
ESTUDOS EM HOMENAGEM AO DESEMBARGADOR VALMIR PEÇANHA

REVISTA DA EMARF

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Edição Especial Histórica Nº 1
Agosto de 2005

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Revista da Escola da Magistratura Regional Federal / Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal : 2ª Região. Edição Histórica: Estudos em Homenagem ao Desembargador Federal Valmir Peçanha

Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2005 - Edição Especial Histórica, n. 1

Irregular.

ISSN 1518-918X

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura Regional Federal.

CDD: 340.05

Diretoria da EMARF

Diretor-Geral

Desembargador Federal Benedito Gonçalves

Diretor da Revista

Desembargador Federal André Fontes

Diretor de Estágio

Desembargador Federal Raldênio Bonifácio Costa

Diretor de Relações Públicas

Desembargador Federal Clélio Erthal

Diretor de Pesquisa

Desembargador Federal Sergio Feltrin

EQUIPE DA EMARF

Regina Elizabeth Tavares Marçal - Assessora Executiva

Carlos José dos Santos Delgado

Edith Alinda Balderrama Pinto

Fay de Mello Mattos Filho

Leila Andrade de Souza

Maria de Fátima Esteves Bandeira de Mello

Reinaldo Teixeira de Medeiros Júnior

Capa:

Óleo sobre tela: O Átrio (80cm x 60cm) - Jaderson Passos

Presidente:

Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS

Vice-Presidente:

Desembargador Federal CARREIRA ALVIM

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal CASTRO AGUIAR

Membros:

Desembargador Federal PAULO FREITAS BARATA

Desembargadora Federal JULIETA LÍDIA LUNZ

Desembargadora Federal TANIA HEINE

Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO

Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Desembargador Federal ROGÉRIO CARVALHO

Desembargador Federal ANTÔNIO CRUZ NETTO

Desembargador Federal RICARDO REGUEIRA

Desembargador Federal FERNANDO MARQUES

Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFÁCIO COSTA

Desembargador Federal SERGIO FELTRIN CORRÊA

Desembargador Federal FRANCISCO PIZZOLANTE

Desembargador Federal BENEDITO GONÇALVES

Desembargador Federal IVAN ATHIÊ

Desembargador Federal SÉRGIO SCHWAITZER

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Desembargador Federal ANDRÉ FONTES

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Desembargador Federal ABEL GOMES

Desembargador Federal LUIZ ANTÔNIO SOARES

Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO

Juiz Federal Convocado GUILHERME DIEFENTHAELER

Juiz Federal Convocado GUILHERME CALMON

Juiz Federal Convocado JOSÉ NEIVA

Juíza Federal Convocada LILIANE RORIZ

APRESENTAÇÃO

Foi-me conferida a prazerosa tarefa de fazer a apresentação desta revista, que objetiva homenagear Valmir Martins Peçanha, pessoa amiga e querida, que dispensa qualquer espécie de vocativo. Entretanto, é imperioso que seja salientado aspecto de suma importância, que perpassou a vida deste grande ser humano e operador do Direito: sua extraordinária vocação para o diálogo, sua capacidade de compreender os contrários e, assim, dar exemplo, como deu neste Tribunal Regional Federal da 2ª Região, e continuará dando, de verdadeiro democrata, sabendo acordar no momento próprio, assim como negar o pleito que não esteja embasado na lei.

Permito-me, nesta oportunidade, usar Bronislaw Baczko a respeito de “Luzes e Democracia”:

“Por volta da metade do século XVIII, a democracia se conjuga no passado e não dispõe de presente. Seu passado é glorioso: o exemplo antigo, de Atenas e da Roma republicana, é amplamente exaltado. A virtude forma o princípio e a mola propulsora da democracia, de um governo popular, afirma Montesquieu em seu “Do espírito das leis”. Ele acrescenta, entretanto, que, por esta mesma razão, esta forma de governo não é mais praticável pelos povos modernos. Com efeito, seus políticos não reconhecem mais a virtude e só falam de comércio, riqueza, luxo e finanças. E, aliás, o exemplo antigo também mostra que, se a democracia exige tanta virtude, é por ser um regime particularmente instável. Sob o impacto dos demagogos, o furor popular pode fazê-la resvalar para a desordem.”

Sem dúvida, a preocupação de Baczko a respeito do encaminhamento do regime democrático por volta da metade do século XVIII tinha fundamento, tanto que traz preocupações sobre a

realidade que temos ainda hoje. Mas, sem dúvida alguma, tudo faz parte da condição humana. Por isso mesmo, temos aqui e acolá alguns desvios. Mas a certeza de que sempre teremos pessoas como Valmir Peçanha à frente dos desafios e das soluções dos problemas que todos vivemos diuturnamente é motivo de alegria e de conagração. Esta revista é um exemplo prático e eficiente do reconhecimento necessário e indispensável àquele que dedicou e dedica sua vida à cognição e interpretação da vida, do ser humano.

Agradeço muitíssimo a honraria que me foi conferida para fazer esta apresentação e abraço fraternalmente o homenageado Valmir Martins Peçanha.

FREDERICO GUEIROS

Presidente do Tribunal Regional
Federal da 2ª Região



Desembargador Federal Valmir Peçanha
Foto: Jornal Valor Econômico

CURRICULUM VITAE

VALMIR PEÇANHA

- ♦ Natural de Três Rios – RJ, filho de Valmir de Almeida Peçanha e Perpétua Martins Peçanha.
 - ♦ Tomou posse no TRF da 2ª Região em 30/03/89.
 - ♦ Graduiu-se em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro em 1961.
 - ♦ Pós-graduado em Direito Penal pela Universidade de Brasília em 1999.
 - ♦ Pós-graduado em Direito Comunitário pela Universidade Salgado de Oliveira e pela Universidade de Coimbra em 2000.
 - ♦ Participou do Seminário de Verão na Universidade de Coimbra no ano de 2004.
 - ♦ Exerceu a atividade advocatícia, em especial como advogado de instituições financeiras. Foi membro da Comissão Jurídica do Sindicato de Bancos do Rio de Janeiro entre 1978 e 1982.
 - ♦ Ingressou na Magistratura Federal em abril de 1982, ocupando a titularidade da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, sendo removido, a pedido, em 1983 para a 2ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Foi designado Juiz em Auxílio à Direção do Foro dessa Seção Judiciária a partir de julho de 1988 e seu Vice-Diretor em janeiro de 1989.
 - ♦ Passou a integrar o quadro de Juízes desta Corte em março de 1989, tendo presidido a Quarta Turma e a Segunda Seção no período de novembro/98 a abril/2001. Neste Tribunal, foi ainda Presidente da Comissão de Jurisprudência e Diretor da Revista de Jurisprudência no período de março de 1993 a abril de 1997. Eleito Membro do Conselho de Administração para os biênios 97/99 e 99/2001. Foi Presidente do TRF da 2ª Região no biênio abril 2003/2005.
 - ♦ Foi eleito Membro Suplente do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro para os biênios 96/98 e 98/2000, e Membro Efetivo daquele mesmo Eg. Tribunal Regional Eleitoral no biênio 2000/2002.
-

Sumário

ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA	15
<i>Arnaldo Esteves Lima</i>	
EFEITO VINCULANTE E INTEGRAÇÃO JURÍDICO-SOCIAL DA COLETIVIDADE (Uma análise da função integradora das decisões judiciais e a contribuição do instituto do efeito vinculante como forma de integração pessoal e funcional)	19
<i>Celso de Albuquerque Silva</i>	
PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA	37
<i>Clélio Erthal</i>	
BREVES ANOTAÇÕES SOBRE O ALARGAMENTO DA CIDADANIA	45
<i>Paulo Freitas Barata</i>	
O FATO GERADOR DA TAXA SUPLEMENTAR DE SAÚDE	65
<i>Julieta Lúcia Machado Cunha Lunz</i>	
REENVIO PREJUDICIAL: ELO ENTRE O JUIZ COMUNITÁRIO E O JUIZ NACIONAL	81
<i>Tania de Melo Bastos Heine</i>	
O JUIZ DE ONTEM, DE HOJE E DE AMANHÃ: FUNÇÃO E PAPÉIS	89
<i>Alberto Nogueira</i>	
TUTELA ANTECIPADA E “VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO”	99
<i>J. E. Carreira Alvim</i>	
APELAÇÕES CRIMINAIS	111
<i>Paulo Espirito Santo</i>	
COMO TORNAR MAIS EFETIVO O DIREITO AMBIENTAL	145
<i>Maria Helena Cisne</i>	
O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA	149
<i>Joaquim Antônio Castro Aguiar</i>	
MANDADO DE SEGURANÇA PARA TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL	153
<i>Vera Lúcia Lima da Silva</i>	
MANDADO DE SEGURANÇA	179
<i>Rogério Vieira de Carvalho</i>	
“A IMPORTÂNCIA DAS ESCOLAS DE MAGISTRATURA NA FORMAÇÃO DO JUIZ”	191
<i>Antônio Cruz Netto</i>	

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E EXECUÇÃO FISCAL	201
<i>Fernando Marques</i>	
CIDADANIA E JUSTIÇA	209
<i>Raldênio Bonifácio Costa</i>	
A PARALISAÇÃO DO PAGAMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA E A INCONFORMIDADE DO SEGURADO - MANDADO DE SEGURANÇA - PARCELAS PRETÉRITAS - LIMITES.....	215
<i>Sergio Feltrin</i>	
CONFLITO DE COMPETÊNCIA	219
<i>Benedito Gonçalves</i>	
RECURSO CRIMINAL	225
<i>Sérgio Schwaitzer</i>	
A FUNCIONALIDADE DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL	229
<i>Poul Erik Dyrland</i>	
A FILOSOFIA DO DIREITO PRIVADO SOCIALISTA POLONÊS DE ALEKSANDER WOLTER CONSIDERADA SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DAS FORMAS ECONÔMICAS DO DIREITO DE PACHUKANIS	235
<i>André R. C. Fontes</i>	
PERCEPÇÃO CIENTÍFICA DO DIREITO	245
<i>Reis Friede</i>	
O PROBLEMA DO ÔNUS DA PROVA NOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO	273
<i>Abel Gomes</i>	
DECISÃO	289
<i>Luiz Antônio Soares</i>	
A NOVA REGULAMENTAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (§ 4º do Artigo 40 da Lei nº 6.830/80 - Lei nº 11.051/04)	313
<i>Messod Azulay Neto</i>	
PENSÕES SECURITÁRIAS E A JUSTIÇA FEDERAL	319
<i>Guilherme Calmon Nogueira da Gama</i>	
AÇÕES COLETIVAS NO DIREITO BRASILEIRO: UMA VISÃO GERAL	343
<i>José Antonio Lisboa Neiva</i>	
DISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO ENVOLVENDO AS CAUSAS DE COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS	373
<i>Liliane do Espírito Santo Roriz de Almeida</i>	

ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Arnaldo Esteves Lima - Ministro do STJ

A CF, no § 6º, do seu art. 37, prescreve: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” Aí está a regra-matriz que disciplina, atualmente, a responsabilidade objetiva dos entes mencionados, por danos causados por agentes seus, nessa condição, a terceiros.

Note-se que a inexigibilidade da demonstração de culpa do agente causador do dano consitui seu elemento diferenciador, essencial, daí ser chamada de objetiva, em oposição à responsabilidade civil subjetiva, tradicional, regida, primordialmente, pelo nosso Código Civil, que pressupõe culpa “lato sensu”, resultante da ação ou omissão causal, além dos demais requisitos, em regra comuns, que informam as duas espécies obrigacionais. Como assinalam doutrinadores em obras específicas, dentre eles o saudoso Prof. Wilson Melo da Silva, “a paz social, a solidariedade, o bem comum e a equidade” constituem seus elementos basilares, asserindo, a seu turno, o Prof. e Magistrado Guilherme Couto de Castro, “...que a responsabilidade sem culpa do Estado existe e tem como fundamento a idéia de socializar o ônus injusto recaindo sobre um ou alguns isoladamente; a vítima também não é culpada, e como foi a ação própria e direta da administração a causadora do mal, é mais justo, em tais casos, a divisão de custos pela coletividade, representada pelo ente público”. Aí está, diríamos, o substrato moral, a idéia de justiça, que permeia referida espécie obrigacional.

Inovando, a norma em foco introduziu as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, sob os princípios que norteiam a responsabilidade objetiva, ou sem culpa. Como se sabe, UF, Estados, Municípios e respectivas autarquias, constituem as pessoas jurídicas de direito público, cujos serviços são, por natureza ou definição, igualmente públicos, sendo prestados diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, cf. art. 175/

CF. As fundações públicas, por extensão, equiparam-se aos entes autárquicos, recebendo, no ponto, igual tratamento.

Além de autarquias e fundações, existem na administração indireta, empresas públicas e sociedades de economia mista, estas, com natureza jurídica de direito privado, cujos objetivos consistem na exploração de atividades econômicas, dispondo o inciso II, § 1º, art.173, da mesma Carta, sujeitarem-se “ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”. Embora o fim precípua a que se destinam seja econômico, lucrativo, de concorrência no mercado, é comum, ao lado disso, exercerem parcela, às vezes ponderável, de serviço público. Não é difícil identificar, por exemplo, nas atividades da CEF, BNDES, BB, Petrobrás, etc., prestação de serviços públicos, a par de suas atividades normais, privadas. Em consequência, quando preposto seu, em tal situação, causar a outrem, dano indenizável, para saber se se aplicam ou não, os princípios que informam a responsabilidade objetiva, será necessário definir, previamente, a natureza do serviço por ele desenvolvido, quando tal ocorreu, se público ou não. Na hipótese negativa, a obrigação reparatória sujeitar-se-á aos princípios subjacentes à responsabilidade subjetiva, que supõe, além dos demais elementos típicos, que a ação ou omissão tenha sido culposa ou dolosa. A inovação constitucional, como se observa, a despeito de sua importância, requer atenção do intérprete para evitar até mesmo inconstitucionalidade na sua aplicação. O § 6º só se aplica às pessoas jurídicas de direito privado, de forma excepcional, estrita, quando prestarem serviços públicos e daí resultar o dano a ser reparado. Na atividade normal para a qual foram criadas, tendo em vista suas finalidades básicas, levando-se em conta princípios que emergem da mesma Carta Magna, suas responsabilidades por atos lesivos a direitos de terceiros deverão ser definidas sob influxo do direito privado, quais sejam, os princípios que orientam a responsabilidade subjetiva, civilista, que pressupõe, dentre outros elementos a gerar a obrigação de indenizar, que a conduta do autor do dano tenha sido culposa, no sentido amplo.

É oportuno observar, ainda, que o preceito em foco vincula, nos termos que nele se contém, as pessoas jurídicas ali referidas e terceiros, ou seja, não se aplica, a nosso ver, para disciplinar o cumprimento de obrigação entre elas, significa dizer que, se um agente, da UF, por exemplo, em tal condição, causar um dano a um Estado-membro, ou vice-versa, a responsabilidade deverá ser apurada não sob os princípios da teoria objetiva, na variante do risco administrativo, entre nós adotado mas, sim, pelas regras que disciplinam a responsabilidade civil subjetiva, inscritas, basicamente, no CC, arts. 159 e 1518 e seguintes. Assim deve ser, não só levando-se em conta a literalidade

da norma que menciona terceiros, o que denota não se tratar das pessoas jurídicas nela referidas, adicionado o fundamento eqüitativo, teleológico, consistente na divisão dos ônus e encargos sociais que subjaz à espécie objetiva em apreço, resultantes do atuar estatal que prejudique ao particular, o qual deixaria de existir quando a vítima fosse outro ente, porém dentre um daqueles relacionados em tal preceito.

Também o dano moral que resultar para a vítima, oriundo da conduta do agente público, em tal condição, será indenizável, aplicando-se os mesmos princípios, recordando-se que a CF, mais uma vez inovando, o previu ao lado do material, no item V, do seu art. 5º, tendo a jurisprudência do STJ, a sua vez, previsto ser possível sua cumulação em decorrência do mesmo fato e que a pessoa jurídica também pode sofrer aquele dano – Súmulas 37 e 227, respectivamente –.

EFEITO VINCULANTE E INTEGRAÇÃO JURÍDICO-SOCIAL DA COLETIVIDADE (UMA ANÁLISE DA FUNÇÃO INTEGRADORA DAS DECISÕES JUDICIÁRIAS E A CONTRIBUIÇÃO DO INSTITUTO DO EFEITO VINCULANTE COMO FORMA DE INTEGRAÇÃO PESSOAL E FUNCIONAL)

***Celso de Albuquerque Silva¹ - Procurador-Chefe da
Procuradoria Regional da República da 2ª Região***

Sumário: 1. Introdução. 2. O Estado como uma integração de valores partilhados pelos membros da coletividade. 3. O significado da Constituição na teoria da integração. 4. Integração pessoal e efeito vinculante. 5. Integração funcional e efeito vinculante. 6. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, consolidou definitivamente o instituto do efeito vinculante em nosso ordenamento jurídico, ao estender para as decisões do Supremo Tribunal Federal no contencioso concreto a mesma eficácia vinculante que já era conferida a suas decisões no controle abstrato de constitucionalidade, através da adoção da súmula vinculante.

O efeito vinculante foi inserido no ordenamento jurídico nacional pela Emenda Constitucional nº 03/93 que, ao acrescentar o parágrafo segundo ao artigo 102 de nossa Carta Política, atribuiu a eficácia vinculante às decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na ação declaratória de

¹ Professor da Graduação da PUC/RJ, Pós-Graduação da Universidade Federal Fluminense e MBA da FGV/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Doutor em Direito Constitucional pela PUC/RJ. Procurador-Chefe da Procuradoria Regional da República da 2ª Região.

constitucionalidade, tendo o legislador ordinário estendido essa eficácia às decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade, inclusive na interpretação conforme a constituição.

A discussão sobre a legitimidade da adoção do efeito vinculante é questão erizada de dificuldades, máxime porque é prenhe de implicações ideológicas quanto ao papel a ser conferido às cortes judiciais e aos limites políticos-jurídicos de sua atuação, o que implica na existência de correntes variando desde extremada defesa de sua adoção até sua completa repulsa, passando por versões menos apodícticas.

Como todo instituto jurídico de tão grande repercussão, também o efeito vinculante é remarcado por vantagens e desvantagens. Às primeiras ligam-se os valores da uniformidade, coerência e consistência do sistema jurídico, enquanto que as segundas se conectam com o perigo de uma petrificação do direito, impedindo, ou quando menos retardando insuportavelmente, o necessário desenvolvimento e adaptação da ordem legal às mutáveis exigências de justiça que imperam na sociedade.

A nosso sentir, as vantagens da adoção do efeito vinculante superam com larga margem as suas potenciais desvantagens, estando a legitimidade de sua aplicação estreitamente vinculada a uma delicada ponderação entre os valores que decorrem das demandas do princípio da segurança jurídica, que exigem firmes e confiáveis guias de conduta fornecidos pela autoridade legal e os valores decorrentes das demandas de justiça, a exigir que a solução de um caso individual seja equitativa e conforme aos ideais e concepções de justiça que imperam na coletividade. Em outro dizer, as decisões judiciais, para serem legítimas, devem buscar uma solução de compromisso entre esses dois fins do direito – segurança e justiça. Devem, portanto, balancear rigidez com flexibilidade.

O presente artigo busca fazer uma análise das potenciais virtudes da adoção do efeito vinculante como um instrumento catalisador e potencializador da função de integração social exercida pelas decisões judiciais, quando se reconhece às Cortes Judiciais, notadamente as Superiores em nosso ordenamento constitucional, a qualidade de um verdadeiro Poder Político.

2. O ESTADO COMO UMA INTEGRAÇÃO DE VALORES PARTILHADOS PELOS MEMBROS DA COLETIVIDADE

Em sua obra mais importante – constituição e direito constitucional – Rudolf Smend adota uma postura marcada pela sua luta contra a ideologia do positivismo jurídico dominante à época, rechaçando, de forma explícita, uma

doutrina constitucional que põe ênfase no aspecto meramente jurídico da Constituição, na medida em que considera ser a constituição de um Estado a concretização de uma realidade objetiva, a própria realidade do Estado.

Vê-se, portanto, que o caminho trilhado por Smend é diametralmente oposto ao que vinha sendo seguido pela teoria clássica sobre Estado, notadamente aquela da Escola de Viena, da qual o maior representante é Kelsen, cujas obras anteriores faziam fé na equiparação entre Estado e Direito.

Para a escola de Viena inexistia uma realidade do Estado prévia ou distinta da do ordenamento jurídico. Onde não existe ordenamento jurídico não pode existir Estado. O Estado carece de toda realidade que não seja um direito vigente em um determinado território. Estado é direito, não a nação, o povo, a cultura ou qualquer outro tipo de comunidade.

Diversamente, para Smend a chave da realidade estatal é pré-jurídica e se reconduz a um certo sentimento de comunidade presente entre os membros de uma coletividade e que se expressa através do termo integração.

Integração corresponde a uma realidade espiritual do Estado, consistente em um sentimento comum e aglutinante, em uma comunhão de sentimentos e valores, comunhão essa que se renova dia a dia em um processo de contínua renovação e permanente revivescência, caracterizado na célebre expressão de Renan, como sendo “um plebiscito que se renova a cada dia”.²

Não é de se estranhar, portanto, que venha exatamente da Escola de Viena a mais dura crítica à teoria de Smend. Analisando o ponto central da obra de Smend – o Estado como integração – acicata Kelsen que integração não significa uma forma especial de associação, mas meramente associação, de sorte que só o barbarismo ocultaria a trivialidade de uma frase que nada diz e, por nada dizer, não pode nem mesmo ser contraditada.³

Nada obstante as fortes críticas que lhe foram dirigidas pelo movimento positivista até então predominante, certo é que Rudolf Smend, com sua teoria de integração, procura demonstrar que o direito constitucional, “enquanto produto cultural de uma época, não apenas reflete suas tensões e problemas, mas tenta dar respostas às mesmas. Neste sentido, enquanto o positivismo e formalismo jurídicos pretendiam ignorar tais questões, considerando-as meta jurídicas, as posições antiformalistas mantidas por Smend assumiram a problemática político-social de seu tempo, buscando dar-lhes uma resposta.”⁴

² Apud Rudolf Smend, “Constitution Y Derecho Constitucional” Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1985, p.63.

³ Kelsen, Hans, “O Estado com Integração. Uma controvérsia de Princípio”, Ed. Tecnos, 1997, p.76/77

⁴ Verdu, Pablo Lucas, “La luta contra o Positivismo Jurídico na República de Weimar”, pág. 25

Por outro lado, após um certo ocaso derivado em grande medida da proeminência do pensamento positivista por largas décadas, as posições antiformalistas assumidas por Smend encontraram um sopro de renovação no estudo da moderna teoria constitucional que parte da ótica do estudo desse ramo do direito como ciência da cultura. Nesse sentido, a Constituição “não significa única e exclusivamente ordenamento jurídico para juristas” nem “se limita a ser somente um conjunto de textos jurídicos ou um mero compêndio de regras normativas, mas a expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural, um meio de auto-representação própria de todo um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos”.⁵ A constituição é, portanto, um fator de integração da comunidade como já de há muito defendia Smend, na medida em que representa a cristalização, em termos jurídico-políticos, dos valores que subjazem aquela determinada comunidade.

Nesse sentido, é relevante o papel do poder judiciário nessa função de integração. A uma, porque já está de há muito superado o antigo credo jurídico típico do positivismo de que o juiz deve limitar-se à aplicação da lei mediante processos mentais estritamente lógicos, sem qualquer elemento valorativo. Hodiernamente já se reconhece que, embora em grau bem menor que a legislatura, também o judiciário cria direito, vez que em toda interpretação judicial de uma norma há concomitantemente um desenvolvimento dessa norma e que em cada valoração judicial há sempre um elemento de decisão autêntica e originária sobre o ordenamento jurídico. A duas, porque na atual conformação jurídico-política ao Judiciário foi confiado o múnus de, como instância suprema de controle, garantir o respeito da Constituição pelos demais poderes.⁶ Por tais razões cremos ser de estreita conexão os postulados teóricos que informam a teoria de integração e o instituto do efeito vinculante.

3. O SIGNIFICADO DA CONSTITUIÇÃO NA TEORIA DA INTEGRAÇÃO

Classicamente se entende a Constituição como uma ordenação jurídica superior de um determinado grupo social, por isso é nela que se encontram as formas de aquisição e perda do poder político, distribuição das competências entre os diversos órgãos constitucionais, contendo a organização do Estado. Nesse sentido, a Constituição de um Estado seria “um sistema de normas

⁵ HABERLE, Peter, “Teoría de La Constitución Como Ciencia de La Cultura”, ed. Tecnos, 2000, pág. 34

⁶ Cfe. Sobre o tema, Otto Bachof, “Jueces Y Constitución”, Cuadernos Cívitas, 1987

jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu Governo, o modo de aquisição e exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, e os limites de sua ação”.⁷

Em outro extremo, situa-se a concepção sociológica de Lassale, para a qual a Constituição de um País - e todo e qualquer país tem sua constituição - é “a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação”⁸ e não a folha de papel que instrumentaliza a Constituição escrita.

Ambas concepções de Constituição são exclusivistas. A primeira, característica do positivismo jurídico, formalista e ascético, simplesmente desconhece (ou se conhece desconsidera por impertinentes) em seu conceito os valores culturais e sociais que subjazem àquela determinada organização jurídica consubstanciada no texto constitucional. A outra - concepção sociológica - afasta peremptoriamente qualquer pretensão normativa porventura existente na Constituição escrita, para limitar seu conceito apenas as forças reais de poder existentes naquela determinada comunidade.

Rudolf Smend, de forma precursora, desenvolve uma teoria que intenta superar as alternativas exclusivistas até então apresentadas entre “uma duvidosa força normativa do fático e uma difusa contraposição entre a Constituição escrita e as forças sociais”.⁹ Para o jurista alemão o erro da escola positivista reside na tentativa, infrutífera por natureza, de buscar regular uma realidade viva e, portanto ambivalente, através de pressupostos lógicos, mecanicistas e atemporais de um conteúdo ideal, sem levar em considerações as peculiaridades reais do objeto que intenta regular. Por outro lado, embora se reconheça que o Estado é uma ordenação jurídica de uma determinada realidade viva, mutável, ambivalente, espiritual, não se pode olvidar que toda realidade espiritual contém também um elemento ideal e atemporal, que se não é único, não pode ser desprezado como o faz a escola sociológica.

Assim, para Rudolf Smend “a Constituição é a ordenação jurídica do Estado, melhor, da dinâmica vital em que se desenvolve a vida do Estado, é dizer, de seu processo de integração”.¹⁰ Inegável, portanto, que “a concepção de Smend é precursoramente sistêmica e espiritualista: vê na Constituição um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade”¹¹.

⁷ SILVA, José Afonso da, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, RT, 7ª edição, pág 37/38

⁸ LASSALE, Ferdinand, “A Essência da Constituição”, Ed. Liber Juris, 3ª edição, pág. 37.

⁹ SMEND, Rudolf, “Constitucion Y Derecho Constitucional”, centro de estudios constitucionales, Madrid, 1985, pág.131

¹⁰ ib. idem pág. 132

¹¹ BONAVIDES, Paulo, “Curso de Direito Constitucional”, Malheiros 5ª edição, pág. 436.

A função da Constituição, portanto, é eminentemente política (integradora da vida estatal) e, para que possa ter uma vigência efetiva na vida política ela precisa considerar toda sorte de impulsos e motivações sociais dessa dinâmica política, de molde a integrá-los progressivamente a fim de construir aquilo que Hesse conceituou como comunidade.

Esse processo de integração, que é fundamental à dinâmica do Estado, ocorre por três modos principais, embora não únicos, e que serão adiante explicitados: 1) a integração pessoal, de que pode ser exemplo tanto um caudilho como um monarca, mas também se refere à burocracia administrativa e judicial¹², 2) integração funcional, que se refere a formas de vida de tipo processual que tendem a criar um sentido coletivo, v.g., eleições e/ou votações de qualquer tipo, atuações parlamentárias, formação do governo e referendos¹³ e 3) integração material que se substancializa ante a adoção de símbolos, tais como as bandeiras, o escudo, as festas nacionais¹⁴ que representam a convergência de valores compartilhados.

4. INTEGRAÇÃO PESSOAL E EFEITO VINCULANTE

A integração pessoal, como o próprio nome está desde logo a esclarecer, é aquela feita por intermédio de pessoas, razão porque tem sido melhor estudada no círculo da sociologia e ideologia que se atêm à investigação do fenômeno do caudilhismo.

Entretanto, do mesmo modo que inovou no conceito de constituição, também aqui Smend inova a literatura para fixar-se não na pessoa individual do caudilho ou chefe político como até então faziam os estudos sobre o tema que o tratavam então apenas da ótica do governante, para focar sua atenção no sentimento de impotência que permeia os governados e que, por isso mesmo, vêem na figura do caudilho um elemento de coesão e integração da comunidade a que pertencem.

Assim, de forma inovadora, Smend defende a tese de que essa força integradora não deriva das qualidades pessoais daquele que detém o mando político, mas sim de um sentimento espontâneo produzido pelos governados e canalizado para a pessoa do caudilho. Esse, de agente externo e solitário de mudanças sociais é na verdade um receptáculo das aspirações comunitárias, de modo que ambos – governantes e governados - são “ uma força dinâmica de tudo o que neles é capaz de converter-se em vida social e espiritual”.¹⁵

¹² SMEND, Rudolf ob. Cit págs. 70/75

¹³ idem pág 85

¹⁴ idem pág. 97

¹⁵ idem pág. 71

Essa nova perspectiva que retira da análise da substância integradora da integração pessoal as qualidades individuais do chefe político permite visualizar uma nova função para o dirigente político: a de obter o reconhecimento dos governados de que consolida em si a responsabilidade pela condução dos negócios públicos, independentemente de os estar conduzindo bem ou mal. Mais importante do que se firmar como um bom governante é firmar-se como governante, integrando a coletividade sob o manto da liderança. Nesse sentido, a integração depende mais da capacidade do chefe político para gerar adesão do que para fazer um bom governo.

Para Smend, o sentido da chefatura do Estado reside na representação ou encarnação da unidade política do povo. A integração decorre da identificação dos indivíduos com figuras pessoais e através dessa identificação com o chefe o indivíduo se sente parte do grupo. Essa a razão pela qual os Chefes de Estado tem uma função integradora similar aos conteúdos materiais de integração representados pelas bandeiras, os escudos e os hinos nacionais. Em verdade, a função primordial do Chefe de Estado é a de integrar o corpo social que governa, mais importante mesmo do que exercer um “bom” governo. Em outro dizer é melhor um governante que consiga impor sua liderança aos governados, por verem representados nele a unidade política daquela comunidade, as suas aspirações, desejos, vínculos culturais, do que um bom governante, que não seja sentido como receptáculo dessas motivações e desses impulsos sociais, pois que nesse caso estará incapacitado de promover os interesses partilhados, ainda que difusamente, pela sociedade, por lhe faltar o necessário e imprescindível requisito de legitimidade e/ou credibilidade.

Como esclareceu Smend. “...o característico da integração monárquica é que o Monarca legítimo simboliza basicamente a tradição histórica dos valores políticos comunitários, isto é, o Monarca constitui ao mesmo tempo um caso típico de integração objetiva....Quando se ovaciona o Soberano não se pretende com isso honrar a uma pessoa concreta, senão que se trata de um ato de consciência de um povo politicamente unido”.¹⁶

Essa função integradora pode ser facilmente visualizada nos países que adotam o regime parlamentar. Com efeito, nesse regime de governo é indiscutível missão do Gabinete, independentemente de sua capacidade técnica ou administrativa, conseguir criar e manter coesa uma maioria parlamentar e integrar dessa forma, não somente a coletividade vinculada à coalizão governante, mas a totalidade do povo.

¹⁶ idem pág. 73/74

Dentro dessa ótica, curial a conclusão de que o efeito vinculante das decisões proferidas pelas Cortes Superiores exerce uma função integradora de caráter pessoal. Em primeira linha de aproximação, impende enfatizar que a burocracia judicial, apesar de exercer uma função técnica, também exerce função integradora. Dessa afirmação não discrepa Smend ao averbar que “A burocracia...judicial também pertence...ao círculo de pessoas que realizam uma função de integração”.¹⁷

Mais adiante complementando seu pensamento o jurista alemão conclui: “Um juiz ou um funcionário da Administração não são seres inanimados, mas também e enquanto seres de natureza espiritual, sociais: a atividade que realizam se coloca no contexto de um todo espiritual que depende, se orienta e incide sobre dita totalidade...seria um erro que este funcionário acreditasse que seu labor consiste exclusivamente em dominar a técnica do recurso processual, do contrato administrativo ou simplesmente, em despachar os expedientes que estão a seu cargo: com tudo isso o que está fazendo é materializar um conteúdo espiritual específico que está influenciando nele...ao determinar, através da sentença que dita... seu conteúdo e a direção que há de seguir.”¹⁸

Reconhecido que o Poder Judiciário também possui uma função integradora força é concluir que a adoção do instituto do efeito vinculante reforça esse sentimento coletivo de unidade e coesão, quando menos pelas seguintes duas razões básicas:

Por primeiro, como já anotado adrede, o mais importante da integração pessoal, para fins de integração da comunidade, não é o acerto ou desacerto pontual das decisões proferidas por aqueles que detém o mando político. Em termos de Poder Judiciário, evidentemente nas suas diversas esferas de competência, a cúpula desse poder está consubstanciada nos Tribunais Superiores em razão do poder de reforma das decisões das cortes inferiores que lhe foi outorgado pelo Constituinte Originário.

Em se tratando de matéria constitucional, então, a Constituição de tão expressiva chega a ser redundante quando afirma em seu artigo 102 competir ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição. Por expressa vontade constituinte originária foi o Supremo Tribunal alçado a categoria daquilo que Smend chama de “órgão estatal supremo”, a quem foi conferida a fundamental tarefa de garantir, aos diferentes fatores de integração, em especial dos distintos órgãos estatais, uma efetiva força aglutinante real.¹⁹

¹⁷ idem pág. 75

¹⁸ idem pág. 75/76

¹⁹ idem pág. 149

Nesse diapasão, torna-se imprescindível a adoção do efeito vinculante para as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que se apresenta como o único meio de tornar efetiva e eficaz a diretriz integradora expedida por aquela augusta Corte, prestigiando o tratamento judicial uniforme, consiste e coerente, quanto às questões político-jurídicas a que se submetem os membros daquela comunidade.

Com efeito, natural que se reconheça ao Supremo Tribunal Federal o papel integrador que lhe foi conferido pelo constituinte originário decorrente da função de órgão máximo na defesa da Constituição. O exercício dessa função indeclinável, independe como visto, do acerto ou desacerto pontuais das decisões proferidas pelo Excelso Tribunal. É mais importante para o ordenamento constitucional pátrio, como elemento integrador da comunidade, reconhecer-se que a decisão proferida em questões constitucionais pelo Tribunal Supremo é definitiva, do que se fixar no específico acerto ou desacerto desta ou daquela decisão específica.

Ademais de exercer sua função de interpretar a Constituição com rigor técnico na medida do possível incensurável, o Supremo Tribunal Federal exerce uma segunda função tão ou mais importante, qual seja, através de seus julgamentos, sejam eles subjetivamente entendidos como bons ou maus, acertados ou equivocados, afirmar-se como o supremo guardião e intérprete da constituição e, para assegurar a força normativa da constituição, obter dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo o reconhecimento desse *status* e, *ipso facto*, o respeito ao que ficou decidido, que por isso mesmo deverá ser observado por eles doravante de modo necessário e não meramente contingente.

Essa função integradora das decisões judiciais foi reconhecida pelo Justice Brandeis, ao afirmar que o *“efeito vinculante é a melhor fórmula política, porque na maioria dos problemas, é mais importante fixar o sentido da norma do que fixá-lo corretamente”*.²⁰ Em outro dizer, é mais importante a função integradora da decisão judicial, do que a busca pelo *“real”* e *“verdadeiro”* sentido da norma. Mais importante do que evitar uma decisão errada é, em razão da insegurança gerada pela falta de uma diretriz unificadora segura, permitir-se o caos e a desagregação social. A função de interpretar corretamente o sentido das normas não é desprezível, porém a função integradora de uma decisão judicial, seja ela mais ou menos *“correta”*, é muito mais importante na medida em que alcança resultados positivos no

²⁰ *Burnet v. Coronado Oil & Gas*, 285 US 393, 406 (1932), *apud* Camp, Bryan T. “Bound by the BAP: The Stare Decisis Effects of BAP Decisions”, *San Diego Law Review*, Vol 34: 1643 (1997).

sistema como um todo. Como Lorde Elton sintetizou: “é melhor que o direito seja certo do que cada juiz possa especular sobre melhoramentos nele”.²¹

A importância da fixação do sentido da norma enfatizada por Lorde Elton é compartilhada pelo ilustre processualista e Ministro do Superior Tribunal de Justiça Sálvio de Figueiredo quando, ao discorrer sobre o enunciado 14 da súmula de jurisprudência dominante do STJ, a dizer que “*arbitrados os honorários advocatícios em percentual sobre o valor da causa, a correção monetária incide a partir do respectivo ajuizamento*”, após afiançar que sua edição teve por escopo dirimir forte divergência então existente no País, averbrou:

“Se o entendimento adotado por maioria não foi o mais técnico, dadas as sutilezas dos casos concretos, pelo menos teve o mérito de pacificar o entendimento e fixar uma orientação para os processos futuros ou ainda em curso à época”.²²

A segunda razão justificadora da adoção do efeito vinculante como fator de integração pessoal se relaciona como a mera existência dos Tribunais Superiores. Como já alertava Smend, “a eficácia integradora dos órgãos constitucionais pode resultar de sua própria existência ou de seu processo de formação e funcionamento”.²³ Quando resulta de sua própria existência é fonte de integração pessoal.²⁴

A integração pessoal decorrente da mera existência do órgão constitucional resulta da autoconsciência de um povo quanto as suas tradições históricas, concepções e valores culturais profundamente enraizados na consciência coletiva de uma determinada nação. Nessa hipótese, tais órgãos cumprem uma função integradora similar àquela que realizam fatores objetivos ou funcionais de integração, a exemplo das bandeiras, dos escudos ou hinos nacionais.

Tratando desse aspecto da integração funcional, Smend leciona: “O característico da integração monárquica é que o monarca legítimo simboliza a tradição histórica dos valores políticos comunitários...quando se ovaciona o Soberano não se pretende com isso honrar a uma pessoa concreta, senão que se trata na verdade de um ato de autoconsciência de um povo politicamente unido.”²⁵

²¹ apud Goodhart, A.L., “*Precedent in English and Constitutional Law*”, The Law Quarterly Review, nº CXCVII, 1934, p. 58.

²² Teixeira, Sálvio de Figueiredo, “*A Criação e a Realização do Direito na Decisão Judicial*”, Forense, 2003, p.106

²³ Smend, ob. cit. pág. 146

²⁴ cfe. Smend, ob. cit. pág. 147

²⁵ Smend, ob. cit. pág. 73/74

Conquanto a análise tenha se fixado na pessoa do monarca, os princípios que subjazem a teoria são plenamente aplicáveis ao Poder Judiciário. Com efeito, embora encartada a hipótese como integração pessoal, ela em verdade se assemelha a integração funcional ou mesmo material, o que permite desfocar a atenção das pessoas que compõem o órgão para fixá-la no próprio órgão.

Esse tipo de integração se relaciona então com aqueles sentimentos compartilhados pela nação, de devoção e respeito quase míticos, pelas suas instituições democráticas. Nesse sentido, é parte do sentimento coletivo o de pertencer a uma nação democrática, que respeita os direitos fundamentais da pessoa humana, bem como estar submetida a um Estado de Direito, que dentre outros princípios vincula a atuação de todo poder estatal aos postulados legais, restando ao judiciário a efetivação desses princípios e/ou valores constitucionalmente acolhidos.

Considerando o sentido do princípio da legalidade que impõe a todo órgão estatal o dever de obedecer à lei, essa regra também vale para os órgãos do poder judiciário. Tendo-se em conta que “o ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota de definitividade”²⁶, as decisões proferidas pela Suprema Corte, órgão de cúpula desse Poder, consubstanciam o que a lei é e, portanto, vinculam os demais órgãos inferiores do Poder Judiciário e bem assim ao Poder Executivo.

Assim, o respeito ao que ficou decidido pelos Tribunais Superiores, independentemente da análise sobre a propriedade ou impropriedade, ou sobre o grau de correção do decidido, que sempre será objeto de inconformismo, e a devoção conferida aos seus pronunciamentos, é valor inserido no sentimento cultural da nação brasileira como pertencente a um Estado Democrático de Direito, que traduz a consciência de um povo politicamente unido na defesa dos princípios, regras e valores que subjazem a tal espécie de sistema jurídico.

5. EFEITO VINCULANTE E INTEGRAÇÃO FUNCIONAL

Diferentemente da integração material que é modo substantivo, a integração funcional e a integração pessoal são modos formais de integração. Por essa razão possuem aspectos que as aproximam e que permitem afirmar que o efeito vinculante também atua como um fator integrativo de molde funcional.

²⁶ STF, Agr no recurso extraordinário 261.324-0, Rel. Min. Celso de Mello, in Dj de 01.12.2000, p. 85

Com efeito, os órgãos estatais possuem, como já visto anteriormente, eficácia integradora. Esta eficácia decorre ou da própria existência desse órgão - integração pessoal - ou do seu processo de formação e de seu funcionamento - integração funcional.

Interessa-nos, em virtude do objeto de estudo, analisar a força integrativa das decisões proferidas pelo poder judiciário em razão de funcionamento, ou seja, tanto em razão do processo dialético de formação da vontade que conduz à emanção dos atos decisórios no marco de suas competências constitucionais próprias, como em razão dos atos propriamente ditos.

A integração política das decisões judiciais decorre desde logo da dialética inerente à produção dos atos estatais revestidos de força jurisdicional. Com efeito, o Poder Judiciário é um poder inerte, no sentido que não lhe cabe pronunciar-se sobre qualquer aspecto da vida coletiva, enquanto órgão estatal revestido de jurisdição, até ser provocado pela parte interessada.

A dialética desse processo não se encerra nesta primeira fase, mas aí apenas tem início, posto que forte nos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, as partes e, conseqüentemente, os interesses, valores e ideais que defendem e compartilham com inúmeros outros membros da comunidade, têm que ser necessária e criteriosamente ponderados e sopesados antes da decisão que porá fim ao litígio.

Nessa medida, se mostra inequívoca a participação popular nas decisões judiciais, quem em verdade representa a síntese daquilo que foi confrontado entre a tese do autor e a antítese do Réu. E, como bem deixou averbado Smend, a integração funcional tem a confrontação política como pressuposto necessário, mas não suficiente, sendo fundamental, para que se dê forma integradora a essa confrontação, que se inclua a população em dita confrontação.²⁷

Na experiência jurídica norte-americana, é firme a orientação de que a função criativa do direito exercida pelas cortes judiciais se origina através da confrontação de diversos pontos de vista e soluções jurídicas que possam ser hauridas de uma determinada aporia. Axiologicamente esse processo de discussão repousa na premissa de que o direito de criação judicial, para ser legítimo e obter aprovação social que ele requer já que elaborado por um poder não eleito, deve ser resultado de um amplo debate, no qual os juizes testam distintas soluções possíveis e buscam persuadir da sua idoneidade, em termos jurídicos e pragmáticos, as demais cortes, bem como a todo o auditório

²⁷ Cfe. Smend, ob. cit, pág. 148.

jurídico, através de um discurso argumentativo. Assim, as distintas opiniões e a dialética das posturas judiciais contrapostas, articuladas e ordenadas a partir das regras que regem a dinâmica do sistema de precedentes, constituem o mecanismo pelo qual os tribunais podem prover o sistema de regras gerais que sejam percebidas pelo auditório jurídico como justas e razoáveis, na medida em que decorrentes de um racional e objetivo processo argumentativo.

Todo o processo se inicia quando os tribunais se defrontam com situações novas ainda não apreciadas pelas cortes (*first impression cases*) ou se defrontam com os chamados casos difíceis, onde o ordenamento jurídico positivado não fornece diretrizes seguras para a adjudicação judicial, momento em que com maior clareza se abre o espaço para a criação do direito judicial. Quando tais controvérsias chegam aos tribunais de apelação, começa o processo conhecido como “processo de percolação”. Esse processo é um meio de filtragem das inúmeras propostas, tendências e soluções apresentadas com relação a uma mesma questão e assim se desenvolve em termos gerais: cada Tribunal, seja estadual ou federal, à luz das discussões sobre as diversas controvérsias jurídicas que colocam os operadores do direito (advogados, doutrinadores, juristas, professores e oficiais públicos), atento às inúmeras nuances, problemas e pontos de vista que existem ao redor de um mesmo assunto, estabelecerá distintas regras de decisão e as confrontará com outras regras formuladas por outros tribunais de mesma hierarquia, para ao final prolatar sua decisão, criando o direito que entende mais adequado para a solução da aporia.²⁸

Nesse processo é comum que os tribunais observem, avaliem, critiquem ou valorizem a atuação dos demais tribunais de mesma hierarquia, a fim de formar sua opinião de que regra de direito deve de fato ser o direito que se aplicará em sua jurisdição. Isso permite que, na arena judicial, comecem a existir distintas aproximações e pontos de vista a respeito de qual direito deve regular determinada questão jurídica. Essa discrepância nos pontos de vista dos tribunais, que ocorre nessa primeira fase de desenvolvimento da doutrina vinculante, é fator que enriquece e legitima socialmente o processo de formação do direito de criação judicial.

