

OS LIMITES DO ATO DE JULGAR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1. Introdução. 2. O Estado Democrático de Direito, o Judiciário e a Interpretação e Aplicação do Direito. 3. O Sistema Jurídico, Interpretação e Aplicação do Direito e Decisões Judiciais. 4. Os Limites Semânticos do Ordenamento e as Decisões Judiciais. 5. As Aplicações Financeiras na CRT e a Retribuição em Ações. 6. As Portarias Administrativas e o Direito Societário. 7. O Serviço Público, as Portarias e o Direito Societário. 8. O Direito Societário e as Relações dos Acionistas com a CRT. 9. A Mudança Jurisprudencial. 9.1. A Jurisprudência Anterior à Mudança. 9.2. A Jurisprudência Posterior à Mudança. 10. Conclusão.

1. Introdução

A JUSLEGAL – Associação Justiça e Legalidade solicita apreciação e estudo doutrinário acerca das decisões judiciais, sua fundamentação e o Estado Democrático de Direito lembrando como exemplo a mudança jurisprudencial ocorrida no tema da integralização e respectiva retribuição em ações relativamente aos acionistas da extinta Companhia Riograndense de Telecomunicações (CRT), sucedida pela Brasil Telecom S/A., quando se rompeu com a jurisprudência até então pacificada já de longa data, que entendia e determinava que a retribuição em ações deveria ser feita pelo

valor patrimonial da ação decorrente do balanço patrimonial anterior à data da respectiva integralização feita pelo investidor e usuário do serviço de telefonia.

A nova orientação jurisprudencial determinou que, para efeito de retribuição em ações, dos valores investidos pelos usuários do serviço de telefonia, o valor patrimonial da ação deve ser aquele que foi apurado em balancete mensal correspondente à data da integralização da aplicação financeira pelo usuário investidor.

A temática suscitada será abordada a partir do Estado Democrático de Direito e da atividade do Poder Judiciário na tarefa de interpretação e aplicação do Direito, objetivando demonstrar os limites democráticos da atividade jurisdicional.

2. O Estado Democrático de Direito, o Judiciário e a Interpretação e Aplicação do Direito

O Estado Democrático de Direito delineado pelo constitucionalismo contemporâneo impõe que se pense minimamente numa Constituição democrática decorrente de uma assembléia constituinte por delegação do povo.

Esse é o caso brasileiro, no qual, a partir da Assembléia Nacional Constituinte, foi promulgada a Constituição de 1988.

A Constituição Federal estabeleceu que o Brasil é uma república federativa, que se constitui num Estado Democrático de Direito e que tem

como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º).

A Constituição Federal configurou a separação de poderes instituindo o Executivo, o Legislativo e o Judiciário como órgãos da soberania¹, independentes e harmônicos, vedando que essa configuração possa ser tangível por emenda constitucional (CF, art. 60, § 4º, III).

Além disso, a Constituição Federal instituiu uma tábua não exaustiva de direitos fundamentais, os quais não se circunscrevem apenas àqueles listados em seu art. 5º, mas abrangem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição e dos tratados internacionais de que o Brasil é parte (§ 2º do art. 5º).

Os direitos fundamentais, segundo dispõe a Constituição Federal, sendo direta e imediatamente aplicáveis, por força de disposição constitucional explícita (§ 1º do art. 5º), são garantidos pelo Poder Judiciário, o qual foi instituído, como referido, como um dos órgãos de soberania do Estado, com a missão precípua de garantia dos direitos dos cidadãos, na medida em que também é direito fundamental o mandamento constitucional expresso no sentido de que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída do exame do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV).

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., 2ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2003, p. 564. Acentua o autor: “A idéia de órgãos constitucionais de soberania significa que a eles pertence o exercício do poder (autoritas, majestas) superior do Estado, quer na sua dimensão externa (relativamente a outros Estados e poderes soberanos) quer na sua dimensão interna (frente a outros «centros de poder» internos).”

O Legislativo, por sua vez, é o órgão que representa a soberania popular, a qual é exercida por meio do sufrágio universal e por voto direto e secreto (CF, art. 14), por isso que todo poder emana do povo, o qual o exerce diretamente ou por meio de representantes eleitos (CF, art. 1º, par. único).

Assim, o Brasil é uma República que adota o Estado Democrático de Direito (CF, Preâmbulo, arts. 1º, 3º e 4º) e a tripartição de Poderes (CF, arts. 2º e 60, § 4º, III), e tem no Parlamento o órgão de formação da vontade política, que representa a soberania popular (CF, arts. 1º, par. único, e 14) e garante a participação das minorias, por isso que as decisões essenciais devem ser tratadas e definidas por lei do Parlamento, cabendo ao Poder Judiciário, como sua missão constitucional precípua, a garantia dos direitos dos cidadãos (CF, art. 5º, XXXV).

Como acentua Paulo BONAVIDES, ao dissertar sobre a separação de poderes, *“Onde houver, pois, lesões à liberdade e ao Estado de Direito, aí sempre haverá lugar para invocar-se a tutela do princípio e conjurar prosperem ofensas aos valores que ele representa na ordem jurídica.”*²

Normalmente se aduz, até em contraposição à forma de recrutamento dos membros do Poder Judiciário, que a representação do Legislativo é legítima e de acordo com a democracia porque é proveniente de eleições.

Acontece que tanto Parlamento como o Poder Judiciário, como referido, são órgãos constitucionais de soberania criados por uma

² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 558.

Constituição legítima. A diferença, como já ressaltou prestigiada doutrina³, está no tipo de representação, já que o Parlamento representa politicamente o cidadão, e o Judiciário o representa argumentativamente⁴, como adiante se fará referência.

Ocorre que, mesmo na representação parlamentar, se a democracia não vai além do próprio procedimento de decisão com base em eleições e na regra da maioria, o que se configura na verdade é apenas um modelo decisionista de democracia⁵. Por isso um conceito adequado de democracia não pode fundar-se apenas no aludido conceito de decisão (eleições e regra da maioria), necessitando abranger também o conceito de argumento⁶. Na medida em que a argumentação ingressa no conceito de democracia, esta se torna deliberativa porque tem que institucionalizar amplamente o discurso para a tomada de decisões, de modo que a representação parlamentar passa então a ser, para além de decisionista, principalmente argumentativa ou discursiva⁷.

³ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. do Prof. Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 53.

⁴ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. do Prof. Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 53/54.

⁵ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. do Prof. Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 163.

⁶ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. do Prof. Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 163.

⁷ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. do Prof. Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 163, acentua que “O abarcamento da argumentação no conceito de democracia torna a democracia deliberativa. A democracia deliberativa é a tentativa de institucionalizar o discurso, tão amplamente quanto possível, como meio da tomada de decisão pública. Desse fundamento, a união entre o povo e o parlamento precisa ser determinada não somente por decisões, que encontram expressão em eleições e votações, mas também por argumentos. Desse modo, a representação do povo pelo parlamento é, simultaneamente, volicional e decisionista e argumentativa ou discursiva.”

Além disso, como sustenta Robert ALEXY, o Direito possui necessariamente uma pretensão de correção⁸, a qual não existe apenas no Direito, porque as pretensões de correção são formuladas em relação a juízos morais de valor e de obrigação e sua forma mais geral está vinculada com o ato de fala de asserção ou afirmação. E os juízos morais de valor e de obrigação são verdadeiras afirmações, e somente são afirmações aqueles atos de fala em que se formula uma pretensão de verdade ou correção. Daí que a renúncia à pretensão de correção mudaria nossa linguagem, e com isso mudaria também nossa autocompreensão e nossa própria vida, pois em vez de juízos e afirmações haveria apenas sentimentos e opiniões, e as fundamentações transformar-se-iam em persuasões, e o lugar da correção e da verdade seria ocupado por manipulações eficazes e convicções arraigadas, e tudo seria subjetivo e nada objetivo⁹.

O autor citado ainda afirma que atos institucionais são praticados com base em normas de competência, como são os casos do ato de legislar, da sentença judicial e do ato administrativo, sendo que o núcleo da pretensão de correção consiste em que esses atos jurídicos institucionais sempre estão vinculados com o ato não-institucional da afirmação de que o

⁸ ALEXY, Robert. *La Institucionalización de la Justicia*. Trad. de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005, pp. 37/45.

⁹ ALEXY, Robert. *La Institucionalización de la Justicia*. Trad. de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005, pp. 43/44, assim trata do tema: “Las pretensiones de corrección no existen, en modo alguno, sólo en el derecho. También son formuladas en relación con juicios morales de valor y de obligación, y su forma más general está vinculada con el acto de habla de aserción. Las posturas morales que no formulen dicha pretensión son, como ha mostrado Günther Patzig, «manifestaciones de una reacción emocional». (...) Los juicios morales de valor y obligación son «verdaderas aserciones», y sólo son aserciones aquellos actos de habla con los que se formula una pretensión de verdad o corrección. La renuncia a la pretensión de corrección cambiaría esencialmente nuestro lenguaje y, con ello, nuestra autocompreensión y nuestra vida: en vez de juicios y aserciones sólo habría sentimientos y opiniones, las fundamentaciones se transformarían en persuasiones, y el lugar de la corrección y la verdad lo ocuparían manipulaciones eficaces y convicciones arraigadas. Todo sería subjetivo, nada objetivo.”

ato jurídico é material e procedimentalmente correto. E correção implica fundamentabilidade. Por isso, junto com a pretensão de correção o Direito formula uma pretensão de fundamentabilidade, com a qual não só se reconhece um dever geral e básico de fundamentação, mas também uma pretensão de que esse dever se cumpra tanto quanto seja possível de ser cumprido. Assim, junto com a afirmação de correção, a pretensão de correção inclui uma garantia de fundamentabilidade. E a afirmação e a garantia de fundamentabilidade levam à expectativa de que os destinatários da pretensão reconheçam o ato jurídico como correto, desde que se situem no ponto de vista do sistema jurídico respectivo e sejam razoáveis¹⁰.

Assim, acentua Robert ALEXY, que

“... todas as normas e decisões jurídicas individuais, assim como a totalidade de sistemas jurídicos como um todo formulam necessariamente uma pretensão de correção. Esta pretensão não é uma pretensão especificamente jurídica. Está enraizada em todo tipo de argumentação, e na medida em que argumentar, isto é afirmar, debater e perguntar, é um componente necessário da forma humana de vida, funda-se na natureza humana. A pretensão de correção que formula o direito é, portanto, um caso especial de uma pretensão de correção muito mais geral. O fato de que esta pretensão esteja sempre implícita no direito pode mostrar-se com a análise de proposições jurídicas que negam tal pretensão de forma explícita.”¹¹

O autor referido traz o exemplo do juiz que pronuncia uma sentença afirmando que condena o acusado à cadeia perpétua com base numa interpretação errônea do Direito vigente. Nesse caso, o absurdo da

¹⁰ ALEXY, Robert. *La Institucionalización de la Justicia*. Trad. de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 35.

¹¹ ALEXY, Robert. *La Institucionalización de la Justicia*. Trad. de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 73.

decisão decorre da contradição entre a pretensão de correção implicitamente formulada nos atos de aplicação do Direito e sua negação explícita. Tal contradição somente poderia ser evitada se a pretensão de correção fosse abandonada e substituída por alguma espécie de pretensão de poder, mas isso significaria abandonar o Direito, e uma prática social que não pretendesse nada mais que o poder ou a força não seria um sistema jurídico, razão pela qual fica demonstrado que a pretensão de correção está necessariamente vinculada ao Direito¹².

Na verdade, o próprio Estado Democrático de Direito nasce da união do Direito com a pretensão de correção, pois tal Estado não só se fundamenta na teoria do discurso como também depende do discurso como meio de formação da vontade racional, de modo que tal tipo de Estado não só se fundamenta sobre discursos como também vive praticamente por discursos¹³.

Além disso, como já foi afirmado, a própria democracia somente se torna deliberativa pela institucionalização do discurso.

A pretensão de correção também compreende uma pretensão de justiça. Como afirma ALEXY, a partir do exemplo de uma Constituição, cujo artigo 1º estabelecesse que determinado país é uma república soberana,

¹² ALEXY, Robert. *La Institucionalización de la Justicia*. Trad. de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005, pp. 21/22.

¹³ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. do Prof. Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 10, afirma que “A necessidade do direito não significa a despedida da racionalidade discursiva. A pretensão, necessariamente unida com o direito, de correção exige, ao contrário, que o positivo e o correto ou, para formular em outras palavras, o institucional e o ideal se complementem, penetrem e intensifiquem mutuamente. Por esse complemento, penetração e intensificação nasce o estado constitucional democrático. (...) O estado constitucional democrático deixa fundamentar-se não só com auxílio da teoria do discurso, ele próprio é, também, dependente de discursos como meio da formação da vontade racional em todos os planos. Ele fundamenta-se, por conseguinte, não só teoricamente sobre discursos, mas vive também praticamente por eles.”

federal e injusta¹⁴, com o ato de promulgar uma Constituição formula-se necessariamente uma pretensão de correção que é essencialmente uma pretensão de justiça, que, no caso do exemplo, seria uma pretensão de justiça contida na afirmação de que a república constituída é justa. Daí a contradição que se revela no fato de que o ato de promulgar a Constituição realiza implicitamente uma afirmação que contradiz o conteúdo expresso do ato constituinte que se traduziu na cláusula de injustiça. Assim, as contradições, entre o conteúdo de um ato e o que se pressupõe necessariamente com a execução dele, podem ser denominadas de contradições performativas¹⁵.

O exposto demonstra que a nossa vida e a nossa vivência possuem uma pretensão de correção. Com isso o próprio Estado Democrático de Direito e o próprio Direito também possuem uma pretensão de correção, a qual implica fundamentabilidade¹⁶ exigente de um dever básico de fundamentação que sempre deve realizar-se tanto quanto possível.

Em razão disso o Estado Democrático de Direito não pode prescindir de fundamentar-se no discurso, o qual se institucionaliza pela democracia deliberativa, que, por sua vez, a despeito das eleições e da regra da maioria, não pode ser meramente decisionista, sob pena de ilegitimidade

¹⁴ ALEXY, Robert. *La Institucionalización de la Justicia*. Trad. de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 37.

¹⁵ ALEXY, Robert. *La Institucionalización de la Justicia*. Trad. de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 38.

