

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 39 • nº 153

janeiro/março – 2002

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

## **Sobre a natureza jurídica dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas**

Manoel Adam Lacayo Valente

*“Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos; as conseqüências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares e quase sempre só de modo indireto atingem o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis.”<sup>1</sup>*

A Lei n° 9.649, de 27 de maio de 1988, em seu art. 58, atribuiu nova roupagem jurídica às antigas autarquias corporativas, responsáveis pela fiscalização do exercício de profissões regulamentadas. O mencionado art. 58 foi redigido nos seguintes termos:

“Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa.

§ 1º A organização, a estrutura e o funcionamento dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas serão disciplinados mediante decisão do plenário do conselho federal da respectiva profissão, garantindo-se que na composição deste estejam representados todos seus conselhos regionais.

§ 2º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, não manterão com os órgãos da Administração Pública

Manoel Adam Lacayo Valente é bacharel em Direito, com habilitação em Direito Público, bacharel em Comunicação Social e Consultor Legislativo, da área de Direito Administrativo, da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados.

qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

§ 3º Os empregados dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são regidos pela legislação trabalhista, sendo vedada qualquer forma de transposição, transferência ou deslocamento para o quadro da Administração Pública direta ou indireta.

§ 4º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas, bem como preços de serviços e multas, que constituirão receitas próprias, considerando-se título executivo extrajudicial a certidão relativa aos créditos decorrentes.

§ 5º O controle das atividades financeiras e administrativas dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas será realizado pelos seus órgãos internos, devendo os conselhos regionais prestar contas, anualmente, ao conselho federal da respectiva profissão, e estes aos conselhos regionais.

§ 6º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, por constituírem serviço público, gozam de imunidade tributária total em relação aos seus bens, rendas e serviços.

§ 7º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas promoverão, até 30 de junho de 1998, a adaptação de seus estatutos e regimentos ao estabelecido neste artigo.

§ 8º Compete à Justiça Federal a apreciação das controvérsias que envolvam os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, quando no exercício dos serviços a eles delegados, conforme disposto no *caput*.

§ 9º O disposto neste artigo não se aplica à entidade de que trata a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.”

Dessa forma, a Lei nº 9.649/98, em medida repentina, transformou 447 (quatrocentos e quarenta e sete) entidades de direito

público em pessoas jurídicas de direito privado, repassando para essas corporações atividades típicas de Estado, *com destaque para o exercício do poder de polícia*, no que toca ao desempenho de atividades profissionais reguladas em lei.

Para compreensão criteriosa do contexto em que se deu a mudança normativa em questão, vale conhecer a *ratio legis* da medida adotada. Registre-se, por oportuno, que o art. 58 da Lei nº 9.649/98 resultou da Medida Provisória nº 1.549-35, de 9 de outubro de 1997.

Voltando à *ratio legis*. A *ratio legis* constitui o fundamento racional e objetivo da lei, sua razão de ser.

“Com efeito, ao buscar a correta exegese da lei o intérprete deve buscar a *ratio legis*, as razões de natureza política, econômica e social, próximas e remotas, que configuram o ambiente e o momento propício para a germinação da lei, como meio adequado, destinado a suprir necessidades identificadas, quantificadas e dimensionadas, em função do superior interesse público e sob a inspiração do objetivo-síntese, o bem comum.”<sup>2</sup>

A *Exposição de Motivos* da Medida Provisória traduz, em seu texto, a *ratio legis* da propositura:

“8. A segunda alteração que julgamos oportuno submeter a consideração de Vossa Excelência *diz respeito a desvinculação dos conselhos de fiscalização das profissões liberais da supervisão ministerial a que se refere o art. 26 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*.