Ocorre que esse dinamismo e dispersão que caracterizam e fortalecem a elaboração da doutrina vinculante em sua primeira fase é, a longo termo, insustentável e prejudicial, na medida em que torna o direito e, por conseguinte, a própria vida em sociedade, extrema e intoleravelmente incertos e inseguros. Daí porque o sistema judicial americano – como sói ocorrer com os demais –

²⁸ Kerpel, Ana Laura Magaloni, “*El Precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*”, ed. McGraw Hill, Madrid, 2001, pp.169-170

prevê a existência de um órgão supremo para ordenar e corrigir os possíveis erros e fraturas que potencialmente possam ocorrer na fase inicial do processo, garantir a uniformidade do direito no país e prestar respeito ao mandamento de tratamento isonômico a ser conferido a todos os membros da coletividade. No nosso ordenamento jurídico esse papel foi outorgado aos Tribunais Superiores que, então, possuem a competência última para elaborar e definir qual a lei federal e/ou constitucional que rege o país.

Mais importante, porém, do que descobrir a quem se outorgou essa competência última, é sinalar que nesse processo de adjudicação concreta dos problemas jurídicos, a Suprema Corte exerce seu poder normativo definitivo quando o assunto está “maduro” juridicamente, já exaustivamente debatido nas instâncias inferiores e conhecidas as conseqüências sociais das diversas abordagens adotadas, de sorte que, ao elaborar o direito de criação judicial, o Tribunal pode avaliar o grau de controvérsia da questão, a partir dos efeitos jurídicos, políticos, sociais e econômicos das diversas regras de direito estabelecidas pelas instâncias ordinárias, o que lhe capacita a eleger o momento político adequado para resolver o assunto, bem como determinar o nível de generalidade de sua decisão, a fim de torná-la o mais aceitável socialmente possível.

Considerando-se que nas lides intersubjetivas sempre se admitiu a intervenção de terceiros, seja pelo instituto da assistência seja pelo instituto do litisconsorte, a última crítica que restava quanto à função integrativa funcional das decisões judiciais era o controle abstrato da constitucionalidade das leis ou atos normativos que, por configurar controle em tese e, portanto, processo objetivo, não admitiria sob qualquer hipótese a intervenção de terceiros.

O último obstáculo a essa forma de integração restou afastado, ou ao menos severamente atenuado pelo legislador brasileiro que, ao acolher a moderna teoria constitucional que retira das cortes constitucionais o monopólio da interpretação da Constituição,²⁹ processualizou, na regra inscrita no artigo 7º, parágrafo 2º da lei nº 9.868/99³⁰, a figura do *amicus curiae*, permitindo, em conseqüência, que terceiros, investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente á própria controvérsia constitucional.

Não parece haver dúvida que essa regra legal - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae*, tem por

²⁹ Cfe. Habermas, Peter, “Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997.

³⁰ §2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

objetivo nítido pluralizar o debate constitucional, permitindo que a Corte constitucional venha a dispor de todos os elementos informativos possível e necessários à resolução da querela constitucional.

Tratando sobre o tema, com a clareza e precisão que lhe são peculiares, assim se expressou Paolo Bianchi: “A admissão do terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, viabilizando em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize a possibilidade de participação de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais”.³¹

Curial, portanto, o reconhecimento da força integrativa das decisões do Supremo Tribunal Federal nas questões constitucionais e do Superior Tribunal de Justiça nas questões infraconstitucionais.

Nesse diapasão, em termos funcionais, impõe-se o necessário respeito, pelos Executivo e demais órgãos judiciários, ao que ficou decidido por esses tribunais superiores, que, em seus respectivos âmbitos de atuação representam aquilo que a doutrina menciona como órgão estatal supremo, exigência e consequência do impulso para a unidade a que conduz todo projeto comum.

Por isso ressalta Smend: “a eficácia integradora dos diferentes fatores de integração, em especial dos distintos órgãos estatais, há de ter a garantia de obter uma eficácia aglutinante real, e para isso pode ser a criação de uma instância suprema a solução mais fácil. O pensamento constitucionalista costuma buscar dita instância em um órgão irresponsável e supremo, órgão judicial máximo...”³²

6. CONCLUSÃO.

Dentro de nossa sistemática constitucional o Poder Judiciário foi erigido como o órgão estatal supremo garantidor da ordem de valores compartilhada pela nação brasileira e que se encontra cristalizada nos valores, princípios e regras plasmados no texto constitucional.

³¹ “Un Amicizia Interessata: L’amicus curiae Davanti Alla Corte Suprema Degli Stati Uniti”, in *Giurisprudenza Costituzionale*, Fasc. 6, nov/dez de 1995, Ano XI, Giuffrè.

³² Smend, ob. cit. pág. 149

Inafastável, portanto, a presença de uma função integradora exercida pelo Poder Judiciário, cujas decisões não refletem apenas resultado de um labor técnico do direito, mas representam também ideais e valores que o próprio juiz, enquanto pessoa comparte com os componentes da comunidade.

É certo que as posições valorativas, em uma sociedade pluralista como sói ocorrer hodiernamente, podem discrepar entre os cidadãos. Entretanto, é possível fazer fé de que, ao menos quanto às questões fundamentais, existe um mínimo de acordo entre os membros dessa comunidade sem o qual todo intento de criação de uma ordem jurídica e estatal integrada estaria condenada desde o início ao fracasso.

Assim, as decisões judiciais, notadamente as proferidas pela Suprema Corte em sede de controvérsias constitucionais e o clímax que elas imprimem à discussão pública sobre os valores decisivos, podem contribuir decisivamente para o nascimento e consolidação de uma consciência geral valorativa.

Nesse diapasão, a adoção do efeito vinculante das decisões proferidas pelas Cortes Superiores, a possibilitar a uniformidade e previsibilidade na aplicação do direito e defesa dos princípios e valores que informam e conformam o sistema jurídico, é consectário natural do reconhecimento da função integradora exercida pelos Tribunais e revela-se, de um lado, como passo lógico para eficácia integrativa e, de outro, consequência do impulso para a unidade a que conduz todo projeto comum.

BIBLIOGRAFIA:

- BACHOF, Otto, *“Jueces Y Constitución”*, Cuadernos Cívitas, 1987
- BARROSO, Luiz Roberto, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Saraiva, 1997
- BÖCKENFORDE, Ernest Wolfgang, *“Escritos sobre Derechos Fundamentales”*.
- BONAVIDES, Paulo, *“Curso de Direito Constitucional”*, Malheiros, 5ª edição
- GOODHART, A.L., *“Precedent in English and Constitutional Law”*, The Law Quarterly Review, nº CXCVII, 1934
- GRIFFIN, Stephen M., *“American Constitutionalism – From Theory to Politics”*, Princeton University Press, 1996.
- HABERLE, Peter, *“Teoria de La Constitución Como Crecia de La Cultura”*, ed. Tecnos, 2000, pág. 34
- *“Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997.
- HESSE, Konrad, *“Escritos de Derecho Constitucional”*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992

- KELSEN, Hans, *“O Estado como Integração. Uma controvérsia de Princípio”*, editorial tecnos, 1997
- KERPEL, Ana Laura Magaloni, *“El Precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano”*, ed. McGraw Hill, Madrid, 2001
- LASSALE, Ferdinand, *“A Essência da Constituição”* Ed. Liber Juris, 3ª edição
- SILVA, José Afonso da *“Curso de Direito Constitucional Positivo”*, RT, 7ª edição
- SMEND, Rudolf, *“Constitución Y Derecho Constitucional”*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, *“A Criação e Realização do Direito na Decisão Judicial”*, Forense, São Paulo, 2003.
- VERDU, Pablo Lucas, *“La luta contra el Positivismo Jurídico en la República de Weimar”*, editorial tecnos, 1987

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

***Clélio Erthal - Desembargador Federal do TRF da 2ª
Região, Diretor de Relações Públicas da EMARF***

Em meados da década de setenta (25 anos antes da vigência do atual Código Civil), quando ainda havia muita imprecisão e controvérsia sobre a natureza da Prescrição e da Decadência, especialmente quanto à distinção científica entre ambos os institutos e à delimitação dos respectivos campos de incidência, publicamos, na Revista Justitia do Ministério Público de São Paulo (vol. 93), um artigo sobre o tema. E como desde então já decorreu um quarto de século e ainda existe quem faz confusão, a despeito do rigor técnico do novo diploma, tomamos a liberdade de republicá-lo textualmente na Revista da nossa Escola.

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO ANTEPROJETO DE CÓDIGO CIVIL

I - INTRODUÇÃO

Assim como as gerações se sucedem na caudal da história, as relações que os homens travam entre si também nascem, vivem e perecem, no curso do tempo. Essas relações às vezes são fugazes, não deixando sequer a marca da própria ocorrência; porém, quando perenes, vinculam indelevelmente a estrutura social, alterando situações individuais ou coletivas anteriores e definindo novo posicionamento de cada membro no seio da comunidade. Tão grande é a influência do fator *tempo*, na formação e na cristalização das instituições sociais, que o próprio Estado atribui *jurldicidade* às situações de fato com duração prolongada.

Perante o Direito o curso do tempo atua poderosamente, ora como fator capaz de gerar, ora de extinguir situações jurídicas. Na primeira hipótese, ele interfere para consagrar situações estáveis e lhes atribuir, conotação jurídica, como ocorre na oficialização dos costumes reiteradamente observados e na consolidação de direitos reais pelo *usucapião*, ou pessoais, pela fruição prolongada da respectiva condição

(como a estabilidade no emprego e a posse de estado, pela repercussão temporal dos elementos *nomen, fama e tractatus*). No presente estudo, o tempo será analisado apenas como fator extintivo de direitos, através da *prescrição* e da *decadência*.

II - TRAÇOS COMUNS E DIFERENCIAIS

A *prescrição* e a *decadência* são os dois institutos através dos quais o tempo atua, no campo do Direito, como elemento corrosivo. Vários são os traços comuns que os aproximam: ambos extinguem situações jurídicas até então protegidas e decorrem da inércia do sujeito, que deixa de exercer o direito no prazo que lhe é facultado. Outrossim, a penalização do titular inerte e o interesse social na legitimação de situações consolidadas, constituem os principais fundamentos dos dois institutos. O Direito, efetivamente, não se compadece com a negligência, que gera a instabilidade nas relações jurídicas e os conseqüentes conflitos de interesses que abalam a harmonia social; por isso pune o responsável com a sanção de perda da faculdade negligenciada. *Dormientibus non succurit jus*.

Não obstante, em que pesem os traços que as aproximam, *prescrição* e *decadência* são figuras distintas, tanto pelo regime a que estão sujeitas como pelos efeitos que produzem. São ambas de *ordem pública*, por isso mesmo que afetam o interesse social, mas somente a *decadência* pode ser conhecida e decretada de ofício pelo Juiz, em qualquer circunstância. A *prescrição*, essa só o pode ser quando relativa a direitos pessoais, dependendo os patrimoniais de argüição da parte interessada (arts. 219, § 59, do Código Processo Civil, e 166 do Código Civil). Eis aí a primeira diferença. Os prazos prescricionais, por outro lado, são sempre estabelecidos em lei e não podem ser dilatados pela vontade das partes, enquanto os de caducidade, em certos casos, podem ser livremente convencionados.

A maior diferença, entretanto, reside nos efeitos e na possibilidade, ou não, de sustação do respectivo prazo já desencadeado. No que tange aos efeitos, a doutrina já se pacificou no entendimento de que a *decadência extingue* e a *prescrição apenas atrofia* os direitos por elas atingidos. O que importa em dizer que a pessoa eventualmente prejudicada por terceiro que exerça direito já caduco, pode pleitear o restabelecimento da situação anterior, pois direito extinto não pode ser exercido. Diverso é o efeito da outra: se alguém cumpre obrigação jurídica prescrita, não pode repetir o que deu, sob pretexto de indébito, uma vez que o dever não se extingue com a *prescrição*, apenas se transforma em

obrigação natural, perdurando, pois, o direito corresponsivo, ainda que não mais exigível. O credor assim satisfeito goza do benefício da *soluti retentio*.

Quanto aos prazos (geralmente mais curtos na decadência que na prescrição), recebem diverso tratamento, conforme se trate de uma ou de outra. Uma vez deflagrado o lapso decadencial, não há como se lhe deter o curso: ou o sujeito exerce dentro dele o seu direito ou o perde definitivamente. Já o prazo de prescrição, esse pode ser detido: além das causas que impedem sua deflagração (como v. g. o casamento e a incapacidade preexistentes), admite a *suspensão* e a *interrupção*, de conformidade com o disposto nos artigos 168 a 176 do Código Civil.

As causas impeditivas da prescrição são aquelas mesmas que suspendem seu curso, dependendo apenas da ocasião em que se apresentam: se anteriores, *impedem* o início do prazo; se posteriores, *suspendem* a fluência do mesmo. Pela suspensão detém-se temporariamente a marcha do prazo, que somente volta a fluir após o desaparecimento da causa suspensiva, quando então serão adicionados os dois períodos decorridos: o anterior e o posterior. A interrupção, pelo contrário, inutiliza o período anterior, passando a correr por inteiro um novo prazo, tão logo desapareça a causa estancadora - exceto contra a Fazenda Pública, em que o novo prazo que se abre com ela passa a correr pela metade (Decreto nº 20.919,32, art. 9Q, e Decreto Lei nº 4.597-42, art. 3º)."

III - A IMPORTÂNCIA DA DISTINÇÃO

Até aqui, limitamo-nos a tecer breves considerações sobre os caracteres comuns e os específicos da *prescrição* e da *decadência*, sem definir qualquer delas, nem distinguir conceitualmente uma da outra. Não obstante, é precisamente esse o escopo do presente estudo, que não tem outro propósito senão o de contribuir para afastar certos conceitos arraigados que obscurecem a compreensão do tema. Se as duas figuras são distintas, com funções e efeitos próprios (e disso ninguém duvida), então impõe-se a adoção de um critério objetivo e técnico que as identifique com precisão. Trata-se de uma questão fundamentalmente teórica, mas de relevante interesse prático para todos aqueles que militam no foro.

Com o advento do futuro Código Civil a tarefa do causídico, nesse particular, será muito facilitada, pois o anteprojeto separa os prazos de *prescrição* dos de *decadência* pela localização: os primeiros - tal como no diploma atual - figuram na Parte Geral, em forma de elenco, enquanto

os segundos são inseridos na Parte Especial, juntamente com os direitos cujo exercício procuram limitar. Dessa forma, não haverá, para o intérprete, dificuldade na identificação do instituto aplicável: se o prazo extintivo constar da Parte Geral, saberá que é de *prescrição*; se figurar na Parte Especial, de *caducidade*.

Entretanto, nem todo o Direito está contido no Código, relevando notar que só no campo do Direito Civil a chamada legislação extravagante é muito mais opulenta que a codificada. E nesse caso, em se deparando com um prazo extintivo, como saber se o mesmo é de *decadência* ou de *prescrição*, se a própria lei não o diz? Para o advogado, a questão reveste-se de fundamental importância, devido à diversidade de efeitos: se *prescricional*, ele pode interrompê-lo e começar tudo de novo (uma ação proposta ao final do período, se extinta sem julgamento do mérito, pode ser renovada dentro do novo prazo que se inicia com a citação nela operada); porém, se *decadencial*, não comporta o mesmo recurso (no exemplo citado, se a sentença for proferida já fora do prazo, este não se renova, e assim o titular não pode mais exercer o direito, porque extinto). Cumpre, pois, estabelecer um critério que possibilite a identificação desses institutos, não somente pelos efeitos, mas pela própria *essência* de cada um.

IV - OS CRITÉRIOS COMUMENTE ACEITOS

Apesar dos esforços despendidos, a doutrina ainda não se harmonizou na fixação conceitual de cada uma das figuras em causa. Segundo a corrente dominante, entre nós representada por CLÓVIS BEVILÁQUA, CARPENTER, CÂMARA LEAL e PONTES DE MIRANDA, o elemento diferencial reside no campo de incidência de cada qual: a *prescrição* atinge diretamente a ação e só por via de consequência o direito material, enquanto a *decadência* atinge o próprio direito, fulminando-o direta e imediatamente. Tal concepção, cujos fundamentos históricos têm raízes no direito romano (onde a *prescrição* foi instituída como exceção processual), procura justificar-se com o argumento de que se o direito sobrevive à prescrição, ainda que atrofiado, é a ação e não ele (o direito) que prescreve.

Partindo desse critério, alguns autores pretendem encontrar na *origem da ação* o elemento diferenciador dos institutos em exame. Assim, quando o direito e a ação surgem simultaneamente (seria o caso da contestação de paternidade), o prazo fixado é de *decadência*; quando o direito preexiste à ação (cujo surgimento é posterior, ocorrendo no momento da violação daquele), o prazo é de *prescrição*. CÂMARA LEAL encampa esse entendimento, ao prelecionar que:

- a) a prescrição: supõe uma ação cuja origem é distinta da origem do direito, tendo, por isso, um nascimento posterior ao nascimento do direito;
- b) a decadência supõe uma ação cuja origem é idêntica à origem do direito, sendo por isso, simultâneo o nascimento de ambos. (In Da Prescrição e da Decadência, nº 320).

V - ANÁLISE CRÍTICA DOS CRITÉRIOS APONTADOS

Como assinala ORLANDO GOMES (Introdução ao Direito Civil, nº 354), Os critérios acima sumariados apenas fortalecem a convicção de que os dois institutos diferem entre si, mas não proporcionam uma chave segura para identificá-los. Demais disso - acrescentamos nós - colocam erroneamente a ação como objeto da prescrição e não especificam quais os *direitos* atingidos pela decadência. A concepção de que o direito de ação fenece juntamente com o direito material, não se coaduna com o moderno direito processual. Depois dos estudos de WACH e DEGENKOLB, a ação não pode mais ser considerada como um mero tegumento protetor do direito privado, ou simples reação deste quando violado. Segundo a doutrina hoje dominante, *ação* é o direito público e formal de movimentar a máquina jurisdicional do Estado, em face de um caso concreto.

O direito de ação nada tem a ver com o direito material que o autor procura assegurar através dele. Prova eloqüente disso nos dão as ações julgadas improcedentes, nas quais fica exatamente apurada a *inexistência* do direito pleiteado. Donde se conclui ser falsa a tese de que a ação - esse direito público autônomo - é atingida pela *prescrição* que afeta o interesse privado. Tanto que o juiz não pode nem indeferi-la de ofício, quando colima direitos patrimoniais. Vale dizer: somente depois de instaurado o processo é que pode ser argüida, apreciada e decretada a prescrição; mas já então a máquina jurisdicional terá se movimentado e o autor *exercido* o seu direito de ação. Por onde se conclui que não é propriamente o direito de ação que prescreve, mas outra faculdade que cumpre identificar.

VI - A CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR

Os critérios comumente adotados, como vimos, não oferecem base científica capaz de ensejar a identificação procurada.

Sabe-se, agora, que a *prescrição* não impede e nem cerceia o exercício da ação, como às vezes se apregoa, pois tanto ela quanto a *decadência* atingem, efetivamente, *direitos materiais*. Mas que direitos? Eis a questão cuja resposta constitui a chave de toda problemática que nos tem ocupado. É, pois, através da própria *essência* dos direitos materiais atingidos pelos dois institutos - e não por meio de elementos processuais - que a doutrina moderna procura identificá-los. Daí tomarmos como ponto de partida, para o deslinde da *quaestio*, a divisão dos direitos individuais em *potestativos* e *subjativos*.

Dizem-se *potestativos* aqueles direitos cujo exercício independe da cooperação ou interferência das pessoas a eles adstritas. O titular os exerce por mero ato de vontade, quer pessoalmente, como na dispensa de um empregado, na revogação de um mandato, no lançamento de um tributo, na deixa testamentária etc., quer por intermédio do Poder Jurisdicional do Estado, como no caso já referido da contestação de paternidade, na anulação de casamento etc. Já os direitos *subjativos*, ao contrário, só podem ser exercidos através do comportamento de outra pessoa situada no polo oposto da relação jurídica. E isso porque a cada direito subjativo corresponde um *dever jurídico*, cuja satisfação tem que ser exigida da pessoa obrigada, ao contrário do direito potestativo, que impõe apenas uma *sujeição* e não um dever.

Essa distinção, como se vê, tem fundamental importância para o esclarecimento do tema que estudamos. O exercício do direito *potestativo* depende de um simples *querer* do agente, ao passo que a satisfação do direito *subjativo*, salvo quando realizada espontaneamente, depende de um *pretender* do titular. Ou em outras palavras: este último é um direito eminentemente *exigível*, ao contrário daquele, que é *imposto*. E é exatamente nessa *exigibilidade* ou *pretensão*, característica dos direitos subjativos, que vamos encontrar o próprio objeto de *prescrição*.

A *prescrição*, portanto, não atinge a ação, como vimos, pois sendo esta um direito público e autônomo de movimentar a Máquina Judiciária, não prescreve. O que prescreve é a *pretensão* ou *exigibilidade* do direito subjativo, que podendo ser exercida inclusive extra judicialmente, nada tem de processual. Ela integra o próprio direito material, conforme ensinamento de FRANCESCO CARNELUTTI:

“Só a pretensão e não a ação é, ou, pelo menos, poderá ser exercício do direito subjativo material; assim, designadamente, se explica que a dedução da pretensão, só por si e independentemente do pedido formulado na ação, tenha eficácia interruptiva da

prescrição, e se esclarecem também as relações entre pretensão e pedido, atos jurídicos que respectivamente são um de direito material e outro de direito processual.” (*In Teoria Geral do Direito*, § 126).

VII - CONCLUSÃO

Assim, ficam bem definidos os campos de incidência da *prescrição* e da *decadência*. A primeira atinge a *exigibilidade* dos direitos subjetivos (não a ação, como normalmente se supõe); a segunda, os direitos potestativos (e não quaisquer direitos), de modo que aquela impede que o credor cobre do devedor o seu crédito e a última inibe o titular de praticar um ato de vontade. Como a lei *sempre* fixa prazo para o exercício dos direitos subjetivos, e só *eventualmente* para os direitos potestativos, já podemos definir as duas figuras jurídicas cuja conceituação vimos de procurar:

- a) *Prescrição* é a perda da exigibilidade (pretensão) de um direito subjetivo, pela inação do respectivo titular durante o prazo fixado em lei.
- b) *Decadência* é a perda do direito potestativo, quando temporário, pelo não exercício do mesmo durante o prazo estabelecido.

Dessa forma, podemos identificar facilmente qualquer dessas figuras através dos direitos por elas atingidos. Se deparamos com um prazo delimitando o exercício de um direito exigível de outrem (subjetivo), sabemos tratar-se de prazo *prescricional*, e por isso suscetível de suspensão e de interrupção. Entretanto, se o prazo se refere a um direito exercitável por mero ato de vontade (potestativo), independentemente da atuação de terceiro, é de *caducidade* que se trata, não havendo, assim, qualquer possibilidade de sustar-lhe o curso, senão pelo próprio exercício do direito.

Hoje, graças ao apuro técnico do Código Civil de 2002, não há mais razão para a controvérsia. Ao dispor, expressamente, que a prescrição extingue a pretensão (a *anspruch* dos alemães), a nova lei não deixa margem a dúvidas; afastando de vez a concepção equivocada de que esse instituto atinge diretamente a ação para, só por via de consequência, extinguir o direito material, como se aquela fosse o tegumento protetor deste, na forma preceituada no artigo 75 no Código Civil revogado.

BREVES ANOTAÇÕES SOBRE O ALARGAMENTO DA CIDADANIA

***Paulo Freitas Barata - Desembargador Federal do TRF
da 2ª Região***

Sumário - I. INTRODUÇÃO - II. DESENVOLVIMENTO 2.1. Breve histórico 2.2. As Constituições brasileiras 2.2.1. Brasil Império Independência 2.2.2. República velha 2.2.3. Após 1.930 até 1.964 2.2.4. De 1.964 a 1.988 - 2.2.5. De 1988 a 2000 2.3. O moderno conceito de cidadania 2.3.1. Considerações gerais 2.3.2. Autoridade administrativa independente. Agências reguladoras 2.3.3. Ombudsman 2.4. O “alargamento” Internacional. 2.5. As novas garantias constitucionais de natureza processual introduzidas na Constituição Federal de 1988. 2.5.1. Mandado de segurança coletivo 2.5.2 Mandado de injunção 2.5.3. Habeas data 2.5.4. Ação de descumprimento de preceito fundamental constitucional
III. CONCLUSÃO IV. BIBLIOGRAFIA.

I - INTRODUÇÃO

O tema – Breves anotações sobre o alargamento da cidadania – resulta de leituras e anotações, pinçadas aqui e ali, das obras de autores consagrados que se dedicaram ao seu estudo.

É tratado em seu desenvolvimento histórico, com destaque para a evolução da cidadania no Brasil, desde a época imperial até os dias de hoje.

Mostra o processo de construção do moderno conceito de cidadania, novas formas do atuar administrativo, a criação da autoridade administrativa independente (agências reguladoras), do ombudsman.

Finalmente, aborda, sucintamente, as novas garantias constitucionais estabelecidas para proteção direta e imediata aos direitos fundamentais, por meio de remédios jurisdicionais próprios e eficazes, providos pela ordem constitucional mesma. Garantias constitucionais que se concentravam sobre a liberdade e o indivíduo, e não sobre a igualdade e a sociedade, como aconteceria com a grande revisão constitucional operada pelo constitucionalismo de índole social do séc. XX.

PAULO BONAVIDES¹ afirma:

“Sem as garantias constitucionais os direitos contidos em declarações formais, cairiam no vazio das esferas abstratas, ou perderiam o fio institucional de contato com a realidade concreta, aquela que deverá propiciar em termos de eficácia a fruição completa das liberdades humanas.”.

No mesmo sentido é a lição do Ministro do Superior Tribunal de Justiça CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO²:

“Essas “garantias jurídicas precisas”, referidas por Karel Vasak, compõem o sistema constitucional de garantias, dando vigor e eficácia à declaração de direitos. Sem elas os direitos assegurados na declaração permanecem no papel, não havendo como impedir que sejam violados. As chamadas garantias ou remédios constitucionais nasceram com o objetivo de impedir que os direitos dos cidadãos ficassem inertes nas declarações, sem eficácia.”.

O tema, portanto, é intimamente relacionado aos direitos e às liberdades e de suma importância porque o exercício da cidadania, em verdade, representa a efetividade desses direitos e liberdades declarados.

Em nosso país, como ressalta JOSÉ RIBAS VIEIRA³:

“O debate sobre a categoria cidadania é estratégico para uma sociedade como a brasileira marcada nos dias atuais por um agudo processo de desigualdade social e, por consequência, de exclusão social.”

II. DESENVOLVIMENTO.

2.1. Breve Histórico

Na cultura ocidental, podemos remontar a formulação do conceito de cidadania a PÉRICLES, em seu célebre discurso proferido em 431 a.C, quando Atenas homenageou seus primeiros mortos na Guerra do Peloponeso, ao dizer que haviam morrido por causa nobre, a causa de Atenas.

¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Malheiros Editores, 2.000, p. 488.

² DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Manual do mandado de segurança. 3ª ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro, Renovar, 1.999, p. 4.

³ VIEIRA, José Ribas. A cidadania. Sua complexidade teórica e o direito. Caderno científico do mestrado e doutorado em direito da Universidade Gama Filho, vol. 5, n 2, Rio de janeiro, 1997, p.35-46.

PLATÃO⁴ argumentava que a massa da população deveria ficar afastada da participação política, e que os detentores do poder político não podiam ter posses, vida familiar ou propriedade privada. Assim, os governantes poderiam se dedicar, exclusivamente, ao bem público.

ARISTÓTELES⁵, ao contrário, tal como PÉRICLES, defendia a participação do cidadão nas decisões e nas funções governamentais. Insistia na regulamentação ampla da vida privada e da moral pessoal, e afirmava que não se deve mesmo considerar que um cidadão se pertence a si próprio, mas que tudo pertence à cidade⁶

Esta concepção austera da cidadania clássica influenciou ROUSSEAU⁷, que difundiu uma concepção monástica e espartana de cidadania, chegando a referir-se às leis da liberdade como sendo tão severas como o jugo do tirano, e a afirmar a necessidade de obrigar-se o homem a ser livre.

Na REVOLUÇÃO FRANCESA já se distingue os dois tipos de cidadãos – o ativo e o passivo – que iriam caracterizar o estado liberal clássico.

O cidadão ativo possuía o status do homem privado, ao mesmo tempo educado e proprietário, como ressalta HABERMAS⁸.

Através do voto censitário o Estado liberal clássico regulou o exercício da cidadania, excluindo da participação nas decisões políticas e no governo aqueles que não tivessem um mínimo de renda, isto é, que não fossem proprietários. Os cidadãos passivos formavam a grande maioria da população.

Aos poucos, o séc. XIX assiste o que alguns autores chamam de processo de democratização do estado liberal. As bases sociais deixaram de ser, exclusivamente, de proprietários e passaram a incluir não-proprietários e operários, ampliando notavelmente o acesso de um contingente crescente de eleitores à participação no poder, participação que é pressuposto para o funcionamento do Estado liberal.

Foi, portanto, no bojo da sociedade liberal que ocorreu a passagem da cidadania liberal para a cidadania moderna do Estado democrático de direito, alterando as relações de poder.⁹

⁴ A república. Livro 5, esp.456-70

⁵ A política. Livro 3, cap. I.

⁶ op.cit. Livros 7 e 8

⁷ Contrato Social. Livro I, cap. VII

⁸ HABERMAS, J. Mudança estrutural da esfera pública. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984, p.106.

⁹ BARRETO, Vicente. O conceito moderno de cidadania. Revista Ciências Sociais, Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, 1995, p. 161.

T.H.MARSHALL¹⁰ nos oferece um modelo de interpretação dessas alterações, que embora tenha recebido críticas¹¹, nos ajuda a compreendê-las.

Para ele, a cidadania moderna é um conjunto de direitos e obrigações que compreendem três grupos de direitos: os civis, característicos do séc. XVIII; os políticos, consagrados no séc.XIX; e os direitos sociais do séc. XX. A cidadania plena não depende apenas desses direitos, mas também do pleno funcionamento dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que devem garantir tais direitos.

Tomou como paradigma a Grã-Bretanha, mas a evolução dos direitos não seguiu a mesma ordem em todos os lugares. No Brasil, por exemplo, surgiram primeiro os direitos políticos, para depois, com a abolição da escravidão e o advento da República, os direitos civis e, finalmente, na década de 30, os direitos sociais. Além disso, no Brasil Império os direitos políticos foram enfatizados, assim como durante o governo Vargas o foram os direitos sociais.¹²

BOBBIO¹³ sugere que se denomine os direitos civis e os políticos de direitos de primeira geração, e os direitos sociais de direitos de segunda geração.

Na sociedade feudal, os três grupos de direitos não se diferenciavam entre si e eram locais, enquanto que o nascimento da sociedade moderna ocorreu em função de um processo de diferenciação crescente de direitos, que passaram a ter validade nacional, e dos poderes do Estado.

O processo de sedimentação dos direitos civis caracterizou-se por ser a afirmação da sociedade diante do poder absoluto da monarquia, que encontrou no Século das Luzes a sua consagração final.

Era necessário criar direitos que viabilizassem a crescente economia de mercado, criar uma ordem jurídica que não privilegiasse os detentores dos meios de produção.

O Estado de direito, o Estado liberal que substituiu o ancien régime do absolutismo monárquico, ao basear-se na representação política e na lei, deu forma político-institucional à sociedade de mercado.

A Revolução Industrial, ao alterar o sistema produtivo e introduzir profundas modificações na economia, tornou necessário incorporar ao grupo de cidadãos plenos, aqueles que participavam como produtores e consumidores dos produtos industriais.

¹⁰ Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1967, p.63-114.

¹¹ HIRSCHMANN, Alfred. A retórica da intransigência. São Paulo. Companhia das letras, 1992.

¹² CARVALHO, José Murilo de. Desenvolvimento de la ciudadanía en Brasil, Fondo de Cultura Economica, México, 1995.

¹³ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 5-6.

As leis, pouco a pouco e em países diferentes, deixaram de privilegiar os interesses da burguesia, e o poder legislativo passou a legislar também para os não-proprietários, iniciando-se a época da legislação social. O poder público intervém, nascendo o estado social de direito.

As reivindicações sociais ganharam o status de direitos, perdendo o caráter de benevolência pública ou privada que tinham desde a Poor Law da rainha Elizabeth I da Inglaterra.

O processo de formação da cidadania moderna exigiu a participação dos segmentos sociais na sua definição e implementação.

2.2. AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.

2.2.1. Brasil Império - Independência.

A Constituição de 1824, consagrou a declaração dos Direitos Individuais no seu ordenamento, inspirando-se no exemplo francês e separando os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros (art. 179). Mencionou o cidadão ativo (art. 90), titular dos direitos políticos (art. 91).

Os princípios da igualdade e de liberdade ficaram prejudicados, na prática, eis que no contexto social prevalecia uma discriminação quase generalizada de direitos. RAYMUNDO FAORO¹⁴ denunciou, com propriedade, “que o aspecto teórico da legalidade brasileira, se apresenta muitas vezes diferente do conteúdo dos costumes, da tradição e das necessidades dos destinatários da norma.”

Podemos destacar, com base na obra do cientista político JOSÉ MURILO DE CARVALHO¹⁵, alguns fatos históricos-culturais relevantes que enfraqueceram a cidadania civil no Brasil:

1) a escravidão e as grandes propriedades foram os principais obstáculos para o efetivo exercício da cidadania civil no Brasil Império;

2) desinteresse do governo e dos senhores de escravos em desenvolver na população a capacidade de ler e de escrever;

3) a principal preocupação do governo, no que diz respeito à educação, era a formação de uma elite dirigente, objetivo que o levou a concentrar seus esforços no ensino superior;

¹⁴ FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 4 ed., Porto Alegre, Globo, 1977, p. 733.

¹⁵ Op. Cit.

4) a Inglaterra exigiu, como parte do preço pelo reconhecimento da Independência, a assinatura de um tratado que incluía a proibição do tráfico de escravos, ratificado em 1827. Porém o Brasil só deixou de fazê-lo em 1850, após a Marinha Inglesa invadir portos brasileiros e afundar navios suspeitos de transportar escravos;

5) além do Brasil ser o último país de tradição cristã e ocidental a libertar os escravos, não deu escolas, nem terras e nem empregos aos ex-escravos. Entre os que insistiam na integração dos ex-escravos na sociedade brasileira, estavam os intelectuais negros LUIZ GAMA, que praticava a advocacia em São Paulo na defesa dos escravos; ANDRÉ REBOUÇAS, engenheiro e jornalista; JOSÉ DO PATROCÍNIO, jornalista e poeta; JOAQUIM NABUCO, principal líder abolicionista;

6) no Brasil não havia como os negros fugirem da escravidão, que ocupava todo território, salvo os casos dos quilombos e, mesmo assim, eram logo dominados pelas forças militares do governo. Nos Estados Unidos a escravidão não era generalizada; havia uma linha divisória entre liberdade, ao norte, e escravidão, ao sul;

7) os valores da escravidão eram aceitos por quase toda a sociedade, por brancos e negros. Nos próprios quilombos haviam escravos e muitos negros libertos na Bahia possuíam escravos;

8) outro grande obstáculo à expansão da cidadania civil, herdado do período colonial, era a grande propriedade rural;

2.2.2. República Velha.

A primeira Constituição republicana do Brasil foi inspirada na Constituição Norte Americana, e influenciada pelo positivismo.

Adotou o regime representativo e a República Federativa como forma de governo (art. 1º).

Consagrou o direito a voto a todos os cidadãos brasileiros (art. 70), acabando com a discriminação da Carta de 1824, que para ser eleitor dependia da liberdade e do poder aquisitivo. Já representou significativo avanço no reconhecimento de direitos políticos e no caminho da democracia.

Segundo BOBBIO¹⁶:

“A característica de forma democrática de governo é o Sufrágio Universal, ou seja, a extensão a todos os cidadãos ou pelo menos

¹⁶ BOBBIO, Norberto. Igualdade e liberdade. Rio de Janeiro, Ediouro, 1996, p. 8.

à esmagadora maioria, do direito de voto. O Sufrágio Universal é uma aplicação do princípio da igualdade, na medida em que torna iguais com relação aos direitos políticos - que são direitos eminentes num Estado democrático..."

No mesmo sentido é a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁷:

"A cidadania qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política. Cidadão, no direito brasileiro, é o indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas conseqüências".

Assegurou a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade (art. 72), mas a ordem econômico-social continuou gerando desigualdades.

2.2.3. Após 1930 e até 1964.

Após a década de 30, agravou-se a situação dos direitos civis no Brasil.

O Presidente da República Washington Luiz, foi deposto por um movimento armado, em 1930, quando terminava a Primeira República.

NELSON JOAQUIM¹⁸ sintetiza:

"A revolução paulista, denominada Revolução Constitucionalista, foi a mais importante guerra civil brasileira, durou até 1934, quando uma assembléia constituinte votou a nova constituição e elegeu Vargas, apoiado pelos militares. Esta Constituição abriu um título especial para Declaração de Direitos, nele incrementando não só os chamados direitos e garantias individuais, mas também os de nacionalidade e os políticos. Ademais, incorporou o título Da Ordem Econômica e Social. Ela durou apenas pouco mais de três anos, sendo substituída pela Carta de 1937, ditatorial na forma, no conteúdo e na aplicação, com integral desrespeito aos direitos do homem, especialmente os concernentes às relações políticas".

A garantia dos direitos civis agravou-se durante a ditadura (1937/1946). Contudo, no período de 1930 até a década de 1950, houve avanços nas políticas sociais e trabalhistas, e a implementação de alguns direitos sociais.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. Rio de Janeiro, Malheiros Editores, 9 ed., p. 305.

¹⁸ JOAQUIM, Nelson. Cidadania no Brasil à luz dos direitos civis. Caderno científico do mestrado e doutorado em direito. Universidade Gama Filho, vol. 5, n. 2, Rio de Janeiro, 1997, p. 47-63.

Com a derrubada de Getúlio Vargas em 1945, foram convocadas eleições presidencial e legislativa. O Presidente eleito assumiu em janeiro de 1946, ano em que a Assembléia constituinte concluiu seu trabalho e promulgou uma das melhores Constituições brasileiras, na qual há título sobre a Declaração dos Direitos, com capítulos sobre nacionalidade e cidadania e sobre os Direitos e Garantias Individuais (arts. 129 a 144).

2.2.4. De 1964 a 1988.

O regime autoritário implantado em 1964 - e que durou cerca de vinte anos - enfatizou os direitos sociais.

Nesse período tivemos a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, considerada por diversos autores, como uma nova Constituição.

Embora os direitos civis constassem da Carta de 1967, na vida real foram cerceadas as possibilidades de exercício pleno desses direitos.

Sirvo-me, ainda, do texto de NELSON JOAQUIM¹⁹

“No que diz respeito aos DIREITOS CIVIS, o Habeas Corpus foi suspenso para crimes políticos, deixando os Cidadãos indefesos e nas mãos dos agentes de segurança; a privacidade do lar e o segredo da correspondência eram violados impunemente; prisões eram feitas sem mandado judicial; os presos eram mantidos isolados, incomunicáveis e sem direito à defesa; a liberdade de manifestação de pensamento era cerceada pela censura à imprensa e às manifestações artísticas e, ainda, nas universidades, cassação de professores e proibição de atividades políticas estudantis”.

2.2.5. De 1988 a 2000.

Com a redemocratização do País, foi promulgada nova Constituição em 5 de outubro de 1988, chamada por ULISSES GUIMARÃES, então Presidente do Congresso, de Constituição Cidadã.

Quanto à declaração dos direitos fundamentais, é a mais abrangente e extensa de todas as que a antecederam, tanto as liberais quanto as autoritárias (1937 e 1969), inclui as liberdades públicas clássicas; enfatiza os direitos concernentes à matéria penal e inclui inovações, como, por exemplo, o direito de informação e a defesa do consumidor.

Mais adiante serão destacados outros aspectos da Carta de 1.988, ao

¹⁹ op. cit. p. 58.

tratarmos do moderno conceito de cidadania e das novas garantias de natureza processual nela introduzidas.

2.3. O MODERNO CONCEITO DE CIDADANIA

2.3.1. Considerações gerais

O tema não deve ser tratado de forma reducionista, sob o ângulo exclusivamente jurídico, sem considerar o caráter político que o integra, o qual determinará a natureza da cidadania jurídica.

Como observa o professor VICENTE BARRETTO²⁰, “da relação entre os fundamentos políticos e a formulação jurídica é que se poderá dimensionar as consequências político-institucionais do conceito moderno de cidadania.

A chamada “cidadania liberal” privilegia a organização e o controle do Estado, o qual prevalece sobre a sociedade civil e aparece como único agente da ordem política e jurídica.

A “Cidadania do autoritarismo”, expressa principalmente na carta de 1937, reflete a doutrina do autoritarismo encontrada, por exemplo, na obra de Francisco Campos, de Azevedo Amaral e de Oliveira Viana.

Ambos os modelos se valem do formalismo jurídico e cultuam o direito adjetivo em detrimento do substantivo.

A constituição de 1988 assegura o exercício da cidadania através da participação política dos cidadãos, diretamente ou através da representação política, como está expresso no parágrafo único de seu artigo 1º:

“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”.

A participação direta, expressão da soberania popular, se faz mediante o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular legislativa (art. 14), formas regulamentadas pela Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998.

A constituição de 1988 (art. 61, § 2º; 27, § 4º e 29, IX) possibilita a participação nos três níveis de poder – federal, estadual e municipal – e prevê que a participação política se faça através do sistema partidário (art. 17). Pretende-se, assim, que o mecanismo legislativo reflita com razoável precisão a vontade popular ²¹.

²⁰ Op. cit. p. 157.

²¹ BENEVIDES, Maria Victoria. A cidadania ativa. São Paulo. Ática, 1991.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito de Participação Política. Rio de Janeiro, Renovar, 1992.

VICENTE BARRETO destaca, com acuidade:

“O instrumento básico do Estado democrático de direito – a participação política – acha-se comprometido precisamente pelas peculiaridades da cultura cívica nacional. Os dispositivos constitucionais revelam toda a sua impotência, quando os mecanismos sociais e políticos sobrepõe-se à ordem jurídica, desobedecendo-a, ignorando-a ou fraudando-a”²².

BARACHO²³ ressalta que “a liberdade é uma das decisões políticas fundamentais, inserida na nossa Constituição como base de todo o sistema constitucional, que em seu conjunto resulta do Preâmbulo e do artigo primeiro, em que se proclamam a justiça, a igualdade e o pluralismo político com um dos valores superiores do ordenamento jurídico.”.

O artigo 5º concretiza ainda mais esses propósitos, ressaltando a igualdade de todos perante a lei, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, que são fundamentos da ordem política e da paz social.

Prossegue BARACHO, citando ENTERRÍA e FERNÁNDEZ ²⁴ e PINTO FERREIRA²⁵, que várias são as decorrências desses enunciados:

- “a) as liberdades públicas e os direitos fundamentais em geral, suas classes e técnicas jurídicas;*
- b) os direitos fundamentais como direitos subjetivos;*
- c) funcionalidade jurídico-administrativa das liberdades públicas (no plano formal e no plano material);*
- d) a prestação jurisdicional das liberdades públicas;*
- e) o direito dos administrados a obter prestações dos serviços públicos;*
- f) o direito ao uso e desfrute dos serviços existentes;*
- g) a participação dos usuários na orientação do desenvolvimento dos serviços;*
- h) as técnicas de garantia;*
- i) a necessária reconstrução do tema da atividade prestacional dos entes públicos;*

²² op. cit. p. 165.

²³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral dos procedimentos de exercício da cidadania perante a administração pública. Revista ciências sociais da Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, v. 3, nº 1 p. 172 – 231, 1997.

²⁴ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Thomas-Ramon. Curso de Direito Administrativo. 4. ed, madrid, Editorial Civitas, 1995, vol. II, p. 59-101

²⁵ PINTO FERREIRA. Princípios gerais do direito constitucional moderno. 5 ed, ampl. e atual. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1971, Tomus I e II.

Idem. Curso de direito constitucional. 5 ed, ampl. e atual. São Paulo, Editora Saraiva, 1991, p. 83 e segs, p. 111 e segs, p. 160 e segs.

- j) a participação do administrado nas funções administrativas (a participação em geral, seu âmbito e seu caráter);
- k) a participação orgânica;
- l) a participação funcional;
- m) as fórmulas cooperativas de participação.”

Surgindo conflito no relacionamento entre o indivíduo e a administração pública é a autoridade judiciária a competente para dirimi-lo. Alguns países repartem essa competência entre o juiz comum e aquele chamado de administrativo.

Adverte BARACHO²⁶ que a dualidade jurisdicional, bem como as relações entre as ordens jurisdicionais administrativa e judiciária, nem sempre afasta a questão dos conflitos de competência, inclusive no que se refere aos mecanismos da coisa julgada, de efeito mútuo, entre as duas ordens de jurisdição.

A nova compreensão da cidadania implica em novas reflexões sobre temas clássicos e modernos, necessários aos diversos enfrentamentos dos poderes públicos e à elaboração de uma nova teoria geral da cidadania, tais como: liberdade constitucional e garantias²⁷; igualdade²⁸; direitos não-escritos²⁹; o sistema de fontes do direito e interpretação³⁰. Já não se coloca, apenas, o direito subjetivo, mas o interesse legítimo³¹.

RONALD DWORKIN, nas palavras de BARACHO³², considerando as diversas formas de atuação da cidadania, levanta problemas que merecem destaque:

- a) o que deve fazer o cidadão, quando a lei não é clara, permitindo que faça algo que na opinião dos outros, não é permitido?
- b) o que é juridicamente adequado, tendo em vista os direitos jurídicos, para o cidadão tomar a atitude correta?
- c) se a lei é duvidosa, o cidadão pode seguir, a seu próprio juízo, o caminho que pensa estar correto, mesmo depois de uma decisão em contrário da suprema instância competente?