¹⁶ Como acentua ALEXY: “Uma coisa, porém, caracteriza a pretensão de correção em todos os contextos: ela abarca uma pretensão de fundamentabilidade. No direito, trata-se, nisso, sempre imediata ou mediata da fundamentação de normas gerais ou individuais, portanto, de questões normativas ou práticas.” ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. do Prof. Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 25.

das decisões, por isso a democracia tem que incorporar o discurso e a respectiva argumentação.

Assim, o ato de legislar, a sentença judicial e o ato administrativo estão permeados pela pretensão de correção, a qual compreende um dever fundamental de argumentação racional e de justiça.

Logo, nenhum daqueles atos institucionais mencionados pode decorrer de decisionismo porque a pretensão de correção deles constituinte contém uma pretensão de fundamentabilidade.

Portanto, se até mesmo o Parlamento não pode permanecer nas simples regras da eleição e da maioria para suas deliberações, devendo institucionalizar o discurso para fundamentar suas decisões, com muito mais razão o Poder Judiciário, que não dispõe daquelas regras, tem o dever de institucionalizar o discurso e fundamentar racionalmente suas decisões como modo de legitimação.

Em razão disso, o Estado Democrático de Direito, configurado pelo constitucionalismo contemporâneo – como é o caso brasileiro – impõe que se pense em uma interpretação e aplicação do Direito de acordo com a democracia e com uma idéia de justiça. E isto porque, sendo a pretensão de correção uma pretensão vinculada a qualquer Direito, o mesmo ocorre com a pretensão de justiça nela compreendida¹⁷, pois a pretensão de correção tem como elemento central precisamente a justiça¹⁸.

¹⁷ ALEXY, Robert. *La Institucionalización de la Justicia*. Trad. de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 40.

¹⁸ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. do Prof. Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 9, diz o autor: “Segundo o conceito de direito positivista, o direito compõe-se exclusivamente de fatos sociais da decretação e da eficácia. O conceito de direito não-positivista acrescenta a essa dimensão real ou fática a dimensão ideal ou discursiva de correção. **O elemento central da correção é a**

Em tais circunstâncias, dada a configuração constitucional concreta do Estado brasileiro e de seus órgãos, não se pode pensar no Brasil em interpretação e aplicação do Direito, seja pelo Judiciário, seja pelos funcionários públicos em geral, que não seja somente aquela fundada numa argumentação jurídica racional, atenciosa com o princípio democrático e com a idéia de justiça.

Normalmente se afirma que a lei diz aquilo que o juiz ou o tribunal diz que ela diz. Ocorre que o juiz ou o tribunal não pode dizer que a lei diz qualquer coisa. O que anteriormente foi exposto já demonstra que existem limites bastantes precisos que vão determinar aquilo que o juiz pode dizer que a lei diz.

É que, no Estado Constitucional e Democrático de Direito o juiz só pode dizer aquilo que a lei diz segundo o próprio Direito. É por essa razão que as decisões judiciais devem ser justificadas por fundamentação racional, atenciosa com o princípio democrático e com a justiça e, além disso, devem partir do ordenamento jurídico e respeitar o sentido semântico mínimo¹⁹ dos núcleos de significado dos textos normativos positivados.

E tal concepção decorre não só do contexto normativo da Constituição Federal que acima se referiu, como também de disposição

justiça. Desse modo, é produzida uma união necessária entre o direito, como ele é, e o direito, como ele deve ser, e, com isso, entre o direito e a moral. O argumento principal para essa união entre direito e moral é a tese de que o direito, necessariamente, promove uma **pretensão de correção.** Negritos e sublinhados não são do original. Noutra obra o mesmo autor afirma: “Que la justicia sea un caso especial de corrección tiene profundas implicaciones para la teoría de la justicia. Quien afirma que algo es justo, afirma siempre, al mismo tiempo, que es correcto. Quien afirma que algo es correcto, da a entender que es fundamentable. De este modo, la tesis de la justicia como corrección conduce, directamente, a la justicia como fundamentabilidad. Establece una intrínseca relación entre el concepto de justicia e el de fundamentabilidad.” ALEXY, Robert. *La Institucionalización de la Justicia*. Trad. de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 58.

¹⁹ Ver adiante, o item 4 deste estudo.

expressa contida em seu art. 93, inciso IX, que determina que as decisões judiciais devem ser fundamentadas sob pena de nulidade²⁰. Em razão também do já exposto anteriormente, observa-se que essa disposição constitucional, no contexto da Carta Magna, não pode ser entendida somente como um dever de fundamentabilidade, mas como um dever de fundamentabilidade que tem um conteúdo determinado pela pretensão de correção que compreende em si uma pretensão de justiça. Por isso, não é qualquer fundamentação exposta na decisão que satisfaz o mandamento constitucional do art. 93, inciso IX, pois é sempre bom insistir que ele está no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro.

É por essas razões que uma decisão judicial somente é fundamentada quando justificada por uma argumentação jurídica racional que se ponha de acordo com o sistema jurídico, e que seja obediente e atenciosa com o princípio democrático e atenda a uma idéia de justiça.

E a argumentação somente é racional quando desenvolvida em bases lógicas com respeito a um mínimo semântico constante do ordenamento jurídico²¹, de modo que tanto as partes quanto um tribunal de revisão possam reconstruir os passos argumentativos de modo a testar a correção ou não da decisão.

²⁰ O dispositivo constitucional citado está assim redigido:

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

²¹ Ver adiante o item 4 deste estudo.

Embora seja certo que não há uma única decisão correta para cada caso, também não é menos certo que a decisão mais correta será aquela que é melhor justificada por uma argumentação jurídica racional, obediente e coerente com o sistema jurídico, atenciosa com o princípio democrático e de acordo com uma idéia de justiça.

Somente assim as decisões judiciais podem ser controladas e aceitas racionalmente pelas partes, pelos cidadãos e pelo Estado.

Essa postura tem a ver com a legitimidade e a autoridade do próprio Judiciário e de suas decisões.

Como já aludido, há uma distinção entre a representação política e a representação argumentativa do cidadão²².

O Parlamento faz a representação política do cidadão e o Judiciário leva a cabo a representação argumentativa.

Mas, como referido anteriormente, a representação política não se dá apenas pelas eleições e pela regra da maioria, pois, resumida a isso, a representação parlamentar não passa de decisionismo. Por isso, é necessária e indispensável também para o Parlamento a representação argumentativa²³.

A diferença é que a representação pelo Judiciário é apenas e puramente argumentativa²⁴.

²² ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. do Prof. Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 53/54.

²³ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. do Prof. Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 163.

²⁴ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. do Prof. Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 163.

É em razão disso que a legitimidade e a autoridade das decisões judiciais repousam não somente na força da Constituição, mas também e fundamentalmente na força de convicção exposta nos julgados, o que pressupõe decisões fundamentadas jurídica e racionalmente²⁵.

E assim é porque no Estado Democrático de Direito a autoridade das decisões judiciais deve ser alcançada ou conquistada, o que somente ocorre quando as decisões são justificadas por fundamentação jurídica racional, de acordo com os sentidos semânticos mínimos do ordenamento jurídico, atenciosas com o princípio democrático e com a idéia de justiça.

É que a autoridade, como acentua magistralmente Hans-Georg GADAMER,

“... não tem seu fundamento último num ato de submissão ou de abdicação da razão, mas num ato de reconhecimento e de conhecimento: reconhece-se que o outro está acima de nós em juízo e visão e que, por conseqüência, seu juízo precede, ou seja, tem primazia em relação ao nosso próprio juízo. Isso implica que, se alguém tem pretensões à autoridade, esta não deve ser-lhe outorgada; antes, autoridade é e deve ser alcançada. Ela repousa sobre o reconhecimento e, portanto, sobre uma ação da própria razão que, tornando-se consciente de seus próprios limites, atribui ao outro uma visão mais acertada. A compreensão correta desse sentido de autoridade não tem nada a ver com a obediência cega a um comando. Na realidade, autoridade não tem a ver com obediência, mas com conhecimento. Não resta dúvidas de que a autoridade implica necessariamente poder dar ordens e encontrar obediência. Mas isso provém unicamente da autoridade que alguém tem. A própria autoridade anônima e impessoal do superior que deriva das ordens não procede, em última instância, dessas ordens, mas torna-as possíveis. Seu

²⁵ MAURER, Hartmut. Contributos para o Direito do Estado. Trad. do Prof. Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 221.

verdadeiro fundamento é, também aqui, um ato da liberdade e da razão, que concede autoridade ao superior basicamente porque este possui uma visão mais ampla ou é mais experto, ou seja, porque sabe melhor. É assim que o reconhecimento da autoridade está sempre ligado à idéia de que o que a autoridade diz não é uma arbitrariedade irracional mas algo que em princípio pode ser compreendido.”²⁶

Assim, da argumentação jurídica racional, atenciosa com o princípio democrático, respeitosa dos sentidos semânticos mínimos do ordenamento – e por isso passível de controle pelas partes e tribunais revisores – é que decorre fundamentalmente a autoridade e a legitimidade das decisões judiciais.

3. O Sistema Jurídico, Interpretação e Aplicação do Direito e Decisões Judiciais

Interpretação e aplicação do Direito não são atividades separadas, mas sim um processo uno e incindível, pois compreensão, interpretação e aplicação constituem um processo unitário²⁷.

Pelo que foi exposto no item anterior é possível perceber que os mecanismos mais simples e tradicionais de interpretação e aplicação do Direito revelam-se insuficientes para atender, com obediência ao princípio

²⁶ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004, p. 371.

²⁷ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004, pp. 406/409, considera “... como um processo unitário não somente a compreensão e interpretação mas também a aplicação.” (...), pois “... a aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação.” (...) “De fato, a cisão entre as funções cognitiva e normativa atravessa, por inteiro, a hermenêutica teológica, e dificilmente poderá ser sanada pela distinção que se faz entre conhecimento científico e sua posterior aplicação edificante. É a mesma cisão que atravessa a interpretação jurídica, na medida em que o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são dois atos separados, mas um processo unitário.”

democrático, a tarefa de interpretação e aplicação do Direito no âmbito do Estado Democrático de Direito e de uma sociedade complexa, como a sociedade moderna contemporânea, em particular a brasileira.

Assim, *v. g.*, recursos a velhos brocardos, como *in claris cessat interpretatio*, *lex posterior derogat priori*, *lex specialis derogat generali*, ou invocações à analogia e a outros mecanismos tradicionais de interpretação, podem até auxiliar – e certamente auxiliam – nessa importante e relevante tarefa, mas não são suficientes, pois, não há uma subsunção direta da lei aos fatos, já que nem a lei e nem os fatos podem ser conhecidos e interpretados corretamente sem um complexo processo de conhecimento, de raciocínio e de interpretação.

Como acentua Eros GRAU, citando Pontes de MIRANDA, *“Pouco importa ou nada importa, que a letra seja clara, que a lei seja clara: a lei pode ser clara, e obscuro o direito que, diante dela se deve aplicar.”*²⁸

Portanto, mesmo em situações simples e de menor complexidade, a interpretação e aplicação do Direito pode revelar-se de grande dificuldade, pois *“... mesmo palavras e expressões unívocas na linguagem usual assumem – ou deveriam assumir – na linguagem jurídica sentidos mais precisos do que os naquele primeiro nível a elas atribuídos [Larenz 1983:83]. Daí por que se há de tomar sob reserva a afirmação de que ‘in claris cessat interpretatio’, (...). Quanto a esse ponto impõe-se observarmos que a clareza de uma lei não é uma premissa, mas o resultado*

²⁸ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 66. Os destaques são do original.

da interpretação, na medida em que apenas se pode afirmar que a lei é clara após ter sido ela interpretada.”²⁹

O procedimento de interpretação e aplicação do Direito, que, como referido no item anterior, é unitário, uno e incindível, envolve um silogismo em que a premissa maior é representada pelas disposições normativas constantes no ordenamento jurídico, e a premissa menor é constituída pelos fatos concretos aos quais há de se aplicar o Direito.

Esse silogismo, entretanto, não significa simplesmente uma operação lógica de subsunção direta da lei aos fatos.

Não se trata, portanto, de uma subsunção semântica algorítmica³⁰ da lei aos fatos, mas de uma subsunção semântica, sintática, pragmática e jurídica da norma, formulada pelo intérprete e aplicador, a partir dos textos normativos do ordenamento jurídico positivo, mediante argumentação jurídica racional.

Além disso, no mesmo processo de argumentação jurídica racional, os fatos também são interpretados e relatados pelo mesmo intérprete e aplicador, a partir das provas produzidas e das evidências constatadas.

²⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 70.

³⁰ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 96, referindo à lição de Habermas acentua: “As leis jamais foram dotadas de uma forma semântica tal que permitam ao juiz uma aplicação simplesmente algorítmica [Habermas 1992^a:73].”

A configuração do silogismo deve considerar, pois, a descoberta das premissas, em cujo processo são utilizados não somente argumentos dedutivos, mas também argumentos não-dedutivos³¹.

A premissa maior é estabelecida a partir do sentido semântico, sintático, pragmático e jurídico das disposições normativas postas pelo ordenamento jurídico.

A premissa menor deve considerar os fatos concretos e todas as suas circunstâncias relevantes, assim consideradas pelo texto normativo.

Nessa tarefa de descoberta e de configuração das premissas, entra em jogo a argumentação jurídica racional, a qual deve caracterizar-se primeiramente por sua vinculação ao Direito vigente³².

Os problemas de interpretação e aplicação do Direito, assim, não estão normalmente na passagem das premissas à conclusão do silogismo, mas fundamentalmente se tratam de problemas argumentativos relativos à formulação das premissas, pois pode haver valorações diferentes dos elementos probatórios na configuração da premissa menor ou uma interpretação diversificada das normas na formulação da premissa maior, ou até mesmo dúvida sobre quais normas são aplicáveis ao caso³³.

³¹ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003, pp. 31 e segs.

³² ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 210.

³³ ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia – Una Introducción al Derecho y al Razonamiento Jurídico*. 1ª ed. 3ª impr. Barcelona: Ariel, 2007, p. 24.

O discurso jurídico, segundo Robert ALEXY, é um caso especial do discurso prático geral, daí a razão de se adotar as regras deste para o estabelecimento do discurso jurídico³⁴.