9. Como é sabido, a análise e remessa ao Tribunal de Contas da União das prestações de contas desses conselhos eram, até o advento da *Decisão TCU nº 562, de 8 de novembro de 1995, procedidas de forma consolidada*, o que simplificava o procedimento operacional ao mesmo tempo em que exigia poucos recursos humanos, materiais

e financeiros para a realização dessa tarefa. *Com a medida adotada por aquela Egrégia Corte de Contas, a Secretaria de Controle Interno do Ministério do Trabalho, que auditava 32 Unidades Gestoras, passou a examinar e emitir relatório para mais de 600 unidades, incluindo Conselhos e órgãos autônomos.*

10. Ademais, os recursos administrados pelos referidos conselhos, em número de 447, equivalem a apenas 1% das despesas do Ministério do Trabalho e são originários da contribuição de seus filiados e não do orçamento dessa Pasta, *não justificando o aumento da força de trabalho naquela unidade para auditar tais entidades, em todo o território nacional*, com a conseqüente elevação das despesas, o que, por certo, tornaria o custo muito superior ao benefício.

11. Medida semelhante à que ora trazemos à consideração de Vossa Excelência foi adotada com relação à Ordem dos Advogados do Brasil, *que foi desvinculada do Ministério do Trabalho com base no § 1º do artigo 44 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.*<sup>3</sup>

Repassando as razões ensejadoras da edição do art. 58 da MP nº 1.549-35/97, temos que:

*I - os conselhos de fiscalização das profissões liberais, até então, estavam submetidos à supervisão ministerial prevista no art. 26 do Decreto-Lei nº 200/67;*

*II - se estavam sujeitos à supervisão ministerial, por conseqüência, integravam a Administração Pública federal<sup>4</sup>;*

*III - nessa condição, os conselhos profissionais encontravam-se sob a supervisão do Ministério da Trabalho, sendo auditados pelo Tribunal de Contas da União, de forma consolidada;*

*IV - após o advento da Decisão nº 562 - TCU, de 8 de novembro de 1995, passou a ser exigida uma verificação plena da prestação de contas dos conselhos profissionais;*

*V - essa modificação, consoante o texto da Exposição de Motivos, sobrecarregou a*

Secretaria de Controle Interno do Ministério do Trabalho, reclamando, para se manter o processo de controle anual, o aumento da força de trabalho daquela unidade;

*VI - como, ainda segundo o teor da Exposição de Motivos, o investimento necessário poderia tornar o custo superior ao benefício, optou-se pela desvinculação dos conselhos de fiscalização das profissões liberais da órbita da Administração Pública.*

Esses são, em síntese, os motivos determinantes da providência normativa governamental, inserta no art. 58 da MP nº 1.549-35/97. Outras razões, jurídicas, administrativas etc., não foram apresentadas, *ficando a vontade legislativa vinculada apenas ao desejo da racionalização do gasto público.*

Posteriormente, ocorreu a conversão da Medida Provisória nº 1.651/42, de 7 de abril de 1998, na Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Entretanto, cabe registrar que o Partido Comunista do Brasil – PC do B, o Partido Democrático Trabalhista – PDT e o Partido dos Trabalhadores – PT ajuizaram *Ação Direta de Inconstitucionalidade*, questionando a constitucionalidade do art. 58 e seus parágrafos da então Medida Provisória nº 1.549-36, de 6 de novembro de 1997. Efetivados os aditamentos necessários, em face das sucessivas reedições da Medida Provisória questionada, o Supremo Tribunal Federal, em 22 de setembro de 1999, deferiu pedido de medida cautelar para suspender a eficácia do art. 58 e seus parágrafos, com exceção do § 3º da Lei nº 9.649/99, até o julgamento final da Ação. Trecho extraído da ementa da ADIN nº 1.717-6/Distrito Federal sinaliza para o entendimento preliminar do STF sobre *a questão da natureza dos serviços de fiscalização de profissões regulamentadas*, nos seguintes termos:

“Com efeito, não parece possível, a um primeiro exame, em face do ordenamento constitucional, mediante a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da C.F., a delegação, a uma entidade privada, de ativi-

dade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que tange ao exercício de atividades profissionais.