²⁶ Op. cit. p. 204

²⁷ PACE, Alessandro. Problemática delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale, 2ª ed, Pádova, CEDAM, 1992.

²⁸ ALBUQUERQUE, martin de. Da igualdade. Introdução à jurisprudência. Col. Eduardo Vera Cruz. Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

²⁹ PONTTHOREAU, marie-claire. La reconnaissance des droits non-écrits. Par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir createur du juge constitutionnel. Préj. Alessandro Pizzo-russo. Paris, Economica, 1994.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade, aspectos jurídicos e políticos. São Paulo, Saraiva, 1990.

³¹ BARACHO, op. cit. p. 205-206.

³² Idem, op. cit. p. 210-211.

DWORKIN³³ entende que a Constituição reúne questões jurídicas e morais, enquanto promove a validade de uma lei que deve responder a complexos problemas morais, como o referente ao entendimento de que uma lei deve respeitar a igualdade inerente a todos os homens. O cidadão terá, em algum momento, o direito moral de infringir uma lei ou um sistema de direito.

Essa ampliação das possibilidades da cidadania viabiliza uma nova era dos direitos, em que se destaca, inclusive a desobediência civil como forma de defender a Constituição.

Nesse contexto, avulta em importância a questão da constitucionalidade da lei, com destaque para o que a doutrina utiliza como conteúdo da expressão *bloc de constitutionnalité*³⁴.

2.2.2. Autoridade administrativa independente. Agências reguladoras

A cidadania evoluiu no sentido de exigir maior correção da ação administrativa e eficiência dos serviços, o que acarretou novas formas de atuar administrativo, gerando outras organizações, como a da autoridade administrativa independente, examinada em relação ao serviço público e à privatização.

Embora a expressão seja típica do direito francês, expressão idêntica se encontra na lei brasileira 9.472, de 16 de julho de 1997 (art. 9º), que instituiu a agência reguladora de telecomunicações.

Com propriedade, BARACHO³⁵ afirma que:

“Nessa estruturação, surgem alguns componentes que indicam a autoridade na qual prevalece a função de garantia dos interesses da coletividade, por atuações que resguardam o complexo ordenamento que tem derivação imediata da Constituição; a autoridade ou agência, com função de regulação administrativa, determinada pelos setores da vida econômica; a autoridade ou organismo, com prevalência de funções administrativas coordenam e vigiam os setores eminentemente técnicos.”

³³ DWORKIN, Ronald. The Rights of citizens. In Taking rights seriously. Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1978, p. 184 e segs.

³⁴ FAVOREU, Louis e LLORENTE, Francisco Rubio. El bloque de la consitucionalida. Madrid, Editorial Civitas/ Universidade de Sevilla, 1991. (cadernos Civitas).

³⁵ op. cit. p. 222

ODETE MEDAUAR³⁶ esclarece que as agências reguladoras criadas até o momento têm a natureza de autarquias especiais, integram a Administração Federal indireta e são vinculadas ao ministério competente para tratar da respectiva atividade, sendo seus Diretores nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do senado, para cumprir mandatos.

Surgiram no ordenamento jurídico brasileiro em razão da extinção total ou parcial do monopólio estatal de alguns serviços públicos e outras atividades e com a transferência total ou parcial, ao setor privado da execução de tais serviços e atividades, mediante concessões, permissões ou autorizações.

Assim, a Lei nº 9.427, de 26 de janeiro de 1996, instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL; a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, instituiu a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL. A Agência Nacional de Petróleo - ANP foi instituída pela Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 e, recentemente, a Lei nº 9.984, de 17 de julho deste ano, criou a Agência Nacional de Águas - ANA.

2.3.3. Ombudsman

Convém destacar, também, a figura do ombudsman, “considerado como personalidade independente, designada, geralmente, por organismo legislativo, encarregado da proteção dos direitos dos administrados e de regular os litígios que podem ocorrer entre eles e a administração, conforme os princípios de direito e de equidade³⁷”.

É instituição sueca (1809), que foi adotada nos países nórdicos e em vários outros, tais como a Nova Zelândia, Alemanha e Inglaterra.

4.4. O “ALARGAMENTO” INTERNACIONAL

Presentemente, a proteção da cidadania expande-se além da ordem jurídica interna. As ordens jurídicas internacional e comunitária, cada vez mais, garantem os direitos de cidadania, dando-lhes efetividade.

Convém realçar, pela sua importância, o disposto no parágrafo 2º do artigo 5º, da nossa atual Constituição:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados,

³⁶ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 3 ed. rev. e atual. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

³⁷ BARACHO, op. cit. p. 223.

ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”.

Encontramos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

“Art. 7º. O Brasil propugnará pela formação de um Tribunal internacional dos direitos humanos.”.

É certo, porém, que já existe a Corte Interamericana de Direitos Humanos e que o Poder Legislativo aprovou os Pactos de Direitos do Homem da ONU (1.966) e a Convenção Internacional de Direitos Humanos da OEA (1.969).

4.5. AS NOVAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DE NATUREZA PROCESSUAL INTRODUZIDAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A atual Constituição reforçou e ampliou o amparo e a defesa dos direitos subjetivos, ao incluir em seu texto novos institutos com essas finalidades: o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o habeas data, previstos nos incisos LXXI, LXX e LXXII do artigo 5º, respectivamente.

Embora os limites e os objetivos deste trabalho não comportem aprofundamentos sobre as complexas e controvertidas questões levantadas a respeito desses institutos, é necessário comentá-los, sinteticamente, em seus aspectos gerais.

2.5.1. Mandado de segurança coletivo

O inciso LXX, do artigo 5º, da Constituição, dispõe:

“LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;*
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.”.*

Sirvo-me dos comentários de PAULO BONAVIDES³⁸:

“A Constituição manifestou com a ampliação da garantia o apreço que vota à defesa coletiva dos direitos, nomeadamente quando ocorre uma imbricação do direito subjetivo individual com interesse não menos subjetivo do ente político, sindical ou associativo, legitimado doravante para impetrar o referido mandado.”.

³⁸ Op. cit. p. 506.

2.5.2. Mandado de injunção

Diz a Constituição, no inciso LXXI, do artigo 5º:

“Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

Sobre o alcance e significado dos termos mencionados no dispositivo transcrito, consulte-se JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (in comentários à Constituição de 1988, Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 722-v.2).

NAGIB SLAIBI FILHO³⁹ ressalta a amplitude do objeto da proteção do mandado de injunção, afirmando que abrange não só a proteção de direitos e liberdades previstos na Constituição, seja em qualquer um de seus dispositivos, em qualquer título, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e até mesmo emenda constitucional. E esclarece que não importa, para a proteção do mandado de injunção, que o direito constitucional tutele interesse privado, individual, público ou difuso – o que importa é que seja constitucionalmente previsto. Já no que se refere às prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, não são amparadas apenas as previstas na Constituição sobre tais matérias, mas qualquer prerrogativa, ainda que decorrente de lei ou ato normativo inferior.

2.5.3. Habeas data

Estabelece o inciso LXXII da Constituição:

“LXXII – Conceder-se-á habeas data:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes dos registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.”.

PAULO BONAVIDES⁴⁰ aconselha que a aplicação e interpretação desse dispositivo deve considerar dois outros incisos do mesmo artigo 5º - os incisos XIX e XXXIII – que também regulam matéria pertinente ao direito de informação, fazendo mais sólida a garantia contra abusos dos órgãos públicos. E prossegue:

“O instituto cristaliza historicamente na consciência da sociedade brasileira uma reação jurídica do constituinte a violações,

³⁹ SLAIBI FILHO, Nagib. Anotações à Constituição de 1988. Rio de Janeiro, Forense, 1989, P.268.

⁴⁰ Op. cit. p.506-7.

manipulações e excessos perpetrados em matéria informativa pessoal pelas entidades governamentais da ditadura ao longo de duas décadas de exercício do poder autoritário sem limites”.

2.5.4. Ação de descumprimento de preceito fundamental constitucional

Decorre do parágrafo primeiro do artigo 102, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, verbis:

“§ 1º. A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei’.

III CONCLUSÃO

Hoje, não se pode desconhecer as significativas transformações ocorridas no mundo por força das globalizações e das regionalizações, atingindo todos os aspectos da vida individual, política, social, econômica e jurídica.

ALBERTO NOGUEIRA⁴¹, em recente obra, mostra sua preocupação:

“ O enigma da globalização se torna ainda mais dramático pela incerteza do que possa verdadeiramente significar e em razão de suas inevitáveis e profundas conseqüências”.

“Estamos, sem dúvida, diante de algo ainda desconhecido, que se identifica mais pelos efeitos que pelas causas ou origem.”.

E prossegue⁴²:

“O paralelo é inevitável. Se, de um lado, a globalização põe em cena os “jogadores globais”, de outro aparece o “homem global”, aquele que se torna o legítimo titular de direito de exercer suas prerrogativas (políticas, econômicas e sociais), em qualquer parte do planeta. Sem perder a condição de ser “cidadão” de determinado país ou de conjunto de países (bloco), terá o reconhecimento do planeta inteiro (os níveis ou graus de cidadania poderão variar, como, de resto, variam dentro dos blocos e, em termos realistas, mesmo no âmbito do próprio país “nacional”).

Estaremos diante de uma cidadania planetária (cada pessoa gozando de livre acesso a qualquer país, mas com “prerrogativas” variáveis). Assim se desenhará o Planeta dos Direitos Humanos.”.

⁴¹ NOGUEIRA, Alberto. Globalização, regionalizações e tributação. A nova matriz mundial. Rio de Janeiro, Renovar, 2.000, p. 6-7.

⁴² op. cit. p. 47.

Já não é mais o homem individualmente considerado, com direitos restritos a um espaço geográfico, que passa a ser visto atuando no mundo. É o “homem global”, carregando consigo, onde quer que vá, a sua dignidade, os seus direitos e liberdades, a sua cidadania.

No Novo Dicionário Jurídico Brasileiro de JOSÉ NÁUFEL ⁴³, encontramos no verbete cidadania, dentre outras, as seguintes informações:

“O prof. Afonso Arinos de Melo Franco ensina que: “Entre as noções de soberania e de representação introduz-se, logicamente, a de cidadania, ou seja, a de capacidade para o exercício dos direitos políticos como processo de transformação do poder soberano em poder representativo.” (Curso de Direito Constitucional Brasileiro)”.

“O prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho conceitua a cidadania (em sentido estrito) como “o status de nacional acrescido dos direitos políticos (stricto sensu), isto é, poder participar do processo governamental, sobretudo pelo voto”, pelo que conclui que “a nacionalidade - no Direito Brasileiro - é condição necessária mas não suficiente da cidadania”, acrescentando que a é um status ligado ao regime político. Assim, é correto incluir os direitos típicos do cidadão entre aqueles associados ao regime político, em particular entre os ligados à democracia”. (Curso de Direito Constitucional)”.

O conceito tradicional de cidadania, como a “qualidade de cidadão, isto é, daquele que está em pleno gozo de seus direitos civis e políticos outorgados ou assegurados pela Constituição de um Estado”⁴⁴, ou como o direito de votar e de ser votado, participando, assim, do processo político democrático, já não satisfaz por desatender à nova realidade mundial e aos novos anseios humanos.

O Estado-Nação se alarga para o Estado-Região e, em conseqüência, o cidadão já não é apenas o cidadão de um determinado Estado ou País, mas de uma região ou comunidade, como previsto na União Européia. No preâmbulo do tratado de Maastricht consta expressamente:

“Resolvidos a instituir uma cidadania comum aos nacionais dos seus países.”

Essa nova ordem mundial, de “jogadores globais” capazes de movimentar num dia normal, reservas monetárias da ordem de aproximadamente 1,5 trilhão de dólares, ou seja, o equivalente ao produto

⁴³ NÁUFEL, José. Novo Dicionário Jurídico Brasileiro. 9ª ed. , Rio de Janeiro, Forense, 1.997, p. 218.

⁴⁴ Náufel, op. cit. p. 218

interno bruto anual da Alemanha ou a quatro vezes a despesa mundial com petróleo⁴⁵, é preocupante e representa, sem dúvida, a mais grave ameaça à democracia já conhecida na história da humanidade.

O caminho dos direitos humanos pode alterar a substância do modelo descrito. Como, com rara perspicácia destaca ALBERTO NOGUEIRA⁴⁶: **“a mudança dar-se-ia apenas no conteúdo, que, no formato atual, consiste no primado do “dinheiro” sobre qualquer outro valor, incluindo-se o próprio homem, e substituí-lo por este. Como se vê, a proposta acima implica um verdadeiro “salto dialético” capaz de dar um sentido ético à globalização, tornando-a dessa forma instrumento a serviço do homem, e não o contrário.”**

IV. BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Martin de. Da igualdade. Introdução à jurisprudência. col. Eduardo Vera Cruz, Coimbra, Livraria Almeida, 1.993.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral dos procedimentos de exercício da cidadania perante a administração pública. Revista Ciências Sociais da Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 172-231, 1997.
- BARRETTO, Vicente. O conceito moderno de cidadania. Revista Ciências Sociais, da Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, Ano 1, n. 1, 1995, p. 157-167.
- BENEVIDES, Maria Victoria. A cidadania ativa, São Paulo, Ática, 1991.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro, Campus, 1992.
- Igualdade e liberdade. Rio de Janeiro, Ediouro, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 9ª ed, rev. atual. ampl. São Paulo, Malheiros Editores, 2.000.
- CARVALHO, José Murilo de. Desenvolvimento de la ciudadanía en Brasil. Fondo de cultura economica, México, 1995.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Manual do mandado de segurança. 3ª ed, ampl. atual. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.
- DWORKIN, Ronald. The rights of citizens. In taking rights seriously. Cambrigde (Massachusetts), Harvard. University Press, 1.978.

⁴⁵ MARTIN, Hans-Peter, SCHUMANN, Harald. A armadilha da globalização: o assalto à democracia e ao bem-estar social. São Paulo, Globo, 1999, p. 72 (in NOGUEIRA, Alberto. op. cit. p. 10).

⁴⁶ op. cit. p.239-240.

- FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 4 ed. , Porto Alegre, Globo, 1977.
- HABERMAS, Jurgen. Mudança estrutural da esfera pública. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984.
- HIRSCHMANN, Alfred. A retórica da intransigência. São Paulo, Companhia das Letras, 1992.
- JOAQUIM, Nelson. Cidadania no Brasil à luz dos direitos civis. Caderno científico do mestrado e doutorado em direito. Universidade Gama Filho, vol. 5, n. 2, Rio de Janeiro, 1997.
- MARSHALL, T. H. Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1967.
- MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 3ª ed., rev. atual. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1.999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos. São Paulo, Saraiva, 1.990.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito da participação política, Rio de Janeiro, Renovar, 1992.
- NÁUFEL, José. Novo dicionário jurídico brasileiro. 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1.997.
- NOGUEIRA, Alberto. Globalização, regionalizações e tributação. A nova matriz mundial. Rio de Janeiro, Renovar, 2.000.
- PACE, Alessandro. Problemática delle libertà costituzionali. lezioni. Parte speciale, 2ª ed., Pádova, CEDAM, 1.992.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. Rio de Janeiro, Malheiros Editores, 9 ed.
- SLAIBI FILHO, Nagib. Anotações à Constituição de 1988. Rio de Janeiro, Forense, 1.989.
- VIEIRA, José Ribas. A cidadania - sua complexidade teórica e o direito. Caderno científico do mestrado e doutorado em direito da Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, vol. 5, n. 2, novembro, 1997.

O FATO GERADOR DA TAXA SUPLEMENTAR DE SAÚDE

***Julieta Lídia Machado Cunha Lunz - Desembargadora
Federal do TRF da 2ª Região***

I - INTRODUÇÃO

Este pequeno estudo volta-se à verificação dos pressupostos legais para a exigência da taxa de saúde suplementar, instituída pela Lei 9961, de 20 de janeiro de 2000, em seu artigo 20, incisos I e II e o fundamento, suporte, alicerce ou pilar de fato (fato gerador) o poder de polícia fiscalizador da Agência Nacional de Saúde Suplementar, a saber:

“Art. 20. A Taxa de Saúde Suplementar será devida:

I - por plano de assistência à saúde, e seu valor será o produto da multiplicação de R\$ 2,00 (dois reais) pelo número médio de usuários de cada plano privado de assistência à saúde, deduzido o percentual total de descontos apurado em cada plano, de acordo com as Tabelas I e II do Anexo II desta Lei;

II - por registro de produto, registro de operadora, alteração de dados referente ao produto, alteração de dados referente à operadora, pedido de reajuste de contraprestação pecuniária, conforme os valores constantes da Tabela que constitui o Anexo III desta Lei.

§ 1º Para fins do cálculo do número médio de usuários de cada plano privado de assistência à saúde, previsto no inciso I deste artigo, não serão incluídos os maiores de sessenta anos.

§ 2º Para fins do inciso I deste artigo, a Taxa de Saúde Suplementar será devida anualmente e recolhida até o último dia útil do primeiro decêndio dos meses de março, junho, setembro e dezembro e de acordo com o disposto no regulamento da ANS.

§ 3º Para fins do inciso II deste artigo, a Taxa de Saúde Suplementar será devida quando da protocolização do requerimento e de acordo com o regulamento da ANS.

§ 4º Para fins do inciso II deste artigo, os casos de alteração de dados referentes ao produto ou à operadora que não produzam consequências para o consumidor ou o mercado de saúde

suplementar, conforme disposto em resolução da Diretoria Colegiada da ANS, poderão fazer jus a isenção ou redução da respectiva Taxa de Saúde Suplementar.”

II – A BASE LEGAL

Desdobra-se, pois, o tratamento legal do tributo questionado na Lei 9961/2000 e na Lei nº 9656/98 e no Código Tributário Nacional. Assim, o fato gerador da taxa suplementar de saúde é o efetivo exercício do poder de polícia. Enquanto a fiscalização das atividades que se ligam ou se vinculam à saúde, sua previdência e a seguridade suplementar, constitui atividade regular da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

A taxa de saúde suplementar tem vinculação ou base legal enquanto seu fato gerador é sediado no exercício regular do poder de polícia. Voltado o poder regulador à proteção dos contratantes dos planos de saúde suplementar e a regulação destes, e o poder de polícia à repressão ou prevenção de riscos ou danos à saúde do consumidor dos produtos e serviços gerados pelas entidades que se empenham nos serviços médico e hospitalar.

III – A COMPETÊNCIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE E A DISCRICIONARIEDADE

A competência da Agência Nacional de Saúde há de se conter nos limites legais,¹ sendo a discricionariedade para a fixação do valor da taxa, contida pela garantia constitucional que ampara o contribuinte e impõe à autoridade o devido processo legal de que trata o parágrafo único do artigo 78 do Código Tributário Nacional e o art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal de 1988. Com efeito o devido processo, corta as cepas do desvio de poder, contendo a autoridade exatora para que não proceda de forma arbitrária, em nome da discricionariedade. Às Agências reguladoras se reserva a

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Renovar, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2001 – pág. 168.

São limitações de *ordem interna*, as que submetem uma norma derivada, como o são as produzidas no exercício das modalidades de delegação, aos parâmetros formais e materiais definidos na norma delegante.

Os *parâmetros formais* estabelecerão limites procedimentais e temporais a serem observados pelas normas reguladoras produzidas pela Agência, não oferecendo maiores dificuldades para a determinação de sua violação.

São, contudo, os *parâmetros materiais*, que fixarão o conteúdo substantivo das normas reguladoras a serem baixadas pela Agência, o ponto mais problemático, importando, a sua eventual violação, na desvalidação da norma reguladora por *usurpação de poder*.

discrecionalidade técnica como motivo ou fundamento de validade das normas reguladoras. Assinala Diogo de Figueiredo que:

*“Para mover-se com segurança neste delicado campo do controle substantivo da norma delegada produzida pelas Agências reguladoras independentes, é necessário remontar ao próprio *rationale* de sua introdução no Direito Público contemporâneo que, em recordação, trata-se de subtrair as decisões cujo fundamento deva obedecer a regras técnico-científicas, da competência direta dos centros de decisão político-administrativa, que se pautam por juízes de oportunidade e de conveniência.*

Ao se estabelecer esta nítida clivagem entre a discrecionalidade político-administrativa, geralmente de amplo espectro de alternativas válidas, que devem ser avaliadas por políticos e burocratas, e a discrecionalidade técnica, geralmente comportando opções mais restritas e que devem ser consideradas à luz de regras científicas para que se determine a melhor escolha, está se ministrando não só o critério diferenciador entre os dois tipos de discrecionalidade como o próprio fundamento de validade das normas reguladoras que devem ser baixadas pelas agências reguladoras.

A discrecionalidade técnica, que tanto deve a Massimo Severo Giannini sua atual configuração na doutrina jusadministrativista, tem o mérito de por em evidência a importância da regra técnica na administração pública, levando o ilustre e venerando jurista a excluir a possibilidade de utilização de regras técnicas, que são a seu modo vinculantes não só da melhor como, e por tantas vezes, da única escolha possível, no âmbito da discrecionalidade administrativa.”

IV - DA TAXA SUPLEMENTAR DE SAÚDE E O SEU FATO GERADOR

Fato gerador – a taxa suplementar de saúde tem como fato gerador o poder de polícia contido na atividade da administração pública disciplinadora do interesse ou limitadora do direito individual para conciliá-lo ao interesse público vinculado à segurança e à incolumidade pública, à disciplina do mercado produtivo e consumidor no que pertine ao exercício das atividades econômicas concedidas ou permitidas, a teor do artigo 78 do Código Tributário Nacional, *verbis*:

“Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização

do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

O custo dispendido com a atividade reguladora caracteriza a taxa ou o preço do exercício do poder de polícia como verdadeiro pagamento por sua prestação, corresponde ao caráter sinalagmático² ou comutativo entre seu recolhimento e o efetivo exercício do poder regulador ou do poder de polícia.

E a característica sinalagmática da taxa³ importa na efetiva utilização do serviço ou, mais precisamente, da efetividade do poder de polícia. Disto decorre a obrigação de serem especificados em unidade de ações de intervenção e de individualizada vantagem ou utilidade ou de individualizada restrição, a ação do poder de polícia.

² COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. Editora Forense, 6ª edição, Rio de Janeiro, 2001 – pág. 534.

Na teoria das taxas duas aporias surgem: (a) a sua diferenciação dos preços públicos e (b) o seu caráter sinalagmático, em que pese a compulsoriedade de sua exigência. A Súmula nº 545 do STF estatui que: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daquelas são compulsórias e têm sua cobrança condicional à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”. A Súmula estava afinada com princípios da anualidade (lei anual orçamentária) e da legalidade (lei específica sob o ponto vista formal e material).

Prevalece a legalidade. No lugar da autorização orçamentária (anualidade) entra a anterioridade (anual), Lei que cria ou modifica taxa só entra em vigor, tem eficácia, no exercício que se seguir à lei instituidora ou modificadora, salvo se for para beneficiar (retroatividade benigna).

A questão do sinalagma aparentemente é obscurecida pela redação do art. 78, que cura do poder de polícia. Com efeito, duas matrizes decorrem do art. 77:

- a) a matriz do poder de polícia (o Estado age, ainda que não solicitado);
- b) a matriz dos serviços de utilidades usufruíveis pelos contribuintes (o Estado, em princípio, só age se solicitado).

Os serviços específicos e divisíveis, quais sejam, os mensuráveis e atribuíveis a *dado sujeito passivo*, podem decorrer do *poder de polícia* ou não, mas o fato jurígeno nas taxas é sempre *serviço público prestado* ou posto à *disposição do contribuinte*. Serviço público baseado no poder de polícia ou fundado em atividade outra do Estado (fornecimento de esgoto sanitário ou de água), só pode dar origem à cobrança de uma taxa se puder ser traduzido em unidades de medida (ainda que a *forfait*) e atribuído ao sujeito passivo. Noutras palavras, o fato jurígeno das taxas é uma *atuação do Estado relativa à pessoa do obrigado*, que a frui, por isso mesmo, em caráter pessoal, aí residindo o sinalagma. O fato jurígeno é *receber o contribuinte*, do Estado, *uma prestação estatal* sob a forma de serviço. A única valia da distinção entre taxas de polícia e taxas de serviço (estrito senso) está em tirar suporte para a cobrança de “taxa de polícia” em caráter potencial. O ato do poder de polícia existe ou não. Por outro lado, é admissível a cobrança de uma taxa de esgoto sanitário pela mera disponibilidade do equipamento de esgoto - posto à disposição do contribuinte. Aqui temos “taxa de serviço”, estrito senso, permitindo (se por lei a utilização do equipamento for considera obrigatória) a cobrança pela mera disponibilidade do serviço. O mesmo não se pode dizer de uma suposta “taxa de diplomacia” ou de “forças armadas”, porque estes serviços são insusceptíveis de divisão e, portanto, inviabilizam o sinalagma, ainda que potencial. Não há como medir e atribuir aos sujeitos passivos a vantagem, ou o detrimento (caso de uma vitória que obriga o dono do restaurante a manter limpa a cozinha, ainda que contra a sua irresponsável vontade).

A ação estatal esteve, no exemplo, baseada no poder de polícia. Em suma, o serviço deve ter como contraprestação individual a taxa. Aí o sinalagmático.

³ FALCÃO, Amílcar. Fato Gerador da Obrigação Tributária. Editora Forense, 6ª edição, Rio de Janeiro, 1999 – pág. 77.

É mister que o poder de polícia se concretize em ações regulamentares divisíveis e identificáveis por serem vinculadas separadamente, a teor do artigo 79 e seus incisos do Código Tributário Nacional, *verbis*:

“Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

I - utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas;

III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.”

Ocorre, pois, que a fiscalização preventiva das atividades dos operadores de planos privados de assistência à saúde e das operadoras de seguros privados e mesmo das empresas ou entidades mantenedoras de sistemas de assistência à saúde, tem eficácia e efeitos vinculatórios e gerais. Afasta-se o custeio individual quando o poder regulador e mesmo o poder de polícia importar na multiplicação da cobrança pela efetivação de um único ato fiscalizador ou regulador ou um só ato de polícia.

O devido processo tributário exige que seja observada a efetividade do poder de polícia e a específica destinação do fiscalizado. A extensão da atividade fiscalizadora ou do poder de polícia é arbitrária quanto multiplica a cobrança da taxa com base em ato único do poder de polícia.

Com efeito, o artigo 78 do Código Tributário Nacional, ao se referir à utilização compulsória do serviço, impondo ao contribuinte o respectivo pagamento da respectiva taxa, conjuga-se à extensão obrigatória da eficácia

In genere, distinguem-se os tributos, com base na natureza do respectivo fato gerador:

I – A contribuição de melhoria caracteriza-se por ter como fato gerador um aumento ou incremento de valor venal de propriedade imobiliária – uma valorização imobiliária, como se costuma dizer – decorrente de obra pública;

II – A taxa caracteriza-se pelo seu fato gerador, considerado seja objetivamente, seja subjetivamente ou pela sua atribuição ao sujeito passivo principal da obrigação tributária: a) objetivamente – o fato gerador é a utilização efetiva ou potencial de um serviço público divisível e mensurável; b) subjetivamente – o tributo somente há de ser devido por aqueles que efetiva ou potencialmente se utilizem do serviço divisível e mensurável de que se trate (as expressões divisível e mensurável *brevitatis causa* usadas no texto, em verdade referem-se à prestação do serviço, que pode ser de fato individualizada, e não propriamente ao serviço público, indivisível, genérico e impessoal por definição);

da fiscalização potencial e mesmo preventiva para a disciplina das atividades em lei enumeradas.

O fato gerador da taxa corresponde à prestação efetiva do poder de polícia, e esta prestação nos contratos de planos privados ou seguros privados de assistência à saúde, por serem contratos de seguro plúrimos,⁴ é meramente potencial e preventiva e portanto descaracterizadora do sinalagma ou da efetividade da contraprestação de que se reveste a taxa.

Com efeito, o poder de polícia pode ser potencial ou preventivo e nesta hipótese é sua efetividade inerente à ação positiva do poder regulador que atua e fiscaliza, impondo a sanção respectiva com base no descumprimento da ação regular de polícia preventiva. A cobrança compulsória em face à disponibilidade do serviço tem respaldo legal. O mesmo não se afirma quanto ao poder de polícia, vez que este importa em ação positiva que deve ser concreta para gerar o pagamento de seu custo.

Outrossim, quando o ato regulador não se puder cindir para atribuir a cada um dos sujeitos passivos o custo pelo exercício do poder de polícia, em tal ocorrendo dá-se, de igual forma, a ruptura do sinalagma caracterizador da taxa.

Ocorre, que no exercício do poder de polícia destinado à generalidade de sujeitos passivos este se reveste do caráter de poder preventivo, donde que a taxa ou custeio não pode ser exigida de *per se*. Para que os singulares destinatários do poder de polícia possam se beneficiar (ou se prejudicar) singularmente ou individualmente em face a determinada ação reguladora da atividade fiscalizada, há de se efetivar a respectivo ato consubstanciador do poder de polícia.

⁴ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XLV. Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1964 – pág. 287.

Pode ocorrer que na mesma apólice de seguro – aliás, na mesma oferta e na mesma aceitação – haja instrumentação de contrato com pluralidade de relações jurídicas assecurativas. Não se confunda isso com o *resseguro*.

Pode o contrato versar sobre seguros dos riscos de dois ou mais bens, ou de diferentes riscos a que se diz exposto o mesmo interessado, de cuja conexão resulta prêmio único (seguro à *forfait*), como é o caso dos seguros de toda a fazenda, com o seu gado, das mercadorias do armazém ou da loja, ou de todos os empregados da empresa. Todavia, se o seguro é do fundo de empresa, ou do seu ativo, não há seguro plúrimo, pois que se segura o patrimônio ou o seu ativo.

Plúrimo é o seguro de todos os membros da família, ou do casal, ou da vila, ou da aeronave, ou do contraente e dos empregados.

Na classificação da taxa enquanto contraprestação por serviço ou pelo exercício do poder de polícia a teor do artigo 78 do Código Tributário Nacional, assinala-se que tanto um quanto outra devem ser:

- a) efetivos e entregues ao contribuinte ou à sua disposição;
- b) potenciais enquanto compulsoriamente colocados à disposição do sujeito passivo, que pode dispensá-lo e não o pagamento de seu custo, qual seja a taxa;
- c) Específicos, desde que se possa separá-los autonomamente e não considerá-los globalmente;
- d) Finalmente, são divisíveis quando utilizados pelo contribuinte de *per se*.

Assim, qual perfeito sinalagma, se há de exigir o recolhimento da taxa em lei prevista, desde que efetivamente ocorra o ato do poder público, e que seja perceptível *uti singuli* e jamais em ação única mas de efeitos propagadores e pluralizados.

V – OS MEIOS DE ATUAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA

Com efeito, caracteriza-se o poder de polícia como o exercício do poder secundado pela administração como meio de atuação desta mesma administração sobre as atividades que se destinando à coletividade necessitam de regulação e fiscalização. Tem-se como objeto do poder de polícia a regulação de serviços, bens, contratos até mesmo das condições essenciais e vitais da coletividade. Tais objetivos interessam tanto à União, ao Estado e às Municipalidades, donde que o poder de polícia se distribui nas três esferas da Administração Pública.⁵

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Renovar, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2001 – pág. 180.

À medida em que a execução dos serviços públicos e outras atividades de competência dos Estados membros da Federação vão sendo transferidos para empresas privadas, estimula-se a instituição de agências reguladoras similares às estudadas.

Em geral há dois modelos: *agências multissetoriais*, com competência para regular e controlar *todos* os serviços públicos afetos ao Estado, e *agências setoriais*, com competência restrita a uma atividade específica ou a um grupo de entidades setoriais congêneres, como transportes, energia e recursos hídricos.

A mais antiga é a do Estado do Rio Grande do Sul, criada pela Lei Estadual nº 10.931, de 9 de janeiro de 1997, ACERGS – Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado do Rio Grande do Sul, de natureza multissetorial.

Segui-se a ASEP – Agência Reguladora de Serviços Públicos, no Estado do Rio de Janeiro, criada pela Lei Estadual nº 2.686, de 13 de fevereiro de 1997, também multissetorial, posteriormente substituída por duas novas agências setoriais: a AINFRA, para regular e controlar os serviços de energia e infraestrutura e a ATRANSPOR, para regular e controlar os transportes públicos rodoviários, ferroviários, metroviários e aquaviários.

Quanto aos meios de atuação há de ser reafirmado que o poder de polícia se reflete na efetiva prática de ato administrativo, subordinado à lei quanto aos requisitos essenciais que dizem com a competência, legalidade, motivação e destinação.

Desta forma a administração diretamente ou por delegação pratica ato administrativo com base na faculdade ou poder de polícia administrativa para regular e fiscalizar os bens, serviços e contratos celebrados pelos cidadãos, para que sejam compatíveis com as liberdades públicas asseguradas pelo próprio Estado a toda a coletividade.

A finalidade do poder de polícia se reflete na segurança preventiva e repressiva do interesse público que no exercício deste poder restringe, através de atos, as atividades particulares que se mostram anti-sociais.

A propósito a lição de Helly Lopes Meirelles:

“...

O que todos os publicistas assinalam uniformemente é a faculdade que tem a Administração Pública de ditar e executar medidas restritivas do direito individual em benefício do bem-estar da coletividade e da preservação do próprio Estado. Esse poder é inerente a toda Administração e se reparte entre todas as esferas administrativas da União, dos Estados e dos Municípios.

Essa conceituação doutrinária já passou para a nossa legislação valendo citar o Código Tributário Nacional, que, em texto amplo e explicativo, dispõe: “Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

(MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Malheiros Editores. 17ª edição – 1990)”

Assim, a ação do poder de polícia se faz presente em “atos positivos”, os quais como todo ato administrativo estão sujeitos à verificação de seus pressupostos nos quais se contém a ação positiva e não mera regulação ou fiscalização preventiva de bens, serviços e interesses particulares que venham a se refletir ou conflitar com a liberdade dos demais integrantes da coletividade.

VI – OS PLANOS E OS SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

A disciplina legal dos contratos celebrados pelas pessoas jurídicas de direito privados que tenham por objeto os planos ou seguros privados de assistência à saúde se depara na Lei 9656/98.

Ocupa-se a referida lei dos contratados planos e seguros classificam-se como:

- operadores de planos privados;
- operadores de seguros privados, inclusive as empresas gerenciadas por autogestão.

As entidades operadoras tem suas atividades reguladas no diploma legal mencionado, cujo dispositivos prevêm desde as condições de admissão dos contratantes às marcações de suas respectivas consultas, penalidades cominadas por infrações contratuais e outras matérias.

Já a Lei 9961/2000 ao dispor sobre a criação da Agência Nacional de Saúde no capítulo IV que trata “Do patrimônio, das receitas e da gestão financeira”, institui em seu art. 18 “a taxa de saúde suplementar cujo fato gerador é o exercício pela ANS do poder de polícia que lhe é legalmente atribuído”.

São os sujeitos passivos da questionada taxa as pessoas jurídicas que tenham por finalidade a assistência médico-hospitalar ou odontológica como produto, serviço ou contrato.

O recolhimento e o cálculo da taxa proceder-se-á consoante disposto no artigo 20, *verbis*:

“Art. 20. A Taxa de Saúde Suplementar será devida:

I - por plano de assistência à saúde, e seu valor será o produto da multiplicação de R\$ 2,00 (dois reais) pelo número médio de usuários de cada plano privado de assistência à saúde, deduzido o percentual total de descontos apurado em cada plano, de acordo com as Tabelas I e II do Anexo II desta Lei;

II - por registro de produto, registro de operadora, alteração de dados referente ao produto, alteração de dados referente à operadora, pedido de reajuste de contraprestação pecuniária, conforme os valores constantes da Tabela que constitui o Anexo III desta Lei.

§ 1º Para fins do cálculo do número médio de usuários de cada plano privado de assistência à saúde, previsto no inciso I deste artigo, não serão incluídos os maiores de sessenta anos.

§ 2º Para fins do inciso I deste artigo, a Taxa de Saúde Suplementar será devida anualmente e recolhida até o último dia útil do primeiro decêndio dos meses de março, junho, setembro e dezembro e de acordo com o disposto no regulamento da ANS.

§ 3º Para fins do inciso II deste artigo, a Taxa de Saúde Suplementar será devida quando da protocolização do requerimento e de acordo com o regulamento da ANS.

§ 4º Para fins do inciso II deste artigo, os casos de alteração de dados referentes ao produto ou à operadora que não produzam consequências para o consumidor ou o mercado de saúde suplementar, conforme disposto em resolução da Diretoria Colegiada da ANS, poderão fazer jus a isenção ou redução da respectiva Taxa de Saúde Suplementar.

§ 5º Até 31 de dezembro de 2000, os valores estabelecidos no Anexo III desta Lei sofrerão um desconto de 50% (cinquenta por cento).”

Do que antes foi explanado se infere que a taxa de saúde suplementar, foi instituída globalmente e tem como fato gerador os resultados globais das atividades exercidas pelas “pessoa jurídicas”.

“Art. 19. São sujeitos passivos da Taxa de Saúde Suplementar as pessoas jurídicas, condomínios ou consórcios constituídos sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa ou entidade de autogestão, que operem produto, serviço ou contrato com a finalidade de garantir a assistência à saúde visando a assistência médica, hospitalar ou odontológica.”

Indisfarçável que a instituição da taxa com base factual no exercício preventivo do poder de polícia, incidente em um universo indissociável de destinatários e calculada com base no poder de polícia incidente em cada um dos planos inviabiliza o exercício do fato gerador da taxa, qual seja o poder de polícia – enquanto ato positivo da Administração por carecer o fato gerador dos requisitos da efetividade; especificidade; e divisibilidade.

Por certo que a Constituição Federal em seu art. 145, II, prevê a taxa tendo como fato gerador o poder de polícia. Entretanto há de ser sublinhado que o exercício deste poder de polícia seja, tal como os serviços específicos e divisíveis prestados ou colocados à disposição do contribuinte e com base em dispositivo legal expresso.⁶

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Renovar, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2001 – págs. 164/165.

Assim, para situar, ao cabo dessa evolução e entre tantas variedades produzidas, o *tipo de delegação normativa* que vem sendo cometido às agências reguladoras brasileiras, para daí retirar-lhe as características e, depois, numa etapa posterior deste trabalho exploratório, definir-lhe os respectivos *limites jurídicos*, valemo-nos da classificação oferecida por Eduardo Garcia de Enterría ao propor como *espécies básicas de delegação legislativa* as seguintes técnicas: a *delegação receptícia*, a *remissão* e a *deslegalização*. A *delegação receptícia* consiste na transferência da função legislativa ao Poder Executivo para

Com efeito, no artigo 4º da Lei nº 9961/2000 se contém o elenco das trinta e oito atividades da Agência Nacional de Saúde Suplementar com a “finalidade institucional de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País”.

Assim, analisados os dispositivos acima, nota-se que a finalidade da defesa do interesse público na assistência suplementar e seu desenvolvimento é o pressuposto para o exercício das atividades da Agência Nacional de Saúde.⁷

Entretanto, malgrado a instituição destes requisitos, no elenco das competências enumeradas no artigo 4º da Lei nº 9961/2000, se destaca o inciso XXXVI por neste único se conter medida de caráter de contraprestação inerente a taxa, porém sem a especificação de sua efetividade em dispositivo de pouca clareza e muita redundância comprometedoras da efetividade da ação reguladora como do fato gerador da taxa.

produzir normas com força de lei, adscrita a um quadro delimitado e a um tempo determinado no ato de delegação. Seu exercício pelo delegatário esgota a consome a delegação, que não pode dela se valer para revogar ou mesmo modificar o texto promulgado, assumindo, o Poder Legislativo, como próprio, o conteúdo da norma delegada.

O Direito Constitucional brasileiro acolheu esta técnica no art. 59, IV, c/c art. 68, que trata da *leis delegadas*, prevendo suas condicionantes formais e materiais, e no art. 49, V, submetendo-as a um controle político do Congresso em caso de exorbitância dos limites da delegação, o chamado veto legislativo.

A *delegação remissiva*, ou simplesmente *remissão*, consiste na, assim dita, remessa pela lei a uma normatividade ulterior que deverá ser elaborada pela Administração, sem força de lei, igualmente dentro do quadro substantivo emoldurado pela própria lei remetente. Seu exercício pelo delegatário não esgota nem consome a delegação remissiva, que poderá ser por ele alterada ou revogada a qualquer tempo, ainda porque o Poder Legislativo não assume como próprio o conteúdo da norma delegada.

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Renovar, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2001 – págs. 167/168.

São limitações de *ordem externa* as mesmas que submetem qualquer ato normativo, legislativo ou não, a um determinado *sistema jurídico*, ou seja: a norma sob exame se deve conter e se harmonizar, respectivamente, com o Direito vigente *supraordinado* e com o *equiordinado*.

Isso significa que ao *direito supraordinado* não deve, a norma reguladora produzida pela agência autônoma, opor qualquer contraditoriedade, pois, por ser aquele de maior hierarquia, sempre prevalecerá, com prejuízo da validade da norma infraordinada que lhe for ilegalmente oposta, no caso, com *abuso de poder*.

Tampouco ao *direito equiordinado*, conformado pelas normas de igual hierarquia normativa, não pode a norma reguladora produzida pela agência autônoma opor-se, pois se cada uma dessas normas paralelas deriva sua validade de fundamentos legislativos distintos, todos presumidamente válidos, presume-se, também que devam harmonizar-se reciprocamente, sem *invasão de poder* de uma sobre a outra.

Neste contexto leciona Aliomar Baleeiro:

“

Assim taxas fundadas no “exercício regular do poder de polícia” devem ser entendidas, em primeiro lugar, aquelas com finalidade extrafiscal, como a de impedir ou restringir atividades que ameacem o interesse da comunidade. Em segundo lugar, as taxas para custear serviços com essa finalidade.

De qualquer modo, calcadas ou não no poder de polícia, taxas se devem revestir sempre do caráter de contraprestação inerente a essa espécie de tributos. Se adotar-se interpretação outra, malograr-se-ão todas as cautelas da Constituição, que estabeleceu e quer uma rígida discriminação de competências, tanto assim que, prevendo a reedição dos velhos abusos fiscais mascarados com o nome de taxas, preceituou proibição inequívoca no § 2º, do art. 18: “Para cobrança das taxas não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para a incidência dos impostos”. (Cfr. com art. 77, § único do CTN).

Poder de polícia é regularmente exercido quando a Administração dentro dos limites de sua competência, p. ex. exerce censura sobre filmes, teatros, diversões; controla pureza ou preços de alimentos; afere pesos e medidas; estabelece o zoneamento de atividades profissionais; restringe o abuso de ruídos, e causas de incômodo; submete à inspeção de segurança máquinas e veículos; exige licença para abertura de estabelecimentos comerciais, industriais, profissionais, edificações, loteamento de terrenos etc, etc.”

No que pertine à cobrança de taxa por reajuste de contraprestação, como previsto no inciso II do artigo 20 da Lei nº 9961/2000, devem de ser reiterados os argumentos enfatizados quanto à não correspondência da atuação do poder de polícia.

Com efeito, a exigência de taxa por pedido de reajuste de contraprestação, seu fato gerador não corresponde ao exercício do poder regulador ou poder de polícia, e sim inserem-se nas finalidades fins da Agência Nacional de Saúde. Invade a competência do órgão de defesa do consumidor, a verificação de eventual excesso de preços que venha a afetar o universo dos titulares dos planos de saúde. Donde que a falta de competência do órgão invalida a ação reguladora como fato gerador da taxa, que não se baseia em atividade regular da Agência e sim no poder de polícia que na competência da Agência Nacional de Saúde Suplementar se contém.

Por outro lado, a autorização de reajustes e revisões das prestações pecuniárias, prevista no inciso XVII do art. 4º, pelos parâmetros e diretrizes

fixados pelo Ministério da Saúde e da Fazenda, constitui ato de ofício da Agência em consonância com deliberações da Administração Direta.

Ainda neste contexto a Agência Nacional de Saúde Suplementar não deve exigir taxa por ato que não tenha correspondência com o poder de polícia. E aqui mais uma vez se aponta a não contraprestação seja de serviço, ou seja, do poder policial, o que afasta a cobrança da indigitada taxa.

Com relação à cobrança da taxa por registro de produtos enumerados no inciso I, § 1º, do art. 1º, da Lei nº 9656/98 qual seja “operadores de planos privados de assistência à saúde toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado, independente da forma jurídica de sua constituição, que ofereça tais planos mediante contraprestações pecuniárias, com atendimento em serviços próprios ou de terceiros”, tal exigência constitui norma em branco e indeterminada, invalidando a exação por não individualizar o destinatário do plano e se basear em ato negocial livre e não suscetível de registro para sua validade. Assim desde que não há previsão legal para o obrigatório registro de operadores de planos de saúde na A.N.S., não se pode exigir taxa com base em ato discricionário e sem a característica da discricionariedade técnica.

Contesta-se a indigitada cobrança por registro de operadoras de planos privados, por inexistência de justa causa para a exigência do registro dado que as exigências de registros contidas repetidamente no inciso II do artigo 20 da Lei nº 9961/2000 não se compreende no exercício regular do poder de polícia, e sim na atividade da própria Agência Nacional de Saúde.

A propósito o conceito de poder de polícia não se confunde com a regulação de atividades para que não ocorra malversação de finalidade das operadoras, cujo registro se exige no Registro Civil de Pessoas Jurídicas ou mesmo na Junta Comercial, consoante a Lei nº 5471/71.

Outrossim, a indeterminação da cobrança da taxa do inciso II, do art. 20 é de tal quilate que o § 4º daquele mesmo artigo preceitua que:

“Art. 20. A Taxa de Saúde Suplementar será devida:

.....

§ 4º Para fins do inciso II deste artigo, os casos de alteração de dados referentes ao produto ou à operadora que não produzam consequências para o consumidor ou o mercado de saúde suplementar, conforme disposto em resolução da Diretoria Colegiada da ANS, poderão fazer jus a isenção ou redução da respectiva Taxa de Saúde Suplementar.”