As regras que possibilitam a verdade e a correção do discurso prático, como condição de possibilidade da comunicação lingüística, resumidamente, podem ser sintetizadas nas seguintes premissas: a) nenhum falante pode contradizer-se; b) todo falante só pode falar aquilo em que acredita; c) todo falante, que aplique um predicado específico a determinado objeto, deve estar disposto a aplicar esse mesmo predicado a qualquer objeto igual àquele ao qual aplicou o predicado; e d) os diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados³⁵.

O autor por último referido sustenta que dois aspectos devem ser considerados em relação às premissas do silogismo: a justificação interna e a justificação externa.

A primeira, a justificação interna, verifica se a decisão ou conclusão segue-se logicamente das premissas que se expõem como fundamentação.

A segunda, a justificação externa, tem por objeto a correção das próprias premissas³⁶, consistindo, dita justificação externa, na própria

³⁴ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, pp. 209 e segs.

³⁵ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 191.

³⁶ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, pp. 217/218.

fundamentação das premissas usadas na justificação interna³⁷, em que são utilizados argumentos dedutivos e não-dedutivos.

Esses argumentos consistem resumidamente:

a) na argumentação empírica³⁸, em que são considerados fatos singulares, ações concretas, motivos dos agentes e estados de coisas, inclusive recursos de outras ciências, como por exemplo, perícias técnicas;

b) nos cânones³⁹, que envolvem o argumento semântico, que diz com o uso da linguagem; o argumento genético, que tem a ver com a vontade do legislador; o argumento histórico, referido à história do problema jurídico em discussão; o argumento comparativo, atinente à comparação com outros ordenamentos; o argumento sistemático, alusivo à situação da norma em relação ao texto legal ou em relação a outras normas; e o argumento teleológico, que tem a ver com as relações de meio e fim;

³⁷ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 226.

³⁸ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, pp. 228/229.

³⁹ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, pp. 229 e segs.

c) na dogmática⁴⁰, que envolve a descrição do direito vigente, a análise sistemática e conceitual e a elaboração de propostas de soluções de casos;

d) nos precedentes jurisprudenciais⁴¹; e

e) nos argumentos jurídicos especiais⁴², como a analogia, o argumento a contrário, o argumento *a fortiori* e o argumento *ad absurdum*.

Todas essas formas de argumentação têm que ser, numa adequada interpretação e aplicação do Direito, relacionadas entre si na argumentação jurídica racional utilizada e exposta pelo intérprete e aplicador.

A argumentação empírica pressupõe o conhecimento empírico, inclusive de outras Ciências, e envolve a prova dos fatos e também regras de presunção racional⁴³.

Relativamente aos cânones, que abrangem o argumento semântico, o genético, o histórico, o comparativo, o sistemático e o teleológico, deve ser observado o requisito da saturação⁴⁴, no sentido de que

⁴⁰ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, pp. 244 e segs.

⁴¹ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, pp. 264 e segs.

⁴² ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, pp. 268 e segs.

⁴³ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 229.

⁴⁴ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 240.

um argumento só é completo se contém todas as premissas pertencentes a esse argumento, evitando-se a afirmação simplista de que um argumento resulta tão-somente de uma interpretação literal, histórica ou finalista, sendo necessário apresentar as premissas empíricas e normativas, cuja verdade ou correção podem ser discutidas⁴⁵.

Em relação aos precedentes é de registrar – especialmente para os fins deste estudo – a questão do princípio da universalidade como exigência de toda concepção de justiça no sentido de tratar igualmente os iguais⁴⁶.

Como não existem normalmente dois casos iguais, a questão de uma possível mudança de tratamento então diz com a relevância das diferenças, isto é, quando as diferenças autorizam um tratamento diferente do tratamento que foi dado a um caso anterior⁴⁷.

Assim, se em um caso todas as circunstâncias são relevantes, e se pretende decidir em outra direção um novo caso considerado igual ao anterior, porque mudou a valoração das circunstâncias⁴⁸, tal postura contradiz o princípio da inércia⁴⁹ e contraria o princípio da universalidade,

⁴⁵ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 240.

⁴⁶ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 265.

⁴⁷ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 265.

⁴⁸ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 265.

⁴⁹ Segundo Robert Alexy, esse princípio diz que uma idéia que tenha sido aceita uma vez não pode ser modificada sem um motivo suficiente. ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, pp. 177, 259 e 265.

mas, por outro lado, a exclusão de qualquer mudança de orientação contradiz o fato de que toda decisão contém uma pretensão de correção⁵⁰. Entretanto, o cumprimento da pretensão de correção faz parte do cumprimento do princípio da universalidade⁵¹.

Em tais circunstâncias, a mudança só pode justificar-se por uma argumentação jurídica racional que por sua vez seja justificável para fundamentar racionalmente a diferença de circunstâncias e, por conseguinte, a mudança de orientação.

Assim, quem sustenta que uma situação é diferente de outra tem que provar não só a diferença, mas também dar as razões pelas quais a diferenciação se justifica.

A carga da argumentação é carregada a quem pretende afastar o precedente judicial, sendo que o princípio da inércia⁵² exige que a decisão somente pode ser mudada se existem e são apresentadas razões suficientes para tanto.

Assim, para se afastar o precedente deve-se discriminar fatos especiais ou demonstrar a falta de fatos determinados, sendo que a carga da

⁵⁰ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 265.

⁵¹ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 265.

⁵² ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 265.

argumentação também nessa hipótese incumbe a quem pretende o afastamento do precedente⁵³.

Nesse contexto também entra em jogo o princípio da exigência do respeito aos precedentes⁵⁴, cabendo a quem pretende afastar-se da jurisprudência consolidada a carga da argumentação, pois o princípio da inércia exige que uma orientação jurisprudencial fixada somente possa ser mudada se houver razões de fundamentabilidade suficientes que justifiquem a mudança.

A modificação do precedente tem a ver com a função de estabilização⁵⁵, de progresso⁵⁶ e de descarga⁵⁷, que normalmente é exercida pela jurisprudência e pela dogmática jurídica.

Além disso, a garantia de estabilidade contribui para a segurança jurídica e para a proteção da confiança⁵⁸. É certo que a segurança jurídica e a

⁵³ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 265.

⁵⁴ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 265.

⁵⁵ Pela função de estabilização fixam-se e se fazem reproduzíveis determinadas soluções a questões práticas, porque tanto a dogmática quanto a jurisprudência operam institucionalmente. Com isso não se tem que discutir as questões de novo a cada vez que surgem, permitindo que se estabeleça por longo do tempo determinadas formas de decisão. Caso se renovassem as discussões a cada vez chegar-se-ia a todo o momento a resultados diferentes, o que contraria o princípio da universalidade e, por consequência, a isonomia. ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, pp. 258 e 266.

⁵⁶ A função de progresso tem conexão com a de estabilização e permite a discussão institucional dos enunciados jurídicos. Oferecendo comprovações e diferenciações dos enunciados, a discussão aliada à atividade do legislador e às mudanças das idéias valorativas da sociedade permite o progresso da dogmática jurídica. ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, pp. 259/260 e 266.

⁵⁷ A função de descarga diz respeito ao fato de que não é necessária, sem uma razão especial, uma nova comprovação ou justificação dos enunciados jurídicos já comprovados e aceitos, de modo que se pode renunciar a discussão de novo em cada caso das questões de valoração. ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, pp. 260 e 266.

proteção da confiança não são os únicos fins, pois se fossem não seria possível afastar em nenhuma hipótese o princípio da inércia⁵⁹ e mudar a jurisprudência.

Entretanto, o princípio da universalidade e o princípio da inércia somente podem ser afastados, para mudar a jurisprudência, quando algum fundamento muito relevante possa justificar, mediante uma argumentação jurídica racional, que a mudança é necessária para atender a pretensão de correção, que compreende também, como dito, uma pretensão de justiça, mas deve ser considerado que, havendo uma margem do discursivamente possível para se encontrar o resultado correto, não se pode preencher essa margem com soluções mutáveis e incompatíveis, pois tal contraria a exigência de consistência e o princípio da universalidade, e só não se deve seguir o precedente cuja máxima decisão seja reconhecida como equivocada⁶⁰.

Assim, para afastar os precedentes e a jurisprudência consolidada são necessárias razões jurídicas que fundamentem e justifiquem a mudança pretendida, incumbindo a carga da argumentação jurídica inteiramente a quem pretende promover a mudança.

A não ser assim estará violado o Estado Democrático de Direito e o princípio democrático, e a decisão resultante será carente de autoridade,

⁵⁸ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 266.

⁵⁹ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 266.

⁶⁰ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, pp. 266/267.

no sentido dado por GADAMER, e carente também de legitimidade porque não atende a representação argumentativa do povo que cabe ao Judiciário.

Além disso, estará violada a regra do art. 93, IX, da Constituição Federal, com o que a decisão é passível de nulidade, sendo certo que essa regra não impõe apenas a obrigação de fundamentação e nem tão-só a possibilidade de qualquer fundamentação, mas impõe o dever constitucional de fundamentação jurídica racional, segundo uma teoria jurídica respeitosa do sentido semântico mínimo do ordenamento normativo, atenciosa com o princípio democrático e com os postulados do Estado Democrático de Direito, de modo que a decisão judicial resultante possa ser argumentativa e racionalmente controlada pelas partes e por eventual instância revisora, de maneira que se possam reconstruir os passos argumentativos de fundamentabilidade que justificaram a decisão judicial.

Assim, um dos limites do ato de julgar é a fundamentabilidade da decisão que deve decorrer de argumentação jurídica racional, atenciosa com o princípio democrático e com os postulados de justiça.

4. Os Limites Semânticos do Ordenamento e as Decisões Judiciais

Como já referido no item precedente, a descoberta e configuração das premissas está ligada à argumentação jurídica racional, a qual deve caracterizar-se sempre por sua vinculação ao Direito vigente⁶¹.

⁶¹ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 210.

Mesmo nos casos em que o texto normativo do Direito positivo vigente utilize as chamadas cláusulas gerais ou seja vago ou ambíguo, ainda assim a decisão não fica ao livre sentimento e criação pessoal e subjetiva do juiz⁶², pois é dever do juiz, que decorre do Estado Democrático de Direito e do princípio democrático não só o dever de fundamentação, mas o dever de fundamentar com base e a partir dos textos normativos positivos vigentes.

A argumentação jurídica, portanto, só será legítima, se respeitar o mínimo semântico contido no ordenamento jurídico.

O respeito a esse mínimo semântico deve ser demonstrado por argumentação jurídica racional, isto é, a teoria jurídica da argumentação deve fundamentar, no próprio ordenamento jurídico, a escolha dos argumentos e da decisão correta, pois o ordenamento possui núcleos de sentido que não podem ser desprezados pelo intérprete e aplicador, sendo que, interpretar o Direito, significa construir a partir de algo e, por isso, significa reconstruir, porque o ponto de partida são os textos normativos que dão os limites da construção dos sentidos, e os núcleos de sentido são constituídos pelo uso, especialmente o jurídico, e preexistem ao processo interpretativo individual⁶³.

⁶² MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, pp. 269/270, assim disserta sobre esse ponto: “Incompleta na cláusula geral é apenas a densidade do texto normativo. Como normas jurídicas finalmente produzidas no caso particular, elas não oferecem maiores problemas. Os dados lingüísticos fornecidos pelo texto normativo apenas por meio de formulação acentuadamente vaga oferecem aos operadores do direito, em todos os estágios do processo de concretização, maiores exigências do que as disposições ‘normais’. **Apesar disso, a decisão não fica inteiramente a cargo da livre criação do direito por parte do juiz.**” O destaque entre aspas simples é do original. O negrito e sublinhado foi acrescentado.

⁶³ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, pp. 34/35.

É por isso que a legitimidade e a autoridade das decisões judiciais repousam não só na força da Constituição, mas também na força de convicção exposta nos julgados, o que pressupõe decisões fundamentadas jurídica e racionalmente⁶⁴ e baseadas no conteúdo semântico do próprio ordenamento jurídico.

Assim, seja para superar o sentido literal de uma disposição normativa, seja para modificar a jurisprudência consolidada, impõe-se uma carga argumentativa superior, que deve ser desenvolvida segundo uma teoria jurídica da argumentação respeitosa dos significados mínimos do ordenamento e que demonstre de forma atenciosa com o princípio democrático, a utilização de todas as formas de argumentação segundo o requisito da saturação, com demonstração de todas as premissas utilizadas, de modo que a decisão possa ser controlável pelas partes e por eventual instância revisora, de forma que a decisão ganhe autoridade no sentido gadameriano e adquira legitimidade pela correção de seus argumentos.

Não se está a dizer que o sentido literal de determinada disposição legal não possa ser superado e nem que a jurisprudência não possa ser modificada, pois tais possibilidades são ínsitas à evolução do Direito para atender a evolução da própria vida em sociedade.

O que se está a dizer é que o juiz, no caso concreto, quando tiver de superar o sentido literal de textos normativos ou quando tiver de optar por uma mudança jurisprudencial, terá sempre um grau superlativo de carga argumentativa, em que deverá demonstrar argumentativamente não só

⁶⁴ MAURER, Hartmut. *Contributos para o Direito do Estado*. Trad. do Prof. Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 221.

que o sentido literal não é adequado ou que os fundamentos da jurisprudência consolidada não são pertinentes para o caso em julgamento, mas fundamentalmente deverá construir nova fundamentação sobre novas bases, segundo o princípio da saturação, utilizando todos os mecanismos de interpretação e aplicação do Direito, lançando mão de argumentos empíricos, semânticos, genéticos, históricos, comparativos, sistemáticos, teleológicos, doutrinários e jurisprudenciais (precedentes), além das formas especiais de argumentos jurídicos, tudo como anteriormente se fez referência.

Portanto, nem o juiz é um escravo da lei e nem a lei diz aquilo que o juiz diz que ela diz por que o juiz não pode dizer que a lei diz qualquer coisa. Como sempre e em tudo, *virtus est in medio*.

Na verdade, a lei e a decisão judicial nela baseada dizem aquilo que o juiz diz que ela diz segundo o ordenamento jurídico que tem uma pretensão de correção que compreende também uma pretensão de justiça.

É que, como antes referido, a representação argumentativa do povo pelo Judiciário somente se dá pela argumentação jurídica racional, respeitosa do princípio democrático e fundamentada no sentido semântico mínimo do ordenamento jurídico vigente.

