrática, a recusa a qualquer tentativa, por mais tímida que fosse, de participação da comunidade — é o exemplo da história da educação americana — na escolha, na pré-seleção de dirigentes de escolas públicas ou da própria gestão dos estabelecimentos. Mas, como eu digo, isso são inconformidades, repito, que não abalam a minha certeza e a minha convicção, essa já absolutamente incorporada, de que, no colegiado, a maioria sempre sabe mais.

**RTDC:** O Ministro Evandro diz que no caso do Supremo é preferível errar com o Supremo que acertar contra ele.

**SP:** Creio que, com todos os percalços da República brasileira, o Supremo Tribunal ainda tem sido uma instituição com saldo altamente positivo. É óbvio que, para quem sonha com grandes transformações da sociedade, elas não se farão pela jurisprudência. Se salvarmos as garantias e a ambiência de um pluralismo político, isto já bastará à realização histórica do Tribunal.