Nota-se que a lei que institui a estrutura da Agência Nacional de Saúde e as suas atividades, a Lei nº 9961/2000 não pode gerar a cobrança imediata de taxa, com base no específico exercício do poder de polícia.

A Lei nº 9961/2000 criou a Agência Nacional de Saúde complementar, e no mesmo ato e momento lhe concedeu o poder de polícia. E no mesmo ato e momento passou à exigência da taxa indiscriminadamente aos operadores de planos privados de assistência à saúde.

Assim, não se trata de aplicação imediata ou eficácia imediata da Lei nº 9961/2000 e sim de retroatividade e extra-eficácia da lei, dado que publicada no mesmo ano, e quando sequer dispunha de quadro de pessoal legalmente investido, já instituía e exigia a taxa por fictício poder de polícia.

Nota-se, pois, que a exigência de taxas, criadas sob o calor de debates no Congresso Nacional, já no mesmo ano se impunha. E há de se gizar que sequer dispunha de estrutura material, e a A.N.S. já exigia a contraprestação pelo exercício do poder de polícia sem que seus agentes tenham sequer sido investidos.

Tais considerações servem para reiterar a certeza quanto a que não havendo o efetivo exercício do poder de polícia, não se há de cogitar de exigência ou cobrança de taxa pela contraprestação do serviço público consistente no poder regulador e nas atividades inerentes à própria natureza da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Não incide a taxa sobre a prática de atos de ofício inespecífico e que não refletem o poder de polícia.

VII - CONCLUSÃO

A primeira e fundamental atividade das Agências Reguladoras é de regulação do setor abrangido em sua competência e a fiscalização econômico-financeira dos custos dos serviços, produtos e contratos exercidos pelas concessionárias ou permissionárias, controlando, pois, as tarifas cobradas pelas empresas que se dedicam à assistência suplementar de serviços médicos e hospitalares.

Tal finalidade tem em vista não apenas a regulação do mercado consumidor, quanto à contenção da especulação de preços e a qualidade dos produtos, serviços e contratos ofertados ao público, para afastar a exploração desmedida, que tanto se inclui em preços exorbitantes, quanto em serviços ou produtos de baixo ou nenhum valor, até porque já existente a Agência Nacional de Vigilância Sanitária para a fiscalização das condições respectivas, como ressalta Diogo Figueiredo.⁸

⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Renovar, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2001 – pág. 177.

A Medida Provisória nº 1.791, de 30 de dezembro de 1998, publicada a fls. 2 e ss., do nº 251, da edição de 31 de dezembro de 1998, do Diário Oficial da União, “*Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências.*”

Especificamente, no que toca à *Agência Nacional de Vigilância Sanitária*, sua criação e competência são objeto do Capítulo II que, em síntese, atribui-lhe personalidade jurídica de *autarquia especial*

Afasta a atividade reguladora o preço exorbitante e o preço vil das tarifas, e isto com a finalidade de proteção ao consumidor, de serviços, produtos e contratos que antes eram exercitados pelo Estado, e que passaram à suplementação por entidades privadas.

A extensão e planificação dos serviços, contratos e produtos tem por finalidade garantir o atendimento de serviços, produtos e contratos, que já o Estado não pode suprir, mas que são indispensáveis ao consumidor.

Acentua-se, pois, a finalidade de ampliar o atendimento de produtos e serviços essenciais a um espectro cada vez mais abrangente de consumidores, com o que se regula o mercado e afasta a carência de produtos, serviços e contratos essenciais.

Da ampliação do universo de consumidores decorre o incremento da competitividade, afastando-se o monopólio de poucos que geram a desigualdade do atendimento ao consumidor de produtos, serviços e contratos em áreas de bens essenciais. Já a fiscalização se encontra inserida em cada uma dessas finalidades, e tem por escopo cada uma das atividades antes elencadas.

E as atividades da Agência de Saúde complementar são elencadas no rol de sua competência, a teor do art. 4º, da Lei nº 9961/2000 e há de se gizar que tais atividades fins, não se devem confundir com o poder de polícia, para gerar a cobrança da taxa ou tarifa por serviços prestados.

Com efeito, a questão da Agência reguladora merece seja abordado em seus diversos desdobramentos dentre os quais se compreende a competência, a finalidade, e principal a origem das Agências reguladoras, para que compreendendo-a desde o nascimento à finalidade se logre esgrimir e separar em cada uma de suas competências, aquela que realmente se insere no exercício do poder de polícia.

Suficiente para a solução deste dissídio a separação entre a finalidade da Agência, seu aspecto regulador e o poder de polícia. Sendo este último exercido através de atos individualizados e sensíveis, para assegurar não a finalidade que é regulação do mercado de serviços, produtos e contratos de prestação da assistência médico-hospitalar suplementar e sim a limitação da atividade empresarial para compatibilizá-la com o interesse público.

(art. 3º), conferindo-lhe “*independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira*” (art. 3º, parágrafo único).

Quanto à competência da nova Agência, ela vem definida sob três critérios cumulativos: 1º) – quanto à finalidade que lhe é adstrita; 2º) – quanto às atividades que lhe cabe desenvolver; e 3º) – quanto ao âmbito de sua atuação.

Assim, não é fato gerador de taxa, o ato próprio e de ofício de uma Agência reguladora, vez que a titularidade da Agência Reguladora não é suficiente para classificar como ação de poder de polícia, os atos de sua constituição, e mesmo aqueles tendentes a seu financiamento ou “constituição de seu patrimônio, receita e gestão financeira”. Embora necessários à efetivação do poder de polícia, não se identificam como tal, para o fim de legitimar a cobrança da taxa de que tratam os incisos I e II, do art. 20, da Lei nº 9961/2000.

Rio de Janeiro - 2002

VIII – BIBLIOGRAFIA

- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FALCÃO, Amílcar. *Fato Gerador da Obrigação Tributária*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XLV*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

REENVIO PREJUDICIAL: ELO ENTRE O JUIZ COMUNITÁRIO E O JUIZ NACIONAL

***Tania de Melo Bastos Heine - Desembargadora Federal
do TRF da 2ª Região***

I - INTRODUÇÃO

Os processos de integração regional têm especificidades, conforme o caminho que os países pretendam trilhar e as fases em que se encontram.

A integração, para Bela Balassa tem um duplo aspecto: como processo, significa o conjunto de medidas destinadas a abolir discriminações econômicas entre os Estados, e, como situação, significa a ausência de discriminação entre as economias nacionais.

A classificação das diversas etapas nos processos de integração feitas por esse autor, tem sido amplamente citada, distinguindo, também, os processos de cooperação, caracterizados pela diminuição das barreiras comerciais entre os Estados, dos processos de integração, onde o objetivo é suprimi-las.¹

Ultrapassada a etapa da área de tarifas preferenciais, ou de associações de cooperação, onde se busca a coordenação das políticas econômicas e a redução parcial das tarifas alfandegárias, alcança-se a etapa da zona de livre comércio. Nessa fase são abolidas barreiras e restrições quantitativas ou aduaneiras, com o livre trânsito de mercadorias entre os países que integram o grupo.

O passo seguinte é a união aduaneira, caracterizada pela tarifa exterior comum em relação a terceiros, “eliminando os complexos problemas nas definições das regras de origem, assim conceituadas como critérios para que se permita identificar se a produção pode ser considerada de determinado

¹ BALASSA, Bela. *Theory of economic integration*. London: George Allen & Unwin, 1961.

país, de acordo com os percentuais de matéria prima, mão de obra etc.”² Esta é a etapa prevista para o MERCOSUL, que ainda se encontra numa “união aduaneira incompleta”. Na União Européia essa fase foi implantada em 01 de julho de 1968, pela decisão do Conselho nº 66/532.

A seguir ingressa-se no mercado comum, objetivo final do MERCOSUL, como previsto no Tratado de Assunção. Sua característica é a livre circulação de fatores de produção, assim considerados pessoas, serviços, bens e capitais, com a eliminação das fronteiras físicas, técnicas e fiscais. Na busca de tais objetivos torna-se imperioso um conjunto de normas supranacionais de aplicação direta e outras que visam a harmonização das legislações nacionais, além de instituições supranacionais das quais emanem essas normas e órgãos que as façam cumprir, dirimindo conflitos de interesses e uniformizando a interpretação dos Tratados.

Paulo de Pitta e Cunha distingue o mercado comum do mercado interno, considerando que este se caracteriza pela livre circulação de cidadãos, como tais, e não como agentes econômicos.³

A etapa final do processo de integração é a união econômica e monetária, com adoção de política monetária unificada, bem como a adoção de um padrão monetário comum, fase alcançada pela União Européia com o euro, que vem demonstrando ser uma moeda forte capaz de competir com o dólar norte americano.

A União Européia afetou a noção clássica de Estado Nação e de soberania indivisível, intransferível e absoluta legada pela doutrina clássica. A idéia de uma Constituição supranacional está provocando os maiores debates entre constitucionalistas que estão assistindo ao surgimento de novas teses doutrinárias opostas ao que sempre defenderam, em inúmeros livros publicados.

A União Européia dispõe de quadro institucional próprio, com raízes nas três comunidades: a **Comunidade Européia do Carvão e do Aço**, criada em 1951, a **Comunidade Econômica Européia**, criada em 1957 com o Tratado de Roma e que passou a se chamar simplesmente Comunidade Européia, após o Tratado de Maastricht, e a **Comunidade Européia da Energia Atômica**, também criada em 1957, consideradas os três pilares em que se assenta a União Européia.

² PAES, João da Motta. Mercosul: das negociações à implantação. In: PALMA, Maria João, ALMEIDA, Luís Duarte d'. *Direito Comunitário*. 2. ed. Lisboa: Fac. de Direito, 2000. p. 445.

³ CUNHA, Paulo de Pitta e. A união monetária e suas implicações. In: _____. *A União Européia*. Coimbra: Fac. de Direito, 1994. p. 48.

O Tribunal de Justiça e o Parlamento Europeu são órgãos comuns às três Comunidades, a partir do primeiro Tratado de Fusão, em 1957. Com o segundo Tratado de Fusão, em 1965, o mesmo ocorreu com a Comissão e o Conselho.

Maria João Palma salienta que “esta fusão orgânica não implicou uma identidade ao nível das competências: os órgãos, sendo comuns, exercem as suas competências nos termos dos respectivos Tratados”.⁴

II – DIREITO COMUNITÁRIO

O Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça de Primeira Instância têm sede em Luxemburgo.

A função precípua do Tribunal de Justiça é a interpretação autêntica dos Tratados, atuando como um Tribunal Constitucional. Exerce o controle da legalidade dos atos, jurisdição cível, laboral e, segundo parte da doutrina, também a quase penal. Sua atuação é primordial para permitir que o Direito Comunitário seja aplicado independentemente de considerações políticas, de maneira uniforme, dirimindo controvérsias entre Estados Membros que compõem a União Européia, bem como entre os seus órgãos.

O Tribunal de Justiça é composto por Juízes, cidadãos dos Estados Membros, de notório saber jurídico e reputação ilibada, cumprindo mandatos pré-estabelecidos, assistidos por Advogados Gerais, que atuam como Ministério Público. As decisões são publicadas nas línguas oficiais, cabendo ao Autor escolher a língua a ser adotada durante o julgamento.

Com a expansão da demanda, pela decisão do Conselho nº 88/591, foi criado o Tribunal de Justiça de Primeira Instância, que começou a funcionar em novembro de 1989. Posteriormente, por decisão do Conselho de 08 de junho de 1993, sua competência foi ampliada.

Esse Tribunal tem competência mais restrita, julgando ações propostas por particulares, visando desafogar o Tribunal de Justiça.

A diversidade de terminologia e o fato de coexistirem países da *Common Law* com países da *Civil Law* não tem sido obstáculo ao funcionamento desses Tribunais.

III – REENVIO PREJUDICIAL

Os Tribunais dos Países Membros também funcionam como primeira instância do Direito Comunitário, nos casos em que uma ação neles proposta,

⁴ PALMA, Maria João, ALMEIDA, Luís Duarte d'. *Direito Comunitário*. Lisboa: Fac. de Direito, 2000. p. 72.

por um particular, invoque uma norma comunitária que lhe provocou uma lesão. O Tribunal Nacional, se assim entender necessário, suspende o processo e envia ao Tribunal de Justiça da União Européia a consulta sobre a correta interpretação daquela norma, através do denominado reenvio prejudicial.

A questão prejudicial é uma via indireta de controle da aplicação do Direito Comunitário, como dito anteriormente, suscitada pelo Juiz ou Tribunal Nacional de um Estado Membro, nos casos em que se invoca uma questão comunitária controvertida. A medida é provocada de ofício, fundamentadamente, constituindo um procedimento interlocutório, qualquer que seja o tipo ou a natureza da questão posta em litígio.

Alguns critérios foram estabelecidos para se qualificar o órgão como jurisdicional, diante de diferentes ordenamentos jurídicos dos países membros da Comunidade. Devem ser verificadas a sua origem legal, seu caráter permanente, a jurisdição obrigatória, a existência de contraditório e a aplicação da regra de Direito, aí não se incluindo o conceito de equidade.

A qualificação de órgão jurisdicional nacional apto a encaminhar a questão prejudicial foi se ampliando, a partir do Processo 61/65.⁵ Nesse caso o reenvio foi encaminhado por um organismo holandês de seguridade social dos mineiros, tendo o Advogado Geral Gand se manifestado no sentido de que:

“mesmo que a organização jurisdicional e administrativa dos Estados membros resulte de princípios comuns, no seu conjunto ela foi influenciada por contingências históricas ou por concepções jurídicas distintas. Deste modo, pode acontecer que as necessidades de interpretação e de aplicação uniformes do Tratado conduzam o Tribunal a reconhecer a qualidade de jurisdição, com base no artigo 177, a um órgão ao qual a lei interna não atribui expressamente esse caráter.”

A decisão da relevância é exclusivamente do Juiz nacional, sendo irrecorrível a nível comunitário, para preservar a independência do Poder Judiciário do Estado Membro.

No acórdão Hoffmann Laroche⁶ o TJCE afirmou que a razão de ser da obrigatoriedade do reenvio tem em vista a prevenção do aparecimento, em qualquer Estado Membro, de jurisprudência contrária ao direito comunitário.

⁵ Processo 61/65, Vaassen Gobbels, Col. 1966, p. 378 e como paradigma também o processo 138/80 Borker, Col. 1980, p. 1975.

⁶ Acórdão de 24 de maio de 1977, p. 107/76, Rec 1977, p. 957

Também no acórdão CILFIT⁷ o TJCE afirmou que o objetivo fundamental da obrigatoriedade do reenvio é a prevenção do estabelecimento de divergências jurisprudenciais na Comunidade em relação a questões de Direito Comunitário.

Cada vez mais o TJCE vem firmando sua jurisprudência no sentido de que não é órgão meramente consultivo, daí a necessidade de fundamentação, evitando-se consultas genéricas ou hipotéticas.

As questões suscitadas podem ser apreciadas integralmente, reformuladas pelo Tribunal Comunitário ou decididas parcialmente, caso alguns aspectos sejam considerados irrelevantes. No acórdão Costa c. ENEL, decidiu o TJCE que, por não responder a qualquer questão colocada pelo Tribunal de reenvio, não deverá se entender como uma referência incidental, que não traduziria a sua posição sobre o assunto.

Apreciada pelo Tribunal de Justiça, essa decisão vincula o Juiz nacional, não se classificando essa obrigatoriedade como interferência no processo e na livre apreciação dos fatos e do direito pelo juiz, já que dele partiu a iniciativa para que a matéria fosse levada ao conhecimento do Tribunal Comunitário, visando que soluções díspares pudessem ser tomadas em casos semelhantes por outros Estados. Não existe, portanto, hierarquia entre o TJCE e o Tribunal Nacional.

A competência para apreciação do reenvio prejudicial, consoante o art. 234 do Tratado, é exclusivamente do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia (segunda instância), interpretando o Tratado e Atos derivados ou apreciando a validade dos atos das instituições comunitárias *stricto sensu* e Organismos criados no âmbito da Comunidade.

Esse artigo tem suscitado dúvidas na doutrina, pois se refere a decisões que não sejam suscetíveis de recurso judicial no direito interno.

Alguns entendem que somente os Tribunais Superiores poderiam utilizar o reenvio prejudicial, como João Mota de Campos.⁸ Entretanto, a questão não é pacífica, pois, especialmente no sistema da *Common Law*, a assertiva é bem mais questionável do que no sistema jurídico romano-germânico.

Outra parte da doutrina, entretanto, sustenta que o reenvio prejudicial pode ser suscitado em qualquer grau de jurisdição que, no caso concreto, se pronuncie em última instância.

⁷ Acórdão de 06 de outubro de 1982, p. 283/81, Rec 1982, p. 3415

⁸ MOTA DE CAMPOS, João, *Direito Comunitário*, Volume II, *O ordenamento Jurídico*, 4ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1994, p. 456 e sgs.

Afirma José Luis Caramelo Gomes⁹ que:

“no que respeita à afirmação produzida pelo TJCE em Costa c. ENEL, estamos perante a única alguma vez produzida pelo Tribunal sobre esta matéria e trata-se de uma afirmação extremamente clara: a obrigação de reenvio estabelecida pelo art. 234 CE impõe-se às jurisdições nacionais cujas decisões são, comme en l'espèce, sem recurso. Assim sendo, parece-nos razoável afirmar que, num texto jurídico fundamental como o acórdão Costa c. ENEL, em que as questões discutidas eram questões de princípio extremamente controversas, dificilmente o Tribunal de Justiça se permitiria produzir uma afirmação incidental, tanto mais que o seu conteúdo importa uma afirmação de princípio na interpretação de uma norma do Tratado tão importante como o artigo 234 CE”.

Seguindo essa mesma linha de interpretação podemos citar, entre outros, Louis J. V. Vandersanden, G. Waelbroeck M., *Commentaire Megret*, “Le Droit de la CEE”, vol. X, “La Cour de Justice, Les actes des institutions”, 2ª edição, Collection Études Européennes, Université de Bruxelles, 1993, p. 232; Barav, Ami, “La Fonction Communautaire du Juge national”, thèse, Universidade de Estrasbourg, 1983 e Kovar, Robert, “Recours préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité”, JCL Europe, Fasc. 360.

Segundo Caramelo Gomes¹⁰, apesar de não se estabelecer “qualquer diferença no poder/dever de reenviar quando estejamos perante um reenvio prejudicial interpretativo ou um reenvio prejudicial em apreciação de validade”, a interpretação do TJCE estabelece significativas diferenças. “Se, no caso do reenvio prejudicial interpretativo a jurisprudência do TJCE aponta no sentido, mais hipotético do que efectivo, de alargamento dos poderes do juiz nacional, é certo que, no reenvio em apreciação de validade a postura é precisamente oposta”.

Menciona o acórdão Foto Frost¹¹ “que considerou que o poder das jurisdições nacionais, no que respeita à apreciação de validade do ato comunitário se limita à constatação da validade”. Se considerar que o ato é inválido deverá colocar a questão prejudicial para ser apreciada pelo TJCE, que reservou para si essa competência.

Outra questão que surge é na hipótese da jurisdição nacional se recusar a aplicar o Direito Comunitário. Pode o Juiz nacional entender que o Direito

⁹ CAMELO GOMES, José Luis, *O Juiz Nacional e o Direito Comunitário*. Editora Almedina, Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - 2003, p. 156.

¹⁰ CAMELO GOMES, José Luis, *op. cit.*, p. 161

¹¹ *Foto Frost*, acórdão de 22 de Outubro de 1987, 314/85, Rec 1987, p. 4199.

Comunitário invocado não é relevante para a solução do litígio e, conseqüentemente, não é a hipótese do reenvio prejudicial. Caso essa decisão não esteja correta, segundo vários doutrinadores, tal fato configura violação do Direito Comunitário, por parte de um órgão do Estado e se insere na hipótese da Ação por Incumprimento. Trata-se de ação cuja legitimidade ativa é da Comissão¹² ou de um Estado Membro. Na prática, porém, a questão passa primeiro pela Comissão, que poderá tomar alguma iniciativa, se considerar relevante a matéria. Em caso contrário, dificilmente ela irá prosperar.

Paulo J. Canelas de Castro, analisando esse instituto, afirma que:

“Do juiz do Luxemburgo se espera que se não deixe seduzir pela tentação de uma superioridade que seria ilusória, porque não reconhecida e até potenciadora de reacções de isolamento e de rebeldia que poderiam pôr em causa o seu próprio fundamento de legitimidade. A este propósito poder-se-ia, aliás, relembrar a lição histórica de Weber, segundo a qual a legitimação se funda, em ‘doses’ variáveis, em três factores: a razão, a tradição e o carisma. Dir-se-á que mal vai a instituição jurisdicional comunitária se aqueles que a compõem julgam que é o terceiro factor que tem o maior peso.

Mas, do seu lado, os juízes nacionais também têm que fazer um esforço próprio. A colaboração supõe igualdade, ela é mesmo exigível da perspectiva dos juízes nacionais, mas a igualdade também é um bem passível de ser conquistado. Os juízes nacionais deveriam para tanto fazer um esforço próprio de compreensão (das dificuldades e razões) do seu interlocutor, aprofundando em geral o seu conhecimento de um direito comunitário que os particulares que perante si aparecem já de há muito sabem constituir uma dimensão fundamental do ordenamento jurídico em que se movem e, nomeadamente, atentando nos critérios ou requisitos do reenvio formulados na jurisprudência do TJCE e integrando-os efectivamente na sua prática processual dos reenvios prejudiciais.

Parece possível esperar que, se ambos souberem assumir estas responsabilidades, também o valioso património histórico já

¹² A Comissão exerce funções distintas. A primeira delas é a iniciativa legislativa, de ofício ou a pedido do Parlamento Europeu (art. 192 do Tratado) ou do Conselho (art. 208 do Tratado). A segunda é ser a “guardiã dos Tratados”, pois, violado o Direito Comunitário por um Estado membro, tem legitimidade ativa para propor ação por incumprimento (art. 226 do Tratado) se a violação partiu de outro órgão, pode propor recurso de anulação (art. 230) ou recurso por omissão (art. 232) ou, se a violação tiver partido de um particular, pode, em certos casos, até aplicar sanções. A terceira é gerir e executar as políticas da União e as relações comerciais internacionais, pois o Conselho delega à Comissão a execução das normas que adota, além de ter poderes para executar o orçamento comunitário e gerir as cláusulas de salvaguarda.

constituído pelo mecanismo do reenvio prejudicial, ainda mais se venha a enriquecer, o que, com certeza, não deixará de redundar no benefício dessa outra história de sucesso que o direito comunitário tem sido e, sobretudo, do Homem europeu, a sua primeira e última razão de ser”.¹³

O reenvio prejudicial é considerado como o mecanismo primordial para que o Direito Comunitário seja aplicado uniformemente, com o seu conseqüente fortalecimento, respeitadas a autonomia e independência dos juízes nacionais.

¹³ CASTRO, Paulo Jorge Canelas de. O Reenvio prejudicial: um mecanismo de integração através da cooperação de juízes. *Revista Temas de Integração*, Coimbra, p. 153.

O JUIZ DE ONTEM, DE HOJE E DE AMANHÃ: FUNÇÃO E PAPÉIS¹

**Alberto Nogueira - Desembargador Federal do TRF da
2ª Região**

Minhas primeiras palavras são aquelas que vocês já ouviram, não sei de que maneira, no próprio processo seletivo, “de boa sorte, que tudo corra bem”, mas neste momento vocês já fazem parte de uma fauna diferente, da família judicial.

Ontem eu falei para um Congresso Internacional em que envolvia função do Juiz, Direitos Humanos, e com Juízes especialistas dessa área, de Tribunais Internacionais. Eles acharam muito interessante, que era uma novidade, que realmente é uma parte que nós estamos tentando estudar. Então, em dez ou quinze minutos vocês vão estranhar porque eu deveria estar falando que vocês vão ser muito felizes, que o Judiciário é uma coisa fantástica, mas não vai ser exatamente assim.

Estou me lembrando que praticamente estamos em 1998, quase 1999, muito pertinho. Em outubro de 1979, portanto, praticamente há vinte anos, eu estava em uma situação exatamente igual a dos meus ilustres Colegas, tomando posse no cargo de Juiz Federal, em Brasília, e ouvindo as palavras do hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ministro JOSÉ NERY DA SILVEIRA.

Vou procurar fazer uma comparação, porque tenho a impressão de que é muito importante, nesse historicismo judicial, o velho falando para o novo, e depois vocês falarão, quem sabe daqui a dez, quinze, vinte, trinta anos após.

O Dr. JOSÉ NERY DA SILVEIRA, uma pessoa profunda, de grande reflexão, chamou atenção para o seguinte fato: um Juiz Federal - isso no tempo do regime militar severíssimo - tinha uma função muito complicada, muito delicada, que era a de fazer a Judicatura num conflito em que entrava um estado de exceção para uma cidadania. Portanto, praticamente numa visão quase que divinatória ou premonitória dos tempos que estamos agora acompanhando.

¹ Texto publicado, em nova versão, no livro intitulado *Viagem ao Direito do Terceiro Milênio* (NOGUEIRA, Alberto. *Viagem ao direito do terceiro milênio: justiça, globalização, direitos humanos e tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 65-75).

Ele disse: “não é um Juiz no sentido estrito da expressão”. Então, agora, eu abro um parênteses para os vinte anos. Não vou falar do que fiz, do que vi fazer para meus Colegas, enfim, há uma literatura enorme sobre o que é o Juiz, o Judiciário, a Judicatura. Eu faço uma separação muito simplificada agora entre o Juiz e o papel do Juiz.

O Juiz, em qualquer época, em qualquer tempo, em qualquer lugar, ele sempre teve a mesma função - e vocês sabem qual é - que é a de julgar. Isso não muda, e tem a ver com um compromisso, com o sentimento, com o *feeling* da Justiça. É quase divino. Talvez, mais do que divino, porque os deuses, sendo deuses, têm mais facilidade, e nós que estamos aqui abaixo do Olimpo, não sendo deuses, fazer como deuses, é realmente um pouco mais difícil, mas esse é o compromisso.

Sob outro aspecto, que é não o da função - e eu chamo atenção para isso, porque o Ministro JOSÉ NERY DA SILVEIRA, sem falar explicitamente nisso, me plantou a semente - é o do papel do Juiz, o Juiz de cada tempo, de cada lugar, de cada circunstância. Então, que papel é esse?

Na época, ele se preocupava com o papel em face do regime militar. Hoje, nós estamos diante dos Direitos Humanos. A Justiça Federal, no Brasil, quando se implantou desde 1890², e depois por um ato cassatório implícito

² Com o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal. A Exposição de Motivos, subscrita pelo então Ministro Campos Salles, está assim redigida:

“ ACTOS DO PODER EXECUTIVO

Exposição de Motivos do Decreto nº 848 de 11. 10. 1890

GENERALISSIMO.

Cabendo ao ministerio que me foi confiado a importante tarefa de organizar um dos poderes da União, e consultando os grandes interesses confiados à suprema direcção do Governo Provisorio, pareceu-me necessário submeter desde já à vossa aprovação e assignatura o decreto que institue a Justiça Federal, de conformidade com o disposto na Constituição da Republica.

A proximidade da instalação do Congresso constituinte, que poderia parecer em outras circumstancias um plausivel motivo de adiamento, afim de que lhe fosse submettido o exame de uma questão de tal magnitude, torna-se, entretanto, nesta situação, que é profundamente anormal, uma poderosa razão de urgencia a aconselhar a adopção desta medida.

O principal, sinão o unico intuito do Congresso na sua primeira reunião, consiste sem duvida em collocar o poder publico dentro da legalidade. Mas esta missão ficaria certamente incompleta si, adoptando a Constituição e elegendo os depositarios do poder executivo, não estivesse todavia previamente organizada a Justiça Federal, pois que só assim poderão ficar a um tempo e em definitiva constituídos os tres principaes órgãos da soberania nacional. Trata-se, portanto, com este acto, de adoptar o processo mais rapido para a execução do programma do Governo Provisorio no seu ponto culminante - a terminação do periodo dictatorial.

Mas, o que principalmente deve caracterisar a necessidade da immediata organização da Justiça Federal é o papel de alta preponderancia que ella se destina a representar, como órgão do um poder, no corpo social.

Não se trata de tribunaes ordinarios de justiça, com uma jurisdicção pura e simplesmente restricta à applicação das leis nas multiplas relações do direito privado. A magistratura que agora se instala no paiz, graças ao regimen republicano, não é um instrumento cego ou mero interprete na execução dos actos do poder legislativo. Antes de applicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sancção, si ella lhe parecer conforme ou contraria à lei organica.

da Constituição de 1937 ela foi esquecida, ela retornou por força - como vocês todos sabem - do próprio AI-2, e em razão disso é que foi recriada e reinstalada a Justiça Federal, mas, enfim, é sobre esse papel.

Não estou falando de Juiz, como função. Qualquer juiz, desempenhando esses vários papéis - no momento, os Direitos Individuais no Estado burguês - de assegurar a propriedade, a fruição, muito legítima de todos esses Direitos, a integridade física, os direitos plenos, a igualdade, enfim, toda essa beleza que nos veio notadamente com a Revolução Inglesa, com a Revolução Francesa, e todas as outras as Revoluções que ocorreram dentro deste entorno; porém, os tempos se tocaram muito rápidos.

Por exemplo, na obra de NORBERTO BOBBIO, que é uma obra que se multiplica e se transforma com uma rapidez imensa, talvez maior do que

O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sabio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar si ellas são conformes ou não à constituição, e neste ultimo caso cabe-lhe declarar que ellas são nullas e sem effeito. Por este engenhoso mechanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a collocar-se na absurda situação de juiz em sua propria causa.

É a vontade absoluta das assembléias legislativas que se extingue, nas sociedades modernas, como se hão extinguindo as doutrinas do arbitrio soberano do poder executivo.

A função do liberalismo no passado, diz um eminente pensador inglez, foi oppor um limite ao poder violento dos reis; o dever do liberalismo na época actual é oppor um limite ao poder illimitado dos parlamentos.

Essa missão historica incumbe, sem duvida, ao poder judiciario, tal como o architectam poucos povos contemporaneos e se acha consagrado no presente decreto.

Ahi está posta a profunda diversidade de indole que existe entre o poder judiciario, tal como se achava instituido no regimen decahido, e aquelle que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democraticos do systema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto na elevada esphera da sua autoridade para interpor a benefica influencia do seu criterio decisivo afim de manter o equilibrio, a regularidade e a propria independencia dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercicio dos direitos do cidadão.

É por isso que na grande União Americana com razão se considera o poder judiciario como a pedra angular do edificio federal e o unico capaz de defender com efficacia a liberdade, a autonomia individual. Ao influxo da sua real soberania desfazem-se os erros legislativos e são entregues à austeridade da lei os crimes dos depositarios do poder executivo.

De resto, perante a justiça federal dirimem-se não só as contendas que resultam do direito civil, como aquellas que mais possam avultar na elevada esphera do direito publico.

Isto basta para assignalar o papel importantissimo que a constituição reservou ao poder judiciario no governo da Republica. Nelle reside essencialmente o principio federal; e da sua boa organização, portanto, é que devem decorrer os fecundos resultados que se esperam do novo regimen, precisamente porque a Republica, segundo a maxima americana, deve ser o governo da lei.

O organismo judiciario no systema federativo, systema que repousa essencialmente sobre a existencia de duas soberanias na triplice esphera do poder publico, exige para o seu regular

essa mutação que se percebe na sociedade, esse papel do Juiz mudou, está mudando, e é importante que cada um de nós procure ter essa percepção.

Enfim, assegurar os Direitos Individuais, depois, os Direitos Sociais, os Direitos Coletivos, os Direitos mais do que Coletivos, os Direitos Difusos, mais do que os Direitos Difusos, os Direitos do Homem, seja na concepção antiga, porque nós tivemos direitos da Cidade, do Império, do Estado, mais tarde do Estado atual que hoje se desagrega, o chamado Estado-Nação, então, qual o papel contemporâneo do Juiz? Como ator, nesse cenário, nesse drama social, nesse drama da sociedade, autor e ator, então, não é mais aquela coisa do processo, que o processo cria *personarum*, *autor*, *reo*, *iudex*, não é um ator neutro, não está dentro de um circo. Ele está agora dentro da sociedade.

funcionamento uma demarcação clara e positiva, traçando os limites entre a jurisdição federal e a dos Estados, de tal sorte que o domínio legítimo de cada uma destas soberanias seja rigorosamente mantido e reciprocamente respeitado.

Na Suíça a lei de 27 de junho de 1874, que deu nova organização à justiça federal, em vez de reprimir, como devera, desenvolveu a tendência já manifestada na legislação anterior de ampliar a jurisdição federal nas causas civis, estendendo-a até aquellas que por sua natureza deviam ser da privativa competência da justiça cantonal. Além de estabelecer que em regra é permitido sujeitar ao julgamento do Tribunal Federal as causas estranhas à sua competência, quando nisto convierem os litigantes, a legislação actual consagra a competência do mesmo Tribunal para julgar em recurso as questões derivadas do contrato matrimonial e aquellas que, julgadas pelos tribunales cantonaes, tiverem valor superior a 3.000 francos ou não susceptível de estimação. Mas os inconvenientes de um tal systema se fizeram sentir desde logo aconselhando a necessidade de uma discriminação perfeita e completa, garantidora da reciproca soberania.

É notavel no meio das reclamações geraes, que teem sido provocadas por esta tendencia subversiva dos bons principios, o energico protesto de um ilustre membro do Tribunal Federal, que começa a ver o perigo de ser o proprio Tribunal desnaturado por esta competencia tão extensa no civil, quando a sua natural destinação é conhecer das questões de direito publico. Mas o que sobretudo inquieta os espiritos, é o fundado receio de que por este modo se perturbem todas as relações, se paralyse e destrua o sentimento de soberania dos juizes locais, fazendo desaparecer por essa continua invasão e cada vez mais extensa a correlata independencia da justiça federal e local, principio basico do systema federativo.

A organização contida no decreto, que ora submetto à vossa assignatura, rigorosamente calcada sobre as bases estabelecidas pela Constituição, remove todas as difficuldades e evita todos os perigos, traçando com clareza e precisão os limites da competencia entre a Justiça Federal e a dos Estados, de tal modo que cada uma, resguardada de todo o perigo de invasão, conservará na mais completa integridade a sua autonomia jurisdiccional.

Nos arts. 9, 15 e 16 acham-se especificadas as causas que, em razão das pessoas ou da natureza do seu objecto, pertencem ao julgamento dos juizes federaes. Mais liberal do que a propria organização americana, o decreto restringe a jurisdição civil da Justiça Federal, ampliando correspondentemente a esphera de competencia da justiça territorial. É assim que, segundo a lei americana, todos os litigios, qualquer que seja o seu character, suscitados entre cidadãos de diversos Estados são sujeitos ao julgamento dos juizes federaes: no emtanto que entre nós, de

O Juiz, hoje, é um homem jogado dentro da sociedade. Na percepção que tive, parece-me que hoje ele é considerado como uma espécie de salvador e por isso essa demanda extraordinária pelo Judiciário. Não estou querendo atemorizar ninguém, mas vocês chegaram para fazer isso.

Nós temos Direitos Coletivos, Direitos Difusos, Direitos para gerações seguintes, que eu chamo dos verdadeiros Direitos Humanos, e não Direitos do Homem, compreendendo os Direitos Individuais, os Direitos Clássicos, no sentido inglês, germânico, ou seja, *due of law*, *due process of law*, *law of land*, ou no sentido germânico de Direitos Fundamentais, uma norma que

acordo com a melhor doutrina e dando mais amplitude à esfera de acção do poder local, essas causas, quando não envolvam questões que pela sua natureza devam pertencer à alçada da justiça nacional recaem sob a privativa jurisdição local.

Está ahi bem positivamente assignalada, como principal característico do regimen adoptado, a coexistencia de um poder judiciario federal e de um poder judiciario local, cada um desenvolvendo a sua acção dentro da respectiva esfera de competencia, sem subordinação, porque ambos são soberanos, e sem conflictos, porque cada um conhece a natureza dos interesses que provocam a sua intervenção.

Isto quanto ao que é relativo às funções peculiares das justiças paralelas.

No tocante à estrutura especial da Justiça Federal e à acção que lhe é peculiar, julguei conveniente instituir sómente duas instancias, de accordo com o systema modernamente aceito para a hierarchia judiciaria.

Examinando este assumpto e de um ponto de vista amplo e elevado, um dos mais illustres especialistas de materia na Confederação Suissa sustenta, com a firmeza de uma convicção bem estabelecida, que um dos caracteres da nossa época é a tendencia de abolir o systema de instancias e crear a instancias unicas, com a clausula salutar e devidamente comprehendida de ser bem composto o tribunal encarregado de julgar.

A moralidade, a pureza da consciencia, a elevação do talento e a preparação do espirito não teem superior hierarchico. É no trajecto de uma instancia para outra que muitas vezes tem perecido a justiça. Nos cantões de Zurich e Genebra, por exemplo, teem se introduzido tribunaes de commercio com uma só instancia, e a opinião sente-se bem com esta instituição.

É que debaixo de um tal regimen a responsabilidade do julgador eleva-se na mesma proporção em que cresce a sua independencia, e os escrúpulos de uma consciencia immaculada mais se estimulam pela ausencia completa da subordinação hierarchica.

Em respeito a este principio o Supremo Tribunal, tal como se acha aqui constituido, não julga, nos casos de recurso, sinão como uma segunda e ultima instancia: é um typo inteiramente novo, e por isso mesmo bem diverso daquelle que deixou-nos o regimen centralizador da monarchia.

Mas, não devendo existir, conforme o plano adoptado, sinão um juiz em cada secção judicial para exercer a justiça de primeira instancia, e devendo este conservar a sua séde na capital do respectivo Estado, surgia a difficuldade resultante da falta de cooperadores ou auxiliares que, nos diversos pontos da circumscripção jurisdiccional, dessem execução e cumprimento aos seus actos.

Nos Estados Unidos da América do Norte existem, além da Côte Suprema, como entre nós, e dos juizes de districto, que correspondem aos nossos juizes seccionaes, os tribunaes de circuito. O territorio da União é dividido em nove circuitos, com um juiz em cada um. A côte de circuito compõe-se do juiz respectivo, do juiz de districto e de um membro da Côte Suprema, especialmente commissionado para o circuito nas épocas em que esta côte funciona. Por sua vez os tribunaes de circuito constituem commissarios judiciaes para lhes servirem de auxiliares

vincule todos os estamentos, que assegure a cada pessoa o mesmo conjunto de Direitos que qualquer outra pessoa possa ter, independentemente de seu estado civil, de suas posses, de sua inteligência, de seu entorno social, portanto, uma igualdade material que se exige que a lei também seja, e não uma igualdade perante a lei, mas a igualdade dentro da lei e não apenas uma igualdade perante a lei.

Assim, esses Direitos Humanos pelos quais todos, absolutamente todos, esperam que a Justiça dê uma resposta. Fora isso, os compromissos internos

na execução de actos e diligencias dentro da sua circumscrição jurisdiccional.

Desta breve exposição verifica-se que a União Americana com o seu systema judicial, pretendendo manter a mais completa separação entre a justiça nacional e a local, tem tido a necessidade de instituir commissarios, juizes de ocasião ou magistrados ambulantes para estender a sua acção a todos os pontos da respectiva jurisdição. São evidentes os inconvenientes e difficuldades, que devem resultar deste mecanismo complicado.

Na organização que ora vos apresento, procurei evitar os inconvenientes e vencer as difficuldades statuindo no art. 362 “que os juizes ou tribunaes dos Estados farão cumprir os despachos rogatorios expedidos pela Justiça Federal, quer para fazer citações ou intimações e receber depoimentos de testemunhas, que para dar à execução sentenças e mandados e praticar outros actos e diligencias judiciaes.

É claro e manifesto que não vai nisto a menor invasão de competencia nem um germen de perturbação e confusão dos limites jurisdiccionaes, por isso mesmo que não se trata sinão de pedir e prestar auxilios para a execução de diligencias. São actos de mero expediente no andamento dos feitos, e não julgamentos. Esta solução, portanto, tem a dupla vantagem de facilitar a acção da Justiça Federal sem contudo offender o principio fundamental da separação e independencia das duas justiças.

Mas, como não era bastante instituir juizes e tribunaes para a decisão das causas civeis propriamente e assim tambem das questões que se fundam na complexidade das relações do direito publico, pois que a jurisdição federal estende-se tambem a uma certa ordem de crimes, julguei indispensavel, alem do juizo singular, a creação do jury federal, como a mais segura garantia dos direitos dos accusados.

A competencia do jury abrange na sua esphera privativa todos os crimes sujeitos à alçada federal, ahi comprehendidos os de responsabilidade dos empregados publicos, com exclusão sómente daquelles poucos casos, para os quaes, em virtude deste proprio organismo, foi assignalada uma jurisdição especial.

No empenho de rodear das mais solidas garantias a liberdade individual, e de assegurar a imparcialidade do julgamento, entre as providencias mais salutareas ficou estabelecido um limite para o interrogatorio dos accusados. Com effeito, nada pôde ser mais prejudicial à causa da justiça, do que este duello pungente, de argucias e subtilizas, de subterfugios e ciladas, que communmente se vê travado em pleno tribunal, entre o juiz e o accusado, e em que, não raro, aquelle que devera ser o órgão circumspecto e severo da austera magestade da lei, tem no emtanto como o mais appetecido triumpho a confissão do accusado extorquida à força de uma sagacidade criminosa. No systema adoptado para os processos criminaes, quer se trate da formação da culpa, quer se trate do julgamento, e accusado tem o direito de responder laconicamente - sim ou não - e o juiz tem o dever de respeitar o seu laconismo. E a installação definitiva do regimen estabelecido pelas praticas dos tribunaes inglezes e americanos; ahi está consagrado na sua maior pureza o principio da inviolabilidade do direito de defesa.

de resolver a nossa engenharia funcional, nossos meios disponíveis, nossos recursos, nosso relacionamento com os outros Poderes. Então, lembrando-me das palavras do Ministro JOSÉ NERY DA SILVEIRA, que só se referia, e era um avanço enorme, e eu fiquei assustadíssimo com aquilo, eu vou ter que lidar com um Estado militar para assegurar esses direitos? Com um AI-5 em vigor? Com Ministros do Supremo cassados? Mas achei que a palavra dele era uma palavra do tempo, da época.

O mesmo zelo pela liberdade individual presidiu às disposições relativas ao habeas-corpus. As formulas mais singelas, mais promptas, e de maior efficacia foram adoptadas; e, como uma solida garantia em favor daquelle que soffre o constrangimento, ficou estabelecido o recurso para o Supremo Tribunal Federal em todos os casos de denegação de ordem de habeas-corpus. Tanto quanto possível e dentro dos limites naturalmente postos à previsão legislativa, ficou garantida a soberania do cidadão. É este certamente o ponto para onde deve convergir a mais assidua de todas as preocupações do governo republicano. O ponto de partida para um solido regimen de liberdade está na garantia dos direitos individuais.

O principio fundamental de que só um poder judicial independente é capaz de defender com efficacia a liberdade e os direitos dos cidadãos na luta desigual entre o individuo e o Estado, foi neste organismo rigorosamente observado.

A magistratura federal fica de posse das principaes condições de independencia - a perpetuidade, a inamovibilidade e o bem estar. E, si accrescentar-se a isto, que ella, no nobre exercicio de suas elevadas funcções, applicando a lei nos casos occurrentes e julgando da inapplicabilidade das suas clausulas ou preceitos mediante provocação dos interessados, todavia não desce jamais a inimiscuir-se nas questões politicas, ver-se-ha que ficou-lhe assignalada uma posição solida, de socego e tranquillidade de consciencia, aliás indispensavel para que ella possa manter-se nas altas e serenas regiões de onde baixam os arestos da justiça.

Os paizes que se acham organizados debaixo deste principio, pondera um profundo observador, são livres e prosperos. Os que não seguem o seu exeplo, acham-se opprimidos e atrasados. Seus juizes temporarios e amoviveis são agentes servís do governo, não ministros independentes da justiça.

Estas verdades devem ficar perpetuamente gravadas na consciencia do governo da Republica, para que jamais deixem de ser fielmente reproduzidas no corpo da sua legislação organica. Não ha nem póde haver justiça honesta sem uma magistratura instruida e independente; e uma justiça sem escrupulos é a peor de todas as calamidades publicas.

Nos Estados Unidos da America do Norte, onde se vai encontrar a fonte pura desta sabia organização judicial, a magistratura federal effectiva (para excluir os juizes commissarios) compõe-se de 59 juizes de districto, 9 de circuito e 9 da côrte suprema. Os primeiros teem de vencimentos annuaes oito contos, os segundos doze e os terceiros vinte, accrescentando-se um conto de réis ao presidente.

Na Suissa o Tribunal Federal compõe-se de nove membros e outros tantos supplentes e os vencimentos são fixados em quatro contos, e mais uma gratificação ao presidente.

Na Confederação Argentina, cuja moderna organização judiciaria foi estabelecida pela leis de 16 de outubro de 1882 e 14 de setembro de 1883, cada provincia constitue uma secção judicial com um só juiz. Existe tambem uma Côrte Suprema composta de cinco membros e um Procurador Geral. Os juizes de secção teem um vencimento annual de seis contos, e os membros da Côrte Suprema de doze contos.