A não ser assim, a decisão judicial carece de legitimidade e de autoridade e viola a regra do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, não podendo sobreviver no mundo jurídico, por violar a representação argumentativa do povo que cabe ao Judiciário, ofender o princípio democrático e o Estado Democrático de Direito, precisamente porque, do contrário, a decisão não poderá ser democrática e argumentativamente

controlada pelas partes ou por instância revisora, por impossibilidade de reconstrução dos passos argumentativos de fundamentabilidade que justificariam a decisão.

O segundo limite do ato de julgar, pois, é o respeito ao conteúdo semântico mínimo do ordenamento positivo.

5. As Aplicações Financeiras na CRT e a Retribuição em Ações

A Companhia Riograndense de Telecomunicações – CRT, foi instituída pela Lei Estadual/RS nº 4.073, de 30/12/1960, como sociedade anônima de economia mista (art. 1º), com subscrição pelo Estado de 51% do capital (art. 5º), que poderia ser aumentado após integralizado (par. único do art. 4º), sendo que, tanto a integralização das ações subscritas pelos demais acionistas (art. 6º), como os estatutos sociais da CRT (art. 14), deveriam observar a Lei das Sociedades por Ações (LSA). O art. 13 da Lei Estadual dispunha que era condição, para obtenção dos serviços telefônicos pelo usuário, até a integralização do capital da CRT, a subscrição de ações em montante e condições fixados pelo Poder Executivo.

Em tais circunstâncias, todos os adquirentes do serviço telefônico, em razão da determinação legal, ao adquirir o direito de uso do serviço, também subscreviam ações da CRT, mediante investimento financeiro que posteriormente era retribuído em ações.

Observe-se que esse procedimento de ‘venda casada’, do serviço telefônico e da subscrição de ações, prolongou-se por toda a vida da

empresa enquanto ela esteve na condição de empresa de economia mista controlada pelo Estado, somente cessando com a chamada ‘privatização’.

Por aí já se nota uma primeira ilegalidade, precisamente a infração ao art. 13 da Lei que criou a empresa, que apenas autorizava a subscrição de ações como condição para os usuários fruírem o serviço telefônico somente até a integralização do capital da Companhia. Mostra-se evidente que o capital não ficou por integralizar durante toda a vida da empresa até a privatização.

A CRT foi constituída e permaneceu até a sua privatização como companhia fechada (LSA, art. 4º), tendo suas ações subscritas pela forma particular (LSA, arts. 82 e 88), pois não tinha suas ações negociadas em bolsa e nem tinha participação de instituição financeira na subscrição e negociação das suas ações⁶⁵.

Apesar da violação da Lei criadora, antes referida, a CRT continuou ao longo de todo tempo com a exigência de subscrição de ações como condição para o uso do serviço telefônico, mesmo após a integralização do capital.

E tal ilegalidade foi agravada pelo fato de que, em época de alta inflação, mediante um ajuste que denominou de contrato de participação financeira, que nada mais era do que um boletim ou instrumento de

⁶⁵ A doutrina tem acentuado que companhia fechada é aquela que não tem acesso ao mercado de capitais e possui natureza contratual assimilável a um negócio jurídico privado e que companhia aberta é a que está autorizada a emitir valores mobiliários sob a forma de ações ou títulos de dívida para oferta pública em bolsa de valores ou no mercado organizado de balcão. PINTO JUNIOR, Mario Engler. A Capitalização da Companhia. In: FINKESLSTEIN, Maria Eugênia Reis e PROENÇA, José Marcelo Martins (Coordenadores). Sociedades Anônimas. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 246/247.

subscrição de ações (LSA, art. 85) – pois desimporta o *nomen juris*, e importa a essência ou conteúdo do ato jurídico – a CRT passou a receber o investimento financeiro dos usuários e a retribuir em ações, isto é, emitir e entregar as ações, em regra geral, um ano depois da subscrição, com base no valor patrimonial da ação do último balanço anterior à data da emissão e entrega das ações e não com base no preço de emissão das ações fixado com base no balanço anterior à data do investimento ou da assinatura do ajuste do contrato de participação financeira.

Por outras palavras, a empresa subscrevia as ações e recebia a vista ou contratava a prazo o investimento do usuário em uma determinada data, mas só emitia e entregava as ações até um ano depois, com preço de emissão das ações baseado no valor patrimonial destas, constante do balanço anterior à data da entrega das ações, quando deveria entregar ações com preço de emissão fixado com base no balanço patrimonial anterior à data do investimento ou do ajuste do contrato de participação financeira.

Esse procedimento, de converter o investimento pelo valor das ações de até um ano depois da data do aporte de recursos pelo usuário investidor, importava em que o investidor recebia um número muito menor de ações do que aquele que receberia se a conversão do valor investido fosse feita pelo preço de emissão da ação vigente da data do investimento. E isto porque o valor do investimento era desvalorizado pela alta inflação e as ações eram valorizadas tanto pela variação da inflação – pela correção monetária dos balanços – como também pela natural valorização patrimonial real dos elementos patrimoniais do balanço da empresa.

Adão Sergio do Nascimento Cassiano
Professor de Direito Tributário da UFRGS e da Escola Superior da
Magistratura da AJURIS/RS
Advogado

Ora, pela Lei das Sociedades por Ações, como se verá adiante, as ações devem ser entregues ao investidor na data da subscrição pelo preço de emissão vigente nessa data, seja a subscrição à vista ou a prazo, pois, em caso de inadimplemento, a Lei estabelece os mecanismos de cobrança e de satisfação da obrigação do investidor.

Nesse sentido foram editadas pelo menos três Portarias pelo Ministério das Comunicações. A primeira delas, a de nº 1.361/1976, determinava que a retribuição em ações seria pelo valor do pagamento a vista na data do contrato, mas tal retribuição seria pelo valor patrimonial da ação apurado no fim do exercício anterior àquele em que ocorresse a capitalização ou transferência. A mesma Portaria determinava que o prazo para retribuição em ações não poderia exceder a doze meses da integralização da participação financeira.

Desse modo, o valor investido pelo usuário era dividido pelo valor patrimonial da ação apurado até um ano depois da data do investimento, com o que, além de haver a desvalorização do investimento pela inflação, ainda havia valorização dos elementos patrimoniais da empresa pela variação da inflação e também valorização real do patrimônio líquido da empresa acima da variação da inflação, de maneira que o prejuízo do usuário era duplo: o valor do investimento (o dividendo do cálculo) era desvalorizado pela inflação e o valor patrimonial da ação (o divisor do cálculo) era valorizado duplamente, pela variação da inflação e pelo acréscimo real de valor do patrimônio da empresa, de modo que o quociente da divisão, que era o número de ações a ser entregues, era muito menor do

que aquele que deveria ser entregue se observada a sistemática da Lei das Sociedades por Ações e não a Portaria.

Duas outras Portarias, posteriores à de nº 1.361/1976, apenas amenizaram a situação de prejuízo dos usuários e investidores.

A Portaria nº 881/1990 apenas mitigou a situação de prejuízo na medida em que determinou a correção dos valores investidos pelos usuários até o mês do primeiro balanço apurado após a integralização do investimento e estabeleceu que o prazo para retribuição não poderia exceder a quatro meses da data do balanço referido.

Por fim, a Portaria nº 86/1991 manteve a correção dos valores investidos, mas definiu que tal correção seria pelo mesmo índice da correção das demonstrações financeiras, e determinou a inclusão de juros, mas elevou o prazo de retribuição para seis meses da data do último balanço após a integralização financeira.

Seja como for, as Portarias sempre contrariaram a sistemática da Lei das Sociedades por Ações que determina que o investimento deve ser convertido pelo preço de emissão das ações na data da subscrição.

O exposto demonstra como se formava o prejuízo dos usuários e investidores.

Por outro lado, a situação da empresa era absolutamente confortável, porque, a desvalorização dos investimentos feitos pelos usuários, somada à valorização dos elementos patrimoniais da empresa pela variação da inflação e à valorização real do valor patrimonial das ações além

da variação da inflação, possibilitava que o Estado, para manter a maioria de 51% do capital e manter-se como controlador e, por consequência, conservar a sociedade como de economia mista, não necessitava desembolsar recursos ou, então, necessitava aportar apenas uma quantia ínfima de capital.

É que, se não fosse o expediente adotado pelo controlador, de desvalorizar o capital investido pelos usuários, o Estado teria que aportar quantidade maior de recursos do que a investida pelos usuários, sob pena de perder o controle acionário da empresa.

A lógica desse quadro era a de capitalizar a empresa com grande investimento dos usuários – o qual era desvalorizado ao máximo e retribuído com o menor número possível de ações, como visto – sem que o Estado necessitasse aportar maior quantidade de recursos, mas mesmo assim continuar como controlador.

O resultado disso foi a lesão enorme aos usuários investidores.

Por isso, a situação confortável era a de, lesando os usuários, pela redução de seus investimentos e atribuindo a eles número ínfimo de ações, pois, do contrário, o Estado, ou seria obrigado a investir um alto valor – superior ao que captava dos usuários – ou perderia o controle acionário da empresa e ela deixava de ser uma economia mista.

Assim, com esse expediente ilegal e escuso, para não investir na Companhia e para não perder o controle acionário, o Estado tratou prejudicar os usuários aplicando o ‘calote’ da desvalorização do investimento somada à valorização patrimonial real das ações acima da inflação: não poderia haver

situação mais cômoda e mais antijurídica. A situação apenas foi amenizada – mas ficou muito longe da legalidade – quando se reconheceu que o valor dos investimentos deveria ser corrigido.

De qualquer sorte, mesmo nessa situação posterior, é relevante notar que uma coisa é estabelecer a correção monetária do valor investido, e outra, bem diferente, é a efetiva conferência e comprovação de que de fato houve a correção e, tendo havido a correção, se ela foi feita pelo índice adequado à desvalorização do poder aquisitivo da moeda, ou se foi feita por um índice qualquer, decidido pela empresa, em detrimento do investidor.

Releva notar, ainda, como já aludido, que a determinação de correção dos valores investidos apenas minimizou o prejuízo, pois o valor patrimonial da ação – como se verá adiante – era fixado com base no balanço patrimonial da empresa aprovado pela assembléia geral, no qual já estão incorporados não só a variação da correção monetária, como também o acréscimo patrimonial real que a empresa obtinha com a valorização de seu patrimônio acima da variação da inflação, mais a perspectiva de rentabilidade da empresa.

Observe-se que até a vigência da Lei nº 9.249/1995, que se deu a partir do exercício de 1996 – precisamente o ano da privatização da CRT –, existia, até o fim do ano de 1995, a correção monetária das demonstrações financeiras, como determinava a Lei nº 7.799/1989, em seus arts. 3º e 4º, em que era apurado o lucro ou prejuízo inflacionário, de modo que o balanço patrimonial expressava os elementos patrimoniais sempre pelo valor

atualizado pela inflação e mais o acréscimo patrimonial real acima da variação monetária.

Assim, o valor patrimonial da ação, fixado pela assembléia geral em cada exercício, era decorrente de balanço patrimonial que expressava um valor atualizado pela inflação e pelo acréscimo econômico real do patrimônio da empresa.

A situação acima exposta, relativa ao procedimento da empresa em relação aos usuários investidores, contraria frontalmente o disposto na Lei que regula as sociedades por ações, que determina que a conversão, de qualquer investimento do acionista, deve ser feita pelo preço de emissão da ação da data da subscrição, como será demonstrado no item 8 adiante.

6. As Portarias Administrativas e o Direito Societário

Como já foi referido no item 1 deste estudo, o Brasil, sendo uma República, que adota o Estado Democrático de Direito (CF, Preâmbulo, arts. 1º, 3º e 4º) e a tripartição de Poderes (CF, arts. 2º e 60, § 4º, III), tem no Parlamento o órgão de formação da vontade política, que representa a soberania popular (CF, arts. 1º, par. único, e 14) e garante a participação das minorias, daí que as decisões essenciais, que podem envolver direitos fundamentais, devem ser tratadas e definidas por lei do Parlamento.

Portanto, no sistema brasileiro, ao Legislativo compete prevalentemente o exercício do poder de legislar, o qual deve ser entendido como o poder de inovar primária ou originariamente a ordem jurídica, no

sentido de criar, modificar ou extinguir direitos e deveres dos cidadãos e de todos aqueles que estão vinculados à ordem jurídica brasileira, inclusive os próprios órgãos e agentes do Estado.

Diz-se que compete prevalentemente ao Parlamento o poder de legislar porque a Constituição pode outorgar – e efetivamente outorga – competência para o exercício do poder de legislar a outros órgãos do Estado, diversos do Legislativo.

Assim, com a expressão ‘poder de legislar’ – repita-se – quer-se significar o poder do Estado de inovar primária ou originariamente a ordem jurídica, no sentido de criar, modificar ou extinguir direitos e deveres dos cidadãos e de todos aqueles que estão vinculados à ordem jurídica brasileira, inclusive os próprios órgãos e agentes do Estado.

Com efeito, na situação concreta brasileira, embora o exercício do poder de legislar pertença prevalentemente ao Legislativo, o fato é que a ordem constitucional vigente, ao configurar concretamente a separação dos Poderes, estabeleceu o que se pode chamar de ‘deslocamentos do poder de legislar’.

Esses deslocamentos do poder de legislar são como que sinônimos de delegação legislativa⁶⁶, e se constituem naquelas situações em

⁶⁶ A expressão ‘delegação legislativa’ é usada no texto no sentido de que, na configuração concreta da separação de Poderes, a Constituição Federal atribuiu a outros órgãos do Estado, diversos do Poder Legislativo, a competência para que estes outros órgãos também possam editar atos normativos com força de lei, sem entrar aqui no debate a respeito das teorias sobre a natureza da delegação legislativa, de que nos dá notícia a doutrina. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 7ª ed. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 762 e segs.; DOURADO, Ana Paula. O Princípio da Legalidade Fiscal – Tipicidade, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Margem de Livre Apreciação. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 159/161, especialmente notas de rodapé 352 a 354).

que a Constituição Federal, por disposições provenientes do poder constituinte originário⁶⁷, atribuiu competência legislativa a outros órgãos do Estado, diversos do Parlamento, para que estes possam também editar atos normativos com força de lei, isto é, atos com aptidão de inovar primária ou originariamente a ordem jurídica no sentido já referido.

Em tais circunstâncias, no Brasil, pode ser considerada lei formal tanto aquela editada pelo Parlamento como outros atos normativos editados por outro órgão do Estado a quem a Constituição outorgou a competência para exercer o poder de legislar.