5. Precedente: M.S. nº 22.643.

6. Também está presente o requisito do *periculum in mora*, pois a ruptura do sistema atual e a implantação do novo, trazido pela Lei impugnada, pode acarretar graves transtornos à Administração Pública e ao próprio exercício das profissões regulamentadas, em face do ordenamento constitucional em vigor.

7. Ação prejudicada, quanto ao parágrafo 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998.

8. Medida cautelar deferida, por maioria de votos, para suspensão da eficácia do *caput* e demais parágrafos do mesmo artigo, até o julgamento final da Ação.”

Com a suspensão da eficácia do art. 58 e seus parágrafos da Lei nº 9.649/98 (excetuado o § 3º), pelo STF, a legislação anterior sobre as entidades de fiscalização profissional volta a produzir efeitos. O § 2º do art. 11 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, determina que “a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior *acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário*”. Assim, no presente, até o julgamento de mérito da ADIN nº 1.717-6/Distrito Federal, as entidades responsáveis pela fiscalização do exercício de profissões regulamentadas recuperam sua natureza autárquica, constituindo pessoas jurídicas de direito público submetidas ao ordenamento legal aplicável à Administração Pública.

Para finalizar, consignamos, sucintamente, nossa posição sobre a natureza jurídica dos conselhos de fiscalização profissional.

Os conselhos de fiscalização de profissões liberais foram criados como prolongamento do Estado para o atendimento do interesse público, pois o exercício de atividades de polícia, decorrentes do poder de polícia, far-se-á sempre em função do interesse da coletividade. Assim, é preciso afastar a compreensão de que os conselhos profissionais existem para defender interesses de seus integrantes, o que não corresponde ao papel institucional que lhes foi atribuído pelo Estado. Os conselhos profissionais não são entidades sindicais ou associativas, que representam perante a sociedade os interesses de seus filiados ou associados. O dever legal dos conselhos profissionais é o de zelar pelo interesse público, efetuando, para tanto, nos respectivos campos profissionais, a supervisão qualitativa, técnica e ética do exercício das profissões liberais, na conformidade da lei<sup>5</sup>.

Portanto, se os conselhos profissionais existem em função de um *mínus público* e para a prestação de atividades de serviço público, como informa o *caput* do art. 58, seu regramento, quanto à sua organização, estrutura e funcionamento, é de ordem pública, sendo indisponível para alterações ao livre critério, mesmo que majoritário, das respectivas assembleias gerais. De fato, ao serem promovidas alterações na organização dos conselhos, hoje prevista em leis, alterar-se-ão as disposições sobre, por exemplo, *competências* dos órgãos regionais e federais, que atribuem encargos estatais (atividades de polícia) a esse ou aquele setor da entidade, que conferem poder para aplicação de sanções restritivas de direitos e pecuniárias, que estabelecem o rito dos procedimentos disciplinares e recursais etc. Ora, todas essas prescrições organizacionais têm, sem embargo, reflexos nos direitos dos profissionais fiscalizados e no exercício das atividades de polícia, delegadas pelo Estado para a consecução do interesse público e não para prevalência do interesse da assembleia geral. Logo, como “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, a determinação constante do § 1º do art. 58 da Lei nº 9.649/98 vulnera, em nosso

entendimento, *o princípio da legalidade*, abrigado no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, além da *garantia do devido processo legal*, em seu sentido substantivo.

Não podem, por atos internos decorrentes de assembléia geral, resultar para o profissional quaisquer restrições do seu exercício laboral. *Todas as ações dos conselhos profissionais, quando no exercício da atividade de polícia profissional, têm que ter como fonte primária de fundamentação a lei em sentido estrito.* A parcela do poder de polícia que os conselhos profissionais exercem, por outorga legislativa, não é disponível ou alterável por deliberação “assembleística”, mesmo porque a Constituição determina que as *condições para o exercício de profissões* devem resultar de lei (art. 22, inciso XVI, da CF).