Na organização que vos apresento, affastando-me do molde americano, institui uma secção judicial em cada Estado, assim tambem no districto federal, com um só juiz, tendo a sua séde na

Tomando por empréstimo essa impressão que S.Exa. me passou, pareceu-me pertinente repassar aos novos Colegas, explicando que realmente é um compromisso, um desafio, mas todos que chegaram aqui - evidentemente que um ou outro com maior ou menor facilidade, porque todos somos humanos e falíveis - mas o que importa é se até o limite, não aquele limite que nós ouvimos falar no episódio do grampo, da irresponsabilidade, mas o limite das nossas possibilidades. Não se sintam tristes, nem condenados, nem réus. O Juiz é um homem, ou uma mulher, como qualquer um, faz parte dessa galáxia, dessa nossa fauna e, por isso, não se sentindo diferente nem alienígena, ele tem a consciência de que está começando, e que vai fazer um trabalho sério e respeitado.

respectiva capital; ao todo 21 juizes com outros tantos substitutos que considere indispensaveis para que a marcha da justiça não possa suffer solução de continuidade nos casos de impedimentos temporarios. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de quinze juizes, dos quaes um será o seu presidente e outro o Procurador Geral da Republica.

O ministerio publico, instituição necessaria em toda a organização democratica e imposta pelas boas normas da justiça, está representado nas duas espheras da Justiça Federal. Depois do Procurador Geral da República, vêm os procuradores seccionaes, isso é, um em cada Estado. Compete-lhe em geral velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devam ser applicados pela Justiça Federal e promover a acção publica onde ella couber. A sua independencia foi devidamente resguardada.

Os vencimentos dos juizes, taxados na respectiva tabella, devem ser sufficientes para pôr a coberto a sua independencia e a honorabilidade do cargo. São fixos esses vencimentos, porque é necessario que a ambição do juiz não seja um motivo de desconfiança no espirito suspeito dos litigantes. Ahi está, além disso, uma garantia dos interesses das partes na fiscalização da conducta dos subalternos do juizo.

Para não alongar mais esta exposição, deixo de entrar em outros desenvolvimentos, e de justificar a parte processual, de resto já conhecida na antiga pratica forense, e onde fiz pequenas modificações, aconselhadas pela experiencia. Pareceu-me conveniente, entretanto, appensal-a ao corpo desta lei para facilitar seu conhecimento e execução, obviando tropeços e embaraços que poderiam nascer da applicação de um regimen judiciario inteiramente novo e desconhecido no nosso paiz.

Com estes motivos apresento-vos o decreto que organiza a Justiça Federal.

M. Ferraz de Campos Salles” (BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Justiça Federal : legislação / Conselho da Justiça Federal. Brasília: CJF, 1993. p. 13-18).

A Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, completou a organização da Justiça Federal da República (p.75 a 101 da publicação acima referida). A Constituição de 10 de novembro de 1937, mais conhecida como “A Polaca”, preparada pelo então Ministro da Justiça Francisco Campos - o Chico Ciência - extinguiu a Justiça Federal através de inusitado método, não a incluindo no capítulo referente ao Poder Judiciário, como se vê de seu artigo 90: “São órgãos do Poder Judiciário: a) o Supremo Tribunal Federal; b) os juizes e tribunais dos Estados, do

Ao mesmo tempo em que lhes dou as boas-vindas nesse momento, numa alocução tão estranha, em virtude também do contingenciamento do tempo, eu quero dizer que tendo tido contato com vocês em circunstância talvez não muito agradável para vocês³, mas faz parte do jogo, quero dizer que os considero vencedores no sentido de que a vitória não é algo individual. Quem ganhou com isso - estou absolutamente seguro - é a sociedade. Vocês são os campeões dos desafios da nossa sociedade na afirmação da sua democracia, da plenitude dos Direitos Humanos.

Sejam felizes e tenham em mim um Colega sempre à disposição para ouvir e para falar.

Distrito Federal e dos Territórios; c) os juízes e tribunais militares”. Curiosa ou paradoxalmente, a Justiça Federal foi restaurada por força do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, que a trouxe outra vez para o texto constitucional de 1946, ao incluí-la no art. 94 dentre os órgãos do Poder Judiciário, seguindo-se a lei nº 5010, de 30 de maio de 1966, que organizou a Justiça Federal de primeira instância. Para um exame mais amplo da estruturação, história e evolução do sistema judicial brasileiro como um todo, consulte-se nosso livro “O Devido Processo Legal Tributário”, no capítulo intitulado “A Organização Judiciária e o Devido Processo Legal “ (NOGUEIRA, Alberto. *O devido processo legal tributário*. Rio de Janeiro : Renovar, 1995, p.95-106).

³ Alusão, em tom de brincadeira, à minha participação na Banca examinadora no concurso então realizado para juiz federal substituto.

TUTELA ANTECIPADA E “VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO”

J. E. Carreira Alvim - Desembargador Federal Vice-Presidente do TRF da 2ª Região, Doutor em Direito pela UFMG, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), Membro do Instituto de Pesquisa e Estudos Jurídicos (IPEJ)

Sumário: 1. Antecipação da tutela e agilidade na prestação da justiça. 2. Processo cautelar e tutelas de urgência. 3. Subsistência do processo cautelar. 4. Verossimilhança da alegação. 5. Juízo de delibação e verossimilhança. 6. Critério lógico de verificação da verossimilhança. 7. Probabilidade e verossimilhança na antecipação da tutela. 8. Antecipação da tutela na preservação do direito subjetivo material. 9. Diversa natureza dos provimentos liminares. 10. Tutela de urgência no processo cautelar. 11. Tutela antecipada no procedimento ordinário. 12. Conclusão

1. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E AGILIDADE NA PRESTAÇÃO DA JUSTIÇA

Com o propósito de agilizar a prestação jurisdicional, o Código de Processo Civil sofreu alterações da maior importância, que, bem compreendidas e aplicadas, virão a atender plenamente aos reclamos dos jurisdicionados, mantendo-nos na vanguarda das modernas legislações processuais. Essas alterações, no entanto, só terão êxito assegurado, se houver, de um lado, postulações responsáveis, e, de outro, o exercício de uma jurisdição igualmente responsável. Sim, porque as modernas conquistas processuais, ante a ausência de informações sobre a fisionomia dos novos institutos, são, muitas vezes, deturpadas, na prática, em decorrência da sua má utilização pelos advogados das partes, quando não permanecem no papel, por não encontrarem juízes dispostos a aplicá-los. O processo cautelar constitui

disso um flagrante exemplo. A doutrina, numa tomada de posição, buscou, para esse processo, contornos mais compatíveis com o seu potencial de meio resolutório de conflitos, no que provocou um choque de idéias, com tal reflexo na jurisprudência, que entra em cena a antecipação de tutela sem que hajam cessado, de todo, as divergências sobre a extensão e profundidade da tutela cautelar.

A *antecipação de tutela*, enquanto fenômeno processual, ensejou entre nós, num primeiro passo, o julgamento *antecipado* da lide, logo após o encerramento da fase postulatória — com o que se sepultaram as provas procrastinatórias — e, agora, num passo de gigante, antecipa *initio litis* a própria tutela jurisdicional, com o que diminuirá o número das defesas infundadas, também imbuídas de propósitos meramente protelatórios.

2. PROCESSO CAUTELAR E TUTELAS DE URGÊNCIA

O processo cautelar, ao longo de mais de três décadas, produziu excelentes resultados, mostrando-se o instrumento adequado para dar resposta às prestações jurisdicionais de urgência, fora dos estreitos limites do mandado de segurança. Além disso, mostrou-se fecundo de experiências o que permitiu aos Tribunais traçar-lhe perfil mais ou menos definido, inclusive no campo da tutela satisfativa. Foram essas experiências, colhidas na prática diuturna dos tribunais, que permitiram o florescimento das idéias de *antecipação de tutela* fora dos lindes estritamente cautelares, afinal consagradas pela reforma processual.

3. SUBSISTÊNCIA DO PROCESSO CAUTELAR

A inovação introduzida no art. 273 do CPC não teve o propósito de aniquilar o processo cautelar, senão o de *complementar* o elenco do gênero “tutelas de urgência” destinadas a atender a situações que não possam aguardar o término do processo principal para evitar ou reparar eventual lesão de direito. O provimento antecipatório que, antes, era possível quase só no âmbito do processo cautelar, espalhou-se para todo o processo de conhecimento, numa indiscutível consagração do *poder geral de cautela do juiz*.

Como a concessão do provimento jurisdicional não é mais uma graça do Estado, mas um direito da parte, devem juízes e tribunais estar preparados para o exercício da nobre missão de outorgar tutela na forma da nova lei, não devendo o termo *poderá* ser entendido como um passaporte para a omissão, deixando para a sentença o que, deva ser, desde logo, antecipado.

4. VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO

Como o estudo clássico sobre o tema da verossimilhança é o conhecido artigo de CALAMANDREI “Verità e verosimilhanza nel processo civile”¹, por certo, será a fonte na busca do perfil da “verossimilhança”, nos moldes do novo art. 273 do CPC. No entanto, se esse estudo pode constituir o ponto de partida, não deve esgotar-se nele o ponto de chegada.

MALATESTA² foi buscar no juízo de *probabilidade* os elementos formadores de convicção, afirmando que existem probabilidades *máximas*, próximas do *probabilíssimo*; probabilidades *médias*, que seriam o *provável*, às secas; e uma probabilidade *mínima*, que seria a *verossimilhança*. O Código de Processo Civil utilizou o conceito de *verossimilhança*, para permitir a *tutela antecipada* do direito, não sendo crível que o legislador o tenha utilizado no sentido de uma probabilidade mínima, no sentido *malatestiano*. A verossimilhança está por ser, ainda, *graduada*, e o será por certo, pela doutrina e pela jurisprudência”.

Quem busca, pela primeira vez, o sentido dessa expressão — *verossimilhança* — forma sobre ela um juízo equivalente à de “aparência de verdade”, e não deixa de estar certo, porque, no vernáculo, verossimilhança é o mesmo que verossímil (do latim *verisimile*), que significa semelhante à verdade; que tem a aparência de verdade; que não repugna à verdade; *provável*. No entanto, não está inteiramente certo, na medida em que a simples aparência pode corresponder como pode também não corresponder à *verdade*, traduzida em termos de um *juízo provável*, justificador de um provimento antecipado³.

O art. 273 do CPC fala em *verossimilhança da alegação*, mas fala também em *prova inequívoca*, embora uma coisa não pressuponha a outra. Para se convencer da verossimilhança da alegação, o juiz não depende necessariamente de prova, se a pretensão se assenta em fatos incontestes, não carentes de demonstração, caso em que a atividade cognitiva detém-se no simples exame do direito. É o que sucede, por exemplo, na ação declaratória de inexistência de tributo inconstitucional. A prova, quando muito, poderá

¹ Publicado in Studi in onere de Giuseppe Valeri, I, Milano, Giuffrè, pp. 461-492 e reproduzido na Opere Giuridiche do mesmo Calamandrei Morano Editore, vol. V, pp.615-640

² *Apud* CARREIRA ALVIM, J.E. Medidas Cautelares Satisfativas. Revista Forense, vol. 327, 1994, pp. 75-80, Revista de Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, vol. 52, pp. 31-44, e Revista dos Tribunais, vol. 7, pp. 111/119.

³ JORGE E. CASTAGNET e HORÁCIO D. BARLUENGA. Medidas Cautelares. Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 17. Nesta obra, esses autores identificam a verossimilhança com a “mera aparência do direito”, a “credibilidade” e o “*fumus boni iuris*”.

cingir-se a aspectos formais do processo, como a da constituição regular de sociedade, de mandatário judicial, etc., e outras condições de desenvolvimento válido e regular do processo.

Embora os escritos de CALAMANDREI e de MALATESTA, sobre a verossimilhança, tenham se centrado, preponderantemente, no estudo do fato, podem ser considerados também no tocante à alegação, mesmo porque, na visão de CARNELUTTI,⁴ o objeto da prova não são os fatos, mas as afirmações que deles fazem as partes. Neste sentido, “afirmação” e “alegação” não passam de mera questão vocabular. Portanto, convencendo-se o juiz da verossimilhança da alegação, terá se convencido da verossimilhança dos fatos em que se apóia e vice-versa. Essa observação não passou despercebida a CALAMANDREI⁵ para quem, o juízo de verossimilhança é um juízo emitido, não sobre o fato, mas sobre a *afirmação do fato*, quer dizer, sobre a alegação (*positio*) do fato, proveniente da parte que pede seja admitida a prová-lo e que o afirma como historicamente ocorreu.

O próprio CALAMANDREI⁶ considerou árduo estabelecer uma precisa diferença entre as noções de *possibilidade*, *verossimilhança* e *probabilidade*, freqüentemente usadas na prática como sinônimas. Para ele, *possível* é o que pode ser verdadeiro; *verossímil* é o que tem a aparência de ser verdadeiro; *provável* seria, etimologicamente, o que se pode provar como verdadeiro; mas na linguagem filosófica e teológica, a palavra vem sendo usada no sentido de *razoável*, isto é, que se pode crer de acordo com a razão (“Opinião provável, dizem os teólogos, é aquela que tem por fundamento razões de alguma importância, que está sustentada por algum autor acreditado”, MANUZZI): e não falta, nos registros dos léxicos, o uso da palavra *provável* como sinônimo de *verossímil*. Mas estas diferenças não têm uma precisa correspondência no vocabulário dos juristas: além do mais, se se toma como termo de referência a comprovação da verdade, pode-se dizer que estas três qualificações (possível, verossímil, provável) constituem, nesta ordem, uma gradual aproximação, uma progressiva acentuação até o reconhecimento do que é verdadeiro. Quem diz que um fato é verossímil está mais próximo em reconhecê-lo verdadeiro do que quem se limita a dizer que é possível; e quem diz que é provável, está ainda mais avançado do que quem diz que é verossímil, porque vai além da aparência, e começa a admitir que existem argumentos par fazer crer que a aparência corresponda à realidade. Mas, trata-se de matizes psicológicas, que cada juiz entende a seu modo.

⁴ CARNELUTTI, Francesco. LA PRUEBA CIVIL, Depalma, 1982, p. 40

⁵ CALAMANDREI, Piero. *Ob. cit.* p. 621

⁶ *Idem*, pp. 620/621

MALATESTA⁷, por seu turno, afirma que, atendo-se ao sentido etimológico evidente da expressão, verossímil não é o que *pode ser* verdade real, senão o que *tem aparência de sê-lo*, acrescentando que, para que existam aparências de verdade real não basta a simples condição de possibilidade, sendo mister algo mais, isto é, um motivo que nos induza a crer em uma verdade, que, mais que uma simples possibilidade, há de ter-se como realidade, e é na aparência desta realidade na qual residem, por assim dizer, o perfil e a perspectiva da verdade real, que se chama “verossimilhança”. Para nós, acrescenta, é verossímil, não o que se nos apresenta simplesmente como *possível*, mas o que, por razões mais ou menos determinadas, nos inclinamos a crer que é real. Por isso, fazemos coincidir a verossimilhança com o primeiro grau da probabilidade, e assim temos o verossímil, o provável e o probabilíssimo. Daí por que MALATESTA, ao graduar a probabilidade, fez coincidir a probabilidade mínima com o verossímil; a probabilidade média com o provável e a máxima probabilidade com o probabilíssimo⁸. No entanto, no desenvolver de seus ensinamentos, prefere não falar de verossimilhança, por lhe parecer mais exato falar de *credibilidade*⁹.

O conceito de verossimilhança depende do subjetivismo de cada autor, e continuará a depender do de cada juiz no momento de decidir sobre o pedido de antecipação de tutela. O que é verossímil para um pode não ser para outro, dependendo do grau de percepção individual. A propósito, observa CALAMANDREI¹⁰ que “o juízo de verossimilhança ou inverossimilhança deixa logicamente uma margem à indagação: o que aparece semelhante à verdade (*simile al vero*) pode ser só ilusão; e vice-versa o inverossímil pode ser verdade”.

5. JUÍZO DE DELIBAÇÃO E VEROSSIMILHANÇA

A constatação da verossimilhança e demais condições que autorizam a antecipação da tutela dependerá, sempre e necessariamente, de um *juízo de delibação*, em moldes análogos ao formulado para fins de verificação dos pressupostos da medida liminar em feitos cautelares ou mandamentais. Esse juízo consiste em valorar os fatos e o direito, certificando-se da *probabilidade* de êxito na causa, no que pode influir a natureza do fato, a espécie de prova em que se apóia (v.g. preconstituída) como da própria orientação jurisprudencial. Destarte, diante da declaração de inconstitucionalidade de

⁷ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das Provas em Matéria Criminal*, pp. 74/75

⁸ *Idem*, p. 70

⁹ *Idem*, p. 75

¹⁰ CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.* p. 626

uma exigência fiscal, mesmo em processo difuso, nenhum juiz, presente os demais requisitos, terá dúvida em antecipar os efeitos da tutela jurisdicional; o mesmo se diga de matéria sumulada pelos tribunais, cuja discussão se atenha a matéria de direito ou, também, matéria fática comprovada por prova inequívoca. Esse juízo de delibação pode ter lugar *prima facie* e *inaudita altera parte*, em face da natureza do dano temido, ou num momento posterior como, por exemplo, após a contestação, como acontece com a liminar no mandado de segurança em que pode ser deixada para depois das informações. Essa possibilidade vem sendo pacificamente reconhecida pelos tribunais.

6. CRITÉRIO LÓGICO DE VERIFICAÇÃO DA VEROSSIMILHANÇA

Neste ponto, pode-se traçar o perfil da *verossimilhança*, não havendo critério mais seguro do que o da *probabilidade*, numa graduação similar — não idêntica — àquela de que fala MALATESTA, mas sem identificá-la com a probabilidade mínima.

Ao examinar um pedido de liminar, deve o julgador trabalhar à luz da lógica maior, da lógica material, da lógica crítica. Deve o juiz considerar as diferentes atitudes que a inteligência pode assumir em face da verdade: a ignorância, a dúvida, a opinião e a certeza. A IGNORÂNCIA é a situação de pleno desconhecimento, de absoluta falta de motivos a favor ou contra o objeto *cognoscendi*. Neste caso a mente está *in albis*; simplesmente, inexistente representação mental em qualquer sentido. A DÚVIDA é a situação em que a inteligência oscila entre o “sim” e o “não”, frente a razões favoráveis a cada uma das hipóteses contraditórias. Esta situação, que pode ser traduzida como *possibilidade*, é um tormento para o juiz, quando se vê diante dela e precisa resolvê-la. Sendo necessário solucionar a dúvida, em prol do “sim” ou do “não”, forma-se, então, a OPINIÃO. Na opinião, o assentimento pende para uma das alternativas consideradas, em que pese alguma “inquietude” que possa restar nessa tomada de posição. Esta situação pode ser traduzida como *probabilidade*. Por fim, a CERTEZA, que representa uma firme convicção, fundada na *evidência do objeto*. Para F. Varvello, autor das *Institutiones Philosophiae*, a evidência é precisamente o “fulgor da verdade que arrebatou o assentimento da mente” (*Fulgor quidam veritatis mentis assensum rapiens*)¹¹.

MALATESTA¹² ensina, a respeito do “conhecimento”, que, diante do fato, o espírito humano pode encontrar-se em estado de ignorância, dúvida ou certeza, sem referir-se expressamente à opinião. Para ele, a dúvida existe

¹¹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Op.cit.*, p. 12

¹² *Idem*, pp. 11/12

quando uma proposição apresenta motivos afirmativos, ao mesmo tempo que motivos negativos. Se houver predomínio dos motivos negativos sobre os afirmativos, teremos o *improvável*; pode haver igualdade entre as duas classes de motivos, e tem-se o *crível* (acreditável) no sentido específico; e por último, pode suceder que prevaleçam os motivos afirmativos sobre os negativos, e, neste caso, existe a *probabilidade*. E arremata: o estado de ignorância é a ausência de todo conhecimento; a credibilidade é a igualdade de motivos, quanto ao conhecimento afirmativo e negativo; a probabilidade, é o predomínio do conhecimento afirmativo; e a certeza é o conhecimento afirmativo e triunfante.

Em sede de antecipação de tutela são estes, igualmente os estados, do intelecto do julgador, diante da verdade: ignorância, dúvida, opinião e certeza. Afora a ignorância (que é o completo desconhecimento) e a certeza (que é conhecimento completo), interessa-nos as situações intermédias, residindo numa delas — na *opinião* ou *probabilidade* — aquilo que a lei chama de *verossimilhança*. No julgamento de um pedido de antecipação de tutela, muitas vezes o juiz fica entre o “sim” e o “não”, numa verdadeira situação de dúvida, sendo necessário que rompa esse equilíbrio, formando uma opinião. Isto explica como o juízo do juiz singular pode coincidir, mas pode, também, não coincidir com a do tribunal, resultando, daí, que aquele obtenha uma liminar em seu favor, venha a tê-la neutralizada por uma liminar em sentido contrário. É que o intelecto de cada julgador se posiciona de forma diversa diante da alegação, fazendo diversa avaliação dos motivos que convergem ou divergem relativamente à pretensão do requerente. Esse juízo, nos tribunais, sequer é a soma das vontades individuais, mas o *produto* dessas vontades, vindo a prevalecer em certos casos a vontade localizada entre os extremos, através do chamado *voto médio*.

7. PROBABILIDADE E VEROSSIMILHANÇA NA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Diante de uma alegação, a *verossimilhança* se assenta num juízo de *probabilidade*, que resulta, por seu turno, da análise dos motivos que lhe são favoráveis (convergentes) e dos que lhe são contrários (divergentes). Se os motivos convergentes são superiores aos divergentes, o juízo de probabilidade cresce; se os motivos divergentes são superiores aos convergentes, a probabilidade diminui. Um exemplo elucidará melhor a hipótese. Se coloco cinco bolas brancas e cinco vermelhas numa caixa, é difícil prever se vou tirar bola branca ou vermelha, porque o seu número é equivalente (são idênticos os motivos convergentes e divergentes). É possível que eu tire uma bola branca, mas é possível também que tire uma vermelha. A situação é de dúvida. Estaria

no âmbito de uma mera possibilidade. Se aumento as bolas brancas e diminuo as vermelhas, começo a adentrar-me no campo da probabilidade. Se coloco seis bolas brancas e quatro vermelhas, é provável que eu tire bola branca, mas é possível que eu tire vermelha. Na medida em que vou colocando mais bolas brancas e diminuindo as vermelhas (sete brancas e três vermelhas, oito brancas e duas vermelhas, etc.), irei elevando o grau de probabilidade, chegando até a uma situação próxima do probabilíssimo, já adentrando nos domínios da certeza. Destarte, se coloco nove bolas brancas e uma vermelha, é possível que eu tire uma bola vermelha, porque ela está ali (há um motivo convergindo para isso), mas é provável (90%) que eu tire uma bola branca (há nove motivos convergindo para tanto). A probabilidade é o que fatalmente ocorrerá, se não sobrevier algum motivo divergente; a possibilidade é o que não ocorrerá, salvo se intervier algum motivo convergente.

No exame do pedido de antecipação da tutela, o juiz não foge a esse juízo crítico dos fatos e do direito, do qual resultará, ou não, o seu convencimento da verossimilhança, para fins de concessão ou denegação do provimento antecipado. É claro que formar *opinião* ou ter como *provável* determinada alegação não é tão simples quanto tirar bolas brancas ou vermelhas de uma caixa, o que é perfeitamente compreensível. Mas, *modus in rebus*, vale a comparação. Não se perca de vista que a “opinião”, uma vez externada no processo, converte-se em “decisão”.

8. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NA PRESERVAÇÃO DO DIREITO SUBJETIVO MATERIAL

Muitas vezes, o próprio direito subjetivo material depende da antecipação da tutela, não comportando, tais hipóteses, um juízo muito rígido de probabilidade, porquanto a sua falta pode tornar sem objeto o processo mesmo, ou, no mínimo, imprestável a sentença que vier a ser nele proferida. É o que sucede, por exemplo, nas hipóteses de inscrição em concurso público, caso em que a cognição há de ser superficial, pelas próprias circunstâncias (de tempo e lugar) que cercam a pretensão. De nada adiantaria, após aprofundado exame dos fatos, viesse o juiz a entender cabível a tutela pretendida, quando o concurso já se teria encerrado. O mesmo se diga daquele pai que compra, hoje, um bolo de noiva, para servir, no casamento da filha, amanhã; ou recebe o bolo a tempo, ou, recebendo-o a destempo, não atingirá o fim colimado. É também o caso de participação em licitação, embarque de mercadoria perecível, liberação de desfile de carnaval, participação de jogador num jogo de futebol, suspensão de leilão e tantos outros: ou se antecipa a tutela, *inaudita altera parte*, concedendo-se liminarmente o provimento

postulado, ou se esvaíra o conteúdo mesmo do direito material cuja tutela se busca em sede judicial.

Em algumas hipóteses, o pedido de tutela é direcionado à própria preservação da vida humana, como nas transfusões de sangue, não autorizadas por familiares, por motivos religiosos, ou na autorização para amputação de membros de uma pessoa, em que, sendo indispensável a cirurgia, se recusa a dá-la; noutras, é dirigido à manutenção da saúde do interessado, como sucedeu na liberação de cruzados bloqueados, para fins de tratamento médico e operações urgentes; noutras, é destinado à sobrevivência do segurado, como no restabelecimento de benefício previdenciário, cancelado sem o devido processo legal, dado o caráter alimentar dos proventos.

Sempre que houver uma carga de probabilidade suficiente para convencer o julgador da verossimilhança da alegação, tem cabimento a antecipação da tutela, na mesma medida em que não tem, se o juiz se convencer do contrário; assegurado, sempre, ao interessado, recurso da respectiva decisão. Não fica afastada também a hipótese de vir o juiz a exigir, quando necessário, eventual caução para garantia da antecipação, não podendo, no entanto, erigi-la em obstáculo ao fornecimento da prestação jurisdicional.

9. DIVERSA NATUREZA DOS PROVIMENTOS LIMINARES

De um lado, há provimentos liminares que antecipam sem satisfazer, como nos casos em que, para se evitar a despedida de um empregado, o licenciamento de um militar, a suspensão de uma autuação, ou de uma medida qualquer do Poder Público, em que, antecipa-se o provimento, mas não se está satisfazendo a pretensão material, o que só ocorrerá com a sentença de mérito. De outro lado, há provimentos que antecipam, satisfazendo ou satisfazem antecipando, de que são exemplos as liminares para liberação de cruzados, levantamento de FGTS, autorização para transfusão de sangue ou cirurgia contra a vontade do paciente, em que é satisfeita a própria pretensão material.

10. TUTELA DE URGÊNCIA NO PROCESSO CAUTELAR

Essas modalidades de tutela jurisdicional desenvolviam-se, antes, na via do processo cautelar, através das medidas cautelares “satisfativas” (como v.g., desbloqueio de ativos financeiros, liberação de mercadorias na alfândega, levantamento de valores do FGTS e correção de índices de proventos), embora não tivessem, nessa modalidade de processo, uma residência confortável, pondo-se na situação do inquilino que, podendo residir num espaçoso

apartamento, via-se, para não permanecer ao relento, confinada a um diminuto *flat*. Para fugir à morosidade do procedimento ordinário, sem condições de garantir efetivamente o direito, *in limine litis*, buscavam, as partes, a sua satisfação no processo cautelar. Jamais configuraram hipóteses de autênticas “cautelares”, senão verdadeiras *tutelas de urgência* do tipo *antecipatório*, no contexto das tutelas jurisdicionais diferenciadas. Agora, em vez da proteção para o direito lesado ou ameaçado de lesão, pela via alternativa do processo cautelar, tem-se consagrado na lei o *direito à tutela antecipada* dentro do próprio processo de conhecimento.

11. TUTELA ANTECIPADA NO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

Antes da reforma do art. 273 do CPC e ao largo de qualquer norma permissiva expressa, os juízes já vinham, com o respaldo dos tribunais, admitindo provimentos cautelares — principalmente os de índole meramente caucionatória — no *bojo do próprio processo de conhecimento*, dispensando o processo cautelar, embora tivessem, no início, se mostrado acanhados em admiti-los. Foi o que sucedeu, v.g., com o pedido de caução em dinheiro, para discussão da constitucionalidade de tributos.

Essa tendência, agora consagrada na lei, já se transplantara para o direito positivo, como se vê do art. 59, § 1º, da Lei n. 8.245/91 (nova Lei do Inquilinato), onde se estatui que as ações de despejo terão o rito ordinário, tendo cabimento a concessão de liminar. A liminar tem sido admitida, igualmente, no âmbito das ações popular, civil pública e expropriatória, para o que não tem constituído empecilho o seu rito processual.

Por fim, registra GIACOMO OBERTO¹³ que a idéia de se permitir ao juiz, no curso do processo ordinário de conhecimento (cognição), proferir provimentos antecipatórios de condenação, constitui uma constante de todas as recentes propostas de reforma do Código de Processo Civil italiano. Os provimentos antecipatórios que, no direito peninsular, podem ser proferidos pelo juiz do processo de cognição, no âmbito deste, são destinados a satisfazer a exigência de economia dos juízos, quando a pretensão (*pretesa*), baseada em critério objetivo, seja “presumivelmente” fundada, ou falte uma séria contestação. O objetivo maior desses intentos, é, sem dúvida, a busca de instrumentos eficazes para a realização de uma justiça mais rápida. Aliás, mais que o modelo italiano, o Código de Processo Civil argentino dá cobertura mais abrangente às medidas antecipatórias ou satisfativas, mesmo fora do

¹³ IL NUOVO PROCESSO CAUTELARE, *Giuffrè*, 1993, p. 243

processo cautelar, admitindo possam ser deferidas no âmbito do próprio processo de conhecimento, à semelhança do Código brasileiro.

12. CONCLUSÃO

Estas considerações não têm outra finalidade que a de despertar a atenção dos doutos para um tema da maior importância e atualidade no atual momento de evolução do direito processual civil, e do qual depende a concretização de dois princípios, quase *sobreprincípios*, do direito processual, quais sejam os princípios da efetividade e da instrumentalidade do processo, dos quais depende a solução para o crônico problema da morosidade da Justiça.

APELAÇÕES CRIMINAIS

Paulo Espirito Santo - Desembargador Federal do TRF da 2ª Região

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ESPIRITO SANTO
APTE: JUSTIÇA PÚBLICA
ASSIST.: BANCO CENTRAL DO BRASIL
APDO: NILDA FERREIRA LOPES
ADV: LUIZ CARLOS FERRARI GONÇALVES
APDO: CESAR CANDIDO DE QUEIROZ NETO e GALBA VIANNA
DA CUNHA LIMA
ADV: NELIO ROBERTO SEIDL MACHADO e outros
APDO: SIZENANDO ALVES TEIXEIRA
ADV: PASCOAL DOS SANTOS CIRILLO
APDO: CARLOS DE CASTRO LYRA
ADV: LAERCIO LEMOS
APDO: SÉRGIO ADELSON
ADV: TÉCIO LINS E SILVA e outros
APTE: CESAR CANDIDO DE QUEIROZ NETO e GALBA VIANNA
DA CUNHA LIMA
ADV: NELIO ROBERTO SEIDL MACHADO e outros
APTE: NILDA FERREIRA LOPES
ADV: LUIZ CARLOS FERRARI GONÇALVES
APTE: SÉRGIO ADELSON
ADV: TÉCIO LINS E SILVA e outros
APTE: SIZENANDO ALVES TEIXEIRA
ADV: PASCOAL DOS SANTOS CIRILLO
APTE: CARLOS DE CASTRO LYRA
ADV: LAERCIO LEMOS
APDO: JUSTIÇA PÚBLICA
APDO: BANCO CENTRAL DO BRASIL

RELATÓRIO

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (fls. 1753 e 1815/1817) e o BANCO CENTRAL DO BRASIL (fls.

1837/1839), como assistente de acusação, bem como por CESAR CANDIDO DE QUEIROZ NETO e GALBA VIANNA DA CUNHA LIMA (fls. 1787), NILDA FERREIRA LOPES (1789), SERGIO ADELSON (fls. 1797), SIZENANDO ALVES TEIXEIRA (fls. 1799) e CARLOS DE CASTRO LYRA (fls. 1802), visando atacar, os primeiros parte da R. sentença de fls. 1641/1741, proferida pelo MM. Juiz Federal Dr. ALEXANDRE LIBONATI DE ABREU, e os demais integralmente o *decisum*, que os condenou pela prática dos delitos previstos no artigo 22 da Lei 7492/86 e artigos 288 e 299 ambos do Código Penal, frente à participação ou não de cada um nas referidas condutas delitivas, de acordo com a prova coligida nos autos.

Os Réus foram denunciados pelos seguintes fatos: Em 31/05/91 foi constituída a Fundação Sócio Ecológica e Cultural Xapuri, entidade que gozava de imunidade tributária.

Em agosto do mesmo ano, os réus César Cândido e Galba Vianna assumiram a diretoria da Corretora Padrão DTVM, até então inativa, segundo informação do BACEN. Em 04/09/91, a Associação Brasileira de Combate à Tuberculose – ABCT, presidida pela ré NILDA LOPES, firmou declaração de propriedade de Certificados de Participação em Reflorestamento – CPRs, por doação anônima. Em 05/09/91 foi outorgado ao Conselho Curador da Fundação Xapuri poderes plenos de gerência e administração da referida Fundação. Em 06/09/91, Carlos e Paulo Roberto, membros do Conselho Curador, com assessoramento jurídico do advogado José Nolasco, firmaram contrato de prestação de serviços com a Corretora Padrão DTVM, representada pelo réu Galba Vianna, no qual constava cláusula prevendo a aquisição de CPRs. No dia 10/09/91, a ré Nilda permutou parte dos CPRs doados à ABCT com parte de um imóvel pertencente a José da Silva Marques, tendo sido a negociação pactuada em onze milhões duzentos e vinte e cinco mil dólares. Nesta mesma data, o réu José da Silva Marques transferiu os títulos (CPRs) à Corretora Padrão. Em 31/03/92, a ABCT permutou mais CPRs com a outra parcela do terreno de José da Silva Marques, pactuando o valor de vinte milhões, sessenta e cinco mil dólares. Apesar da permuta, a ABCT não providenciou o registro imobiliário do imóvel. José da Silva Marques, por sua vez, não recebia o pagamento integral referente à negociação dos títulos pela Corretora Padrão (que os adquiria em razão do contrato com a Fundação Xapuri). Parte do pagamento era pulverizado em cheques administrativos (muitas vezes depositados em contas de pessoas físicas e jurídicas no Paraguai), e em importâncias em espécie. O réu Sizenando, procurador de José da Silva Marques era quem geralmente transacionava as operações com a Xapuri, sendo, “coincidentemente”, conhecido do co-réu César. Em 11/09/92, a pessoa jurídica denominada “Caterwood Corporation”, sediada nas Ilhas Virgens

Britânicas, passou a negociar CPRs com a Fundação Xapuri, outorgando ao réu Sérgio Adelson procuração para tal finalidade.

O douto Magistrado de primeiro grau proferiu sentença, julgando procedente em parte a pretensão punitiva, condenando os réus CESAR CANDIDO QUEIROZ NETO, GALBA VIANNA DA CUNHA LIMA, JOSÉ DA SILVA MARQUES (já falecido), SIZENANDO ALVES TEIXEIRA, SÉRGIO ADELSON, CARLOS DE CASTRO LYRA e NILDA FERREIRA LOPES, como incurso nas penas dos artigos 22 da Lei 7492/86, artigos 288 e 299 ambos do Código Penal.

Negou o juízo *a quo* o direito dos condenados apelarem em liberdade, determinando a expedição de mandado de prisão, à exceção da ré NILDA FERREIRA LOPES, a quem S.Exa reconheceu o direito de apelar em liberdade.

Às fls. 1756, consta decisão do Desembargador Federal FRANCISCO PIZZOLANTE, concedendo liminar, em *habeas corpus* impetrado em favor dos referidos réus, garantindo-lhes o direito de apelar em liberdade.

Este *writ* foi posteriormente julgado pela Egrégia Segunda Turma, que, confirmando a liminar acima, concedeu, à unanimidade, em parte, a ordem, para garantir o direito de apelar em liberdade, apenas impedindo que os Réus se ausentassem do país. Decisão esta que se encontra em pleno vigor.

A apelação interposta pelo Ministério Público Federal objetiva ver reconhecida a continuidade delitiva no que tange ao crime de falsidade ideológica, aumentando-se, portanto, as penas impostas aos réus, em 1/6 (um sexto), de acordo com o disposto no artigo 71 do Código Penal, além de sustentar ter a ré Nilda Lopes agido em dois momentos distintos, configurando-se o crime de falsidade ideológica, na modalidade de crime continuado, cabendo, pois, o aumento de pena na proporção de 1/6 (um sexto).

Às fls. 1790, foram recebidos os recursos interpostos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e CESAR CANDIDO DE QUEIROZ NETO, GALBA VIANNA DA CUNHA LIMA e NILDA FERREIRA LOPES.

Foi declarada a extinção da punibilidade do réu JOSÉ DA SILVA MARQUES, às fls. 1818/1819, tendo em vista seu falecimento, conforme faz prova o documento acostado às fls. 1812.

Às fls. 1826 foram recebidos os recursos de fls. 1797 (SERGIO ADELSON), 1799 (SIZENANDO ALVES TEIXEIRA e 1802 (CARLOS DE CASTRO LYRA).

Às fls. 1838, o Banco Central do Brasil, na qualidade de assistente de acusação, apresenta suas razões de recurso, esclarecendo que, na forma do disposto no artigo 271 do CPP, nada tem a acrescentar às razões recursais do Ministério Público Federal.

Às fls. 1852/1854, CARLOS DE CASTRO LYRA apresenta suas contra-razões ao recurso do MPF, sustentando sua inocência, quanto ao crime de falsidade ideológica, bem como em relação às demais capitulações da sentença, cujas razões apresentará em segundo grau.

Às fls. 1856/1858, CESAR CANDIDO QUEIROZ e GALBA VIANNA DA CUNHA LIMA, apresentaram suas contra-razões ao apelo do MPF, alegando que não cometeram os crimes mencionados na denúncia e na sentença recorrida, ressaltando, ainda, que demonstrarão, à exaustão, sua inocência, quando da apresentação das razões de apelação ao Tribunal.

Às fls. 1860/1861, NILDA FERREIRA LOPES requereu que as razões de apelação apresentadas sejam recebidas como contra-razões ao recurso interposto pelo Ministério Público Federal.

Nas razões recursais (fls 1863/1880), SIZENANDO ALVES TEIXEIRA postula, preliminarmente, a redução pela metade do prazo prescricional em seu favor, eis que nascido em 27/06/25, já conta com mais de 70 (setenta) anos de idade (art. 115 do CP).

Pede o reconhecimento da prescrição quanto ao crime de quadrilha, além de ressaltar que não praticou o delito de evasão de divisas nem o de falsidade ideológica, alegando que todas as negociações de que participou foram absolutamente legais, razão pela qual resta descaracterizada a ocorrência de ambos os crimes que lhe foram imputados pelo decreto condenatório.

Postula, ainda, o recebimento das razões, como contra-razões ao apelo interposto pelo Ministério Público Federal.

Razões recursais de SÉRGIO ADELSON (fls. 1882/1921), ressaltando que os depoimentos prestados que vieram a embasar o decreto condenatório afiguram-se imprestáveis, posto que resultantes de atividade investigativa, o que é vedado ao Ministério Público Federal, sem respeitar o princípio constitucional do contraditório.

Salienta, também, a inexistência de comprovação quanto à prática do delito de evasão de divisas, sob o argumento de que os cheques administrativos que teria recebido como procurador da Canterwood foram depositados em contas correntes mantidas em território brasileiro, não caracterizando ofensa ao artigo 22, parágrafo único da Lei 7492/86.

Aduz, ainda, que ocorreu, na hipótese, a *abolitio criminis*, eis que a legislação complementar ao delito de evasão de divisas, deixou de exigir a prévia autorização para a remessa de moeda para o exterior, restando, pois, configurada a lei menos gravosa, uma vez que o fato deixou de ser crime.

Com relação ao crime de falso, esclarece que o valor lançado nas escrituras de compra e venda é absolutamente pertinente, pois teve como critério de fixação o valor futuro das árvores, insurgindo-se, ainda, contra a fixação da pena corporal e pecuniária, que considerou exorbitantes.

Por fim, pede que as razões recursais sejam recebidas também como contra-razões ao apelo interposto pelo Ministério Público Federal.

Nas contra-razões apresentadas pelo Ministério Público Federal, às fls. 1931/1943, manifestou-se o ilustre representante do *Parquet* pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do crime de quadrilha, em relação aos réus Sizenando Alves Teixeira e Sérgio Adelsohn, tendo em vista que as penas foram fixadas em dois anos de reclusão, já tendo decorrido mais de 4 (quatro) anos entre o recebimento da denúncia – 06/09/95 e a prolação da sentença condenatória (27/11/2000), conforme dispõe o artigo 107, IV, 109, V, 110 parágrafo 1º, 117, I e IV e 119, todos do Código Penal c/ c artigo 61 do Código de Processo Penal.

Refuta, ainda, o íncrito Procurador Regional da República a tese relativa ao reconhecimento da ocorrência da consumação defendida pelos aludidos réus, ressaltando a sua inadmissibilidade, posto que a potencialidade lesiva do crime de evasão de divisas não se esgota no falso, uma vez que diversas falsidades foram empreendidas, resultando na prática do delito de gestão fraudulenta da Corretora Padrão DTVM e a prática de ilícitos fiscais pela Fundação Xapuri.

O Banco Central do Brasil, na qualidade de assistente de acusação rechaça os argumentos trazidos pelos réus, no sentido de que as remessas de numerário estariam de acordo com as regras fixadas pelo próprio BACEN, esclarecendo, que à época dos fatos, a norma invocada não existia, mas, ao contrário, a norma que disciplina a matéria estabelecia requisitos para que se transferissem recursos em cruzeiros para o exterior.

O douto Procurador Regional da República, Dr. LUIZ MENDES SIMÕES, emitiu parecer às fls. 1981/2001, opinando pelo improvimento dos recursos dos réus e provimento do recurso interposto pelo Ministério Público.

Às fls. 2003/2004, foi determinada a retificação da autuação do feito para fazer incluir o nome do réu GALBA VIANNA DA CUNHA LIMA como apelado e apelante juntamente com CESAR CANDIDO DE QUEIROZ NETO, bem como a intimação dos apelantes NILDA FERREIRA LOPES, CESAR CANDIDO DE QUEIROZ NETO, GALBA VIANNA DA CUNHA LIMA e CARLOS DE CASTRO LYRA para a apresentação das razões recursais, tendo em vista postulação feita no sentido de as apresentarem em segunda instância, conforme preceitua ao artigo 600 parágrafo 4º do Código de Processo Penal.

Às fls. 2009, o BACEN requer a sua inclusão nas publicações como Assistente de Acusação, a fim de melhor acompanhar o feito.

Às fls. 2011, o ilustre Procurador Regional da República requer a intimação regular dos apelantes para apresentarem as suas razões recursais, e caso não venham a ser apresentadas, seja nomeado advogado dativo, a fim de evitar arguição de eventual nulidade.

Às fls. 2017/2023, constam cópias dos mandados de intimação expedidos aos patronos dos apelantes, a fim de apresentarem suas razões recursais, em cumprimento ao despacho de fls. 2003/2004.

Às fls. 2029/2036, a apelante NILDA FERREIRA LOPES apresenta suas razões de apelação, sustentando, em preliminar, a suspensão condicional do processo, eis que o delito que lhe foi imputado tem a pena mínima de 01 ano de reclusão e, no mérito, pugna pela sua absolvição ou pela diminuição das sanções que lhe foram aplicadas.

Às fls. 2038/2160, os apelantes CESAR CANDIDO DE QUEIROZ NETO e GALBA VIANNA DA CUNHA LIMA apresentam suas razões recursais, sustentando, em síntese, a inexistência de comprovação nos autos, quanto à remessa, ainda que lícita, de moeda para outro país, bem como de falsidade ideológica, uma vez que os preços constantes das escrituras de compra e venda das CPR's seguiram um critério plausível, conforme admitiram os próprios peritos do SECRIM, além de ainda ressaltarem a ocorrência da consunção, no que se refere aos delitos de gestão fraudulenta, evasão de divisas e falso.

Postulam, ainda, a redução das penas aplicadas, sob a alegação de que teriam sido estas fixadas em patamares extraordinários, finalizando com o pedido de perícia de mercado financeiro, objetivando restabelecer o direito dos recorrentes à ampla defesa.

Às fls. 2245/2275, CARLOS DE CASTRO LYRA apresenta suas razões de apelação, onde sustenta não haver praticado qualquer ato ilegal na administração da Fundação Xapuri, além de ressaltar que a sanção que lhe foi imposta pelo *decisum* de primeiro grau, pela prática dos delitos de formação de quadrilha, evasão de divisas e falsidade ideológica, fundam-se em meras suposições de funcionários do BACEN, e não em fatos efetivamente ocorridos.

Sustenta, ainda, sua inocência, além de refutar a aplicação do concurso material entre os delitos de gestão fraudulenta, evasão de divisas e do falso, cabendo ser reconhecida a figura da consunção, na hipótese.

Finalmente, postula a realização de perícia de mercado financeiro requerida pelos outros réus, como forma de comprovação da legitimidade e legalidade de suas atuações e o reconhecimento de seu direito à ampla defesa.

Às fls. 2279/2301, a douta Procuradoria Regional da República, através do Dr. NÍVIO DE FREITAS SILVA FILHO, apresenta suas contra-razões, opinando pelo total improvimento dos recursos interpostos pelos quatro réus acima mencionados, refutando, outrossim, todos os argumentos trazidos pelos apelantes.

Às fls. 2303/2306, o BACEN apresenta suas contra-razões aos recursos apresentados pelos quatro réus acima referidos, reportando-se aos termos das razões invocadas pelo *Parquet* Federal, além de salientar que o comando do artigo 22 da Lei 7492/86, bem como de seu parágrafo, é íntegro e apto a embasar o decreto condenatório, devendo ser totalmente afastada a hipótese de *abolitio criminis*

Por fim, ressalta que a maior parte dos delitos contra o Sistema Financeiro Nacional trazidos à apreciação da Justiça Pública, tal como ocorre com o presente feito, constituem resultado de laborioso trabalho investigatório envidado pelo Departamento de Fiscalização e Comissão de Inquérito (Lei 6024/74), nos limites de suas atribuições específicas, ao fim do qual são acionadas as autoridades competentes.