Podem ser citados como exemplos de deslocamentos constitucionais do poder de legislar os casos da lei delegada (CF, art. 68), da lei complementar delegatória (CF, art. 22, par. único), da medida provisória (CF, arts. 62 e 87, XXVI), de certos decretos do Executivo (CF, art. 153, § 1º), do decreto do estado de defesa (CF, art. 136), da decretação de tributo na vigência do estado de sítio (CF, art. 139, VII), da decretação da intervenção federal (CF, arts. 84, X, 34 e 36), além de outros casos que poderiam ser enumerados.

Observa-se que os casos de delegações legislativas – deslocamentos do poder de legislar –, em que o órgão legislador do Estado é diverso do Parlamento, estão todos expressa e taxativamente previstos no

⁶⁷ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Revista e Atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 107, utiliza as expressões poder constituinte originário e poder constituinte derivado, as quais são também aqui adotadas por serem, segundo aquele autor, expressões consagradas na doutrina e na jurisprudência. Em tais circunstâncias, a expressão poder constituinte originário é aqui entendida como o poder decorrente da Assembléia Nacional Constituinte, e poder constituinte derivado como o poder meramente congressual, do Congresso ordinário, não proveniente de uma assembléia constituinte, decorrente de convocação específica do povo, para a instauração de uma nova ordem constitucional.

texto constitucional, demonstrando que quando a Constituição quis a delegação ela a previu expressamente, de modo que não há, no sistema constitucional brasileiro, delegação implícita e nem delegação fora de disposição constitucional expressa.

Em termos mais simplificados: no sistema brasileiro não há delegação legislativa decorrente de lei formal inferior ou infraconstitucional.

Em consonância com o contexto constitucional acima exposto, importa ainda observar que a Constituição Federal estabelece que o Congresso Nacional deve sustar os atos do Executivo que exorbitem do poder regulamentar (CF, art. 49, V), e que o Parlamento deve zelar pela preservação da sua competência legislativa em face da atribuição normativa de outros Poderes (CF, art. 49, XI).

Por evidente, as disposições constitucionais por último referidas, são como a chave de fechamento da abóbada, pois, ao determinarem que o Legislativo suste atos exorbitantes do poder regulamentar e preserve a sua própria competência legislativa em face da atribuição normativa de outros Poderes, está, a Constituição, claramente estabelecendo que o poder regulamentar é subordinado à atividade legislativa do Parlamento, e que a competência legislativa de outros órgãos do Estado, além de ser expressa e taxativa, é exceção posta pelo sistema constitucional, e que, mesmo no exercício dessa competência delegada, esses outros órgãos do Estado devem respeitar a competência do Parlamento.

Além disso, a Constituição Federal, a par de prever esse controle do poder de legislar e do poder regulamentar pelo Parlamento, também estabelece, em termos de competência, o próprio poder regulamentar, que, com relação ao Poder Executivo – ponto que interessa para este estudo, no respeitante às Portarias ministeriais –, vem definido nos arts. 84, inciso IV, e 87, par. único, inciso II, da Constituição.

Assim, no Brasil, o poder regulamentar tem sua fonte na Constituição Federal. Portanto não decorre da lei formal – embora a ela esteja subordinado, até porque não pode revogá-la ou modificá-la –, mas não se pode negar que tal poder regulamentar decorre direta e imediatamente de disposições constitucionais.

A configuração constitucional exposta demonstra não só que o poder regulamentar está subordinado à lei formal, mas também que ele pode ser exercido autonomamente, desde que tal exercício não represente inovação primária da ordem jurídica – no sentido antes referido –, pois o poder de legislar inovando a ordem jurídica está reservado constitucionalmente, de maneira exclusiva, aos órgãos do Estado aos quais a Constituição atribuiu o poder de legislar por disposição do poder constituinte originário.

Em tais circunstâncias, o regulamento, seja ele editado por expressa determinação de lei formal, seja ele expedido com base na sua fonte primária que é a Constituição, de forma autônoma, pode ser entendido como um mecanismo jurídico de interpretação e aplicação da lei pela

Administração, por meio de disciplinamento genérico e abstrato, visando à uniformidade e à isonomia em relação aos destinatários, no sentido de concretização do Direito, inclusive para densificar conceitos indeterminados utilizados pela lei que eventualmente lhe dá suporte, ou pelo Direito em geral, nesta última hipótese podendo tratar-se então de regulamento autônomo.

Apenas o que o regulamento não pode fazer, com a desculpa de densificar conceitos indeterminados, é inovar primariamente a ordem jurídica.

O exposto demonstra quatro importantes questões: a) o poder de legislar no Brasil é prevalentemente do Parlamento; b) o poder de legislar pode ser exercido por outros órgãos do Estado, desde que tenha sido atribuída a competência ao órgão respectivo por disposição oriunda do poder constituinte originário; c) o poder de legislar, afora as circunstâncias de deslocamentos expressamente previstas na Constituição, não pode ser delegado pelo Parlamento a outros órgãos do Estado; e d) o poder regulamentar, embora tenha sua fonte primária na Constituição e possa ser exercido autonomamente, não pode jamais envolver o poder de legislar, e, ao contrário, está subordinado à lei formal, não podendo inovar a ordem jurídica, embora possa densificar conceitos jurídicos indeterminados dentro dos limites semânticos da lei formal.

Em tal contexto, é possível concluir reafirmando que no sistema brasileiro não há delegação legislativa fora das autorizações constitucionais de deslocamento do poder de legislar.

Assim, a lei do Parlamento, ou ato normativo de outro órgão do Estado, a quem foi constitucionalmente atribuído o poder de legislar, não pode delegar ou cometer ao regulamento autorizações que envolvam inovações primárias da ordem jurídica.

Além disso, deve ser remarcado que o poder regulamentar, embora tenha origem na Constituição Federal e possa ser exercido autonomamente e possa densificar conceitos jurídicos indeterminados, está sempre subordinado e não pode contrariar a lei formal como ato do Parlamento ou como ato normativo com força de lei editado por outro órgão do Estado que detenha o poder de legislar por deslocamento constitucional.

Dito mais resumidamente: o poder regulamentar, seja o exercido de maneira autônoma, seja o exercido em decorrência de lei formal específica, não pode inovar primariamente a ordem jurídica no sentido de criar, modificar ou extinguir direitos e deveres, nem mesmo quando o regulamento é editado para concretizar conceitos jurídicos indeterminados.

Portanto, não pode haver delegação legislativa para o regulamento, sobre matérias que envolvam a inovação primária da ordem jurídica, e o regulamento não pode desbordar da materialidade da lei formal, seja ampliando, seja reduzindo o conteúdo material da lei regulamentada.

Pelo exposto pode-se concluir que Portarias ministeriais ou de autoridades subalternas não podem legislar inovando a ordem jurídica em tema de Direito Societário, matéria reservada à lei do Parlamento ou a atos normativos com força de lei editados por outros órgãos do Estado constitucionalmente autorizados excepcionalmente a exercer o poder de legislar.

Logo, as Portarias do Ministério das Comunicações não podem estabelecer disposições contrariamente àquelas da Lei das Sociedades por Ações e nem dispor sobre os direitos dos usuários investidores.

7. O Serviço Público, as Portarias e o Direito Societário

É importante observar de imediato uma questão de absoluta relevância que deve ser notada na relação da CRT com os usuários do serviço de telefonia: é a de que havia duas relações jurídicas diversas, embora entre as mesmas pessoas, o usuário e a Companhia.

A primeira relação é relativa à prestação do serviço público federal que foi concedido à CRT, razão pela qual ela era delegada da União no que respeita a essa prestação, como concessionária do serviço público telefônico por força do disposto nos arts. 21, inciso XI, e 175 do Constituição Federal.

Impõe-se registrar que, em termos de serviço público, quando a Constituição Federal atribui competência, ela está na verdade impondo um dever-poder, uma obrigação constitucional ao Poder Público de prestar a

atividade, pois o que há é um dever constitucional de prestar, como, por exemplo, além do serviço de telefonia, o serviço de água potável, o serviço de energia elétrica, entre outros elencados no texto constitucional.

É importante notar que a Constituição separa claramente a atuação do Estado na atividade pública, típica de Estado (CF, art. 175), e a atuação do Estado na exploração da atividade econômica (art. 173).

No primeiro caso, o Estado presta serviço público ou atividade pública típica de Poder Público, típica de Estado, como, *v. g.*, o serviço público em geral e, em particular, o serviço de telefonia.

No segundo caso, o Estado atua na atividade econômica privada, e não na prestação de serviço público, circunstância em que, constitucionalmente (CF, art. 173), o Estado equipara-se às empresas privadas, mesmo não tendo eventualmente a forma jurídica de empresa privada.

Essa configuração constitucional, evidentemente, não pode ser alterada por lei inferior, isto é, a lei infraconstitucional não pode definir como atividade econômica aquilo que a Constituição diz que é atividade pública, cujo dever constitucional de prestar é do Poder Público, pois, embora possa, essa atividade pública típica de Estado, ser prestada mediante concessão ou permissão, o fato é que, mesmo havendo concessão ou permissão, o serviço público não deixa de ser público para ser atividade econômica.

É nesse campo, das relações dos usuários do serviço de telefonia com a CRT, no que respeita apenas à atividade pública prestada, do serviço público de telefonia, é que as Portarias editadas pelo Ministério das Comunicações tinham incidência, mas assim mesmo sem qualquer possibilidade de inovar a ordem jurídica, não podendo ampliar nem diminuir o conteúdo das leis formais sobre o serviço telefônico.

E, além de não poderem inovar a ordem jurídica nem mesmo quanto ao serviço telefônico, muito menos tais Portarias poderiam tratar de normas relativas ao Direito Societário, no sentido de disciplinar temas como subscrição de ações, integralização de capital, capitalização de sociedades anônimas, normas sobre demonstrações financeiras e outras.

Aliás, quanto ao âmbito do Direito Societário até mesmo há incompetência normativa do Ministério das Comunicações, pois não cabe a esse Ministério a regulamentação de leis sobre Direito Societário.

Portanto, embora a relação de prestação do serviço público de telefonia possa ser regulada por Portarias do Ministério das Comunicações – mesmo assim sem inovação primária da ordem jurídica – é certo que relações privadas, de Direito Societário, como são as relações entre acionistas e as sociedades anônimas, não podem ser reguladas por Portarias do Ministério das Comunicações.

Logo, as Portarias não têm qualquer eficácia frente às disposições da Lei das Sociedades por Ações, especialmente no que diz

respeito à subscrição de ações e à conversão dos investimentos em ações ao preço de emissão das ações.

8. O Direito Societário e as Relações dos Acionistas com a CRT

A Lei das Sociedades por Ações (LSA) estabelece que o capital social é dividido em ações (art. 1º), cujo número e valor nominal são determinados pelo Estatuto, sendo que o número de ações e o respectivo valor nominal somente podem ser alterados nos casos de modificação do valor do capital social (LSA, arts. 6º, 11 e 12).

Há, portanto, uma simetria legal e uma correlação lógica inafastável entre o valor do capital social, o número e o valor das ações.

Nesse sentido é a lição de José Edwaldo Tavares BORBA, o qual ensina que o capital social da sociedade anônima corresponde a um determinado número de ações, na medida em que cada ação representa uma fração do capital, resultando para cada ação um valor ideal representado pelo quociente da divisão do montante do capital pela quantidade de ações⁶⁸.

Como referido no item 5 retro, a CRT era uma companhia fechada e assim permaneceu até a privatização, de modo que a subscrição de suas ações dava-se por oferta particular, sem intermediação de instituição financeira na subscrição e na negociação das ações (LSA, art. 4º).

⁶⁸ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 230.

O preço das ações, segundo a Lei, deve ser fixado pela assembleia geral ou pelo conselho de administração por delegação daquela (LSA, art. 170, §§ 1º e 2º).

As ações cujo valor ideal é declarado são ações com valor nominal e, se tal valor não é declarado, têm-se, então, ações sem valor nominal⁶⁹ (LSA, art. 11 e 14).

É vedada a emissão de ações por preço inferior ao valor nominal (LSA, art. 13). No caso de ações sem valor nominal, o preço de emissão é fixado na constituição da companhia pelos fundadores, e, nos aumentos de capital – que era o caso da CRT –, tal preço é fixado pela assembleia geral ou pelo conselho de administração por delegação da assembleia (LSA, arts. 14, 166 e 170, § 2º).

O preço de emissão é aquele pelo qual as ações são ofertadas para subscrição, sendo que, tratando-se de ações de valor nominal, se o preço de emissão for superior ao valor nominal a diferença será o ágio, o qual não integra o capital⁷⁰, sendo vedada, como antes referido, a emissão de ações por preço inferior ao valor nominal.

Nos casos de aumento de capital, o preço de emissão será fixado sem diluição injustificada da participação dos antigos acionistas, segundo critérios estabelecidos pelo legislador (LSA, art. 170, § 1º), consistindo, esses critérios de fixação do preço, na observância, de maneira alternativa ou

⁶⁹ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 230.

⁷⁰ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 231.

conjuntamente, da perspectiva de rentabilidade da empresa, do valor do patrimônio líquido⁷¹ e da cotação no mercado.

Esses critérios, segundo pertinente doutrina de José Edwaldo Tavares BORBA, são aplicados de forma alternativa ou conjunta, não se tratando, entretanto de alternar ou cumular critérios, mas de aplicá-los de forma lógica e ordenada para revelar o preço adequado das ações, sendo que a perspectiva de rentabilidade, por exemplo, não pode representar um critério alternativo isolado porque deve apoiar-se no valor patrimonial ou no valor de mercado⁷².

A doutrina mais abalizada também tem acentuado que se trata de dois critérios básicos e dois critérios auxiliares. Os critérios básicos são a cotação do mercado e o valor do patrimônio líquido e os critérios auxiliares são a perspectiva de rentabilidade e a possibilidade de diluição justificada⁷³.

No que respeita à questão da diluição da participação dos antigos acionistas, a doutrina tem acentuado que tal medida é vista com reserva, sendo que a legislação procura mitigar a sua ocorrência porque o percentual de participação funciona como medida para quantificar os direitos

⁷¹ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 449, assim disserta sobre a noção de patrimônio líquido: “Verifica-se, portanto, que o patrimônio líquido, força efetiva da sociedade, compõe-se, basicamente, do capital e das reservas, além dos ajustes de avaliação. Se os prejuízos acumulados excederem o capital mais as reservas e ajustes de avaliação, o patrimônio líquido será negativo, compondo-se um quadro de sociedade deficitária.”