Essas situações indicam que a mudança introduzida pela Lei nº 9.649/98 não foi muito adequada em termos jurídicos, o que explica o seu questionamento perante o Supremo Tribunal Federal. No presente, até a decisão final da Corte Suprema, tem-se a árdua tarefa de conciliar a antiga legislação das entidades de fiscalização profissional com as medidas adotadas por essas reparti-

ções com fundamento na legislação cuja eficácia encontra-se, agora, suspensa.

#### Notas

<sup>1</sup> LUCCI, Atyr de Azevedo. O assessoramento legislativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 31, p. 159-172, jul./set. 1971.

<sup>2</sup> BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Parecer PGFN/nº 515/88. Procurador-Geral: Cid Heráclito de Queiroz. Diário da União, Brasília, 22 jul. 1988. p. 13.775.

<sup>3</sup> Dados constantes da Exposição de Motivos Interministerial nº 26 - CCPR/MARE/MAA/MMARHAL/MF/MS, de 9 out. 1997.

<sup>4</sup> O *caput* do art. 26 do Decreto-Lei nº 200/67 estabelece que: “No que se refere à *Administração Indireta*, a supervisão ministerial visará assegurar, essencialmente”. Assim, verifica-se, desde já, que os conselhos profissionais integravam a Administração Pública federal indireta.

<sup>5</sup> No julgamento da Representação nº 930 – Distrito Federal, ocorrido em 5 de maio de 1976, o Supremo Tribunal Federal, no longo voto do Ministro Rodrigues Alckmin, teve oportunidade de abordar as diferenças finalísticas entre as ordens profissionais e os sindicatos, fazendo menção ao livro de Minvielle intitulado *Ordres et Syndicats* (páginas 49-51 do processo).

## Função jurisdicional de mediata eqüidade em mandado de injunção

Rafael Cavalcanti Lemos

*“Quando se lançam em leis regras jurídicas, atendeu-se ao que se supõe que aconteça. Tal suposição cria a generalidade de tratamento. Não se desce ao que é específico, se a especificidade não conduz à necessidade de trato especial. Mas, como o legislador pode pensar em existirem circunstâncias que revelem o desacerto da regra jurídica, ou mesmo a sua omissão, compreende-se que ponha em regras jurídicas a referência ao julgamento por eqüidade”*

Pontes de Miranda (1997, p. 375).

1. Não é o termo “eqüidade” na literatura jurídica nacional ou estrangeira unívoco;

“assume, ao contrário, mais de um significado e, entre outros, o de interpretação segundo a natureza e finalidade do Estado (cf. Alípio Silveira, Conceito e funções da eqüidade, p. 182-183), ou, usando expressão encontrada em Biscaretti di Ruffia, exegese segundo os princípios gerais da ordem jurídica positiva do Estado” (BORJA, 1989, p. 44).

Representaria “eqüidade” mera “palavra-válvula, com que se dá entrada a todos os elementos intelectuais ou sentimentais que não caibam nos conceitos primaciais do método de interpretação” (MIRANDA, 1997, p. 375), e “a prática e os legisladores têm recorrido a essa noção ambígua, se não eqívoca, com que se manda tratar com

Rafael Cavalcanti Lemos é Advogado em Recife, Pernambuco, e pós-graduando no curso de especialização em Direito Processual Civil da UFPE.

igualdade sem se definir de que igualdade se trata, nem se dizerem os seus começos e os seus limites” (p. 375). Acerca desse termo,

“‘vocábulo sonoro’, J. H. Correia Telles (*Comentário à lei da boa razão*. pr. n. 5), no suplemento ao citado comentário (Discurso sobre a equidade), escreveu: ‘creio ter aprovado quanta dificuldade há em julgar acertado conforme a equidade. O quanto seja mais fácil julgar bem conforme a lei é óbvio. Seja portanto corolário do que fica dito – *que nos não devemos negar ao estudo, persuadidos (de) que sem eles havemos (de) julgar retamente, só pelos ditames da equidade*’”(MIRANDA, 1997, p. 375).