É o relatório.

À douta Revisão.

Rio de Janeiro, 17 de outubro de 2002.

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ESPIRITO SANTO
RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ESPIRITO SANTO
APTE: JUSTIÇA PÚBLICA
ASSIST.: BANCO CENTRAL DO BRASIL
APDO: NILDA FERREIRA LOPES
ADV: LUIZ CARLOS FERRARI GONÇALVES
APDO: CESAR CANDIDO DE QUEIROZ NETO e GALBA VIANNA
DA CUNHA LIMA
ADV: NELIO ROBERTO SEIDL MACHADO e outros
APDO: SIZENANDO ALVES TEIXEIRA
ADV: PASCOAL DOS SANTOS CIRILLO
APDO: CARLOS DE CASTRO LYRA
ADV: LAERCIO LEMOS
APDO: SÉRGIO ADELSON
ADV: TÉCIO LINS E SILVA e outros
APTE: CESAR CANDIDO DE QUEIROZ NETO e GALBA VIANNA
DA CUNHA LIMA

ADV: NELIO ROBERTO SEIDL MACHADO e outros

APTE: NILDA FERREIRA LOPES

ADV: LUIZ CARLOS FERRARI GONÇALVES

APTE: SÉRGIO ADELSON

ADV: TÉCIO LINS E SILVA e outros

APTE: SIZENANDO ALVES TEIXEIRA

ADV: PASCOAL DOS SANTOS CIRILLO

APTE: CARLOS DE CASTRO LYRA

ADV: LAERCIO LEMOS

APDO: JUSTIÇA PÚBLICA

APDO: BANCO CENTRAL DO BRASIL

VOTO

O Desembargador Federal **PAULO ESPIRITO SANTO**

A hipótese dos autos traduz matéria bastante delicada, em face das nuances e dificuldades naturais sobre a sua efetiva concretização, até mesmo porque os fatos, *de per se*, mostram-se pouco suficientes para embasar uma conclusão inequívoca acerca da atividade criminosa.

Aliás, esta dificuldade foi bastante abordada pelo douto Julgador de primeiro grau, conforme se infere da sentença de fls. 1641/1741, daí a cautela demonstrada por S.Exa ao longo de todo o *decisum*.

Assim, como bem ressaltou o ilustre Julgador de primeiro grau, às fls. 1668, *verbis*:

“A compreensão dos fatos impõe paciência e análise cuidadosa. Aliás, pela leitura da fundamentação que serviu à rejeição das preliminares suscitadas pela defesa de GALBA VIANNA, CESAR QUEIROZ, JOSÉ DA SILVA MARQUES e CARLOS LYRA constitui etapa essencial. Não se está a tratar com crimes perceptíveis de imediato, mas com operações formalmente lícitas e que só revelam o simulacro de que estão revestidas quando cotejadas umas com as outras, em face do contexto em que produzidas.”

Tendo em vista a complexidade que envolve os fatos objeto dos autos e o número de réus, cumpre proceder-se a uma análise individualizada, propiciando, assim, uma melhor compreensão sobre o entendimento norteador das conclusões do presente voto.

Embora a peça inicial acusatória narre todo o desenrolar dos fatos e das ações praticadas pelos réus, verifica-se que, a partir das alegações finais, tornam-se mais inteligíveis as atividades desenvolvidas ao longo do tempo, além, é claro, de já se ter, a esta altura, alcançado um nível de instrução do feito, quanto à matéria fática bastante satisfatório.

Neste passo, chega-se à sentença de primeiro grau, contra a qual se insurgem, tanto a Justiça Pública, quanto os réus.

Parece-me mais conveniente iniciar a análise das questões trazidas pelos réus, para, ao final, tecer considerações sobre a postulação, em grau de recurso, apresentada pelo douto Procurador da República.

CESAR CANDIDO QUEIROZ NETO e GALBA VIANNA DA CUNHA LIMA – Em preliminar, argüem o cerceamento de defesa, em virtude de ter sido negado o pedido de realização de perícia por *expert* em mercado financeiro, eis que aquela realizada, no feito, teria se configurado, segundo os apelantes, como perícia contábil. Requerem, ainda, a formulação de quesitos suplementares, pleiteando, pois, a nulidade da sentença de primeiro grau.

No mérito, após apresentarem uma recapitulação fática de toda a instrução criminal, invocam a inexistência do delito de evasão de divisas, asseverando que restou comprovado que nenhum cheque ou valor foi emitido por qualquer réu em moeda estrangeira, salientando, ainda, que a moeda nacional não pode se evadir, não sendo divisa, de acordo com a sua definição legal.

Requerem, portanto, a sua absolvição quanto à prática do delito previsto no artigo 22 da Lei 7492/86, por não haver qualquer evidência de terem eles promovido a evasão de divisas, bem como não se haver demonstrado a efetiva saída de numerário para o exterior, sendo que, no único caso comprovado, isto é, do BANCOPAR, restou demonstrado que o encaminhamento do dinheiro se deu pelas vias legais e regulamentares.

Sustentam, também, que, na qualidade de ex-administradores da Padrão, não violaram qualquer norma legal ou estatutária ou mesmo regulamentar emanada do Conselho Monetário Nacional ou do próprio BACEN, descabendo, assim, a condenação pela prática do delito de gestão fraudulenta.

No que tange ao delito de formação de quadrilha, ratificaram que os atos praticados estavam sob o manto da legalidade, conforme conclusão em processo administrativo instaurado pelo BACEN, não se configurando, portanto, a irregularidade apontada no feito, como o objetivo dos réus.

Aduzem, também, a inexistência de qualquer declaração falsa ou inverídica nos documentos de compra e venda dos CPR's celebrados entre a Canterwood e o Sr. José de Souza Marques, por haver sido fixado preço viável aos títulos.

Argüem, ainda, a exemplo dos outros réus, que a falsidade ideológica consistiu em passo necessário à perpetração do delito de evasão de divisas, asseverando que se o delito de *falsum* foi reconhecido como um elemento integrativo do crime de gestão fraudulenta, verificou-se o instituto da

consunção, eis que o crime especial absorveu toda a extensão da alegada falsidade ideológica.

No que tange à dosimetria da pena, os apelantes alegam que o decreto condenatório exacerbou ao fixar a sanção penal, que se demonstrou desproporcional, não tendo influenciado o Juiz sentenciante a primariedade, os bons antecedentes, a vida social ilibada, além de ressaltar que as circunstâncias apresentadas na sentença para agravar as penas fixadas, constituem elementos dos próprios tipos penais pelos quais foram condenados, e, finalmente, se insurgem contra os valores estabelecidos para a pena pecuniária, que, igualmente, não teriam refletido uma avaliação serena da capacidade econômica dos recorrentes.

CARLOS DE CASTRO LYRA - Sustenta que na administração da Fundação Xapuri não praticou qualquer ato ilegal, tendo obedecido integralmente as normas e leis vigentes, além de salientar a inexistência de prova nos autos sobre a sua participação nos delitos de gestão fraudulenta, evasão de divisas e falsidade ideológica.

Ressalta, ainda, que o crime de *falsum* teria sido absorvido pelos crimes de gestão fraudulenta e evasão de divisas, razão pela qual requer o reconhecimento da consunção.

Finalmente, pleiteia a realização de perícia de mercado financeiro, a fim de possibilitar a sua ampla defesa.

SIZENANDO ALVES TEIXEIRA – Requereu a redução pela metade do prazo prescricional em seu favor, eis que nascido em 27/06/1925, já conta com mais de 70 (setenta) anos, conforme dispõe o artigo 115 do CP.

Requer o reconhecimento da prescrição quanto ao delito de quadrilha, além de salientar a sua total inocência quanto aos delitos que lhe foram imputados de evasão de divisas e falsidade ideológica.

Por fim, solicita que as razões recursais também sejam recebidas como contra-razões ao apelo do Ministério Público Federal.

SÉRGIO ADELSON – Postula a nulidade das declarações obtidas pelo Ministério Público Federal em Foz do Iguaçu, posto que não respeitado o princípio constitucional do contraditório.

Ressalta a inexistência de comprovação quanto à prática do delito de evasão de divisas, eis que os cheques por este recebidos da empresa Canterwood teriam sido depositados em território brasileiro, aduzindo, ainda, a ocorrência da *abolitio criminis*, uma vez que legislação complementar teria deixado de exigir a prévia autorização do BACEN para o envio de moeda ao exterior.

No que tange ao crime de falso, ressalta que o valor lançado nas escrituras corresponde aos valores futuros das árvores, inexistindo, portanto, qualquer declaração falsa ou inverídica nos aludidos documentos.

Insurge-se, por fim, contra a fixação da pena corporal e pecuniária, motivo pelo qual postula a sua redução.

Igualmente, pede que as razões do recurso sejam recebidas como contra-razões ao apelo interposto pelo Ministério Público Federal.

NILDA FERREIRA LOPES – Em preliminar, pleiteia a suspensão condicional do processo, sob o argumento de que a pena mínima cominada ao delito que lhe foi imputado é de 01 ano de reclusão.

No mérito, pugna pela sua absolvição, sustentando não haver praticado os delitos objeto do decreto condenatório proferido em primeiro grau de jurisdição, ou ainda, requer a diminuição das sanções que lhe foram impostas.

Uma vez relatados, em síntese, os argumentos trazidos pelos réus, em seus apelos, cabe esclarecer que a douda sentença de primeiro grau narrou de forma clara e objetiva todo o desenrolar dos fatos ocorridos, de forma cronológica, objetivando demonstrar os fundamentos que levaram o ínclito Julgador a proferir o decreto condenatório, aliado ao fato de que as transações objeto do presente envolvem vultosa quantia em dólares.

A argüição preliminar de cerceamento de defesa formulada pelos réus – CESAR, GALBA e CARLOS, não merece prosperar, eis que foi produzida prova pericial (fls. 1269/1304), não sendo admissível acolher-se a tese dos três apelantes, no sentido de ser realizada nova prova pericial, sob o argumento de que o perito deva ser expert em mercado financeiro.

Na verdade, o laudo apresentado caracterizou de forma bastante clara todas as atividades desenvolvidas pelos réus, que serviram de base para fundamentar a decisão proferida pelo Julgador a quo.

Como bem salientou o ilustre Magistrado a quo, às fls. 1663:

“Não houve cerceamento de defesa pelo indeferimento da complementação da perícia. Com efeito, uma vez deferida a perícia, o Juízo, preocupado com a validade da prova em função de incidentes verificados em processos de natureza semelhante, em que se questionava a parcialidade dos peritos em função do cargo público ocupado, intimou as partes para se manifestarem acerca da escolha dos mesmos (cf. despacho de fl.1221). A defesa dos mesmos réus afirmou, no particular, que a “escolha dos Peritos ao que podem supor, não recaiu em experts do mercado financeiro, o que por certo poderá acarretar a imprestabilidade da prova.”

Mais adiante, asseverou S.Exa., às fls. 1664, que:

“Após a apresentação do laudo pericial pelos peritos do Juízo, que não foi favorável às pretensões defensivas, ao invés de sustentar a falta de conhecimento técnico dos experts como fizera anteriormente, a defesa passa a sustentar a parcialidade dos técnicos, o que já havia sido superado anteriormente e restado precluso pelos despachos anteriores acima referidos. Repito, mais uma vez, que a eventual pecha de parcialidade pelo cargo público ocupado pelos peritos já havia sido objeto de preocupação do Juízo, e que as defesas não a alegaram apesar de intimadas para se manifestar acerca do assunto, cingindo-se à provável falta de conhecimento dos técnicos. Essa argumentação foi rejeitada pelo Juízo, conforme a fundamentada promoção de fls. 1342/1343.

A defesa deixou transcorrer “in albis” o prazo de 30 (trinta) dias conferidos pelo Juízo para juntar laudos próprios, e que, conforme restou expresso do referido despacho, “conforme o princípio da verdade real, vigente no ordenamento constitucional pátrio, ser(iam) postos à disposição do Juízo com a mesma força probante do laudo pericial oficial já produzido.”

Pelo exposto, fica claro que a preliminar de cerceamento de defesa não possui seriedade. A defesa foi instada a se manifestar antes da realização da perícia, e nada argüiu acerca dos peritos do Juízo, além da falta de conhecimentos técnicos. Após a apresentação do laudo, reconhece os conhecimentos técnicos dos peritos e passa a argüir parcialidade da prova, requerendo a realização de outra com experts do mercado. Indeferida a pretensão, pelos argumentos expostos, facultando a juntada de laudos próprios, a defesa renuncia a seu direito, insistindo em complementação da perícia, em evidente contradição, pois se duvida da seriedade da prova e da imparcialidade dos peritos, oficiais, incongruente que queira deles outros esclarecimentos.”

A nulidade de depoimentos invocada pelo apelante SERGIO ADELSON, igualmente não procede, posto que a instrução criminal em juízo deu-se em conformidade com os ditames constitucionais e legais pertinentes, tendo sido observados os princípios da ampla defesa e do contraditório, descabendo, pois, a postulação de nulidade, uma vez que todos os fatos vieram a ser objeto de comprovação em Juízo.

No que tange ao argumento invocado pelo réu SERGIO ADELSON, quanto à ocorrência da *abolitio criminis*, igualmente, não merece prosperar.

Verifica-se que a Circular 2409, à qual se reporta o réu (fls. 1878), já revogada, exigia exatamente a comprovação documental para a transferência ao exterior da moeda nacional.

A assertiva também trazida pelo réu quanto à Circular 2494/94, no sentido de que tal documento teria suprimido os limites existentes para as modalidades de compra e venda de moeda estrangeira, na verdade, a inexistência de autorização e comprovação documental para a transferência de moeda para o exterior, somente se fazia em algumas hipóteses ali elencadas, dentre as quais, pode-se destacar, o turismo, fins educacionais, tratamento de saúde, etc.

Restou, pois, evidente que as operações realizadas pelo réu não se enquadram nas hipóteses previstas na Circular, conforme acima mencionado.

Nestas condições, não há como se aplicar as normas invocadas pelo apelante, eis que, na verdade, nenhuma delas realmente isentou a operação de transferência de moeda para o exterior dos requisitos estabelecidos pelo Banco Central, razão pela qual não houve a *abolitio criminis*, conforme quer fazer crer o apelante.

Com relação ao reconhecimento do instituto da consunção argüido por CESAR, GALBA, CARLOS, entendo que este não se configurou, na hipótese, eis que os delitos de falsidade ideológica e evasão de divisas foram praticados em momentos distintos, não cabendo a aplicação do referido instituto.

Uma coisa foi promover a evasão de divisas, enviando moeda estrangeira para o exterior, através das transações levadas a efeito pelos réus; outra consistiu na inserção de dados falsos ou inverídicos nos documentos públicos, relativos às escrituras de compra e venda dos terrenos permutados com a aquisição de títulos constituídos nos CPR's.

Assim sendo, não vejo como prosperar a tese defendida pelos réus acima mencionados, no sentido de se reconhecer a absorção do crime de falso pelo crime de evasão de divisas.

Na verdade, como bem salientou o ilustre Julgador de primeiro grau, ao passar à dosimetria da pena, caberá aferir que a prática do delito de falso serviu para encobrir o crime de evasão de divisas, configurando-se a agravante prevista no artigo 61, II, b, do Código Penal.

Cabe, ainda, proceder-se a algumas observações, diante dos argumentos trazidos pelos réus, ora apelantes, objetivando isentar-se das penas restritivas de liberdade que lhes foram impostas pelo Julgador de primeiro grau, além das penas pecuniárias, igualmente, cominadas pelo sentenciante.

a) No que tange à alegada inocência dos apelantes em relação à prática do delito capitulado no artigo 22 da Lei 7492/86 (evasão de divisas), deve ser salientado que as operações realizadas pelos réus, na verdade, tinham o objetivo de remeter divisas ao exterior.

Como bem ressaltou o *decisum* recorrido, às fls. 1693:

“Têm-se, diante desse contexto, a seguinte esdrúxula situação: de um lado, uma fundação sem fins lucrativos que auferiu lucros de mais de 65 milhões de dólares, sem despende um único centavo e que canalizou esses recursos integralmente à compra de títulos “micados”, aplicando em suas verdadeiras atividades sociais valores insignificantes. De outro, temos a pulverização dos recursos auferidos pela venda dos títulos a essa mesma fundação por preços superavaliados.”

Mais adiante, asseverou S.Exa., às fls. 1699, que:

“Em face do contexto probatório, torna-se evidente a ocorrência do crime de evasão de divisas, este considerado pela doutrina como crime comum e consumado, em se tratando da hipótese prevista no parágrafo único do artigo 22 da Lei 7492/86, com a efetiva saída dos recursos do país sem o conhecimento das autoridades fiscais e monetárias. Impende ressaltar que, ainda que não houvesse a prova da saída física das divisas do país – o que não é o caso ante a fundamentação do tópico anterior – “a evasão não pressupõe, necessariamente, a saída física do numerário, consistindo, de fato, no prejuízo às reservas cambiais brasileiras, independentemente de estar entrando ou saindo o dinheiro do País.

A consumação do crime de evasão de divisas, por outro lado, confirma a ocorrência dos demais delitos conexos imputados aos réus. E isto porque, no curso do iter criminis, foram cometidos outros delitos com potencialidades lesivas próprias – e portanto não absorvidos – pelos réus.”

b) No que concerne ao crime de gestão fraudulenta (CESAR e GALBA), igualmente, não há como acolher a tese de que os atos praticados, o foram, de acordo com a lei e as normas estatutárias sobre a administração da Corretora e os procedimentos adotados no mercado financeiro.

A respeito deste aspecto, vale transcrever o trecho da R. sentença recorrida, às fls. 1702:

“No que concerne à administração fraudulenta da PADRÃO, observo que, além das operações que escamoteavam a evasão de divisas do país, também restou provada a existência de “caixa 2”. O relatório do BACEN é elucidativo no particular, ao exemplificar as transferências efetivadas da contabilidade oficial para aquela lançada por CARLOS BRASIL em disquetes apreendidos pela fiscalização. Observa-se que diversos lançamentos eram feitos em benefício dos acusados CESAR CANDIDO e GALBA VIANNA, dentre outros, a afastar qualquer eventual dúvida acerca de ignorância. Insta observar que os funcionários CLEBER RIBEIRO, Auxiliar de Custódia

da PADRÃO e CARLOS EDUARDO BRASIL, Auxiliar de Tesouraria da PADRÃO, acerca das evidências coligidas pelo BACEN, limitam-se a dizer que desconheciam as anotações. Era certo, porém, que CARLOS EDUARDO BRASIL e CLEBER RIBEIRO efetuavam os lançamentos no computador, conforme as declarações de fls. 92, 96 e 99 do volume 3 apenso, confirmadas judicialmente por EDSON FERREIRA no que concerne a “CADI”(...)

Mais adiante, ressaltou o ínclito Magistrado, às fls. 1702, *in fine*/1703:

“Também a caracterizar a gestão fraudulenta, está a observação no sentido de que CESAR CANDIDO e GALBA VIANNA obtinham adiantamentos irregularmente através de resgate de operações através do SELIC e CETIP, cujos valores faziam parte do capital de giro da PADRÃO. Embora os fatos pudessem ensejar o cometimento do delito descrito no art. 17 da Lei nº 7492/86, conforme aventado pelo próprio BACEN, tal imputação não foi formulada na denúncia, não podendo haver um juízo condenatório em relação a eles. Contudo, ainda que não ensejem uma acusação conexa, servem a ilustrar o expediente fraudulento de que se utilizavam os acusados para desempenhar suas atividades empresariais. Chamo atenção para o fato de que, conforme o BACEN, a prática irregular foi detectada em 24.03.92, tendo, na ocasião, sido alegado desconhecimento da ilicitude, sendo certo que os réus nela insistiram em 09.11.93 e 15.04.93.

Além disso, através de ardil, buscaram encobrir a fraude, revelando ciência não só dos objetivos escusos da Fundação XAPURI, como também evidência de participação na administração fraudulenta da DTVM da qual eram sócios. Não bastasse a prova de que JOSÉ DA SILVA MARQUES, na verdade, não auferiu o numerário decorrente da venda dos CPR's para a XAPURI, com a intermediação da PADRÃO e de que tudo não passou de “fachada” para uma operação disfarçada de remessa de divisas para o exterior, está a constatação feita pelo BACEN de que a quantia de CR\$ 6.000.000,00 (seis milhões de cruzeiros reais) devida a JOSÉ DA SILVA MARQUES a ele não foi entregue, apesar de constar como saldada por declaração firmada pelo procurador SIZENANDO TEIXEIRA. Conforme consta à fl. 85 do volume 1 do apenso, com base nas declarações de NILTON GOMES DA SILVA que constam às fls. 99/100 do volume 3 apenso, a suposta quitação foi introduzida na contabilidade da PADRÃO após a intervenção, sendo certo que na data aprazada não houve emissão de cheque naquele valor, mesmo porque a PADRÃO não o possuía em caixa. Tais fatos reforçam não só a prova de que JOSÉ MARQUES foi usado deliberadamente na operação, e que o ardil e fraude eram empregados na administração da PADRÃO. NILTON GOMES DA

SILVA, inclusive, foi taxativo ao dizer, referindo-se a tal declaração, que “a contabilizou no dia 16.11.93, vez que os Diretores da PADRÃO (Sr. Galba e Sr. Cezar) assim determinaram (...)”.

c) No que se refere ao delito de formação de quadrilha, também, restou configurado nos autos o liame existente na atuação de cada um dos réus, objetivando a prática dos delitos narrados na peça inicial acusatória e que foram objeto de análise detalhada pelo douto Juízo a quo (fls. 1700):

“O crime de quadrilha depende, para sua consumação, da demonstração inequívoca de permanência e estabilidade entre os membros, unidos pela perspectiva de cometimento de crimes. No caso dos autos, a permanência é revelada pelo esquema cronológico dos fatos constante à fl. 127 do volume 1 do apenso. A estabilidade, por outro lado, é revelada pelas diversas operações realizadas, em curto espaço de tempo, conforme as operações day trade sucediam-se, os CPRs eram adquiridos pela XAPURI e os recursos dispersos, na forma já analisada tópicos acima. Releva citar, no particular, que o esquema criminoso foi cuidadosamente montado, atribuindo a cada agente determinada função, de forma a dar ares de legitimidade às formalmente legais operações que mascaravam os reais objetivos do grupo: a evasão de divisas do país. Aliás, no que concerne à preparação e aos vínculos associativos do grupo, basta observar a enorme complexidade dos fatos, revelada pela divisão de tarefas, incumbindo a JOSÉ DA SILVA MARQUES a alimentação do esquema de CPRs; à PADRÃO (leia-se GALBA VIANNA e CESAR QUEIROZ) a criação dos recursos; à XAPURI (leia-se CARLOS LYRA) a função de aquisição de CPRs; à SIZENANDO TEIXEIRA e SÉRGIO ADELSON, a dispersão das milionárias quantias.”

d) Finalmente, quanto ao crime de falsidade ideológica, igualmente, não restou dúvida sobre a prática do referido delito, eis que demonstrado nos autos, a disparidade entre os valores de mercado dos CPR's e os valores atribuídos nas transações realizadas pelos réus.

Conforme se pode depreender da R. sentença de primeiro grau (fls. 1675/1676):

“Apesar da situação de mais completa ignorância de NILDA LOPES FERREIRA e JOSÉ DA SILVA MARQUES em relação aos assuntos “mercado financeiro” e “CPRs” realizaram negócio de cerca de 31 milhões de dólares, sendo que JOSÉ DA SILVA MARQUES não sabe onde está o dinheiro supostamente auferido, não sabe o valor dos títulos que negociou, não tem idéia do valor do imóvel que transacionou; nada sabe acerca das árvores que dariam lastro aos títulos; e nem se preocupou em fazer qualquer verificação porque “tinha medo de levar flechadas de índios” e porque caso

descobrisse que não havia árvores “não faria nada”. Já NILDA, detentora de uma modesta associação sem fins lucrativos, reconheceu a “estranheza do negócio realizado”, assinando declaração por ela própria datilografada de forma espontânea e sem qualquer coação, ratificou sua surpresa com os valores perante a RECEITA FEDERAL e o MPF mas refez seu posicionamento após contato com o advogado de JOSÉ DA SILVA MARQUES e com o sócio da PADRÃO, querendo fazer crer que achou um excelente negócio trocar os papéis recebidos, em valor de supostos 31 milhões de dólares, por um imóvel que desconhecia; do qual não tem idéia do valor, e sobre o qual não se preocupou em tomar posse.

Ainda a caracterizar o nebuloso contexto em que se deu a permuta entre a ABCT e JOSÉ DA SILVA MARQUES, saliente-se, conforme o relatório do BACEN, a aparente precariedade financeira da entidade beneficente, “pois na sala onde a referida Associação funciona há móveis e utensílios em precárias condições”. A observação foi mantida em Juízo pela testemunha arrolada pela acusação, aduzindo que “a sociedade é modesta, funcionando numa sala do Méier, com equipamento também modesto”. Ademais, segundo o mesmo relatório, os documentos contábeis da ABCT estavam sob a responsabilidade de EDUARDO CHAVES BURLAMAQUI, com endereço na rua Senador Dantas 117, grupo 1218, exatamente onde funciona a ATA AUDITORIA E CONTABILIDADE S.C., empresa encarregada da auditoria da PADRÃO. Seria razoável admitir a segunda versão de NILDA LOPES – de que não desconfiara da transação – movimentando formalmente dezenas de milhões de dólares diante da precariedade de recursos da ABCT? Seria coincidência que o contador da ABCT trabalhasse na empresa responsável pela auditoria da PADRÃO, em torno da qual o esquema fraudulento foi engendrado?

As respostas parecem óbvias. Especialmente porque, conforme o BACEN, a ABCT tinha ciência do pequeno valor dos títulos dados em permuta, registrados que foram na contabilidade por “valores ínfimos, ou seja, a eles foram atribuídos um valor infinitamente inferior aos imputados posteriormente, quando da negociação dos mesmos pelo Sr. José Marques com a Fundação Xapuri.

Havia uma razão para o alto negócio do valor envolvido. Não que as partes desejassem pagar um maior imposto de transmissão... Conforme se observa pelo teor dos documentos de fl. 239 do volume 1 do apenso, que encaminhava os CPR's adquiridos à PADRÃO para serem negociados, a alienação dos títulos não seria admitida por preço inferior a 90% dos valores “pelos quais os recebi em pagamento”. Ora, se nas escrituras de alienação da fazendola no Espírito Santo constasse o real valor do imóvel, os

CPRs seriam negociados por preço inferior, não servindo aos propósitos de permitir a evasão disfarçada de divisas para o exterior. Ademais, caso as escrituras representassem o real valor de mercado dos CPRs, não se admitiria, mais tarde, a alienação por preço muitíssimo superior à XAPURI, tornando o simulacro evidente.

Outro indicativo de que a aquisição de CPR's da ABCT não passou de simulação está na constatação, conforme declarações de JOSÉ DA SILVA MARQUES, de que tanto FERNANDO OROTAVO JR, que atuou na assessoria jurídica do negócio, como SIZENANDO TEIXEIRA, que o representava perante os “negócios” envolvendo a PADRÃO/XAPURI, agiram graciosamente, sem o pagamento dos respectivos honorários.

Uma última questão, para encerrar a análise do tópico permanece sem resposta: como a defesa de GALBA VIANNA e CESAR QUEIROZ, em alegações finais, sabia que o doador anônimo das CPRs era AYRTON SENNA se dizia que não tinha relação com a ABCT, enquanto que NILDA disse ser o falecido JOSÉ TOVAR? Parece-me que as relações entre a ABCT e a PADRÃO eram mais íntimas do que declarado, conforme já se percebeu ...”

Em outro trecho da sentença recorrida, asseverou o Julgador, às fls. 1686, que:

“(...) a argumentação defensiva teria alguma valia se os CPRs também fossem negociados como “mercadorias” na Bolsa de Valores de Chicago/EUA. Se não o são, os dados trazidos pela defesa de nada servem para o deslinde da causa. É que, em primeiro lugar, os CPRs não tinham cotação em bolsa brasileira ou estrangeira, sendo negociados no mercado de balcão; o preço dos CPRs são fixados conforme a lei da oferta e da procura pelo mercado, em segundo lugar, porque não se pode confundir, conforme a abalizada doutrina citada, os pregões das bolsas de valores e o mercado de balcão, onde são negociados os CPRs no Brasil, com os pregões das bolsas de mercadoria. Se nestas são estabelecidas cotações dos preços das mercadorias; naquelas, de títulos mobiliários, cartulares, literais, autônomos, abstratos, circuláveis e independentes, e que possuem valor de mercado próprio dissociado do valor real do que representam. Não há nenhuma estranheza na afirmação. O valor de uma ação – título representativo do capital das sociedades anônimas – por exemplo, possui cotação de mercado, não representando, necessariamente, o valor patrimonial da sociedade anônima que a emitiu. Aliás, tal característica decorre da natureza do título de crédito, além dos aspectos de ser parte do capital social e fundamento da condição de sócio.

Considerando, portanto, que fundamental para a aferição do valor dos CPR's é o valor de mercado, e não de árvores, resta

comprometida a tese defensiva. Diante dessa exigência, o BACEN e a Receita Federal recorreram ao agente operador do Fiset, o Banco do Brasil, que forneceu a composição das carteiras de títulos e os respectivos custos médios unitários. Conquanto o banco operador só fixe os valores quando da negociação em leilões especiais do Fiset nas Bolsas de Valores, a informação serve como parâmetro para a correta avaliação dos CPRs. Especialmente porque os valores indicados, e reproduzidos na denúncia, vão ao encontro dos resultados da pesquisa realizada pela Receita Federal no curso da ação fiscal.

Assim é que a Receita Federal, em pesquisa junto ao mercado de certificados de participação em reflorestamento, mais especificamente com as empresas MONSEN, LEONARDOS e CIA, IDMA S/A INDÚSTRIAS PLÁSTICAS, SUECOBRAS IND. COM. LTDA., FÁBRICA DE MÓVEIS VALÉRIA LTDA., e PAN RIO PARTICIPAÇÕES LTDA., apurou o valor de mercado dos CPRs. A testemunha arrolada pela defesa, EDGARD RAMOS DE SILVA REGO JR., acerca do assunto, adiantou que “os CPRs têm interesse num nicho específico de mercado; que as características desse nicho de mercado é ser um mercado especulativo; que esses títulos se caracterizam por ser de resgate a longo prazo e serem negociados por um valor muito menor que seu valor de face.”

Mais adiante, asseverou S.Exa. às fls. 1687/1688, que:

“Impõe-se observar que a Receita Federal considerou o valor das transações dos títulos no mercado, dividindo-se pelo número de árvores representadas para atingir a cotação por árvore. O critério não significou a aceitação da tese defensiva, no sentido de que o valor dos CPRs deveria ser apurado pelo preço das árvores segundo a Bolsa de Chicago, conforme já se salientou acima. A quantificação por árvore foi feita apenas propedeuticamente, para evidenciar a discrepância de valores entre o preço de mercado dos títulos e aqueles operados pela XAPURI.

Ainda que houvesse alguma dúvida acerca dos melhores critérios para avaliar o valor dos CPRs – se pelo valor de mercado ou de cada árvore – certo que razão segundo o critério sustentado pela defesa, todos partem do pressuposto de que as árvores existiam. No caso vertente, provado está que a maioria dos projetos de reflorestamento que daria lastro aos títulos, está cancelada ou abandonada, ou seja, que as árvores não existem. A propósito, veja-se a informação prestada pelo IBAMA, juntada às fls. 73/77 do volume 3 do apenso. Repare-se que, dos 25 (vinte e cinco) projetos referidos, 15 (quinze) estão em situação insatisfatória/abandonados, o que representa 60% (sessenta por cento) do total. Ademais, e conforme a mesma informação, “as informações a

respeito dos projetos se referem às datas das últimas vistorias, hoje defasadas no tempo, que podem não refletir a situação atual dos projetos considerados à época satisfatórias. Os documentos de fls. 63/66 do volume 3 do apenso ensejam a mesma conclusão.

Fosse verdadeira a tese defensiva, no sentido de que os CPRs deveriam ter valor fixado de acordo com o preço médio das árvores que representavam, como admitir-se que teriam algum valor diante da constatação de que a maioria das árvores não existia? Na verdade, o fato da XAPURI ter adquirido CPRs de projetos abandonados indica que nunca houve o cuidado de pesquisar a real existência dos projetos de um modo geral.

Também comprovando que os CPRs possuíam pequeno valor no mercado está a constatação de que a ABCT os registrou por “valores índices, ou seja, a eles foram atribuídos um valor infinitamente inferior aos imputados posteriormente, quando da negociação dos mesmos pelo Sr. José Marques com a Fundação Xapuri”. Na contabilidade da ABCT não foram registrados os valores milionários constantes das escrituras entre a entidade e JOSÉ DA SILVA MARQUES. O baixo preço de mercado dos títulos também não era ignorado por JOSÉ DA SILVA MARQUES, que inclusive, o reconheceu expressamente:

“que na verdade trocou seu sítio por títulos cujo valor foi apurado através do preço de mercado das árvores; (...) que o valor dos títulos era elevado apenas no que estava escrito porque na hora da venda não valia tudo aquilo; (...) que sabia que os títulos na verdade, valiam muito menos do que constava da escritura, (...); que quer esclarecer que os referidos títulos tinham um valor real, que ficou consignado na escritura, muito superior ao valor de mercado dos mesmos; que, na época da permuta, não procurou saber o valor de mercado de tais títulos, que sabia que na época o valor de mercado dos títulos era baixo.

A declaração acima transcrita também deixa antever que a opção por considerar o valor das árvores e não o de mercado dos títulos foi proposital.”

Com efeito, cabe trazer à colação parte do R. *decisum* recorrido, que, de forma bastante clara, analisou os fatos narrados, cotejando-os com a instrução criminal produzida nos autos, *in verbis*:

“Fls. 1684 – (...) o laudo pericial elaborado a pedido das partes foi conclusivo no que concerne às operações day trade no sentido de que “o pressuposto fundamental deste tipo de operação é o RISCO, (...) (...) Assim, nas operações em que elementos formadores da mesma são QUANTIFICÁVEIS mas não CONTROLÁVEIS. (...) Assim entendem os Peritos que em ambientes controláveis, poderíamos (...) dizer que tal ocorrência seria impossível. Quanto aos mercados

em que a tônica é o RISCO tais probabilidades seriam NULAS". Observo que as conclusões do laudo pericial corroboram os demais elementos já coligidos e referenciados no presente decisório, de forma que, na remota hipótese de acolhimento em sede recursal da preliminar de nulidade do laudo, as conclusões do Juízo em nada se alterariam."

Em resumo: Verifica-se que as diversas atividades desenvolvidas pelos réus, quer como pessoas físicas ou como prepostos de entidades ou como representantes de outras pessoas físicas, acarretou uma lesão ao Fisco, decorrente da evasão de divisas, cujo valor alcançou cifra superior a trinta e hum milhão de dólares.

Os réus valeram-se, para tanto, da negociação de títulos sem valor, fictícios, uma vez que as CPR's (Certificados de Participação em Reflorestamento) não tinham cotação no mercado de bolsa brasileiro ou estrangeiro, razão pela qual foram "transacionados" em mercado de balcão, cujos valores subordinavam-se à oferta e procura, portanto, vinculados a projetos de reflorestamento, que, na verdade, não existiam, ou já haviam sido abandonados.

E, para dar uma transparência de legitimidade e legalidade às negociações realizadas, encobrendo a real finalidade que seria a evasão de divisas ao exterior, figuraram nas referidas negociações pessoas físicas, entidades sem fins lucrativos, Corretora de Valores Mobiliários, ou seja:

A Fundação Xapuri gozava de imunidade tributária, sem fins lucrativos.

A Associação Brasileira de Combate à Tuberculose – ABCT, teria em seu poder os Certificados de Participação em Reflorestamento – CPR, mediante doação anônima.

A Corretora Padrão DTVM firmou contrato de prestação de serviços com a Fundação Xapuri, no qual constava cláusula prevendo a aquisição de CPR.

A Presidente da ABCT – Nilda Lopes permutou parte dos CPRs com parte de um imóvel pertencente a José Marques, no valor de 11 milhões e 25 mil dólares. Na mesma data, o Sr. José Marques transferiu os títulos (CPRs) à Corretora Padrão.

Posteriormente, nova parte do imóvel de José Marques veio a ser objeto de nova transação, desta feita, com mais CPRs, no valor de 25 milhões e 65 mil dólares.

A ABCT não providenciou o registro da aquisição do imóvel de José Marques, que, por sua vez, não recebia o pagamento integral referente à negociação dos títulos pela Corretora Padrão (que os adquiria em razão do contrato com a Fundação Xapuri).

Parte do pagamento era pulverizado através da emissão de cheques administrativos depositados em contas de pessoas físicas e jurídicas no Paraguai, e em importâncias em espécie.

O representante de José Marques era quem negociava com a Fundação Xapuri.

E, finalmente, a pessoa jurídica denominada CATERWOOD CORPORATION, sediada nas Ilhas Virgens Britânicas, passou a negociar as CPRs com a Fundação Xapuri, através de representante no Brasil.

Vale ressaltar que os títulos foram negociados em valores infinitamente maiores do que o seu real valor, até porque, como já dito, os projetos que davam suporte à valorização dos títulos, na verdade, já não existiam ou tinham sido abandonados.

Assim, foram realizados vários negócios interligados, com a finalidade precípua de enviar o dinheiro ao exterior, sem a devida comunicação às autoridades fazendárias e fiscais brasileiras.

Na verdade, verifica-se, portanto, que a douda decisão recorrida logrou demonstrar que os fatos elencados na peça inicial acusatória, efetivamente ocorreram, embora, como já dito anteriormente, as atividades desenvolvidas por cada um dos réus somente vieram a ter um liame claro e objetivo, após o minucioso relato do douto Magistrado *a quo*, diante de todo o conjunto probatório coligido nos autos.

Nestas condições, não merece qualquer reparo o *decisum* de primeiro grau, no que tange à caracterização dos fatos ocorridos, frente à participação de cada um dos réus no desenrolar dos aludidos acontecimentos, afigurando-se correta a procedência parcial do pedido inicial, nos termos da decisão abaixo transcrita:

- “ISTO POSTO, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido para:*
- 1 – CONDENAR os réus CESAR CANDIDO QUEIROZ NETO e GALBA VIANNA DA CUNHA LIMA FILHO pela prática das condutas descritas nos artigos 4º e 22 da Lei 7492/86, 288 e 299 do Código Penal.*
 - 2 – CONDENAR os réus JOSÉ DA SILVA MARQUES, SIZENANDO ALVES TEIXEIRA, SÉRGIO ADELSON e CARLOS DE CASTRO LYRA pela prática das condutas descritas nos artigos 22 da Lei nº 7492/86, 288 e 299 do Código Penal.*
 - 3 –*
 - 4 – CONDENAR a ré NILDA FERREIRA LOPES pela prática da conduta descrita no artigo 299 do Código Penal e,*
 - 5 -”*

Entretanto, no que tange à dosimetria da pena, neste aspecto, sim, está a merecer pequena reforma a R. sentença de primeiro grau, eis que S.Exa. apenou de forma bastante rígida os réus, diante das circunstâncias subjetivas bem como das conseqüências dos delitos em discussão.

Ao apreciar as circunstâncias judiciais subjetivas e objetivas, o douto Magistrado *a quo*, a par de afirmar que os réus não ostentam antecedentes, ainda assim, houve por bem fixar a pena-base bem acima do mínimo legal.

Na verdade, as condutas delitivas em análise e julgamento no presente feito, sem dúvida, graves e de difícil comprovação fática, devem receber reprimendas compatíveis com os tipos penais em que restaram enquadrados os réus, sem, contudo, deixar de levar em consideração a primariedade e a ausência de registros de antecedentes, os quais devem ser apreciados pelo Julgador no momento da apenação, de acordo com o disposto no artigo 59 do Código Penal.

DOS PROCEDIMENTOS TRIFÁSICOS PARA AS INDIVIDUALIZAÇÕES DAS PENAS

Em análise das circunstâncias dos delitos, passo a articulá-las:

Os motivos elencados por S.Exa, ao discorrer sobre a aplicação do artigo 59 do Código Penal, analisando a personalidade, conduta social, antecedentes, além das circunstâncias e conseqüências dos delitos praticados, embora aceitáveis, não me pareciam suficientes para embasar uma fixação de pena-base acima do mínimo legal.

Não se pode olvidar que o legislador, ao estabelecer os limites e parâmetros para as penas cominadas a cada um dos delitos inseridos na lei substantiva penal, o fez, de forma a conceder ao aplicador da lei, a oportunidade de optar pela reprimenda mais compatível e adequada ao caso concreto, sendo, para isso, fixados outros elementos subjetivos e objetivos que envolvem a atividade criminosa e seus agentes.

Na realidade, inexistindo registro de antecedentes criminais, e, configurando-se a primariedade do réu, não me pareceria razoável apená-lo com reprimenda acima do mínimo legal, até porque tal quantitativo de pena restritiva de liberdade, tem por escopo exatamente atuar na reprovabilidade da conduta do agente, que, em sendo primário e de bons antecedentes, certamente, tentará livrar-se de tal ônus, objetivando o seu retorno ao seio da sociedade.

Todavia, atendendo às ponderações e votos posteriores de meus E. Pares, no sentido de que a redução das penas-bases inicialmente proposta em meu voto (que reduzia para o patamar inicial de 02 anos) se afiguraria pouco rígida, em face da gravidade do caso, decidi alterá-las imediatamente

para que a redução da pena-base referente aos crimes de evasão de divisas e de gestão fraudulenta fossem de 05 (cinco) anos para 04 (quatro) anos, no que tange aos réus condenados em primeiro grau, pela prática do referido delito, mantendo-se, quanto aos demais delitos a pena fixada pelo Juízo de primeiro grau, além da pena de multa, que restou alterada apenas no que tange aos réus Cesar e Galba, cujo dia-multa passou a ser de 02 (dois) salários mínimos e não como estipulado pelo Magistrado *a quo*.

Nestas condições, passo, então, à fixação da pena dos réus CESAR E GALBA, eis que ambos apresentam as mesmas condições subjetivas e objetivas, no âmbito dos fatos e circunstâncias narradas no presente procedimento criminal.

1 – Pelo crime de evasão de divisas (art. 22 da Lei 7492/86), fixo-lhes a pena base em 04 anos de reclusão e 300 dias-multa, aumentando-as de 06 meses e 50 dias-multa, em razão do disposto no artigo 62, I, do CP, eis que ambos organizaram a cooperação no crime, tornando-as definitivas em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 350 (cento e trinta) dias-multa.

2 – Pelo crime de gestão fraudulenta (art. 4º da Lei 7492/86), fixo-lhes a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão e 300 (trezentos) dias-multa, tornando-as definitivas, à míngua de outras causas de aumento ou de diminuição da pena.

3 – Pelo crime de falsidade ideológica (art. 299 do CP), fixo-lhes a pena-base em 03 (três) anos de reclusão e 300 dias-multa, majorando-as em 06 (seis) meses de reclusão e 50 dias-multa, em virtude do cometimento do delito em questão para encobrir outro, qual seja, evasão de divisas, de acordo com o que dispõe o artigo 61, II, b, do CP. Aumento-as em 06 meses de reclusão e 50 dias-multa, em face dos valores fixados para as CPRs pelos réus, na qualidade de dirigentes da empresa PADRÃO, frente ao disposto no artigo 62, I, do CP, tornando-as definitivas em 04 (quatro) anos de reclusão e 400 (quatrocentos) dias-multa, limitada a 360, de acordo com o art. 49 do CP.

4 – Pelo crime de quadrilha (artigo 288 do CP), fixo-lhes a pena-base em 02 (dois) anos de reclusão, aumentando-as de 06 (seis) meses em observância ao disposto no artigo 62, I, do CP, por terem os réus organizado a cooperação no crime, tornando-as definitivas em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Em face do concurso material (artigo 69 do CP), somo as penas restritivas de liberdade cominadas aos réus, perfazendo um total de 15 (quinze) anos de reclusão e 1010 (hum mil e dez) dias-multa, fixadas em 02 salários mínimos cada dia-multa.

No que tange ao pedido formulado pelo Ministério Público Federal, em suas razões recursais, no sentido de ser reconhecida a continuidade delitiva quanto ao crime de falsidade ideológica, entendo perfeitamente presente, no caso, porque o que se vislumbra no contexto deste caso, na verdade, seriam, em tese, fatos típicos independentes que, a rigor, poderiam configurar crimes autônomos com os efeitos do concurso material, ou até, em última análise, em concurso formal, apesar da nítida diversidade de ações.

Ocorre que a argumentação para o não acolhimento da continuidade delitiva acaba sendo de certa forma contraditória, porque do contexto criminoso poderia ser tirado ilação plausível no sentido da diversidade do delito, o que seria prejudicial aos réus.

Como o crime continuado não deixa de ser uma modalidade de crime que visa beneficiar o réu, sobretudo, em hipótese de grande reflexo penal, não vejo no não acolhimento da modalidade continuada como uma postura jurisdicional (ou mesmo ministerial), tendente a aprofundar a reprimenda criminal.

Vejo como acontecimento bastante plausível e respaldado no conjunto de fatos demonstrado nos autos, que de um lado, afastando a gravidade das conseqüências da cumulação de penas, em face do eventual concurso material, de outro, não deixa de reconhecer de uma forma conjunta a multiplicidade das condutas reprováveis dos réus.