⁷² BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 232.

⁷³ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 232.

patrimoniais e políticos dos acionistas, daí a instituição de garantias como a prioridade na subscrição nos aumentos de capital⁷⁴.

A diluição é consequência da emissão de ações por valor inferior ao patrimonial, pois nessa circunstância, há aumento do número de ações sem que haja aumento correspondente do patrimônio⁷⁵.

Como antes referido, há incontornável simetria legal e correlação lógica entre o valor do capital, o correspondente aumento dele e o número e o valor das ações (LSA, arts. 1º, 6º, 11, 12 e 170, § 1º).

O preço de emissão é declarado no momento da assembléia que delibera sobre o aumento de capital ou pela decisão do conselho de administração por delegação da assembléia⁷⁶ (LSA, art. 170, § 2º).

Entretanto, se a situação for de uma companhia fechada, como era o caso da CRT, o preço de emissão é fixado com base no valor patrimonial da ação que, como visto acima, é representado pelo quociente da divisão do patrimônio líquido pelo número de ações da sociedade.

Nesse sentido é a lição de José Edwaldo Tavares BORBA, nos seguintes e precisos termos:

“Se a companhia não tiver ações cotadas no mercado, os responsáveis pela fixação do preço de emissão, em uma primeira abordagem, apenas aferirão o valor patrimonial da ação, que é o quociente da divisão do patrimônio líquido pelo número de ações da sociedade. (...) Na primeira hipótese em que há apenas o valor

⁷⁴ PINTO JUNIOR, Mario Engler. A Capitalização da Companhia. In: FINKESLSTEIN, Maria Eugênia Reis e PROENÇA, José Marcelo Martins (Coordenadores). Sociedades Anônimas. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 261.

⁷⁵ BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 233.

⁷⁶ BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 232.

Adão Sergio do Nascimento Cassiano
Professor de Direito Tributário da UFRGS e da Escola Superior da
Magistratura da AJURIS/RS
Advogado

patrimonial, o preço de emissão deverá exceder esse valor, quando as perspectivas da empresa e as condições de absorção do aumento pretendido comportarem a elevação. Por outro lado, uma vez constatada, através de estudos de viabilidade, a impossibilidade de colocação das ações pelo valor patrimonial, e sendo conveniente o aumento, o preço de emissão poderá situar-se abaixo do valor patrimonial, estando, nesse caso, justificada a diluição, A justificção, com todos os elementos que a fundamentarem, integrará a decisão correspectiva.”⁷⁷

(Os sublinhados não são do original).

Como se observa pelo acima exposto e pela doutrina transcrita, é a assembléia geral, ou o conselho de administração por delegação desta, que delibera sobre o preço de emissão e oferta das ações, mas o valor é fixado, especialmente em companhias fechadas como era o caso da CRT, com base no valor patrimonial da ação – que resulta, como dito, da divisão do patrimônio líquido pelo número de ações –, o qual só pode ser apurado com fundamento em balanço patrimonial, cabendo ainda à assembléia geral, a partir desse dado, crescer tal preço em razão das perspectivas de rentabilidade da empresa, ou então reduzir o preço da ação para patamar abaixo do valor patrimonial, mediante diluição devidamente justificada.

Seja como for, o fato é que o preço da ação é fixado com base no valor patrimonial da ação, que decorre da divisão do patrimônio líquido pelo número de ações, valor que será acrescido em face da perspectiva de rentabilidade, ou diminuído por diluição justificada, mas sempre por deliberação da assembléia geral com fundamento no balanço patrimonial.

⁷⁷ BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 232.

Portanto, o valor patrimonial da ação não decorre simplesmente da divisão do patrimônio líquido pelo número de ações, pois também são levados em considerações os outros fatores já referidos, entre eles, nas companhias fechadas como a CRT, a perspectiva de rentabilidade.

A orientação adotada pela CRT ao longo dos anos de sua vida social, até a privatização, seguia essa sistemática da Lei das Sociedades por Ações, conforme documento fornecido pela própria empresa⁷⁸ em que se especificavam o valor patrimonial das ações e o período de vigência de tal valor, que era sempre o tempo decorrido entre a data da aprovação, pela assembleia geral, do balanço patrimonial de determinado exercício social, e a aprovação do novo e próximo balanço patrimonial pela assembleia geral seguinte.

É por isso que o valor que deve servir para a retribuição em ações, em contrapartida dos investimentos financeiros aos usuários investidores, é o valor patrimonial da ação fixado pela assembleia geral, tal como publicizado pelos documentos emitidos pela própria empresa e decorrentes das demonstrações financeiras legalmente exigidas, aprovadas em assembleia geral e publicadas regularmente.

Pode-se até argumentar que a CRT apurava o valor patrimonial das ações simplesmente dividindo o patrimônio líquido pelo número de ações sem considerar a perspectiva de rentabilidade. Essa circunstância, se

⁷⁸ A consultante repassou ao signatário deste estudo documento denominado “Evolução do VN e VP das Ações”, fornecido pela própria empresa, no qual são especificadas séries históricas do período de março de 1962 a março de 1998, dividido por exercício social correspondente, em que constam, em colunas separadas, especificados por exercícios, o valor nominal das ações, o valor patrimonial das ações, o período de vigência e o percentual de acréscimo, consignando, inclusive, as mudanças do padrão monetário no período.

ocorreu – o que se admite apenas *ad argumentandum tantum* –, é matéria que depende de prova em cada caso, já que sobre ela não se pode admitir qualquer presunção de que o critério de rentabilidade não foi considerado, até porque esse é o critério decorrente da Lei, como visto.

Entretanto, seja qual for a situação concreta que se demonstre, isso não invalida o valor fixado, pois ele foi aprovado por assembléia geral, com base em balanço patrimonial e com o cumprimento do requisito legal da publicidade.

Observa-se que o documento antes referido – denominado pela empresa de Evolução do VN e VP das Ações – demonstra que o valor patrimonial da ação era fixado pela assembléia geral da CRT a cada exercício social, e que esse valor vigia sempre até a próxima assembléia geral que aprovava o novo valor patrimonial da ação para vigor por mais um exercício social.

É por isso que, no caso da CRT, o valor que deve servir para a retribuição dos investimentos financeiros dos usuários é o valor patrimonial da ação fixado pela assembléia geral, tal como publicizado pelos documentos emitidos pela própria empresa, decorrentes das demonstrações financeiras legalmente exigidas, aprovadas pela assembléia geral e regularmente publicadas.

Releva notar que esse procedimento da CRT estava absolutamente de acordo com a Lei das Sociedades por Ações, pois é à assembléia geral que cabe, anualmente, nos quatro primeiros meses

seguintes ao término do exercício social, tomar as contas dos administradores e deliberar sobre as demonstrações financeiras (LSA, arts. 122, III, 132, I).

As demonstrações financeiras da sociedade, instituídas e previstas legalmente, inclusive para fins de publicidade com relação a acionistas e terceiros, as quais são submetidas à deliberação da assembléia geral (LSA, art. 176, I a V), são somente o balanço patrimonial, a demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados, a demonstração do resultado do exercício, a demonstração dos fluxos de caixa e, se companhia for aberta – o que não era o caso da CRT –, a demonstração do valor adicionado. Esta última peça contábil nem mesmo era exigida na época dos fatos envolvendo a CRT, pois tal exigência somente foi introduzida, na Lei nº 6.404/1976, pela Lei nº 11.638/2007.

Assim, quem decide sobre a situação patrimonial da empresa e sobre a destinação dos lucros e reservas de capital, e principalmente sobre o valor das ações, é a assembléia geral, com base nas demonstrações financeiras (LSA, arts. 122, III, 132, I, 134, §§ 3º e 4º, e 192).

Nessas demonstrações financeiras, que expressam e demonstram a situação patrimonial da sociedade, que são legalmente exigidas para fins de publicidade e para exame e deliberação da assembléia geral, não estão incluídos os chamados balancetes mensais, que sequer têm exigência legal expressa para o seu levantamento e nem mesmo estão sujeitos ao requisito legal da publicidade e da transparência.

Adão Sergio do Nascimento Cassiano
Professor de Direito Tributário da UFRGS e da Escola Superior da
Magistratura da AJURIS/RS
Advogado

Os balancetes são peças examinadas apenas pelo conselho fiscal, órgão que, apesar de examinar também as demonstrações financeiras legalmente exigidas, sobre elas apenas manifesta opinião, com o que resta evidente que tal conselho não tem qualquer poder de deliberação (LSA, arts. 163 e 248), sendo órgão apenas opinativo, razão pela qual o balancete é documento apenas interno, de caráter informativo e gerencial, que não pode ter eficácia em relação aos acionistas, seja por falta de aprovação pela assembleia geral, seja por falta do requisito legal da publicidade.

Em tais circunstâncias, os balancetes são documentos apenas internos que passam pelo crivo de um órgão tão-somente opinativo e que não traduzem nenhuma força deliberativa sobre questões patrimoniais da sociedade.

Assim, o balancete mensal não pode fundamentar a apuração do valor patrimonial da ação para efeito de retribuição em ações do investimento feito pelos usuários do serviço de telefonia da CRT. E isto porque o preço de emissão das ações, segundo a Lei das Sociedades por Ações, não pode ser fixado com base em balancete, mas somente com escora no balanço patrimonial aprovado pela assembleia geral.

Ademais, havendo aumento de capital com base em captação de recursos mediante subscrição de ações, o aumento de capital e a entrega das ações devem ser imediatos, não havendo falar em capitalização posterior, a qual somente é cabível nos casos de capitalização de lucros e reservas em

que não há ingresso de novos recursos financeiros na sociedade (LSA, art. 169).

Não há falar, portanto, em reservas outras, componentes do patrimônio líquido da companhia, que não sejam aquelas determinadas pela Lei das Sociedades por Ações (arts. 178, § 2º, 'd', e 182), permitindo-se estritamente a criação das chamadas 'reservas estatutárias' desde que: a) para cada uma delas haja indicação, de modo preciso e completo, de sua finalidade; b) fixem-se critérios para determinar a parcela anual dos lucros líquidos que serão destinados à sua constituição; e c) estabeleça-se o limite máximo da reserva. Fora daí não há falar em reservas outras.

Logo, na Lei das Sociedades por Ações não há lugar para criação de eventual reserva decorrente de recursos captados por conta de 'promessa' ou de 'futuras' subscrições de ações.

A partir do momento em que há subscrição das ações⁷⁹, seja a vista ou a prazo, o acionista tem direito de participar da vida da sociedade, exercendo os direitos que lhe são próprios (LSA, arts. 109 e seguintes), e mesmo na subscrição a prazo o subscritor fica obrigado a realizar o capital subscrito, sob pena de aplicação de multa, perda do valor pago, execução forçada ou venda das ações em bolsa por conta e risco do próprio acionista (LSA, arts. 106 a 108).

⁷⁹ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 205, assim se manifesta sobre a subscrição de ações: "Para que a subscrição se considere efetivada, deverá o subscritor firmar o boletim ou lista de subscrição e pagar a entrada. A subscrição é irretratável, não podendo o subscritor dela desistir." Em outra passagem da mesma obra (p. 435) o mesmo autor assim se pronuncia: "O ato de subscrição é, todavia, irretratável, não podendo o subscritor dele se desvincular, contanto que seja respeitado o prazo fixado. Não tem, outrossim, a sociedade a faculdade de recusar subscritores, (...). A subscrição de capital tem natureza contratual, correspondendo a oferta de subscrição à proposta e a subscrição propriamente dita à aceitação."

Adão Sergio do Nascimento Cassiano
Professor de Direito Tributário da UFRGS e da Escola Superior da
Magistratura da AJURIS/RS
Advogado

Com efeito, se o estatuto ou o boletim de subscrição forem omissos quanto ao montante da prestação e o prazo de pagamento, a companhia dará prazo não inferior a 30 dias para o pagamento, e, persistindo a inadimplência, o subscritor ficará de pleno direito constituído em mora, hipótese em que a companhia escolherá entre executar o acionista ou vender as ações em bolsa por conta e risco deste (LSA, arts. 106 a 108). Não conseguida por esses meios a realização do capital subscrito, a companhia poderá declarar caducas as ações e fazer suas as entradas realizadas, integralizando-as com lucros ou reservas, ou, então, ao fim e ao cabo, se não houver lucros e reservas e nem conseguir colocar as ações no prazo de um ano, poderá a assembléia deliberar sobre a redução correspondente do capital (LSA, art. 107, § 4º).

Portanto, mesmo na subscrição a prazo, as ações devem ser emitidas desde logo, e não se admite o inadimplemento do subscritor.

Assim, pelas regras do Direito Societário, a CRT tinha a obrigação de converter em ações o valor dos investimentos pelo valor patrimonial da ação da data da subscrição, isto é, o valor vigente na data do ajuste ou assinatura do chamado contrato de participação financeira, tenha ele sido ajustado à vista ou a prazo.

Lembre-se que, nos casos de subscrição a prazo – portanto, de contrato de participação financeira a prazo, no caso da CRT –, a solução para o eventual inadimplemento está na Lei das Sociedades por Ações, como acima se demonstrou.

O que viola a Lei, como se viu, é a captação dos recursos numa data e a retribuição em ações em data muito posterior pelo valor patrimonial da ação vigente nesta última data e não na data da subscrição ou do contrato de participação financeira, tudo em duplo prejuízo ao usuário investidor: de um lado decorrente da desvalorização do valor investido pela inflação e, de outro, decorrente da valorização dos elementos patrimoniais da empresa pela variação da inflação e pela valorização patrimonial real da empresa acima da variação da inflação.

Esse duplo prejuízo do investidor decorreu diretamente da conduta da empresa em violação às disposições da Lei das Sociedades por Ações, como acima demonstrado.

9. A Mudança Jurisprudencial

Neste item pretende-se, com o auxílio do que foi anteriormente exposto neste estudo, proceder a uma análise crítica da mudança jurisprudencial operada no tema relativo aos investidores e usuários dos serviços telefônicos e a retribuição em ações a eles feita pela CRT.