Divisão todavia cediça de equidade é aquela que distingue esta social da individual.

Quanto ao segundo gênero,

“Aristóteles é responsável por sua definição como a justiça do caso concreto. A solução de litígios por equidade é a que se obtém pela consideração harmônica das circunstâncias concretas, do que pode resultar um ajuste da norma à especificidade da situação a fim de que a solução seja justa”<sup>1</sup>.

Pode entretanto “acontecer que a lei não regule determinado caso. Nessa hipótese, os tribunais voltam ao método primitivo, em que o juiz formulava a regra que, em seguida, aplicava. É o ‘sistema da formulação judicial do Direito’ (TORNAGHI, 1989, p. 36).” O ordenamento jurídico “não admite lacunas; impõe aplicação de comandos normativos em concreto, quando elas porventura parecerem configuradas. É um sistema completo”<sup>2</sup>. Cuida-se de equidade social, em que “a tarefa integradora ou de colmatação de lacunas é *criadora*, no sentido de criar como explícito algo já implícito no sistema jurídico, estabelecendo-se uma norma individual relativa à hipótese não regulamentada, submetida à apreciação do Judiciário” (DINIZ, 1998, p. 43).

Acham-se nos artigos 1º e 4º do Código Civil da Suíça de 10 de dezembro de 1907 a equidade social e a individual não confusas:

“Art. 1 (*application de la loi*). <sup>1</sup> *La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l’esprit de l’une de ses dispositions.* <sup>2</sup> *A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d’une coutume, selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur.* <sup>3</sup> *Il s’inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.*”

e

“Art. 4 (*pouvoir d’appréciation du juge*). *Le juge applique les règles du droit et de l’équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d’appréciation ou qu’elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs.*” – “O art. 4º (*equidade individual*) manda que o juiz leve em conta as circunstâncias do caso concreto. O art. 1º (*equidade social*) ordena que, na falta de norma reguladora, o juiz aplique a que ele próprio formularia se fosse legislador” (TORNAGHI, 1989, p. 43).

2. Surge expressamente prevista em legislação brasileira a equidade pelo inciso 37 do artigo 113 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934: “Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade”:

“O Código Civil de 1916, no art. 7º da Introdução, dela não cogitara, se bem que, no direito anterior, certos critérios interpretativos chegassem aos mesmos resultados. O Código de Processo Civil de 1939, art. 114, inseriu a referência: ‘Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador’”(MIRANDA, 1997, p. 375).

O artigo 114 do Código de Processo Civil de 1939

“não dizia quando o juiz é autorizado a decidir por equidade. Portanto, para que o art. 114, que à equidade aludia, incidisse, era preciso que al-

guma lei dissesse: ‘resolvendo por equidade o juiz’, ou ‘de acordo com os princípios de equidade’, ‘decidirá equidosa-mente’. Sem isso, não cabia invocar-se o art. 114 (cf. 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 27 de abril de 1951, *R.R.*, 139, 131)”(MIRANDA, 1997, p. 379).

Proclamam respectivamente os artigos 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (decreto-lei 4.657/42) e 126 (redação pela lei 5.925/73) do Código de Processo Civil de 1973 que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” e “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.” Continua o 127 desse Código de Processo Civil: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei” – “Temos agora o texto de 1973, em que se alude à lei, qualquer que seja, que preveja os casos (‘nos casos previstos em lei’, art. 127)”(MIRANDA, 1997, p. 379). (v.g. artigo 1.109 do Código de Processo Civil de 1973: “O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna”).

3. O mandado de injunção é “instrumento de proteção” e “ferramenta forjadora de direitos”(TORNAGHI, 1989, p. 35), pois “alarga o campo da jurisdição de equidade” e “abre a porta para a renovação e o ajustamento do Direito a novas realidades sociais”<sup>3</sup>. Manifesta-se então por tríplice função social: “possibilita a solução de casos concretos para cuja regulamentação não há norma de lei”, “apressa a longa caminhada que o Direito teria que percorrer até chegar à formulação legislativa” e “evita as soluções revolucionárias”(TORNAGHI, 1989, p. 45).