O crime continuado surgiu no Direito mundial (não é invenção brasileira) exatamente para evitar que se apenasse corretamente um ladrão de 10 (dez) galinhas (uma a cada dia) com dez penas de furto, que seria um exagero em face dos bens jurídicos atingidos.

No caso em exame esta assertiva histórica e dogmática se encaixa como uma luva, ainda mais porque, a conseqüência jurídico-penal dos crimes praticados é muito grande e haveria em caso de soma de penas uma escandalosa desproporção.

Por tal motivo, acolho a apelação do Ministério Público Federal para que se tenha como circunstância especial do delito de falsidade ideológica, continuando na terceira fase do procedimento trilógico da fixação da pena, o aumento de 1/6 (um sexto).

O acolhimento do concurso material anterior se deu em relação a cada crime considerado, o que é correto. Todavia, poder-se-ia, até, aplicar o concurso material, específico ao crime de falsidade ideológica.

Neste ponto, entendo que não poderia incidir nova causa especial de aumento, mas sim a continuidade delitiva em relação ao referido crime, como dito anteriormente.

Nestas condições, a pena fixada para o crime de falsidade ideológica em relação aos réus CESAR e GALBA, em 04 anos de reclusão e 400 dias-multa, com o aumento de 1/6 pela continuidade delitiva, prevista no artigo 71 do Código Penal, passa para 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 466 (quatrocentos e sessenta e seis) dias-multa, limitada a 360 dias-multa, de acordo com o art. 49 do CP.

Finalmente, aplicando-se o concurso material, em relação aos vários crimes cometidos, o total de pena aplicada aos réus CESAR QUEIROZ E GALBA VIANNA passa a ser de **QUINZE ANOS E OITO MESES DE RECLUSÃO E HUM MIL E DEZ DIAS MULTA, NO VALOR DE 02 (DOIS) SALÁRIOS MÍNIMOS, CADA DIA-MULTA.**

Passa-se, agora, à fixação das penas relativas aos réus SIZENANDO TEIXEIRA e SERGIO ADELSON, uma vez que ambos, igualmente, apresentam as mesmas condições subjetivas e objetivas, no âmbito dos fatos e circunstâncias narradas no presente procedimento criminal.

Primeiramente, deve ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva em relação a ambos os réus, no que tange ao crime de quadrilha, em face do decurso de tempo superior a 04 anos, desde o recebimento da denúncia, até a prolação da sentença, conforme ressaltado pelo ilustre representante do *Parquet* Federal, em suas contra-razões.

Em relação ao réu SIZENANDO ALVES TEIXEIRA, deve ser também reconhecida a prescrição em relação ao crime de falsidade ideológica, tendo em vista já contar com mais de setenta anos de idade, e, por tal motivo, fazer jus à redução pela metade do cômputo do prazo prescricional, conforme estabelece o disposto no artigo 115 do Código Penal.

Com relação aos demais delitos, cabe proceder-se à dosimetria das penas, de acordo com o disposto no art. 59 do CP e demais fases do procedimento trifásico de fixação da pena.

1 - Pelo crime de evasão de divisas (art. 22 da Lei 7492/86) – fixo a pena-base em relação a ambos os réus, em 04 (quatro) anos de reclusão e 300 (trezentos) dias-multa, tornando-as definitivas, à mingua de outras causas de aumento ou diminuição da pena.

Em relação ao réu SIZENANDO TEIXEIRA, restou este condenado apenas pelo crime de evasão de divisas, à pena definitiva de **04 (quatro) anos de reclusão e 300 (trezentos) dias-multa, fixada em ½ salário mínimo cada dia-multa, devendo cumprir a pena em regime aberto, nos termos do disposto no artigo 33 § 2º, letra “c” do Código Penal.**

2- Pelo crime de falsidade ideológica, (art. 299 do CP), em relação ao réu SERGIO ADELSON, fixo-lhe a pena-base em 03 (três) anos de reclusão e 300 (trezentos) dias-multa, majorando-as em 06 (seis) meses de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, em virtude do cometimento do delito em questão para encobrir outro, qual seja, evasão de divisas, de acordo com o que dispõe o artigo 61, II, b, do CP, tornando-as definitivas em 03 (três anos e 06 (seis) meses de reclusão e 350 (trezentos e cinquenta) dias-multa, de acordo com o fixado pelo Juízo de primeiro grau.

Em face do concurso material (artigo 69 do CP), somo as penas restritivas de liberdade cominadas aos réus SERGIO ADELSON, perfazendo um total de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa, fixado o dia-multa em $\frac{1}{2}$ salário mínimo.

No que tange ao pedido formulado pelo Ministério Público Federal, em suas razões recursais, no sentido de ser reconhecida a continuidade delitiva quanto ao crime de falsidade ideológica, entendo perfeitamente presente, conforme fundamentação anterior, relativa aos Réus CÉSAR e GALBA.

Por tal motivo, acolho a apelação do Ministério Público Federal para que se tenha como circunstância especial do delito de falsidade ideológica, na terceira fase do procedimento da fixação da pena, o aumento de $\frac{1}{6}$ (um sexto).

Nestas condições, a pena fixada para o crime de falsidade ideológica em relação ao réu SERGIO ADELSON em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 350 dias-multa, com o aumento de $\frac{1}{6}$ pela continuidade delitiva prevista no artigo 71 do Código Penal, passa para 04 (quatro) anos e 01 (hum) mês de reclusão e 408 dias-multa, limitada a 360 dias-multa, de acordo com o art. 49 do CP.

Finalmente, aplicando-se o concurso material, o total da pena aplicada ao réu SERGIO ADELSON passa a ser de **OITO ANOS E HUM MÊS DE RECLUSÃO E QUATROCENTOS E OITO DIAS-MULTA, NO VALOR DE $\frac{1}{2}$ SALÁRIO MÍNIMO CADA DIA-MULTA, LIMITADA A 360 DIAS-MULTA (ART. 49 DO CP).**

No que se refere ao réu CARLOS DE CASTRO LYRA, deve ser salientada a observação consignada pelo ilustre Magistrado de primeiro grau, quanto à conduta do mesmo, desrespeitosa, durante a instrução criminal, passo à fixação da pena, levando em consideração a referida observação, diante do disposto no artigo 59 do CP.

1 - Pelo crime de evasão de divisas (art. 22 da Lei 7492/86) – fixo-lhe a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão e 310 (trezentos e dez) dias-multa, tornando-a definitiva, à mingua de outras causas de aumento ou diminuição da pena.

2- Pelo crime de falsidade ideológica, (art. 299 do CP), fixo-lhe a pena-base em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 310 dias-multa, majorando-as em 06 meses de reclusão e 50 dias-multa, em virtude do cometimento do delito em questão para encobrir outro, qual seja, evasão de divisas, de acordo com o que dispõe o artigo 61, II, b, do CP, tornando-a definitiva em 03 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

3 – Pelo crime de quadrilha (artigo 288 do CP), fixo-lhe a pena-base em 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão, tornando-a definitiva, na falta de agravantes, atenuantes ou causas especiais de modificação da pena, conforme estipulado pelo Juízo de primeiro grau.

Em face do concurso material (artigo 69 do CP), somo as penas restritivas de liberdade cominadas ao réu, perfazendo um total de 10 (dez) anos e 01 (hum) mês de reclusão e 670 (seiscentos e setenta) dias-multa, fixadas em 01 salário mínimo cada dia-multa.

No que tange ao pedido formulado pelo Ministério Público Federal, em suas razões recursais, no sentido de ser reconhecida a continuidade delitiva, entendo perfeitamente presente, conforme fundamentação anterior, relativa aos Réus CÉSAR e GALBA.

Por tal motivo, acolho a apelação do Ministério Público Federal para que se tenha como circunstância especial do delito de falsidade ideológica, na terceira fase do procedimento trilógico da fixação da pena, o aumento de 1/6 (um sexto).

Nestas condições, a pena fixada para o crime de falsidade ideológica em relação ao réu CARLOS LYRA em 03 (três) anos e 10 meses de reclusão e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, com o aumento de 1/6 pela continuidade delitiva, prevista no artigo 71 do Código Penal, passa para 04 (quatro) anos e 05 (cinco) meses de reclusão e 420 (quatrocentos e vinte) dias-multa, limitada a 360 dias-multa, de acordo com o art. 49 do CP.

Finalmente, aplicando-se o concurso material, o total da pena aplicada ao réu passa a ser de **10 (dez) anos e 01 (hum) mês de reclusão e 670 (seiscentos e setenta) dias-multa, fixada em 01 salário mínimo cada dia-multa.**

No que concerne à ré NILDA LOPES, cabe proceder-se à fixação da pena restritiva de liberdade, em virtude de sua condenação em primeiro grau como incurso nas sanções do artigo 299 do Código Penal.

1 - Pelo crime de falsidade ideológica, fixo-lhe a pena-base em 03 (três) anos de reclusão e 300 dias-multa, majorando-as em 06 (seis) meses de

reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, em virtude do cometimento do delito em questão para encobrir outro, qual seja, evasão de divisas, de acordo com o que dispõe o artigo 61, II, b, do CP, tornando-a definitiva em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 350 (trezentos e cinquenta) dias-multa, correspondente a 1/30 do salário mínimo cada dia-multa.

No que tange ao pedido formulado pelo Ministério Público Federal, em suas razões recursais, no sentido de ser reconhecida a continuidade delitiva, entendo perfeitamente presente, conforme fundamentação anterior, relativa aos Réus CÉSAR e GALBA.

Por tal motivo, acolho a apelação do Ministério Público Federal para que se tenha como circunstância especial do delito de falsidade ideológica, na terceira fase do procedimento trilógico da fixação da pena, o aumento de 1/6 (um sexto).

Nestas condições, a pena fixada para o crime de falsidade ideológica em relação à ré NILDA LOPES em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 350 (trezentos e cinquenta) dias-multa, com o aumento de 1/6 pela continuidade delitiva, prevista no artigo 71 do Código Penal, passa para 04 (quatro) anos e 01 (um) mês de reclusão e 408 dias-multa.

Inexistindo a aplicação do concurso material, eis que a mesma foi condenada somente pela prática do crime de falso, fica o total de pena cominada à ré NILDA LOPES em **QUATRO ANOS E UM MÊS DE RECLUSÃO E QUATROCENTOS E OITO DIAS-MULTA, NO VALOR DE 1/30 DO SALÁRIO MÍNIMO CADA DIA-MULTA, DEVENDO CUMPRIR A PENA EM REGIME INICIAL SEMI-ABERTO, CONFORME DISPOSTO NO ARTIGO 33, § 2º, LETRA “B”.**

DO DISPOSITIVO

DIANTE DO EXPOSTO, DOU PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARA RECONHECER A CONTINUIDADE DELITIVA NO CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA, BEM COMO A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO CRIME DE QUADRILHA, EM RELAÇÃO AOS RÉUS – SIZENANDO TEIXEIRA E SERGIO ADELSON E, DOU PARCIAL PROVIMENTO AOS APELOS DOS RÉUS CESAR QUEIROZ, GALBA VIANNA, SIZENANDO ALVES TEIXEIRA, SÉRGIO ADELSON e CARLOS DE CASTRO LYRA PARA RECONHECER A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DE SIZENANDO TEIXEIRA EM RELAÇÃO AO CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA A TEOR DO DISPOSTO NO ARTIGO 115 DO CÓDIGO PENAL, BEM COMO REDUZIR AS PENAS FIXADAS EM RELAÇÃO AOS

CRIMES DE EVASÃO DE DIVISAS E DE GESTÃO FRAUDULENTA, RESTANDO AS PENAS DEFINITIVAS ASSIM FIXADAS: CESAR QUEIROZ E GALBA VIANNA, 15 anos e 08 meses de reclusão e 1010 dias-multa, fixada em 02 salários mínimos, em regime inicial fechado (art. 33 § 2º, “a” do CP); SIZENANDO TEIXEIRA, 04 anos de reclusão e 300 dias-multa, fixada em ½ salário mínimo, em regime inicial aberto (art. 33, § 2º, “c” do CP); SERGIO ADELSON, 08 anos e 01 mês de reclusão e 660 dias-multa, fixada em ½ salário mínimo, em regime inicial fechado (art. 33, § 2º, “a” do CP); CARLOS DE CASTRO LYRA, 10 anos e 08 meses de reclusão e 670 dias-multa, fixada em 01 salário mínimo, em regime inicial fechado (art. 33, § 2º, “a” do CP) e, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO POR NILDA LOPES, que restou condenada à pena definitiva de 04 anos e 01 mês de reclusão e 408 dias-multa, limitada 360 dias-multa, de acordo com o art. 49 do CP, fixada em 1/30 do salário mínimo, em regime inicial semi-aberto (art. 33, § 2º, “b” do CP), mantido, no mais, os termos da R. sentença apelada.

É como voto.

Rio de Janeiro,

DES. FEDERAL PAULO ESPIRITO SANTO - RELATOR

RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO ESPIRITO SANTO

APTE: JUSTIÇA PÚBLICA

ASSIST.: BANCO CENTRAL DO BRASIL

APDO: NILDA FERREIRA LOPES

ADV: LUIZ CARLOS FERRARI GONÇALVES

APDO: CESAR CANDIDO DE QUEIROZ NETO e GALBA VIANNA DA CUNHA LIMA

ADV: NELIO ROBERTO SEIDL MACHADO e outros

APDO: SIZENANDO ALVES TEIXEIRA

ADV: PASCOAL DOS SANTOS CIRILLO

APDO: CARLOS DE CASTRO LYRA

ADV: LAERCIO LEMOS

APDO: SÉRGIO ADELSON

ADV: TÉCIO LINS E SILVA e outros

APTE: CESAR CANDIDO DE QUEIROZ NETO e GALBA VIANNA DA CUNHA LIMA

ADV: NELIO ROBERTO SEIDL MACHADO e outros

APTE: NILDA FERREIRA LOPES

ADV: LUIZ CARLOS FERRARI GONÇALVES

APTE: SÉRGIO ADELSON
ADV: TÉCIO LINS E SILVA e outros
APTE: SIZENANDO ALVES TEIXEIRA
ADV: PASCOAL DOS SANTOS CIRILLO
APTE: CARLOS DE CASTRO LYRA
ADV: LAERCIO LEMOS
APDO: JUSTIÇA PÚBLICA
APDO: BANCO CENTRAL DO BRASIL

EMENTA

CRIMINAL. DELITOS PERPETRADOS CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. LEI 7492/86. CONCURSO MATERIAL. CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS. GESTÃO FRAUDULENTA. QUADRILHA. FALSIDADE IDEOLÓGICA. CONTINUIDADE DELITIVA COM RELAÇÃO A ESTE ÚLTIMO CRIME.

- Recurso objetivando a reforma da sentença de primeiro grau, que condenou os apelantes nas sanções descritas na Lei 7492/86 e artigos 288 e 299 ambos do Código Penal.

- A denúncia narra as práticas delituosas dos Réus, em relação a atividades ilícitas desenvolvidas no âmbito de instituições como a Fundação Sócio Ecológica e Cultural Xapuri e Associação Brasileira de Combate à Tuberculose – ABCT, além das pessoas jurídicas Corretora Padrão DTVM e Caterwood Corporation (esta sediada nas Ilhas Virgens), através de operações com Certificados de Participação em Reflorestamento – CPRs, de compra de imóvel e de depósitos em contas no exterior.

- Autoria e materialidade dos delitos, devidamente comprovadas, frente ao conjunto probatório coligido nos autos.

- Ocorrência do crime de evasão de divisas, este considerado pela doutrina como crime comum e consumado, em se tratando da hipótese prevista no parágrafo único do artigo 22 da Lei 7492/86, com a efetiva saída dos recursos do país sem o conhecimento das autoridades fiscais e monetárias.

- Em relação à administração fraudulenta da Corretora PADRÃO, foi demonstrado, que, além das operações que escamoteavam a evasão de divisas do país, também restou provada a existência de “caixa 2”.

- Inserção de dados falsos ou inverídicos nos documentos públicos, relativos às escrituras de compra e venda dos terrenos permutados com a aquisição de títulos constituídos nos CPR's.

- Quanto ao crime de falsidade ideológica, igualmente, não restou dúvida sobre a prática do referido delito, eis que demonstrada nos autos, a disparidade entre os valores de mercado dos CPR's e os valores atribuídos nas transações realizadas pelos réus.

- No que se refere ao delito de formação de quadrilha, também, restou configurado nos autos o liame existente na atuação de cada um dos réus, objetivando a prática dos delitos narrados na peça inicial acusatória e que foram objeto de análise detalhada pelo douto Juízo *a quo*.

- Com a caracterização dos fatos ocorridos, frente à participação de cada um dos réus no desenrolar dos aludidos acontecimentos, afigura-se correta a procedência parcial da pretensão punitiva estatal.

- Verifica-se que a douda sentença apelada logrou demonstrar que os fatos elencados na peça inicial acusatória, efetivamente ocorreram, não obstante as atividades desenvolvidas por cada um dos réus somente vieram a ter um liame claro e objetivo, após o minucioso relato do douto Magistrado *a quo*, diante de todo o conjunto probatório coligido nos autos.

- No que tange à dosimetria da pena, entretanto, está a merecer pequena reforma a R. sentença de primeiro grau, eis que S.Exa. apenou de forma bastante rígida os réus, especialmente, no tocante aos crimes de evasão de divisas e de gestão fraudulenta, levando-se em conta, especialmente, as condições subjetivas e objetivas que envolvem os réus e os delitos praticados.

- Reformada, nesta parte, a sentença condenatória de primeiro grau, para reduzir a pena fixada para os crimes de evasão de divisas e de gestão fraudulenta, em relação a todos os réus condenados pela prática de tal delito, reconhecendo-se a prescrição da pretensão punitiva estatal do crime de quadrilha, em relação aos réus SIZENANDO TEIXEIRA e SÉRGIO ADELSON, além da prescrição do crime de falsidade ideológica em relação ao réu SIZENANDO TEIXEIRA, a teor do disposto no artigo 115 do Código Penal.

- Reconhecida a continuidade delitiva em relação ao crime de falsidade ideológica, requerida no apelo formulado pelo Ministério Público Federal.

- Provido o recurso do Ministério Público Federal.

- Parcial provimento aos recursos interpostos pelos réus, com exceção de NILDA LOPES, cujo recurso foi desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos, acordam os Desembargadores Federais da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, em

dar provimento ao recurso do Ministério Público Federal e dar parcial provimento às apelações dos réus, com exceção de Nilda Lopes, cujo recurso foi desprovido, na forma do voto do Relator.

Rio de Janeiro, 03 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

PAULO ESPIRITO SANTO

Desembargador Federal - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2810/RJ - PROC. Nº 2001.02.01.014745-7

COMO TORNAR MAIS EFETIVO O DIREITO AMBIENTAL

***Maria Helena Cisne - Desembargadora Federal do TRF
da 2ª Região***

O desenvolvimento da humanidade, nos últimos cinqüenta anos - período no qual todo o conhecimento acumulado cresceu de forma tão incrível (hoje dobra de quatro em quatro anos, quando, antigamente, necessitava-se de quarenta), que se poderia dizer ter sido desmentido o jargão de que a natureza não dá saltos -, deixa bem claro que o Homem tem de modificar o seu modo de encarar determinados problemas que, se dantes se apresentavam setoriais, hoje afetam a todos, sem respeito a fronteiras, etnias, credos ou línguas.

É inegável a importância do desenvolvimento tecnológico, do qual o Homem não mais pode abrir mão. Com as complexidades do mundo atual, não mais se pode prescindir do computador, que, inicialmente, como um hóspede de luxo, hoje se transformou em um déspota em seu cotidiano. Viver sem o computador hoje é praticamente impossível, a despeito de estar-se consciente de que junto a ele estão problemas que precisam ser suportados. Sim, a tecnologia é uma realidade. Prolongou a vida do Homem; tomou-o mais comodista e mais estressado; agregou-lhe respeitável camada adiposa, encheu-o de orgulho e deu-lhe a impressão de que lhe é permitido até imitar o Criador, inventando a vida.

Sem desconhecer a importância dos avanços da técnica, não se pode olvidar que três setores importantíssimos da vida do Homem estão sendo afetados de maneira incontrolável por ela: a economia, a segurança e a qualidade de vida. Os problemas daí resultantes são: a globalização, a criminalidade organizada e agressão ao meio ambiente. Em si, a técnica é neutra no que respeita à incrementação desses problemas. Realmente, a violência acompanha a dolorosa marcha da humanidade - basta lembrar Átila, Aníbal, Alexandre, Napoleão, Hitler, em termos individuais, e Vietnan, Iugoslávia, Ruanda, Costa Rica e muitas outras nações destruídas pela incúria

dos Homens. Pode-se até dizer que as armas atuais são “mais humanas”, na medida em que se mata sem sujar as mãos e sem encarar a dor na face do inimigo, que sequer se precisa odiar. A globalização, que iniciou com o casal Cury, com a descoberta do rádio, em si, pode ser encarada como algo positivo. Não fosse a globalização, a Ásia não teria alcançado o fabuloso desenvolvimento atual, que deu condições de vida mais humanas a um terço da população mundial.

No que respeita à utilização pelo Homem dos recursos da natureza, é isso perfeitamente legítimo, não só por sua ascendência sobre os demais brutos, aos quais governa, como por estar consagrado pelas teologias desde o início dos tempos. É ver-se “O Gênesis” do Velho Testamento¹. A perversidade desses fatores eclode, atingindo níveis incríveis, quando a eles se agrega um outro, também muito próprio da humanidade no atual estágio de evolução em que se encontra: o egoísmo, o pai de todos os vícios, que é acompanhado pela ganância, pela vaidade, pela insensibilidade, pelo incremento da violência, pela utilização de quaisquer meios para obter a satisfação de objetivos muitas vezes escusos. É nessa hora que se pode ver a distância que permeia as conquistas tecnológicas e as conquistas éticas do ser humano. O Homem do limiar do terceiro milênio é um ser perdido, que não se debate apenas com a guerra voltada à ambição de posse, mas, sobretudo, com a guerra interna que trava dentro de si, intoxicado pelos vapores da ganância, do egoísmo, do orgulho, da ira e da violência. O passar dos milênios não foi suficiente para ensinar ao Homem o principal investimento da Vida, a importância dela. O tema proposto diz respeito à agressão ao meio ambiente. Nele deve-se fixar a discussão. Efetuada uma pesquisa sobre os principais fatores responsáveis pela poluição, verificou-se serem: a destruição das florestas tropicais; a destruição da camada de ozônio; a erosão do solo e a expansão dos desertos; a poluição industrial; o efeito estufa; a fome e a pobreza; os desperdícios (mormente em armamentos)². Todos eles estão interligados, pois a destruição das florestas ocasiona a da camada de ozônio, a erosão do solo e expansão dos desertos, incrementando a fome e a pobreza, também agravadas pelos desperdícios. À conta da poluição industrial, juntamente com a destruição das florestas, pode ser creditado o efeito estufa. Todos os fatores relacionados são altamente perniciosos aos mecanismos que suportam a vida no planeta. Portanto, detectadas as causas, deve-se partir para o encontro das soluções que possam, se não afastá-las, pelo menos suavizá-las. É incontestável que sendo o Homem o principal ator desse drama, qualquer modificação do *script* terá de, necessariamente, passar por uma reforma sua. Isso importa, em um primeiro momento, na imperiosidade de educar-se

¹ BÍBLIA SAGRADA, Gen., 1:26,29.

² *Informação colhida do opúsculo denominado “Você conhece as sete maiores asneiras do Mundo?”*, da Society in Support of Planet Management, com sede em Montreal.

o Homem, porém não apenas instruindo-o, saturando-o de conhecimentos, que, aliás, não mais precisa sequer decorar, sendo suficiente que saiba “navegar” na *internet*. É necessário dar-lhe sabedoria, mostrar-lhe a importância de cada um no contexto mundial, conscientizando-o de que, enquanto uma só criança morrer de fome e um velho de frio, não haverá possibilidade de paz e felicidade no mundo. Portanto: é preciso mudar o Homem, incutindo-lhe, ou reavivando-lhe, valores morais que lhe estão escondidos no imo de suas almas. É um trabalho demorado, que demanda esforço, sacrifício, desprendimento e grandeza de caráter, coisas que estão faltando neste mundo globalizado, perverso pela exclusão social que acarreta. Todavia, não há tempo para que, pelos meios normais, essa mudança, em si difícil, em que pese não impossível, se efetue. Antes disso, sem que a observação signifique qualquer filiação a correntes apocalípticas, a humanidade ter-se-á destruído, ou pela sanha dos militaristas ou pelos insensatos sonhos dos eugenistas, homens atormentados interiormente por excesso de fascínio por si próprios. O que se vê é que leis existem, procurando conter, ou pelo menos suavizar, os efeitos deletérios dos três fatores supra-relacionados: a criminal idade organizada, a globalização e a agressão ao meio ambiente. Homens de boa vontade têm trabalhado arduamente, na procura de soluções conjuntas, através de acordos internacionais. Vasta regulamentação existe relativamente aos três setores. Foram criadas Cortes Internacionais de Justiça (a Corte Européia, a Corte de Estrasburgo, a Corte Americana), todas buscando conter a criminal idade e o desrespeito aos direitos humanos. Convenções da ONU, como a realizada no Rio de Janeiro em 1992 (ECO/92), têm sido firmadas. O mundo, perplexo ante o fenômeno da globalização, que se lhe tomou um “rebento” incontrolável, vem procurando medidas que sustentem os efeitos deletérios dos “vôos arrasadores” do capital flutuante. Infelizmente, são medidas que mais facilmente são declaradas, e escritas no papel, do que efetivadas. Muitas não passam de respeitáveis declarações de intenções.

Se o mundo ficou tão pequeno a ponto de as economias dos países em desenvolvi- mento poderem ir à bancarrota no tempo necessário para se dar um telefonema, e o capital proveniente do crime organizado ter mais poder dentro de uma nação estrangeira do que o seu próprio governo, não há outra alternativa para conter os efeitos deletérios da globalização, da criminal idade e da agressão ao meio ambiente senão instituindo-se um governo único para o planeta nas questões que a todos afetam. É necessário que as nações se reúnam e estabeleçam tribunais internacionais, com representantes de todas as nações, com jurisdição sobre todo o globo, sobre todos os povos, com normas uniformes, sem descuidar do respeito às culturas regionais, com poder de impor as suas decisões, tomadas de forma democrática, e que ataquem, com vontade, esses três fatores que, qualificados pelo egoísmo, ganância e

ausência de ética do Homem moderno, transformaram-se em câncros da humanidade, essa mesma humanidade que se prepara para entrar no terceiro milênio da era cristã, mas que está cada vez mais se afastando dos postulados daquele que disse ser, de todas a maior, a lei que manda “amar a Deus sobre todas as coisas e ao próximo como a si mesmo”.

No terreno da ecologia, dentre as medidas de cunho geral tendentes a sustar a degradação do meio ambiente, podem-se, à guisa de exemplos, citar:

- criação de organismos internacionais para estudos da situação ambiental, estabelecimento de zonas e atividades prioritárias, criação de normas padronizadas de proteção ao meio ambiente, julgamento das infrações, organismos esses com jurisdição plena sobre todas as nações do mundo e força para o cumprimento de suas decisões;
- estabelecimento de multas pesadas e, se necessário, interferência desses organismos internacionais nos governos que desrespeitarem as normas comunitárias de proteção ao meio ambiente;
- regulação do aproveitamento dos recursos naturais, com indenização justa às nações que se virem impedidas ou cerceadas, em prol da comunidade internacional, da exploração de riquezas que ainda conservam;
- imposição de normas às indústrias que as obriguem a medidas de proteção ao meio ambiente e confecção de produtos biodegradáveis;
- formação de um fundo, com recursos fornecidos pelas nações mais poluidoras, destinado à ajuda às nações em desenvolvimento, e para onde serão canalizadas as multas impostas às nações infratoras;
- obrigatoriedade de reciclagem do lixo.

Nada disso será alcançado, entretanto, sem um investimento maciço em educação, considerada no seu aspecto mais amplo, como no particular da educação ambiental, demonstrando ao Homem a importância da sua participação no processo de evolução da Humanidade. A educação desperta no Homem o seu senso estético e ético, estimulando o desenvolvimento de seus sentimentos mais elevados, que não apenas o afastam da sua original animalidade, assim como também o ajudam na sua ascensão rumo à aspirada angelitude. É uma utopia? Talvez... Mas é preciso acreditar nas utopias. Como dizia Padre Antônio Vieira: elas ajudam a caminhar.

*Artigo classificado no concurso de Monografias da
Associação dos Magistrados Brasileiros (Rio de Janeiro, 20 de maio de 1999).*

O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

***Joaquim Antônio Castro Aguiar - Desembargador
Federal Corregedor-Geral da 2ª Região e Professor da
Universidade Federal do Rio de Janeiro***

Sociedade alguma, em tempo algum, aceitou (e não poderia mesmo aceitar) a imoralidade na Administração Pública. Não é, pois, sem razão que a busca da moralidade pública tem sido constante preocupação dos povos, em todos os tempos. Mas não queremos apenas discursos em favor do princípio, sem a prática da sua garantia, sem que se definam, em moldura exata, os limites entre o interesse público e o interesse particular dos dirigentes, quaisquer que sejam.

Com o advento da Constituição de 1988, o princípio da moralidade administrativa tomou-se, inafastavelmente, de estirpe constitucional, insculpido que foi no *caput* do art. 37, ao lado da também expressa referência ao princípio da legalidade e ao da impessoalidade.

A questão tormentosa consiste em saber-se qual o conteúdo desse princípio. Não se diga, por favor, que a moralidade já está inserida na legalidade e na impessoalidade, porquanto chegaríamos à conclusão absurda de que a referência constitucional a ele seria escrescente e inútil. Ora, não é de boa perícia a inteligência que conclui pela inutilidade de um vocábulo no texto supremo. Ademais, manda a boa norma de hermenêutica que não se conclua pela existência, nas leis, de vocábulos vazios, de sinônimos ou de referências sem utilidade alguma.

Portanto, posto se tenha formado a partir do princípio da legalidade, o princípio da moralidade com ele não se confunde, tendo conteúdo próprio. Embora intimamente ligado à finalidade pública e à satisfação do interesse público, a moralidade administrativa possui conteúdo autônomo, distinto.

Mas esse conceito, atente-se bem, não pode estar dissociado da lei, alheio a ela, como se a superasse. Lei e moralidade têm de andar juntas, uma servindo à outra e sendo por ela servida.

A moral administrativa não pode ter acepção vulgar, comum, capaz de flutuar sob o fluxo e refluxo dos conceitos e preconceitos de cada um.

Por isso é que costume sustentar, em sala de aula, que o conceito de moral de cada um de nós, afetado que está pelo nosso estilo de vida, moldurado pela nossa formação de caráter, molda- do inclusive pelo meio em que vivemos e com as colorações da formação religiosa que tenhamos, constitui conceito flutuante, instável, incerto, que pode valer para os senhores e não valer para mim, ou vice-versa. Pelo que não se lhe pode dar feição jurídica. Costume sus- tentar, fazendo blague, que a visão de moral de um preconceituoso professor piauiense jamais poderia ser igual a de um garotão das praias de Ipanema. Em verdade, pretendo dizer que a moral que interessa aqui não é a moral comum, vulgar, variável de cabeça para cabeça, de acordo com os padrões éticos de cada um, mas a moral jurídica. E não existe o jurídico, o direito, fora da lei ou inteiramente dissociado dela.

Afetaria, por exemplo, a moral idade administrativa a omissão do professor de uma universidade pública em realizar chamada de frequência às aulas e não reprovar, com isso, os alunos faltosos?

Afetaria a moralidade administrativa o encaminhamento ao Congresso Nacional, pelo Presidente da República, de emenda permissiva de sua própria reeleição, sabendo-se ter sido eleito para um mandato de quatro anos?

Afetaria a moralidade administrativa a inserção, por determinado prefeito, na lei orçamentária, de expressiva verba, para construção de obelisco luminoso em rua da cidade, sabendo-se que o Município está carente de escolas e de hospitais?

Afetaria a moralidade administrativa a nomeação, pelos juízes de um tribunal, de sua mulher ou filho para cargo em comissão de seu próprio gabinete?

Bastar-me-ia fazer rápida pesquisa aqui, para que constatasse, desde logo, a flutuação das respostas. E garanto-lhes que elencaria plausíveis fundamentos para ambos os lados, a favor e contra qualquer uma das questões suscitadas, em demonstração de que não será possível conceber o conceito de moralidade administrativa de modo impreciso, vago, fluido, sujeito às concepções subjetivas de cada intérprete, de cada doutrinador, professor ou juiz.

Posto a moralidade não esteja apenas no direito, a conclusão a que se há de chegar é a de que o conceito de moral há de ser, aqui, conceito jurídico,

ou seja, conceito balizado pela lei, orientado por ela ou dela decorrente. O comportamento amoral haveria de estar sinalizado pela lei, à qual a ética ditaria os seus padrões. Havendo lei, já não se poderia discutir se tal ou qual atitude, violentadora das diretrizes traçadas atentaria ou não contra a moralidade pública.

É verdade que a elevação da moralidade administrativa à categoria de princípio, e princípio constitucional, implica que não só a conduta do administrador público deva seguir os padrões de moral, mas ainda em que o direito positivado siga esses parâmetros. Aliás, também entendo que as normas jurídicas, editadas sem respeito a esse princípio, podem ser declaradas, nesse passo, inconstitucionais, por afronta aos fundamentos do próprio sistema jurídico.

Mas, posta a questão nestes termos, talvez estejamos fazendo poesia neste país, razão porque urge providenciar que a lei esteja de braços dados com a moral e lhe confira efetivo suporte jurídico. Por isso mesmo, para que o respeito à moralidade não seja quimera, têm-se defendido, acerbamente, a necessidade da edição de um Código de Deontologia da Administração Pública, no qual se insiram normas sobre moralidade administrativa. Enquanto isso, a prática do princípio poderá flutuar, o que é mau, de conformidade com as acepções subjetivas de cada um.

Como juiz, seja quando no primeiro grau, seja agora no segundo grau, como membro do Tribunal Regional Federal da 2.ª Região, não tenho encontrado facilidade alguma em aplicar o princípio da moralidade administrativa, sem levar em conta outro princípio, igualmente constitucional, que é o da juridicidade.

Não basta apregoar a moralidade pública. Não basta invocar o princípio. Urge definir de alguma forma os seus contornos, iluminar-lhe os meandros e aclarar-lhe pontos obscuros, dando-lhe um mínimo de precisão. A lei há de desempenhar este papel, deve fazê-lo, pois não é da tradição dos nossos tribunais apreciar violência à moralidade, sem, de certa forma, ater-se ao exame dos aspectos legais do caso concreto, como que amalgamando um princípio ao outro, posto sejam considerados distintos.

A prática tem demonstrado ser muito difícil considerar-se viciado e nulo um ato rigorosamente legal, sob fundamento de ser imoral, exatamente porque, se a moralidade não estiver contida no desempenho da lei, se não resultar de sua inteligência, se dela não puder ser deduzida, sua acepção passa a assumir feições subjetivas, à margem do próprio direito. Claro que não poderemos raciocinar com as exceções, invocando-se hipóteses de afrontas acintosamente nítidas e gritantes.

Não nos esqueçamos de que os atos administrativos são atos jurídicos e, como atos jurídicos, não podem ser analisados como estranhos ao direito. Devo até salientar que já temos algumas leis sobre o assunto, fato que reforça meu entendimento.

Está aqui, pois, o cerne da minha oração: se quisermos realmente assegurar a moralidade dos atos administrativos, inclusive o êxito, para isto, da ação popular, precisaremos tê-la acautelada pela lei, devendo esta estabelecer sua objetiva configuração. Caso contrário, teremos mais uma década de moralidade meramente poética, até doutrinariamente linda, mas inaplicável. Sem lei, estaremos tateando no vazio, pelo menos até que nossa cultura atinja os estágios de uma nação profundamente civilizada e não façamos do princípio bandeira de interesses subjetivos muitas vezes escusos.

MANDADO DE SEGURANÇA PARA TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL

**Vera Lúcia Lima da Silva - Desembargadora Federal do
TRF da 2ª Região**

RELATOR: DESEMBARGADORA FEDERAL VERA LÚCIA LIMA

IMPETRANTE: **PETROLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRAS**

ADVOGADO: NILO BATISTA E OUTROS

IMPETRADO: **JUIZO FEDERAL DA 5ª VARA DE SÃO JOÃO DE
MERITI-RJ**

ORIGEM: QUINTA VARA FEDERAL DE SÃO JOÃO DE MERITI
(200051015006473)

RELATÓRIO

A Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA DA SILVA (Relatora): Trata-se de mandado de segurança, impetrado por PETROBRAS – Petróleo Brasileiro S. A., com a finalidade de obter o trancamento da ação penal nº 2000.51.01500647-3, em curso perante a 5ª Vara Federal de São João de Meriti.

Sustenta a impetrante, inicialmente, o cabimento da ação mandamental em hipóteses como a dos autos, eis que não há recurso previsto pela lei contra a decisão de recebimento da denúncia. Por outro lado, prevê a Constituição a impetração do mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* (art. 5º, LXIX).

Em sua peça inicial, aponta a impetrante duas inconstitucionalidades da Lei nº 9.605/98. A primeira delas decorreria da violação ao dispositivo constitucional relativo ao devido processo legal. De acordo com as suas alegações, a ausência de normas procedimentais no diploma legal antes mencionado acarretará violação à garantia constitucional inserta no artigo 5º, LIV, da Carta Magna.

Sustenta, outrossim, que a aplicação das normas do Código de Processo Penal não será suficiente para solucionar a lacuna da legislação ambiental, pois tal estatuto também não traz qualquer norma relativa à pessoa jurídica.

O outro dispositivo da Constituição que teria sido violado com a edição da Lei nº 9.605/98 seria o que consagra o princípio da reserva legal. Esta violação decorreria da omissão do legislador em relação à quantidade (mínimo e máximo) das penas aplicáveis às pessoas jurídicas.

Também pretende o impetrante demonstrar a inépcia da denúncia em relação à Petrobras, por dois motivos distintos. Em primeiro lugar, afirma que o Ministério Público Federal não comprovou que a conduta delituosa teria sido cometida por decisão do representante legal ou do órgão colegiado da Petrobrás, requisito este estabelecido pelo artigo 3º, da Lei nº 9.605/98. A inépcia também decorreria da ausência de demonstração, pela acusação, de que a infração foi cometida “*no interesse ou benefício*” da empresa, tal como consta do citado dispositivo legal.

Estas são, em síntese, as razões que embasam o pedido de trancamento da ação penal em relação à PETROBRAS, formulado pelo impetrante em sua petição inicial (fls. 02/55).

A autoridade impetrada, por seu turno, prestou informações às fls. 281/289, afirmando, em síntese, que “*na denúncia foi descrito o fato criminoso, tendo, inclusive, em seu aditamento, tais condutas sido expostas, de forma individualizada, com especificação pormenorizada*”. Sustenta, outrossim, que não se verifica a configuração de qualquer das hipóteses previstas pelo artigo 43, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 291/294, sustentando o não cabimento de mandado de segurança neste caso concreto, por entender que inexistente ilegalidade ou abuso de poder por parte do Juízo impetrado.

Destaco, por fim, que este mandado de segurança foi distribuído a esta Relatoria em razão da prevenção gerada pelo *habeas corpus* nº 2001.02.01033802-0. Neste feito, impetrado com a finalidade de obter o trancamento da ação penal em relação ao então Presidente da Petrobrás, foi concedida a liminar requerida. Este processo estará sendo submetido a esta E. Turma em data próxima.

É O RELATÓRIO.

VOTO

A Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA DA SILVA (Relatora):

DO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA

Não é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca das hipóteses que ensejam a impetração do mandado de segurança, em se

tratando de ato judicial. O Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 291/294, sustenta a impropriedade da via eleita pelo impetrante “(...) vez que, a toda evidência, o caso não é de ilegalidade ou abuso de poder por parte da Honrada Magistrada que, no rigoroso cumprimento de seu mister constitucional, restringiu-se a receber a denúncia...”

Em outros feitos em que figurei como Relatora, ressalttei ser cabível a ação mandamental, ainda que não fosse flagrante a ilegalidade ou o abuso de poder. Exigir-se-ia, contudo, que a decisão impugnada fosse capaz de ocasionar dano imediato e de difícil reparação ao impetrante e que não houvesse previsão de recurso dotado de efeito suspensivo para aquela hipótese.

Ao meu ver, esta é a interpretação mais adequada e prudente dos artigos 1º e 5º, da Lei nº 1.533/51, especialmente se considerarmos a natureza constitucional da ação mandamental. Com efeito, se é certo que não se deve ampliar excessivamente as hipóteses em que se admitirá a impetração do mandado de segurança contra ato judicial, é igualmente indubitado que não se pode restringir demasiadamente o cabimento da referida ação, sob pena de violação, ainda que indireta, ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CR).

Neste caso concreto, insurge-se o impetrante contra a decisão que recebeu a denúncia oferecida pelo MPF contra a Petrobras. De fato, entendo que o referido provimento judicial - como os seus naturais desdobramentos - é suficiente para configurar o dano de difícil reparação.

Por outro lado, doutrina e jurisprudência reconhecem a inexistência de recurso contra a decisão de recebimento da peça acusatória. Admite-se, em tese, a impetração de *habeas corpus*, desde que presentes os requisitos legais. Entretanto, em se tratando de pessoa jurídica, tal remédio constitucional revela-se impróprio, eis que destinado a tutelar a liberdade de locomoção, o que afasta a possibilidade de empresa figurar como paciente. A inadequação do *habeas corpus* em hipóteses como a dos autos já foi reconhecida pelo E. Tribunal Regional da 1ª Região:

“HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. COMPETÊNCIA. PESSOA JURÍDICA: IMPOSSIBILIDADE DE SUA FIGURAÇÃO NA LIDE COMO PACIENTE. DILAÇÃO PROBATÓRIA: DESCABIMENTO NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS.

I- É a Justiça Federal competente para processo e julgamento do feito cujo fato ensejador da persecução penal foi a constatação do IBAMA de que o acusado ao inobservar regulamentos administrativos daquele órgão, incorreu na prática de ilícito penal.

II- O habeas corpus é instituto restrito à liberdade física e individual, não se prestando para atender reclamos de pessoa jurídica na qualidade de paciente.

III- A necessidade de ampla dilação probatória inviabiliza a concessão de habeas corpus.

IV- Ordem denegada.”

(TRF 1ª REGIÃO; HC 2001.010.00.19219-8; Rel. Juiz CANDIDO RIBEIRO; DJ 11/10/2001; pág. 152)

Desta forma, e tendo em vista que a Constituição expressamente prevê a impetração do mandado de segurança para resguardar direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* (art. 5º, LXIX), entendendo ser adequada a via utilizada pelo impetrante.

Ressalto, outrossim, que atualmente não mais se discute acerca do cabimento do mandado de segurança em matéria penal. A natureza eminentemente civil da ação mandamental não afasta a possibilidade de utilização deste instrumento em sede processual penal.

Feitas estas considerações preliminares, passo ao exame das questões suscitadas pelo impetrante em sua peça inicial.

INCONSTITUCIONALIDADE POR FALTA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Sustenta a impetrante que a ausência de previsão na Lei nº 9605/68 do procedimento a ser seguido, nas hipóteses em que pessoa jurídica figure como acusado, acarretaria violação à garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV). Afirma que “... a imputação de responsabilidade penal à Pacte. não pode ser feita com base numa adaptação deformante da legislação processual penal, sem que, a todo momento, dúvidas tenham que ser dirimidas e direitos e garantias sejam desrespeitados.” (fls. 18)

De fato, inexistente na Lei nº 9.605/98 normas disciplinadoras do procedimento para a apuração de delitos cometidos por pessoa jurídica. Todavia, o artigo 79 deste diploma legal expressamente determina a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal.

Justamente por esta razão, Edis Milaré destaca em seu livro *Direito do Ambiente* (Ed. Revista dos Tribunais; 2000; p.453) que, “Quanto ao rito processual, segue-se o ordinário, estabelecido nos arts. 394 e seguintes e 499 e 500, do Código de Processo Penal, para os crimes apenados com reclusão. Se apenados com detenção, o rito será o sumário de crimes previsto no artigo 539 do Código de Processo Penal. Figurando como ré pessoa jurídica, o rito, à míngua de regra expressa na Lei de Crimes Ambientais, será o mais amplo,

isto é, o ordinário. Nas infrações de menor potencial ofensivo – as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano – observar-se-á o disposto nos arts. 69 a 83 da Lei 9.099/95”.

Ada Pellegrini Grinover, em artigo publicado na obra coordenada por Luiz Flávio Gomes (*Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal*; Ed. Revista dos Tribunais; p. 48), compartilha deste entendimento:

“A lei não estabelece regras procedimentais específicas para a pessoa jurídica, motivo pelo qual nesse ponto se aplicará normalmente a disciplina do Código de Processo Penal e da Lei 9.099/95. Procedimento ordinário ou sumário, consoante a infração penal, segundo as regras do Código de Processo Penal. Procedimento previsto na Lei dos Juizados Especiais Criminais para os crimes contra o meio ambiente punidos, em abstrato, até o máximo de um ano. Nada de relevante a destacar nesse ponto. (...)

Em conclusão, parece que nenhuma falta fez a ausência de regras processuais específicas quanto à responsabilização penal da pessoa jurídica. O ordenamento jurídico deve ser visto como um todo e nele se encontram as respostas adequadas para o tratamento da questão, observadas, naturalmente, as diferenças que existem entre as diversas disciplinas processuais.”