É relevante registrar que o egrégio STJ é um dos mais importantes tribunais do País, senão o mais importante – guardião da aplicação da lei federal e da uniformização da jurisprudência baseada na legislação infraconstitucional – não só pelas suas funções constitucionalmente determinadas, mas principalmente pela excelência de sua jurisprudência, no sentido não só de concretização da justiça, mas

principalmente pelas posições corajosas e inovadoras, como se pode observar, por exemplo, em temas como o relativo a desapropriações e à responsabilidade civil, apenas para citar duas matérias da mais alta relevância em que a atuação daquela Corte Superior se mostra esplendorosa.

A respeitável decisão judicial⁸⁰ que levou à guinada jurisprudencial, rompendo com a série de precedentes, portadores de orientação consolidada por longo tempo, no que diz com o mérito do tema ora em análise, demonstra que a egrégia Corte Superior bem posicionou o ponto nodal da discussão ao acentuar que a questão fundamental seria saber ou determinar quantas ações cada contratante ou usuário investidor teria direito de receber em retribuição ao investimento feito⁸¹.

A análise que aqui se fará não tomará em consideração as questões processuais, como as relativas ao âmbito da matéria devolvida ao Tribunal Superior e a eventual circunstância de o Tribunal ter examinado questões de fato, em atividade a ele interdita.

A análise, como já foi anteriormente exposto, centra-se na inconstitucionalidade da mudança jurisprudencial por violação dos princípios do Estado Democrático de Direito, infração à representação argumentativa do povo pelo Judiciário e à regra constitucional que determina que todas as decisões devem ser fundamentadas, mas não com qualquer fundamentação,

⁸⁰ Recurso Especial nº 975834, STJ, 2ª Seção, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. em 24/10/2007, unânime, DJU de 26/11/2007, p. 115.

⁸¹ O voto condutor do julgado referido assim posicionou o tema: “*O ponto nodal do debate reside em saber a quantas ações cada contratante teria direito. Em regra, segundo as portarias ministeriais, a prestadora teria até doze meses da data em que o valor foi pago pelo consumidor (integralização), para retribuir em ações o que fora investido. A quantidade das ações seria obtida por meio da divisão entre o capital investido e o valor patrimonial de cada ação (Qt = Cp/Vp).*”

mas sim com fundamentação ancorada em razões decorrentes de argumentação jurídica racional que atendam: a) ao mínimo semântico do ordenamento jurídico positivo; b) à pretensão de correção do Direito; c) à representação argumentativa do povo que cabe ao Judiciário; d) ao princípio democrático; e e) ao Estado Democrático de Direito. Tudo de modo a permitir que a decisão possa ser reconstituída, em sua fundamentabilidade, e nessa medida controlada pelas partes e por eventual instância revisora.

9.1. Jurisprudência Anterior à Mudança

A jurisprudência anterior, conforme registra o respeitável voto condutor da mudança jurisprudencial, firmou-se e pacificou-se, pelo menos desde 2003, no âmbito da 3ª e da 4ª Turmas, que compõem a 2ª Seção do egrégio STJ, no sentido de que o usuário investidor tinha o direito de receber a quantidade de ações correspondente ao valor patrimonial da ação na data da integralização, sob pena de sofrer prejuízo, não podendo ficar ao juízo exclusivo da empresa ou de atividade normativa administrativa o critério para retribuição em ações, em detrimento do valor efetivamente integralizado⁸².

⁸² Conforme reconhecido no voto do eminente Min. Relator do REsp nº 975834, pelo menos desde o ano de 2003, a jurisprudência firmou-se e tornou-se pacífica no sentido de que o usuário investidor tinha o direito de receber a quantidade de ações correspondente ao valor patrimonial da ação na data da integralização, expressando-se o voto condutor nos seguintes termos, *verbis*: “**Ora, para evitar a lesão patrimonial do consumidor, nos casos dos contratos de participação financeira, levando-se em conta, precipuamente, os princípios da vedação do enriquecimento ilícito e o do equilíbrio contratual, a Segunda Seção desta Corte, desde o julgamento do Recurso Especial nº 470.443/RS, sendo relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, em 13.08.2003, firmou corretivo, neste sentido:**

‘O contratante tem direito a receber a quantidade de ações correspondente ao valor patrimonial na data da integralização, sob pena de sofrer severo prejuízo, não podendo ficar ao alvedrio da empresa ou de atividade normativa de natureza administrativa, o critério para tal, em detrimento do valor efetivamente integralizado.’

Tal orientação foi seguida e pacificada, no âmbito da Terceira e da Quarta Turmas, em reiterados julgados; a título exemplificativo, mencionam-se o AgRg no Ag 782.314/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta

Esse entendimento perdurou até outubro de 2007 quando houve a mudança da jurisprudência pelo julgamento a que ora se faz referência.

Como se observa, os fundamentos que justificaram racionalmente a jurisprudência anterior⁸³ eram de que o usuário investidor tinha o direito de receber a retribuição em ações fazendo a conversão do investimento pelo valor da ação na data da integralização, com base no art. 170, § 1º, da Lei nº 6.404/1976, e não pelo valor definido em balanço posterior, inclusive considerando a situação de inflação galopante da época, sendo que a circunstância de o ato da empresa estar amparado em Portarias ou outros atos administrativos não afastava a ilegalidade⁸⁴.

Turma, DJ 23.04.2007 e o AgRg nos EDcl no Ag 660.525/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 27.08.2007.”

⁸³ A ementa do Recurso Especial nº 500236, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 07/10/2003, maioria, DJU de 01/12/2003, p. 361, está assim redigida: **“RECURSO ESPECIAL. CONTRATO. PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. SUBSCRIÇÃO. QUANTIDADE MENOR. AÇÕES. DIREITO. RECEBIMENTO. DIFERENÇA. 1. Consoante entendimento pacificado no âmbito da Segunda Seção, em contrato de participação financeira, firmado entre a Brasil Telecom S/A e o adquirente de linha telefônica, este tem direito a receber a quantidade de ações correspondente ao valor patrimonial na data da integralização, sob pena de sofrer severo prejuízo, não podendo ficar ao alvedrio da empresa ou de ato normativo de natureza administrativa, o critério para tal, em detrimento do valor efetivamente integralizado. 2. Recurso especial conhecido em parte e, nesta extensão, provido para determinar a complementação da quantidade de ações a que os recorrentes não excluídos da lixe teriam direito.”**

⁸⁴ Eis o excerto do voto do então Ministro Ruy Rosado de Aguiar proferido no REsp nº 500236, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 07/10/2003, maioria, DJU de 01/12/2003, p. 361, *verbis*: **“2. No mérito, tenho que os autores cuja legitimidade não foi impugnada merecem ver seus apelos acolhidos. Rezava o art. 170 da Lei 6.404/76: ‘Art. 170. Depois de realizados 3/4 (três quartos), no mínimo, do capital social, a companhia pode aumentá-lo mediante subscrição pública ou particular de ações. § 1º O preço de emissão deverá ser fixado tendo em vista a cotação das ações no mercado, o valor do patrimônio líquido e as perspectivas de rentabilidade da companhia, sem diluição injustificada da participação dos antigos acionistas, ainda que tenham direito de preferência para subscrevê-las’ (O disposto na Lei nº 9.457, de 5.5.1997, não alterou o dispositivo, no que nos interessa). Desse enunciado há de se extrair a idéia de que o valor da ação deve ser aquele vigente ao tempo da integralização do capital, e não o definido em posterior balanço, ação que certamente teria valor nominal superior, considerando-se a inflação galopante da época. Ainda que o comportamento da companhia estivesse autorizado por portaria ou outro ato administrativo, nem por isso deixa de haver ilegalidade. (...) 3. O r. acórdão menciona que a Portaria 86/91, sob cuja regência foi realizado o negócio, não contempla o mesmo defeito encontrado na Portaria 1361/76. Mas a regra consagrada na portaria mais recente, que serviu para o caso, também contém disposição autorizando a subscrição não pelo valor da ação no momento da integralização do capital, mas do balanço seguinte.”**

Como se observa pelos precedentes, também estava na base da argumentação, a partir de realidade empírica admitida pelo Tribunal – que não examina provas – a noção de lesão contratual em face do prejuízo causado pela empresa aos usuários investidores em decorrência da infração à Lei Societária por ela cometida.

A jurisprudência anterior também afirmou que não cabia ao STJ analisar o impacto a ser causado pelo cumprimento da obrigação, mas tão-somente determiná-lo⁸⁵.

A fundamentação jurídica que presidia a jurisprudência anterior, como se vê, decorria de uma argumentação jurídica fiel a uma vinculação ao Direito positivo vigente, qual seja a Lei das Sociedades por Ações, observando, portanto, o conteúdo semântico mínimo dos textos normativos em vigor, na medida em que invocava expressamente o art. 170 da Lei nº 6.404/1976.

Tal fundamentação também estava de acordo com a situação empírica evidenciada nos inúmeros processos que foram examinados, isto é, de que, além de a Lei determinar a retribuição em ações na data da integralização, havia uma situação de inflação galopante que apontava no sentido do cumprimento dos dispositivos da Lei das Sociedades por Ações, reconhecendo-se o prejuízo dos investidores e a circunstância de que o ato

⁸⁵ Eis o excerto do voto do Ministro Fernando Gonçalves no mesmo REsp nº 500236, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 07/10/2003, maioria, DJU de 01/12/2003, p. 361, *verbis*: “*Nesse contexto, entendendo que não cabe a esta Corte analisar o impacto a ser causado pelo cumprimento da obrigação, mas tão-somente determiná-lo, conforme ressaltado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.*”

Adão Sergio do Nascimento Cassiano
Professor de Direito Tributário da UFRGS e da Escola Superior da
Magistratura da AJURIS/RS
Advogado

da empresa, embasado em Portarias ou outros atos administrativos, contrariava a Lei e padecia de ilegalidade.

Por essas razões, dita fundamentação observou o requisito da saturação, pois tomou em consideração praticamente todas as premissas pertencentes aos argumentos sustentados.

Observou, também, essa jurisprudência anterior, o princípio da universalidade, tratando de forma igual os investidores e a CRT, atendendo, pois, à isonomia e à justiça. Inclusive expressamente mencionou que não tomava em consideração a questão do impacto da execução das decisões, razão pela qual entendeu que essa circunstância não era relevante para a valoração dos casos julgados, até porque, se fosse, dependeria do exame empírico de prova, o que é vedado ao Tribunal Superior.

O prolongado tempo em que essa orientação jurisprudencial se manteve atendeu ao princípio da inércia, observou o princípio da exigência de respeito aos precedentes, respeitou a garantia de estabilidade e prestigiou a segurança jurídica e o princípio da proteção da confiança.

Em tais circunstâncias, essa fundamentação foi atenciosa com o princípio democrático, atendeu a representação argumentativa do povo que cabe ao Judiciário e contribuiu para a autoridade e a legitimidade das decisões proferidas.

Em suma, a jurisprudência anterior atendeu à regra constitucional contida no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal e se colocou de acordo com o Estado Democrático de Direito.

9.2. Jurisprudência Posterior à Mudança

A nova jurisprudência partiu também da pressuposição empírica de lesão contratual, mas agora de lesão inversa, isto é, de lesão da empresa, só que sem prova disso nos autos, e apenas considerou o tema sob o ângulo da chamada ‘justiça contratual’, sem consideração dos textos normativos vigentes relativos ao Direito Societário, mas invocando inclusive disposições do Código Civil de 2002, para solucionar causas relativas ao ano de 1994.

Além desses problemas, que já tornam a decisão questionável, o principal argumento da mudança jurisprudencial foi o decurso do tempo – “*o fardo negativo do tempo*” – e um presumido prejuízo da empresa⁸⁶.

O douto voto condutor do julgado também considera que tanto a correção monetária do valor patrimonial da ação quanto à correção monetária do investimento não seriam suficientes para solucionar a ‘distorção’.

Ocorre que há o critério da Lei das Sociedades por Ações, aplicável ao caso, que determina como deve ser solucionada a questão. O valor patrimonial das ações já está corrigido pela correção monetária do balanço, vigente à época dos fatos, e não cabe a conversão do investimento por valor diferente daquele do preço das ações vigente na data da

⁸⁶ No Recurso Especial nº 975834, STJ, 2ª Seção, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. em 24/10/2007, unânime, DJU de 26/11/2007, p. 115, o eminente Relator assim se expressou sobre a questão, *verbis*: “**6. Todavia, o fardo negativo do tempo veio a se lançar integralmente sobre os ombros da companhia. Com efeito, a solução que tem sido perfilhada na instância de origem conduz à inversão do prejuízo, que passa a ser, por inteiro, da companhia; dessa forma o desequilíbrio permanece, mudando apenas de lado.**”

subscrição. Esse é o critério claro, imperativo e impostergável da Lei das Sociedades por Ações.

Aventa, também, o douto voto condutor da mudança jurisprudencial, a utilização do valor patrimonial contábil da ação, que poderia ser histórico ou atual, sendo o primeiro aquele constante de balanço ordinário e o segundo o constante de balanço especial levantado durante o exercício social.

Ora, como foi demonstrado neste estudo, nem o valor contábil histórico, nem valor contábil atual, têm expressão na Lei ou no Direito positivo vigente, como se viu. O que existe, para as companhias de capital fechado é o preço de emissão das ações, fixado com base no valor patrimonial e na perspectiva de rentabilidade. A assembléia geral da CRT sempre fixou esses valores e determinou a vigência deles, presumindo-se, obviamente que considerou também as expectativas de rentabilidade. Entretanto, seja como for, o valor foi fixado por quem tinha o poder e a legitimidade par fixar: a assembléia geral com base em balanço patrimonial publicado.

Além disso, o douto voto condutor da mudança jurisprudencial também considera a possibilidade de adoção do valor real patrimonial, definido como o decorrente de avaliação patrimonial da companhia com formulação de balanço de determinação, como ocorre no caso de retirada e reembolso de acionista dissidente, rejeitando também essa hipótese principalmente por dificuldades de ordem prática.

Ora, não se trata sequer de considerar a possibilidade prática desse balanço, pois o que é relevante é que ele é somente levantado para uma determinada hipótese prevista expressamente em Lei: o pagamento do sócio dissidente, o que, obviamente não é o caso dos usuários investidores da CRT.