Devem ser, em primeiro lugar atendidos o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (RUSCHEL, 1989, p. 42) e o 126 do Código de Processo Civil de 1973, os quais estatuem a preferência de que, não sendo descoberta “a norma para preencher a lacuna mediante o procedimento analógico<sup>4</sup>, recorre-se aos costumes<sup>5</sup>, e, se estes forem insuficientes, aos princípios gerais de direito<sup>6</sup> e à equidade (DINIZ, 1998, p. 43). Pela “regra da total vinculação à lei” (artigo 127 do Código de Processo Civil de 1973)

“estaria vedado ao juiz decidir por equidade. Mas persistiria o dever de julgar, não como se legislador fosse, mas recorrendo à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito. Tal dever jurídico, agora, decorre de comando da própria Constituição que, ao instituir o mandado de injunção quis, declaradamente, remediar a inércia do legislador, confiando ao Judiciário o poder de supri-la (art. 5º, LXXI, Constituição)”(BORJA, 1989, p. 44):

reassume hierárquico grau constitucional

“o que já antes se admitia no processo judiciário civil e o atual Código sem dúvida mantém em seu artigo 126 (no caso de lacuna da lei) e no 127 (recurso à equidade). O juiz não pode eximir-se de decidir; tem de resolver a questão. Como também indica o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, deve recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito; enfim, dispor como lhe pareça de equidade. Em outras palavras, cabe-lhe criar a norma para resolver o caso. Ou, como vem do direito anterior, aplicar ‘a norma que estabeleceria se fosse legislador’ (artigo 114 do Código de Processo Civil de 1939)” (DUARTE, 1991, p. 132).

A jurisdição em mandado de injunção não é de imediata equidade. Caso esta porém se faça imperativo, cuida-se de equidade pelo legislador qualificada constitucional (TORNAGHI, 1989, p. 44). Constitui

essa jurisdição de equidade, portanto, legítima função<sup>7</sup>.

### Notas

<sup>1</sup> Tercio Sampaio Ferraz Junior, (2001, p. 244). André Franco, Montoro, (1997, p. 122): no capítulo X do livro V de *Ética a nicômaco*, Aristóteles definiu a *επιεικεια* “uma adaptação da lei quando ela é deficiente por causa de sua universalidade”. Essa palavra grega é instrumento dos restantes sentidos: “conveniência”, “moderação”; “doçura”, “bondade” (PEREIRA, 1984, p. 210).

<sup>2</sup> Marcelo Duarte (1991, p. 132). Tercio Sampaio Ferraz Junior (2001, p. 215): “Historicamente, o problema das lacunas surge como questão teórica desde o momento em que a idéia de sistema impõe-se à concepção do ordenamento. Ela é, portanto, fruto da Era Moderna, da centralização e do monopólio da violência nas mãos do Estado e, conseqüentemente, do domínio sistemático da produção de normas, bem como da onipresença do legislador em relação a todos os comportamentos socialmente possíveis”. Maria Helena Diniz (*Compêndio...* 1997, p. 437 e *Lei de...*, 1997, p. 99-100): “Autores há que, ao examinarem a problemática das lacunas jurídicas, a consideram uma questão processual, uma vez que só surgem por ocasião da aplicação de normas a determinado caso para o qual não há, real ou aparentemente, norma específica”.

<sup>3</sup> Hélio Tornaghi (1989, p. 41). “a instituição constitucional do mandado de injunção alarga o âmbito da atividade jurisdicional, porque, por ele, a Constituição autoriza o juiz decidir por equidade, o que significa determinar que ele aplique a lei como se fosse legislador” (SILVA apud CATHARINO, 1990, p. 72).