Chega então o douto voto condutor do julgado à conclusão de que mais razoável é a utilização do valor patrimonial mensal decorrente de balancetes mensais da CRT, utilizando-se, então, para a conversão do investimento, o valor patrimonial mensal da ação na data da integralização, porque *“... o contratante tem direito a receber a quantidade de ações correspondente ao valor patrimonial na data da integralização”*.

Tal deliberação contraria frontalmente a Lei das Sociedades por Ações.

Primeiro, porque, como claramente prevê a Lei das Sociedades por Ações, sequer é o valor da data da integralização que deve ser utilizado para a conversão do investimento – e nisso até a jurisprudência anterior já pecava – pois a data que deve ser considerada para a conversão é a data da subscrição, que, no caso da CRT, é precisamente a data do ajuste do contrato de participação financeira.

Segundo, porque o balancete – pela própria limitação legal e técnica dessa peça contábil, como antes visto – não apura o valor patrimonial da ação acrescido da perspectiva de rentabilidade como determina claramente a Lei das Sociedades por Ações (art. 170, § 1º)

O douto julgado que orientou a mudança jurisprudencial também pondera e afasta o eventual risco de manipulação dos dados ou suspeita de maquiagem dos balancetes mensais, pois tais balancetes seriam originários de exercícios longínquos, razão pela qual não se poderia cogitar de efeitos reflexos que elementos peculiares, neles retratados, poderiam ter no futuro.

Ocorre que, como foi anteriormente acentuado, balancete é apenas peça contábil informativa e gerencial, que não é legalmente obrigatória, que não tem aprovação da assembleia geral e nem atende ao requisito da publicidade. Portanto, não pode ter efeito em relação aos acionistas e nem contra terceiro. Além disso, do ponto de vista da contabilidade, tal peça sequer atende à técnica que é adotada nos balanços patrimoniais com relação à avaliação patrimonial e à transparência determinada pela Lei das Sociedades por Ações.

Logo, independentemente de questões de manipulações ou reflexos futuros, o fato é que o balancete não é peça contábil apta para determinação de avaliações patrimoniais, como é o caso do valor das ações, e muito menos atende aos requisitos da publicidade e da transparência. Trata-se, apenas, de peça informal e gerencial, sem os requisitos técnicos do balanço patrimonial, razão pela qual não se pode, com base em tais balancetes, determinar o valor das ações para fins de conversão dos investimentos dos usuários e investidores da CRT.

O que se observa então, é que a decisão modificativa da jurisprudência deixou de aplicar as disposições da Lei das Sociedades por Ações, embora tenha aplicado retroativamente disposições do Código Civil de 2002.

Como antes referido, a superação do sentido literal de disposições normativas, especialmente se isto implicar modificação da jurisprudência, impõe, a quem assim pretende proceder, um ônus argumentativo superior, que deve ser desenvolvido segundo uma teoria jurídica da argumentação racional que respeite os significados mínimos do ordenamento e que demonstre, de forma atenciosa com o princípio democrático, a utilização de todas as formas de argumentação segundo o requisito da saturação, com demonstração de todas as premissas utilizadas, de modo que a decisão possa ser controlável racionalmente pelas partes e por eventual instância revisora, de forma que a decisão ganhe autoridade e legitimidade pela correção de seus argumentos.

A decisão modificativa da jurisprudência anterior, no assunto de que trata este estudo, afastou a aplicação da Lei das Sociedades por Ações e não lançou nenhum argumento no sentido de justificar essa não-aplicação da Lei, especialmente quando a jurisprudência anterior se consolidara com invocação especialmente do art. 170, § 1º, da Lei nº 6.404/1976, conforme se vê, por exemplo, do já citado REsp nº 500236.

Além disso, dentro do ônus argumentativo que cabia à decisão modificativa da jurisprudência estava, além da construção dos novos argumentos referidos, a tarefa de desconstituir e explicitar por que os

fundamentos da jurisprudência anterior estavam equivocados e por que não mais se adequavam aos novos casos em julgamento, especialmente quando os pressupostos fáticos e empíricos continuavam os mesmos e o Direito positivo não sofreu qualquer modificação.

Não se explicitou em que mudaram os fatos e os fundamentos jurídicos – até porque mudança não houve como dito – para acarretar a brusca mudança jurisprudencial.

Como já referido anteriormente, a legitimidade e a autoridade das decisões judiciais repousam não só na força da Constituição, mas também na força de convicção exposta nos julgados, o que pressupõe decisões fundamentadas racionalmente no próprio ordenamento jurídico.

Assim, para afastarem-se os precedentes jurisprudenciais e modificar a jurisprudência que continha fundamentos jurídicos racionais, já consolidados e aceitos pelo consenso de longo tempo, é necessário mais que simplesmente fundamentar, pois em tal caso a carga argumentativa é superlativa, porque, aquele que pretende afastar a jurisprudência consolidada deve demonstrar não só o equívoco dos argumentos até então utilizados, como também declinar racionalmente razões suficientes que não só justifiquem o novo entendimento, mas que também demonstrem a sua superioridade jurídico-argumentativa e de correção em relação à orientação anterior.

Tal não se observou na respeitável decisão que obrou a guinada jurisprudencial aludida.

Insista-se que a carga da argumentação é carregada a quem pretende afastar o precedente judicial, pois o princípio da inércia exige que a decisão somente possa ser mudada se existirem e forem apresentadas razões suficientes para tanto.

Nesse contexto também entra em jogo o princípio da exigência do respeito aos precedentes, cabendo, a quem pretende a mudança, superior ônus argumentativo, pois o princípio da inércia exige que uma orientação jurisprudencial fixada somente possa ser mudada se houver razões de fundamentabilidade suficientes que justifiquem a modificação.

Além disso, essa garantia de estabilidade contribui para a segurança jurídica e para a proteção da confiança.

É certo que a segurança jurídica e a proteção da confiança não são os únicos fins, pois se fossem não seria possível afastar em nenhuma hipótese o princípio da inércia e mudar a jurisprudência.

Entretanto, o princípio da universalidade e o princípio da inércia somente podem ser afastados, para mudar a jurisprudência, quando algum fundamento novo, de fato ou de direito, por demais relevante, seja apresentado e tenha aptidão para justificar, mediante argumentação jurídica racional, não só a mudança da jurisprudência, mas também para demonstrar que a mudança é necessária para atender a pretensão de correção compreendida no Direito, a qual abrange, também, como dito, uma pretensão de justiça.

É verdade que se deve ter em conta que em Direito não há uma única solução correta. Por isso, havendo uma margem do discursivamente possível para se encontrar o resultado correto, não se pode preencher essa margem com soluções ocasionais, mutáveis e incompatíveis, pois tal situação contraria a exigência de consistência e o princípio da universalidade, e só não se deve seguir o precedente ou a jurisprudência consolidada quando a solução anterior for fundamentadamente reconhecida como absolutamente equivocada, o que definitivamente não é o caso da mudança jurisprudencial tema deste estudo.

Nesse sentido é a lição de Robert ALEXY, já antes referida:

“Como se mencionou anteriormente, as regras do discurso não permitem encontrar sempre precisamente um resultado correto. Com freqüência resta uma considerável margem do discursivamente possível. Preencher esta margem com soluções mutáveis e incompatíveis entre si contradiz a exigência de consistência e o princípio da universalidade. A introdução da carga da argumentação a favor dos precedentes não pode, por outro lado, ser vista como uma contravenção das regras do discurso já que não exclui a possibilidade de não se seguir o precedente cuja máxima de decisão seja reconhecida como equivocada. A limitação da margem do discursivamente possível assim efetuada deve ser considerada, por isso, racional. Podem se formular, pois, como regras gerais do uso do precedente as seguintes: (J.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo. (J.14) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação.”⁸⁷

⁸⁷ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, pp. 266/267.

Assim, para afastar os precedentes e a jurisprudência consolidada são necessárias razões jurídicas que fundamentem e justifiquem a mudança pretendida, incumbindo a carga da argumentação inteiramente a quem pretende promover a mudança.

A não ser assim estará violado o Estado Democrático de Direito e o princípio democrático, e a decisão resultante será carente de autoridade e legitimidade porque não atende a representação argumentativa do povo que cabe ao Judiciário.

Além disso, estará violada a regra do art. 93, IX, da Constituição Federal, a qual não impõe apenas a obrigação de fundamentação nem somente a possibilidade de qualquer fundamentação, mas impõe o dever constitucional de fundamentação jurídica racional, segundo uma teoria jurídica da argumentação respeitosa do sentido semântico do ordenamento normativo, atenciosa com o princípio democrático e com os postulados do Estado Democrático de Direito, de modo que a decisão judicial resultante possa ser argumentativa e racionalmente controlada pelas partes e por eventual instância revisora, de maneira que se possa reconstruir os passos argumentativos de fundamentabilidade que justificam a decisão judicial tomada.

Como antes se viu, a decisão judicial, ora referida neste estudo, modificativa da jurisprudência anterior, valorizou sobremaneira, sem justificativa jurídica racional prestante, a questão do tempo transcorrido, cujo ônus, ou 'fardo', como aludido no julgado, teria recaído apenas sobre a

empresa. Abandonou-se no julgado não só as disposições normativas do Direito Societário, mas também os argumentos empíricos utilizados nos anteriores precedentes com relação ao prejuízo dos investidores e, sem prova nos autos⁸⁸ - até porque o exame de provas é interdito à Corte Superior - inverteu-se a situação empírica, de modo que a inversão do entendimento, para atribuir o prejuízo à empresa realizou-se por simples presunção, sem qualquer demonstração probatória.

Como dito, inverteu-se, assim, a situação empírica para reconhecer prejuízo da empresa, sem que houvesse exame de qualquer realidade fática porque esta é vedada ao Tribunal Superior.

Além disso, afastou-se sem argumentação a aplicação das normas da Lei das Sociedades por Ações que disciplinam a fixação do preço de emissão das ações

Não há falar em valor contábil das ações, nem histórico nem atual, nem em valor real, quando a Lei estabelece claramente que o valor patrimonial da ação, estabelecido pela assembléia geral, com base no balanço patrimonial, é o valor que corresponde ao patrimônio líquido dividido pelo número de ações mais a perspectiva de rentabilidade, como antes se demonstrou. E, no caso da CRT, esse valor era fixado pela assembléia geral e publicizado em documento em que consta a série histórica dos referidos valores.

⁸⁸ A entidade solicitante do estudo franqueou ao signatário a cópia integral dos autos em que foi exarada a decisão que resultou no acórdão no Recurso Especial nº 975834, STJ, 2ª Seção, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. em 24/10/2007, unânime, DJU de 26/11/2007, p. 115.

Além disso, também se demonstrou que os balancetes, com base nos quais a decisão em comento determinou que fosse fixado o valor das ações, são peças apenas informativas e gerenciais, que não obedecem a mesma técnica do balanço patrimonial, não são aprovadas pela assembléia geral e nem atendem ao necessário requisito legal da publicidade e da transparência. Por isso não podem servir de base para fixar o valor patrimonial das ações, o qual, como dito, deve ser fixado pela assembléia geral, até para atender também o requisito da publicidade.

Ademais, como também foi antes acentuado, é descabido falar em correção monetária do valor das ações, pois o valor patrimonial das ações já contém a correção monetária dos balanços, vigente à época dos fatos (Lei nº 7.799/1989, arts. 3º e 4º), sendo que o valor patrimonial da ação constante do balanço incorpora não só a correção monetária, mas também o acréscimo real do patrimônio da empresa, além da expectativa de rentabilidade.

Demais disso, como já foi referido de forma reiterada, a CRT fixava o valor patrimonial da ação por decisão de sua assembléia geral, a qual também estabelecia o prazo de vigência de dito valor.

10. Conclusão

Em conclusão, por tudo o que foi exposto neste estudo, pode-se afirmar que as decisões judiciais para terem autoridade e legitimidade devem estar embasadas em argumentação jurídica racional, respeitosa do

ordenamento jurídico positivo, atenciosa com o princípio da representação argumentativa do povo que cabe ao Judiciário, obsequiosa com o princípio democrático e reverente com os postulados do Estado Democrático de Direito e, principalmente, observadora dos conteúdos semânticos mínimos contidos nos textos normativos positivados e vigentes, pois só assim a decisão estará justificada pela sua fundamentabilidade e apresentará a força dos enunciados corretos e justos.

Nessa linha de raciocínio, também se conclui que não havia argumentos jurídicos de fundamentabilidade que justificassem a mudança jurisprudencial operada no tema da retribuição em ações aos usuários e investidores da CRT, por isso que a mudança jurisprudencial violou o princípio da representação argumentativa do povo que cabe ao Judiciário, ofendeu o princípio democrático e os postulados do Estado Democrático de Direito e descurou dos textos normativos aplicáveis à espécie, infringindo e desatendendo ao conteúdo semântico mínimo do ordenamento positivo que deve ser observado, o que torna questionável não só a autoridade da decisão, mas também a sua legitimidade e por isso deve ser revista pela instância revisora, porque se trata de decisão inconstitucional e ofensiva do Estado Democrático de Direito.

O exposto também permite concluir que os limites do ato de julgar são a fundamentabilidade das decisões e os conteúdos semânticos mínimos do ordenamento.

Em todas as circunstâncias em que esses parâmetros não forem observados as decisões judiciais não lograrão alcançar a verdadeira autoridade e legitimidade que atendem aos postulados do Estado Democrático de Direito, ao princípio democrático e à representação argumentativa do povo que cabe ao Judiciário como instrumento único de sua autoridade e legitimação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. do Prof. Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. *La Institucionalización de la Justicia*. Trad. de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003, pp. 31 e segs.

ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia – Una Introducción al Derecho y al Razonamiento Jurídico*. 1ª ed. 3ª impr. Barcelona: Ariel, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed., 2ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

DOURADO, Ana Paula. O Princípio da Legalidade Fiscal – Tipicidade, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Margem de Livre Apreciação. Coimbra: Almedina, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 4ª ed. Revista e Atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MAURER, Hartmut. Contributos para o Direito do Estado. Trad. do Prof. Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. A Capitalização da Companhia. In: FINKESLSTEIN, Maria Eugênia Reis e PROENÇA, José Marcelo Martins (Coordenadores). Sociedades Anônimas. São Paulo: Saraiva, 2007.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

Recurso Especial nº 975834, STJ, 2ª Seção, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. em 24/10/2007, unânime, DJU de 26/11/2007, p. 115.

Recurso Especial nº 500236, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 07/10/2003, maioria, DJU de 01/12/2003.