<sup>4</sup> “Para integrar a lacuna, o juiz recorre, preliminarmente, à *analogia*, que consiste em aplicar, a um caso não contemplado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado” (DINIZ, *Compêndio*, 1997, p. 446 e *Lei de introdução*, 1997, p. 110). “Há autores” “que costumam distinguir *analogia legis* de *analogia juris*. A *analogia legis* consiste na aplicação de uma norma existente, destinada a reger caso semelhante ao previsto. E a *juris* estriba-se num conjunto de normas, para extrair elementos que possibilitem sua aplicabilidade ao caso concreto não contemplado, mas similar” (*Compêndio...*, p. 450-451 e *Lei de introdução*, 1997, p. 113-114).

<sup>5</sup> “consoante o “art. 4º da atual Lei de Introdução, situa-se o costume imediatamente abaixo da

lei, pois o magistrado só poderá recorrer a ele quando se esgotarem todas as potencialidades legais para preencher a lacuna” (DINIZ, *Compêndio*, p. 455 e *Lei de introdução*, p. 118): “A grande maioria dos juristas, entre os quais citamos Storn, Windscheid, Gierke, Clóvis Beviláqua, Vicente Ráo, Washington de Barros Monteiro, sustenta que o costume jurídico é formado por dois elementos necessários: o uso e a convicção jurídica, sendo portanto a norma jurídica que deriva da longa prática uniforme, constante, pública e geral de determinado ato com a convicção de sua necessidade jurídica” (*Lei de introdução*, 1997, p. 119).

<sup>6</sup> “Quando a analogia e o costume falham no preenchimento da lacuna, o magistrado supre a deficiência da ordem jurídica, adotando *princípios gerais de direito*, que” “são cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico”(DINIZ, *Compêndio*, 1997, p. 456 e *Lei...*, 1997, p. 123). “Esses princípios que servem de base para preencher lacunas não podem opor-se às disposições do ordenamento jurídico, pois devem fundar-se na natureza do sistema jurídico, que deve apresentar-se como um ‘organismo’ lógico, capaz de conter uma solução segura para o caso duvidoso. Com isso se evita que o emprego dos princípios seja arbitrário ou conforme as aspirações, valores ou interesses do órgão judicante” (Idem, *Compêndio...*, p. 457 e *Lei...*, p. 124).

<sup>7</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 819: “*função*” “ação própria ou natural dum órgão, aparelho ou máquina”. *Michaelis – moderno dicionário da língua portuguesa*. Disponível em: [http://www.uol.com.br/bibliot/dicionar/](http://www.uol.com.br/bibliot/dicionar/:): “*função*” “ação natural e própria de qualquer coisa”. FERREIRA, Gilberto. Mandado de injunção. *Jurisprudência Brasileira*. n. 161, p. 49, jan./mar. 1991: o Judiciário “estará exercendo a sua mais lúdima função de aplicar o direito”.

### Bibliografia

- BORJA, Célio. O mandamento de injunção e o habeas data. *Forense*, v. 306, p. 44, abr./jun. 1989.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Lei de Introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Norma constitucional e seus efeitos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

- DUARTE, Marcelo. Mandado de injunção. *Revista de Informação Legislativa*, ano 28, n. 110, p. 132, abr./jun. 1991.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 2.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 24. ed. São Paulo: RT, 1997.
- PEREIRA, Isidro. *Dicionário grego-português e português-grego*. 6. ed. Porto: Livraria Apostolado da Imprensa, 1984.
- RUSCHEL, Ruy Ruben. Contornos constitucionais do mandado de injunção. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 45, p. 42, mar. 1989.
- SILVA, José Afonso da. *Mandado de injunção e 'habeas data'*. São Paulo: RT, 1989. p. 45. Apud CATHARINO, José Martins. Mandado de injunção coletivo: cabimento, natureza, finalidade e alcance da sentença injuntiva. *Repertório IOB de jurisprudência, trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 4, 2. p. 72, 2. quinzena fev. 1990.
- TORNAGHI, Hélio. O mandado de injunção. *Revista de processo*, São Paulo, n. 56, p. 41, out./dez. 1989.