Ainda sobre o tema, o Professor Walter Claudius Rothenburg, após assinalar que alguns autores têm vislumbrado óbices processuais à regular apuração dos delitos cometidos pela pessoa jurídica, sustenta que tais obstáculos não podem ser considerados intransponíveis:

“À falta de previsão – ou mesmo de necessidade de previsão – de um rito processual específico para as pessoas jurídicas, concordamos com Luís P. Sirvinskas (1998:17): “Quanto à omissão do rito processual das pessoas jurídicas, entendo que seria o mais amplo, ou seja, o ordinário”. José Carlos M. Sícoli (1998:132), criticando a falta de previsão de “regras processuais específicas, notadamente quanto ao processo por crimes atribuídos à pessoa jurídica”, na Lei 9.605/98, sustenta, com propriedade, “além do natural emprego das normas processuais penais, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. (...) Inexistem insuperáveis óbices de ordem processual a impedir a regular apuração da responsabilidade criminal da pessoa jurídica. A comunicação dos atos processuais e a participação no processo podem dar-se através de representante legal ordinário (órgão) – salvo quando ele também for acusado –, de outro mandatário constituído ou de representante nomeado pelo juízo. Para fins processuais, interessa a representação da pessoa jurídica no

momento da instauração do processo e não à época em que se realizou o crime. A dissolução não impede – embora limite as possibilidades – a responsabilização criminal da pessoa jurídica, que somente cessa com a liquidação. Modificações nos estatutos ou na forma da pessoa jurídica também não interferem na responsabilidade criminal; apenas a fusão ou incorporação elide essa responsabilidade, salvo se tiver havido fraude. É competente para processar criminalmente a pessoa jurídica o foro do local de comissão do delito ou o da sede da empresa. A falta de previsões processuais específicas é suprida pela adoção, no que couber, do procedimento ordinário previsto. A Lei 9.605/98 chega a prever os modernos institutos da aplicação imediata de pena e da suspensão do processo, extensíveis às pessoas jurídicas.” (in, Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal; Ed. Revista dos Tribunais; págs. 156/158)

Não restam dúvidas de que a inexistência de expressa regulamentação do rito para a apuração dos crimes ambientais cometidos pelos denominados entes morais constitui uma imperfeição legislativa. Entretanto, e ao contrário do que sustenta o impetrante, não se pode afirmar que, nestas circunstâncias, haverá necessariamente violação ao princípio do devido processo legal.

Conforme afirmado pelos doutrinadores antes citados, nas ações penais em que a pessoa jurídica figure como acusada, deverá o órgão julgador valer-se não só das normas contidas no Código de Processo Penal, mas também de outras regras procedimentais que entenda pertinentes, sempre tendo em mira a necessidade de garantia ao devido processo legal e à ampla defesa.

Importante destacar, por outro lado, o tratamento conferido pelo Código de Processo Penal às nulidades decorrentes da inobservância de formalidades legais. O sistema adotado pelo CPP revela a preocupação do legislador em evitar o excessivo rigor formal, especialmente nas hipóteses em que esta postura viesse a dificultar a aplicação do direito material. Julio Fabbrini Mirabete escreveu sobre o tema:

“O Código de Processo Penal ficou em um meio termo entre os sistemas formalista e da instrumentalidade das normas, procurando ser restritivo em matéria de nulidades ao afastar um formalismo excessivo, como aliás se observa da Exposição de Motivos (itens II e XVII). Negando o excesso de formalismo, estabeleceu o sistema da prevalência dos impedimentos de declaração ou de arguição das nulidades. Seu princípio básico é enunciado logo de início no título referente às nulidades: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resulta prejuízo para a acusação ou para a defesa” (art. 563). É o princípio pás de nullité sans grief, pelo qual não

existe nulidade desde que da preterição da forma legal não haja resultado prejuízo para uma das partes.(...)

É o princípio da instrumentalidade das formas processuais que fundamenta também o artigo 566: “Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”. Se os atos processuais têm como fim a realização da justiça, e este é conseguido apesar da irregularidade daqueles, não há razão para renová-lo.” (in, Processo Penal; Ed. Atlas; 5ª edição; p. 585)

Também o Superior Tribunal de Justiça, sensível à necessidade de graduar a importância a ser conferida às formas, reconhece que, *“para a decretação da nulidade por falta de observância do procedimento previsto no Código de Processo Penal, art. 514, por ser relativa, impõe-se a demonstração do efetivo prejuízo...”* (HC nº 19072/SP; DJ 11/03/2002).

Assim, embora não se pretenda negar a importância das formas para o válido desenvolvimento do processo, não se pode jamais olvidar que elas constituem mero instrumento para a aplicação do direito. Desta forma, não me parece razoável admitir que a ausência de normas processuais específicas, por si só, venha a inviabilizar a atividade jurisdicional em relação aos delitos cometidos por pessoa jurídica. Especialmente porque a inexistência de rito especial não redundará, necessariamente, em violação aos citados princípios constitucionais, eis que, com base nas normas procedimentais em vigor, poderá o órgão julgador velar pela correta seqüência e forma dos atos processuais, viabilizando o pleno exercício da garantia constitucional do devido processo legal.

A Professora Ada Pellegrini Grinover, ao tratar das nulidades no processo penal, também faz expressa referência ao devido processo legal:

“Os diversos atos do procedimento visam, em última análise, à preparação do pronunciamento jurisdicional final; suas formalidades são estabelecidas com vistas à boa qualidade da decisão a ser proferida, que só pode resultar de um processo desenvolvido com obediência às regras do “devido processo legal”; por isso mesmo, dentre os requisitos fundamentais para que se atinja essa virtude está a participação dos interessados no futuro provimento através do contraditório.

O prejuízo que autoriza o reconhecimento da nulidade do ato processual imperfeito pode ser visto sob um duplo aspecto: de um lado, o dano para a garantia do contraditório, assegurada pela Constituição; sob outra ótica, o comprometimento da correção da sentença.” (in, As nulidades no Processo Penal; Malheiros Editores; 5ª edição; p.23).

Portanto, e inobstante a falha do legislador, vislumbro a possibilidade de adoção, pelo magistrado, de normas capazes de assegurar à parte o direito ao contraditório. Acredito, outrossim, que ao final do processo, respeitados os referidos princípios constitucionais, estará o órgão julgador apto a decidir, sem que haja “*comprometimento da correção da sentença*”, nas palavras da citada doutrinadora.

Ademais, eventuais prejuízos decorrentes de falhas no procedimento poderão ser prontamente reparados, através dos mecanismos previstos em nosso ordenamento jurídico.

Por todas estas razões, não vejo como acolher a tese do impetrante, no sentido da inconstitucionalidade da Lei nº 9.605/98, em virtude desta imperfeição.

INCONSTITUCIONALIDADE POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

Em sua peça inicial afirma o impetrante: “*Não bastasse o silêncio absoluto sobre as formas balizadoras do processo penal aplicável à pessoa jurídica, há uma inconstitucionalidade, desta vez de cunho penal, tão intensa quanto a anterior e que causa o mesmo impasse ao aplicador da sanção penal prevista: a absoluta falta de correlação entre infração e pena para a hipótese de delito perpetrado por meio de pessoa jurídica*” (fls. 31).

O princípio da legalidade, inscrito como garantia constitucional (art. 5º, XXXIX), assegura que não poderá ser considerado crime fato não previsto pela lei. Também por força deste princípio, não poderá ser aplicada sanção que não aquela cominada abstratamente no dispositivo incriminador. Por esta razão, conclui-se que a norma deverá estabelecer a qualidade e a quantidade da sanção penal, sob pena de violação à Constituição.

A lei nº 9.605/98 descreveu as condutas consideradas delituosas em seu Capítulo IV (arts. 29 a 69). Em cada um destes dispositivos, estabeleceu o legislador o mínimo e o máximo da pena privativa de liberdade a ser aplicada. Também determinou que o Código Penal e o Código de Processo Penal deveriam ser aplicados subsidiariamente ao referido diploma legal (art. 79).

Em uma primeira análise, poderíamos considerar desnecessária esta referência ao Código Penal, eis que já existe, no corpo deste diploma legal (art. 12), regra determinando a aplicação das suas normas gerais às leis especiais, desde que compatíveis.

Entretanto, tendo em vista que a lei, presumidamente, não contém palavras inúteis, é forçoso concluir que o artigo 79 foi inserido pelo legislador

justamente para afastar a necessidade de expressa menção, em cada um dos artigos que tipificam as condutas, à quantidade da pena, em se tratando de pessoa jurídica. Vale dizer: se o Código Penal determina que as penas restritivas de direito terão a mesma duração da pena privativa de liberdade, e os artigos da Lei nº 9.605/98 estabelecem o mínimo e o máximo da pena de detenção ou reclusão, entendeu o legislador ser desnecessária a repetição dos limites da sanção para a pessoa jurídica. Portanto, a quantidade da pena restritiva de direito será fixada nos exatos limites da pena privativa de liberdade cominada ao delito imputado à empresa. Já em relação à pessoa física, o parágrafo único, do artigo 7º da referida lei, expressamente determina que *“as penas restritivas de direito a que se refere este artigo terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída”*.

Por outro lado, assim dispõe o artigo 21, da Lei nº 9.605/98:

Art. 21. As penas aplicáveis, isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:

I- multa;

II- restritiva de direitos;

III- prestação de serviços à comunidade.

Como é possível constatar, as espécies de penas aplicáveis às pessoas jurídicas estão expressamente previstas pelo artigo 21 da lei nº 9.605/98, sendo certo, ainda, que o artigo 6º determina que, para a imposição e graduação da penalidade, a autoridade competente deverá observar a gravidade do fato, os antecedentes do infrator e a sua situação econômica.

Desta forma, é possível concluir que, com base nas normas pertinentes do Código Penal e nos artigos da própria Lei nº 9.605/98, terá o magistrado parâmetros concretos para fixar a pena da pessoa jurídica.

O Professor Luis Paulo Sirvinskas também dedicou-se ao exame desta questão e, após elencar as penas aplicáveis às pessoas jurídicas, afirma peremptoriamente o seguinte:

“Não há como se furtar a sua aplicação. Também não há necessidade de comentá-las, diante de sua clareza inicial, pois dúvidas haverá quando do surgimento do caso concreto. Seja como for, tais penas deverão ser aplicadas às pessoas jurídicas que cometerem crimes ambientais.

Urge ressaltar que as penas contidas nos tipos penais da parte especial da Lei Ambiental são privativas de liberdade. Não constam nos tipos penais as penas aplicáveis às pessoas jurídicas, mas só às pessoas físicas. Assim, como aplicar as penas contidas na parte geral da lei às pessoas jurídicas?

(...)

No meu entender, o legislador deveria reservar um capítulo inteiro aos crimes praticados somente por pessoas jurídicas e suas respectivas penas, pois nem todos os tipos penais da parte especial são cometidos por pessoa jurídicas. No entanto, nosso legislador resolveu colocar as penas atribuídas às pessoas jurídicas na parte geral como norma de extensão à parte especial. É de nossa tradição inserir, após descrição do tipo penal, a pena entre um mínimo e um máximo. A todo tipo penal incriminador deve corresponder uma sanção. Não existe sanção penal na parte especial para a pessoa jurídica. O legislador se preocupou apenas com a pena privativa de liberdade da pessoa física. Já em relação à pessoa jurídica, o operador do direito deverá buscar as penas na parte geral desta lei, no art. 21, especificamente. Como a lei proveio da mesma fonte legislativa, a pena se aplica da mesma forma, integrando-se com a parte geral.”

(...)

Discute-se ainda como se fará a dosimetria da pena quando se tratar de pessoa jurídica. Escolhido o tipo penal, passa-se à escolha da pena. Creio que o primeiro passo é apurar as conseqüências e a extensão dos danos para depois escolher a melhor pena dentre as aplicáveis à pessoa jurídica.”(in, Tutela Penal do Meio Ambiente; Ed. Saraiva; 1998; págs. 23/25)

Deste entendimento não diverge José Roberto Marques, autor do artigo “Responsabilidade penal da pessoa jurídica”, publicado na Revista de Direito Ambiental nº 22 (Abril/Junho 2001; p.111):

“Alegam alguns serem inaplicáveis as penas às pessoas jurídicas por não estarem previstas nos tipos criminais descritos a partir do art. 29 da Lei 9.605/98. Entretanto, o argumento é facilmente vencido pelo art. 21, caput, da mesma lei, que enuncia: “As penas aplicáveis, isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são: (...). Assim, verificando o juiz a configuração de conduta ou atividade considerada crime ambiental, a lei o remete àquele dispositivo, onde, considerando as circunstâncias e extensão dos danos, escolherá uma ou mais penas, aplicando-as isolada ou cumulativamente, segundo seu prudente arbítrio”.

Reconheço, entretanto, que a técnica adotada pelo legislador revela-se inadequada, especialmente por estarmos na esfera penal. Contudo, esta imperfeição legislativa não é suficiente para que se reconheça o grave vício da inconstitucionalidade, tal como pretende o impetrante.

Com efeito, em razão da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, notadamente das leis, somente deve o órgão julgador reconhecer o vício, se a violação à Carta Magna for flagrante. No caso da lei nº 9.605/98, não vislumbro esta incontestável incompatibilidade com a norma constitucional relativa ao princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX), pelos motivos anteriormente expostos.

Estamos diante, ao meu ver, de hipótese em que caberia invocar a denominada interpretação conforme a Constituição. Sobre esta forma de controle de constitucionalidade escreveram Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins: *“Consoante postulado do direito americano incorporado à doutrina constitucional brasileira, deve o juiz, na dúvida, reconhecer a constitucionalidade da lei. Também no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição. (...) Os Tribunais devem, portanto, partir do princípio de que o legislador buscava positivar uma norma constitucional”* (in, *Controle concentrado de constitucionalidade*; Ed. Saraiva; 2001; p. 294).

Destaco, por outro lado, que em nosso ordenamento jurídico a presunção de constitucionalidade milita, indistintamente, em favor de todas as normas editadas pelo Poder Público, embora não se possa negar que a gravidade da violação poderá variar de acordo com o preceito constitucional inobservado. Ao dissertar sobre o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, assevera o Professor Luís Roberto Barroso:

“Na prática jurisprudencial americana há uma hipótese em que ele não prevalece: quando, contrastado com o princípio constitucional da igualdade perante a lei, um ato normativo se utilizou de classificações que a jurisprudência considera suspeitas. São consideradas suspeitas, por exemplo, as que se fundam em critério racial ou de origem nacional. Nesse caso, a norma sujeita-se a uma avaliação severa (strict scrutiny), onde a presunção de validade se transforma em presunção de invalidade, cabendo ao Governo (seja o Legislativo ou o Executivo) o ônus de demonstrar que a classificação é necessária e inevitável para realização de um relevante fim público. (...)

No Brasil, e de longa data, o princípio tem sido afirmado, assim pela doutrina como pela jurisprudência, que já assentou que a dúvida milita em favor da lei, que a violação da Constituição há de ser manifesta e que a inconstitucionalidade nunca se presume. É igualmente vetusta a convicção de que, entre exegeses possíveis, prefere-se a que não infirme o ato de autoridade.” (in, *Interpretação e aplicação da Constituição*; Ed. Saraiva; p.168/169)

Assim, em nosso ordenamento jurídico, não vejo como afastar a presunção de constitucionalidade das normas, ainda que a suposta violação ocorra em relação aos preceitos de natureza penal inseridos na Carta Magna.

De fato, assiste razão ao impetrante ao destacar a fundamental importância do princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito. Conforme antes ressaltado, do princípio da legalidade se depreendem um conjunto de garantias e conseqüências. Como garantias, poderíamos citar a segurança dos cidadãos, bem como a garantia da objetividade dos julgamentos pelos Juízes e Tribunais. Outrossim, o mesmo princípio impõe exigências não só ao juiz, mas também ao legislador, no tocante à utilização de uma técnica legislativa que proporcione ao aplicador do direito, no âmbito penal, disposições penais que contenham todos os pressupostos que condicionam a pena e determinem a conseqüência jurídica.

No entanto, em muitos casos, verifica-se uma mitigação da eficácia da função de garantia da lei penal, por parte do legislador, como por exemplo, nas leis penais em branco, nos delitos culposos, e na utilização, as vezes até excessiva, de elementos normativos nos tipos penais. Em tais hipóteses, conseqüentemente, aumentará a possibilidade de decisão pessoal por parte dos magistrados, no exame da configuração concreta do fato que se proíbe.

É evidente, que não estamos diante de um Direito Penal ideal, muito embora a opinião dominante considere cumpridas as exigências do princípio da legalidade em tais circunstâncias.

Ao meu ver, dentro deste contexto, não pode a garantia penal ser entendida de forma tão mecânica, a ponto de anular a liberdade do Juiz quanto à utilização de critérios interpretativos. Em nosso ordenamento jurídico haverá, necessariamente, uma margem de subjetivismo por parte do órgão julgador, sempre que a hipótese em exame envolva, por exemplo, a aplicação de normas penais em branco.

E, embora doutrinariamente exista o reconhecimento de que o legislador deve, sempre que possível, evitar a utilização das denominadas normas penais em branco, não se desconhece o fato de que, em relação a algumas matérias – aí inserida a ambiental – será freqüentemente necessário recorrer a esta técnica legislativa. Esta foi a constatação feita pelo doutrinador Edis Milaré, *in verbis*:

“Forte no princípio da legalidade dos delitos e das penas (nullum crimen, nulla poena sine lege), tem-se repetido que o Direito Penal deve definir de modo autônomo os componentes de suas normas, evitando remissão a outras regras do ordenamento jurídico.

Malgrado isso, em matéria de proteção ao meio ambiente tem-se

utilizado, com frequência, a técnica legislativa denominada norma penal em branco, ou seja, “com o preceito lacunoso ou incompleto, necessitando da complementação de outros dispositivos legais, que podem ser até mesmo extrapenais”. Esta prática funda-se no caráter complexo, técnico e multidisciplinar da problemática ambiental.”

Este mesmo autor, após citar os dispositivos da Lei nº 9.605/98 nos quais houve o emprego desta técnica, destaca o seguinte:

“Em todos estes casos, como se percebe, o comportamento proibido vem enunciando de forma vaga, clamando por complementação ou integração através de outros dispositivos legais ou atos normativos extravagantes. E nem poderia ser diferente, em matéria regulada predominantemente por normas e instituições de Direito Administrativo.” (in, Direito do Ambiente; Ed. Revista dos Tribunais, 2000; págs. 348/349)

Obviamente a técnica utilizada pelos elaboradores da Lei nº 9.605/98 não foi a ideal. Também o país e as instituições apresentam inúmeras imperfeições. Há que se tentar buscar, contudo, a harmonia entre o referido diploma legal e os princípios garantidores do Direito Penal, recorrendo o magistrado, para alcançar este fim, aos instrumentos e mecanismos postos à sua disposição, com criatividade e prudência.

Considerando o que foi até aqui exposto, é possível concluir que não assiste razão ao impetrante ao afirmar que, nos crimes ambientais imputados à pessoa jurídica, terminaria o Juiz por *“... substituir o legislador na escolha da escala penal adequada à infração, sem qualquer parâmetro para a dosimetria, sem qualquer controle sobre a natureza ou quantidade da pena...”*.

Pelas razões ora apresentadas, não acredito que estejamos diante de hipóteses em que serão, ao final, aplicadas às pessoas jurídicas penas indeterminadas. Aliás, se esta fosse a situação posta, não hesitaria em reconhecer a inconstitucionalidade de tais normas, por violação ao princípio da reserva legal.

INÉPCIA DA DENÚNCIA QUANTO À AUTORIA DA PACIENTE

De acordo com as alegações do impetrante, a denúncia formulada em face da Petrobras não atenderia aos requisitos do artigo 41, do Código de Processo Penal. A peça acusatória também teria violado o artigo 3º, da Lei nº 9.605/98, ao deixar de demonstrar que a infração foi cometida *“por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado”*.

À fl. 45 afirma o impetrante: “... como unanimemente proclama a doutrina que se ocupa da responsabilidade penal da pessoa jurídica, não basta a simples ação ou omissão de empregados da Pacte. para daí extrair sua responsabilidade penal. Era imprescindível que a denúncia apontasse um ato de seu representante legal, uma ata de reunião da diretoria ou uma deliberação de sua assembléia geral para que a Pacte. pudesse estar na linha da responsabilidade penal.”

Entretanto, o alcance das locuções contidas no referido artigo da lei ambiental deve ser cuidadosamente delimitado, conforme se demonstrará a seguir.

O desembargador do Tribunal Regional da 4ª Região, Vladimir Passos de Freitas, analisando inserção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas em nosso ordenamento jurídico, destacou o seguinte aspecto:

“Essa alteração rompe com tradição secular do Direito Penal brasileiro, baseado no caráter subjetivo da responsabilidade. Não se encontrará, certamente, doutrina que a justifique. A sua grande força reside no argumento prático e real de que nos crimes ambientais mais graves jamais se chega a identificar o verdadeiro responsável. A responsabilidade penal sempre recai no motorista do caminhão, no piloto do barco ou no vigia noturno da grande empresa. Os caminhos que dividem tarefas e funções nas corporações são impenetráveis. Isso fez com que os países mais adiantados do mundo passassem a punir penalmente as pessoas jurídicas nos crimes contra a ordem econômica e nos praticados contra o meio ambiente.” (in, A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais; Ed. Revista dos Tribunais, 2000; p. 209)

Conforme destacado pelo D. magistrado, a complexa divisão e organização das empresas representa um obstáculo à identificação da responsabilidade por este ou aquele procedimento adotado pelo ente moral. Para os que não integram a estrutura, será praticamente impossível determinar com exatidão a decisão que, direta ou indiretamente, teve reflexos nocivos ao meio ambiente.

O seguinte trecho, extraído de artigo publicado na Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA (Dez-Jan/2000) pelo Dr. Francisco Bertino Bezerra de Carvalho, corrobora o que foi acima afirmado. Após destacar que a Lei nº 9.605/98 adotou o critério organicista para definir a responsabilidade do ente moral, o referido autor faz a seguinte observação:

“O critério organicista carrega sérias dificuldades para a implementação da responsabilidade criminal da pessoa jurídica porque exige o estabelecimento de um nexo causal entre o ato cometido e uma ação dos órgãos de apresentação da empresa cuja

comprovação é por diversas vezes impossível ante a dificuldade de obter-se evidências dos atos e fatos ocorridos dentro da empresa. Para alguns melhor seria para a efetividade da norma a adoção do critério da aparência, segundo o qual qualquer pessoa que atuasse em nome ou em favor de empresa ensejaria a responsabilização da mesma, porém, não se pode de maneira alguma repreender o legislador.

Além deste problema ser do aplicador do direito e não do doutrinador – a questão é de realização da prova -, inobstante não se deixe de reconhecer a íntima correlação entre as perspectivas inclusive ante ao caráter instrumental do direito processual, como se viu anteriormente, a legislação converge logicamente com os princípios vigentes no direito brasileiro de forma a criar um preceito compatível com o ordenamento, pois a exigência visa definir a presença do ato volitivo necessário à implementação da culpabilidade da pessoa jurídica.” (p. 211)

Para que apuração das condutas supostamente lesivas ao meio ambiente não restasse inviabilizada sempre que a acusação não dispusesse, já no momento do oferecimento da denúncia, da decisão a que alude o artigo antes citado, foi apresentada a seguinte tese, na Revista de Direito Ambiental:

“Como se sabe o Código Penal Brasileiro adotou a teoria da vontade quanto ao dolo direto e a teoria do assentimento ao conceituar o dolo eventual, ambos aplicáveis à conduta da pessoa jurídica.

Para a avaliação do elemento subjetivo da conduta desenvolvida pela pessoa jurídica devemos nos valer da mesma avaliação que fazemos da conduta da pessoa física.

Como no caso da pessoa jurídica, em muitas vezes não se consegue identificar com perfeição qual o momento ou o responsável legal que efetuou a deliberação, especialmente quando a conduta está inserida há tempo nas técnicas adotadas pela pessoa jurídica no desenvolvimento de sua atividade, devemos fazer a avaliação do elemento volitivo nos socorrendo à outra ficção, qual seja, de que essa, deliberação, partiu da própria pessoa fictícia, a jurídica, como se vontade tivesse.

E não se diga que estamos diante de responsabilidade objetiva, onde basta o resultado e o nexo, visto que há de estar a conduta inserida nas técnicas de produção adotada pela pessoa jurídica, isso quando não de identifique, repito, o momento em que se decidiu pela adoção da técnica.

Se a técnica está integrada no processo produtivo da empresa evidente o assentimento dos órgãos de direção, onde se inclui o representante legal.

(...)

Assim, toda técnica que se integre no sistema de trabalho adotado pela empresa, mesmo que não identificado o momento da deliberação ou os membros que compunham a direção da pessoa jurídica quando da opção, basta para se imputar à pessoa jurídica a autoria do delito, por ocorrência de dano ou mesmo perigo de sua ocorrência.” (Revista de Direito Ambiental nº 9; págs.137/143; Autor: José Carlos Rodrigues de Souza – Promotor de Justiça na Comarca de Catanduva/SP).

Neste caso concreto, descreve a denúncia a seguinte situação fática:

“Como se não bastassem todos os erros grosseiros verificados na operação, desde o seu princípio até o momento da detecção do vazamento, iniciou-se, por volta das 10:00h, mais uma sucessão de falhas no combate às consequências do acidente, motivada pela total falta de planejamento por parte da PETROBRAS para acontecimento de tal gravidade.

Eram três os planos de emergência de que a PETROBRAS dispunha na ocasião do desastre. Inicialmente, havia o Plano de Contingência para Derrames Acidentais de Óleo do GEGUA – Gerência da Baía de Guanabara – que abrangia o Terminal da Ilha D’água e os dutos contíguos, na Baía de Guanabara e na Ilha do Governador. A CETESB, ao analisar os termos deste plano (apenso 6, f. 161), concluiu pela grave deficiência em relação aos recursos humanos e materiais e pela ausência de diretrizes para o treinamento dos participantes.

A REDUC também possui plano de emergência, mas segundo seu Superintendente, KUNYUKI TERABE, este consiste basicamente em controle de incêndios, vazamento de gases, segurança e meio ambiente interno da REDUC. MANOEL DOS SANTOS SILVA ARAÚJO, Assessor de Segurança e Meio Ambiente da REDUC, alega que o plano só pode atender a acidentes pequenos, de nível 1, que seriam aqueles vazamentos de até 5 m³ de óleo.

Existe, ainda, o Plano de Emergência para Combate a Derramamento de Petróleo e seus Derivados na Baía de Guanabara – PEBG, firmado em 1999 por várias empresas, incluindo a PETROBRAS e órgãos públicos, como a FEEMA e a Capitania dos Portos do Estado do Rio de Janeiro.

Este plano tem como objetivo atender a situações emergentes de poluição causada por derramamento de óleo nas águas da Baía de Guanabara, mediante a cooperação dos participantes. Segundo a

PETROBRAS, o PEBG estaria preparado para atender a vazamentos de até 1.000 m³, quantidade esta muito próxima do volume vazado. Mesmo assim, ficou evidente que o plano não tinha estrutura suficiente para sanar os danos ocorridos.

Os dias que sucederam ao acidente demonstraram o grau de inadequação de todos os planos de emergência de que a PETROBRAS dispunha. RICHARD WARD, Superintendente do DTSE, em depoimento de f. 93/95, relatou que, no dia 18/01/2000, o DTSE iniciou o combate ao derramamento de óleo, assim que este foi constatado. Esta unidade operacional possuía, à época, cerca de 1.800m de barreiras. Paralelamente, o PEBG foi acionado com força total, na tentativa de evitar o alastramento da mancha.

O grau de imprevisto foi tão notório que a PETROBRAS teve que importar barreiras, obter recursos de outros estados, solicitar ajuda de voluntários. O Presidente da FEEMA, Sr. Axel Graef, (f. 169/171) alegou que o PEBG foi ineficaz pela falta de disponibilidade de equipamentos, provocada pela inadimplência das empresas que participavam do plano, inclusive da PETROBRAS. A REDUC, por exemplo, possuía apenas 400m de barreiras, quantidade completamente incompatível com os riscos oferecidos por sua atividade.”

Na peça de aditamento, foram feitas as seguintes afirmações pelo Ministério Público Federal:

“A 1ª denunciada, PETROBRAS – Petróleo Brasileiro S/A, incorreu nas penas dos artigos 33, 40, 54, incisos IV e V e 60 da L. 9.605/98, c/c o art. 13, § 2º, a e b do Código Penal, à medida que o referido desastre ecológico teve como causa primordial a ausência de implantação, na prática, de política visando à proteção do meio ambiente, conforme laudo da CETESB (anexo 6, f. 30 e 31), que indica que a ré já tinha ciência da “fragilidade no sistema de detecção de vazamentos” desde o acidente de 1997, sem que houvesse adotado providências pertinentes, extraindo-se, dos fatos narrados na denúncia, que a citada empresa não investiu em sistemas efetivos de segurança, assumindo o risco de ocasionar sérios acidentes. A ocorrência, em todo o País, de episódios similares (v. f. 50 do apenso 04) só demonstra que a denunciada não tem, como prioridade, a proteção ambiental, razão pela qual o acontecimento em questão tomou dimensão catastrófica não apenas pela demora na verificação do rompimento, mas sobretudo pelo longo atraso nos procedimentos necessários para evitar que o óleo se espalhasse pela Baía de Guanabara, tendo a confirmação do fato ocorrido apenas mediante a evidente percepção visual da terrível poluição que o combustível havia causado no mar, às 10h do fatídico dia,

potencializada pela falta de planejamento da empresa e grave deficiência de recursos humanos e materiais e ausência de diretrizes para treinamento de pessoal nos planos de emergência (cf. análise da CETESB às f. 161 do apenso 6), sendo que um deles, o Plano de Emergência para Combate a Derramamento de Petróleo e seus Derivados na Baía de Guanabara-PEBG, apesar de previsto para vazamentos de até 1.000m³ de óleo (próximo ao ocorrido), foi acionado (v.f. 93/95) mas mostrou-se absolutamente ineficaz (a começar pela inexistência de barreiras de contenção em número satisfatório e condizente com o risco inerente às operações – v. tb. F. 169/171). Por fim, conduzia atividades potencialmente – e efetivamente – poluidoras sem licença operacional (o oleoduto PE-II – duto de produtos escuros, saindo da REDUC até a Ilha D'água, e toda a REDUC – vide procedimento administrativo MPF/PR/RJ 343/2000, em apenso)."

Conforme se observa, a denúncia descreve fatos que caracterizariam a conduta delituosa imputada à paciente. Portanto, ainda que inexistia expressa indicação da decisão do órgão colegiado da Petrobrás que teria redundado na prática do crime ambiental, é possível extrair da peça acusatória indícios de autoria em relação à paciente. E, nos termos do entendimento firmado pelos Tribunais, *"a falta de certeza quanto à autoria não é motivo para o não recebimento da denúncia. Basta a existência de indícios suficientes"*. (TRF 5ª Região; INQ. nº 295; DJ 11/08/2000).

Com efeito, se o Ministério Público Federal, por ocasião do oferecimento da denúncia, tivesse em seu poder documento capaz de comprovar o momento exato e o conteúdo das decisões mencionadas pela lei, já estaríamos, antes mesmo da instrução, diante de uma certeza no que tange à autoria.

Mas não é isto que a lei processual determina. Vale dizer: no momento em que o *Parquet* apresenta a peça acusatória, exige-se tão somente *indícios* da autoria. Conforme leciona o Professor Paulo Rangel, *"o princípio reitor para o Ministério Público oferecer denúncia é o do **in dubio pro societate**, ou seja, na dúvida, diante das provas contidas no inquérito, deve resolve-la em favor da sociedade denunciando o indiciado."* (Disponível no site www.juspodivm.com.br). Contudo, por ocasião da prolação da sentença, a situação se modifica, sendo necessário que haja comprovação da autoria. Se persistir dúvida, deverá prevalecer o interesse do acusado, impondo-se a absolvição.

Conclui-se, portanto, que a avaliação do órgão julgador, em relação à suficiência ou não dos elementos fornecidos pela acusação, irá variar de acordo com a fase do procedimento. No momento do oferecimento da denúncia

bastam os *indícios* mas, para a decisão condenatória, exige-se *certeza* quanto à autoria.

Assim, em se tratando de crime ambiental, parece-me que não deve o magistrado condicionar o recebimento da peça acusatória à indicação precisa da decisão corporativa a que alude a lei, sob pena de inviabilizar toda e qualquer apuração da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Entretanto, ao final da instrução, exigir-se-á a demonstração concreta de que a infração foi cometida por determinação do representante da empresa ou de seu órgão colegiado, nos exatos termos do artigo 3º, da Lei nº 9.605/98.

Problema semelhante foi verificado pelos Tribunais, em relação aos crimes societários. Justamente por reconhecer a dificuldade de obtenção, já por ocasião do oferecimento da denúncia, de elementos detalhados acerca do comportamento de cada um dos integrantes da sociedade, parte da jurisprudência orientou-se no sentido de abrandar o rigor do artigo 41, do Código de Processo Penal, nos crimes de autoria coletiva, sendo conveniente esclarecer, neste posto, que não me filio a esta corrente, em se tratando de denúncia oferecida contra pessoa física que ostenta a qualidade de sócio.

Também em relação aos crimes ambientais cometidos por pessoa jurídica, as inegáveis dificuldades práticas de especificação da atuação da empresa, por ocasião do oferecimento da denúncia, poderiam justificar a adoção do entendimento acima mencionado. Para esta corrente, o excessivo rigor formal em relação à denúncia terminaria por inviabilizar a apuração das condutas lesivas ao meio ambiente, situação esta que deveria ser prontamente evitada.

É importante destacar, por outro lado, que mesmo para os defensores da referida tese, a descrição da conduta feita pelo Ministério Público Federal na peça acusatória deverá, sempre, viabilizar o amplo direito de defesa. Vale dizer: se os termos da denúncia não permitem a fiel compreensão dos fatos imputados ao acusado, dificultando a sua defesa, será forçoso concluir pela inépcia da referida peça.

Neste caso concreto, parece-me que a denúncia e o seu aditamento (fls.77 a 92 e fls. 94/99) descrevem satisfatoriamente o fato que se reputa criminoso, o que viabiliza o pleno exercício do direito de defesa pela paciente. E, nos termos do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, *“eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa dos acusados, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 43 do CPP – o que não se vislumbra in casu”*. (RHC 12308; DJ 08/04/2002; p. 234)

Esclareço, outrossim, que o fato de figurar como acusado pessoa jurídica - e não pessoa física - também exerce influência na orientação a ser por mim adotada para a questão relativa aos requisitos da denúncia. Ao meu ver, será necessário verificar com maior rigor os termos da peça acusatória, nos casos em que poderá advir, da imputação, alguma restrição à liberdade de locomoção. Por ser a liberdade o bem jurídico mais valioso do cidadão, deve o magistrado ser especialmente criterioso ao examinar as hipóteses que envolvem restrições a este direito.

Não se pode deixar de destacar, ainda, que a sanção do crime ambiental e a sanção da infração administrativa, no tocante à pessoa jurídica, guardam quase uma igualdade. Com efeito, em ambos os casos poderá a empresa sofrer como penalidade, por exemplo, a imposição de multa, a suspensão total ou parcial das suas atividades, ou a proibição de contratar com o Poder Público. Portanto, não obstante a distinção quanto a natureza da pena, o resultado imediato da condenação será, por muitas vezes, similar.

Aliás, a punição de cunho apenas administrativo e civil, para inúmeros estudiosos do tema, constitui a solução adequada para as hipóteses de danos ambientais, tendo em vista que a intervenção do Direito Penal só deveria ocorrer em casos excepcionais. Solução intermediária foi citada pelo Professor Cezar Roberto Bitencourt, em artigo publicado no Boletim IBCrim (Abril 98; p. 07): *“Por isso, a sugestão de Hassemer, de criar um novo Direito, ao qual denomina de Direito de Intervenção, que seria um meio termo entre Direito Penal e Direito Administrativo, que não aplique as pesadas sanções de Direito Penal, especialmente a pena privativa de liberdade, mas que seja eficaz e possa ter, ao mesmo tempo, garantias menores que as do Direito Penal tradicional, para combater a criminalidade ambiental.”*

A discussão acerca da adequação ou não do Direito Penal para as hipóteses de agressão ao meio ambiente, apesar de ter importância inquestionável no cenário jurídico atual, revela-se impertinente nesta sede, eis que já delineada, por lei, a questão relativa a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Por tudo o que foi até aqui exposto, e considerando que a denúncia foi oferecida em face de empresa, não vejo como acolher a alegação de inépcia da referida peça em relação à paciente, somente pelo fato de inexistir referência expressa à *“decisão concreta da assembléia geral ou da diretoria da Pacte ”* (fls. 37).

INÉPCIA DA DENÚNCIA QUANTO AO PROVEITO DA PACIENTE

O artigo 3º, da Lei nº 9.605/98 exige, para a configuração da responsabilidade penal da pessoa jurídica, que a infração seja cometida *“no interesse ou benefício da sua entidade”*.

O impetrante, após relacionar alguns dos prejuízos decorrentes do acidente ocorrido em janeiro de 2000 (fls. 48), afirma que não se poderia jamais afirmar que a paciente tivesse obtido qualquer benefício com a conduta considerada lesiva ao meio ambiente. De acordo com as suas alegações, *“exige o legislador brasileiro que se comprove que a prática do ato criminoso tenha tido como escopo primeiro o benefício econômico para a empresa.”* (fls. 52). Se tal situação não restar demonstrada pela acusação, sustenta ser necessário o reconhecimento da inépcia da denúncia.

A controvérsia em torno deste dispositivo decorrerá da interpretação a ser conferida aos vocábulos *“interesse”* e *“benefício”*. A presença de elementos normativos no tipo penal exige do magistrado um juízo de valor em relação à situação de fato a ele submetida, a fim de verificar a configuração ou não do elemento utilizado pelo legislador para descrever o delito. E esta maior amplitude da função do juiz, nestes casos, aumenta a possibilidade de interpretações distintas acerca de uma mesma norma.

Na análise do artigo 3º, ao meu ver, a primeira consideração que deve ser feita diz respeito às situações que o legislador não quis abranger com este dispositivo legal. Conforme afirmado pelo já citado Edis Milaré, *“... se o ato praticado, mesmo através da pessoa jurídica, apenas visou a satisfazer os interesses do dirigente, sem qualquer vantagem ou benefício para a pessoa jurídica, essa deixa de ser o agente do tipo penal e passa a ser meio utilizado para a realização da conduta criminosa. Ao contrário, quando a conduta visa à satisfação dos interesses da sociedade, essa deixa de ser meio e passa a ser agente.”* (Ob. cit., p. 356).

Feita esta observação, resta agora perquirir qual o real alcance dos termos extrajurídicos (interesse e benefício) utilizados pelo legislador para condicionar a responsabilização penal da pessoa jurídica. Paulo Affonso Leme Machado, em sua obra *Direito ambiental brasileiro*, esclarece o sentido da expressão contida no artigo 3º:

“A infração deve ser cometida no interesse da entidade ou no benefício da entidade. “Interesse” e “benefício” são termos assemelhados, mas não idênticos. Não teria sentido que a lei, tão

precisa em sua terminologia, tivesse empregado sinônimos ao definir um novo conceito jurídico. (...)

“Interesse” não diz respeito só ao que traz vantagem para a entidade, mas aquilo que importa para a entidade. O termo vem do Latim interest – importar, convir. Em italiano, “motivo di convenienza, individuato da ragione di ordine pratico”. Em francês, “ce qui importe, ce qui est utile à quelqu’un”. Não é, portanto, somente a idéia de vantagem ou de lucro que existe no termo “interesse”. Assim, age criminosamente a entidade em que seu representante ou seu órgão colegiado deixa de tomar medidas de prevenção do dano ambiental, por exemplo, usando tecnologia ultrapassada ou imprópria à qualidade do ambiente. O fato de não investir em programas de manutenção ou de melhoria já revela a assunção do risco de produzir resultado danoso ao meio ambiente. O interesse da entidade não necessita estar expresso no lucro direto, consignado no balanço contábil, mas pode se manifestar no dolo eventual e no comportamento culposos da omissão.” (in, Direito Ambiental Brasileiro; Malheiros Editores; 10ª edição; págs. 653/654)

Conforme se observa, para a configuração da situação prevista pelo legislador, não se exige uma relação direta e imediata entre o fato delituoso e a obtenção de lucro. O próprio impetrante cita a lição do Professor Luiz Regis Prado, que confere um amplo alcance ao dispositivo legal em análise. Segundo o referido doutrinador, *interesse* significa a vantagem de qualquer natureza (política, moral etc), podendo o *benefício* ser representado por um favor, ganho ou proveito econômico.

As considerações tecidas pela doutrina nos levam a concluir que numerosas situações poderão vir a configurar o interesse e/ou benefício exigido pela lei. Cada hipótese concreta terá que ser cuidadosamente examinada, para que possa o órgão julgador concluir, com segurança, se o fato descrito pela acusação se enquadra ou não na definição do delito feita pelo legislador.

Esta avaliação, contudo, dependerá de um exame aprofundado da matéria fática, o que não se admite nesta via. Com efeito, de acordo com o pacífico entendimento firmado pela doutrina e pela jurisprudência, o rito sumário do mandado de segurança não só afasta a possibilidade de dilação probatória, como inviabiliza a verificação, em profundidade, das questões de fato.

Neste caso concreto, a questão relativa à configuração ou não do benefício supostamente alcançado com a infração revela-se bastante controvertida. Com efeito, sustenta o Ministério Público Federal que “o desastre

ecológico teve como causa primordial a ausência de implantação, na prática, de política visando à proteção do meio ambiente. Extrai-se, dos fatos acima narrados, que a citada empresa não investiu em sistemas efetivos de segurança, assumindo o risco de ocasionar sérios acidentes” (fls. 91). O impetrante, por seu turno, afirma o seguinte: “...não há referência a um único documento (uma ata, um memorando, por exemplo, um papelucho qualquer), um único depoimento, um parecer técnico, nada, absolutamente nada que demonstre a assertiva de que uma decisão colegiada tenha determinado a omissão nas cautelas ambientais, calcada na redução de custos e busca de recordes de produção. Trata-se de pura criação mental da acusação” (fls. 51).

Ora, depoimentos, pareceres técnicos e outras eventuais provas deverão ser produzidas no curso da ação penal. Esta circunstância demonstra como qualquer decisão, nesta sede, acerca da tipicidade ou não dos fatos narrados pelo Ministério Público Federal na denúncia, seria inadequada. Ressalto, apenas para corroborar a afirmação de que a matéria fática apresenta grande complexidade, exigindo ampla instrução, que foi publicado artigo na Revista do Procurador Federal (Associação Nacional dos Procuradores Federais; Novembro 2001; pág.86), no qual a Petrobras teceu as seguintes considerações:

“Os acidentes ambientais que a Petrobras viveu recentemente não abalaram a disposição da companhia em se tornar, até o final de 2003, reconhecida por sua excelência ambiental, a exemplo do que já ocorre nas áreas de exploração, produção e distribuição de petróleo e derivados. Para isso, está implementando um Programa de Excelência em Gestão Ambiental e Segurança Operacional que é o maior do gênero já posto em prática no mundo por uma empresa de petróleo.

O programa foi lançado pelo Presidente Philippe Reichstul no dia 15 de maio de ano passado, e traz medidas de curto prazo quanto aos aspectos das instalações e de planos de contingência, como também, ações de longo prazo, integradas, para colocar a Empresa em um novo patamar de gestão ambiental, saúde e segurança operacional.

(...)

Essa rede de proteção inclui a contratação de três embarcações dedicadas e especializadas no combate a vazamentos de óleo. Equipada com barreiras, tanques e barcos de apoio, as embarcações permanecem tripuladas 24 horas, prontas para intervir em qualquer emergência. Além disso, têm capacidade para recolher do mar até 100 mil litros de óleo por hora. Uma delas opera desde o início do

ano, na baía de Guanabara, e as outras duas deverão brevemente entrar em operação em São Sebastião, em São Paulo, e na baía de Todos os Santos, na Bahia.

A baía de Guanabara foi a primeira área de atuação da Empresa a receber bóias com sensores, que detectam a presença de hidrocarbonetos na água e, em tempo real, transmitem a informação para uma sala de controle na unidade de Dutos e Terminais do Sudeste (DTSE), fazendo soar um alarme. É uma tecnologia avançada, empregada com sucesso na Europa, que chega para abreviar ainda mais o tempo de resposta da empresa a um eventual acidente.

Com esse leque amplo de providências, envolvendo recursos, equipamentos e tecnologia de ponta, a Petrobras mantém em curso um processo de reestruturação, que inclui a revisão de todas as rotinas, política de pessoal, capacitação em recursos humanos, níveis de treinamento, numa mobilização integral que a levará, a curto prazo, ao estado da arte na questão ambiental.”

Estas e outras questões relevantes para a manifestação judicial acerca da procedência ou não da acusação em relação à paciente, por não se apresentarem de forma incontroversa, deverão ser debatidas na ação penal e decididas na sentença, após o devido processo legal.

A jurisprudência confirma esta impossibilidade de exame nesta sede processual, conforme se demonstrará a seguir.

Neste caso concreto, considerando que a ação mandamental foi impetrada em situação na qual seria em tese cabível o *habeas corpus* – se o paciente fosse pessoa física e não jurídica – entendo oportuna a transcrição das seguintes decisões, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, respectivamente:

“HABEAS CORPUS – APTIDÃO FORMAL DA DENÚNCIA – IMPUTAÇÃO DE FATO QUE, EM TESE, CONFIGURA DELITO – EXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA – PEDIDO INDEFERIDO.

- A ausência de justa causa impede a válida e legítima instauração de procedimentos penais condenatórios, pois nada pode justificar o abuso de poder, a acusação arbitrária ou a injusta restrição da liberdade individual. A falta de justa causa, no entanto, para constituir objeto de indagação em sede de habeas corpus, deve encontrar fundamento em fatos líquidos e em elementos probatórios idôneos e inequívocos. Há justa causa para a ação penal, quando os fatos

descritos na peça acusatória configuram, em tese, o delito imputado ao réu. Precedentes.

- A ação de habeas corpus enseja cognição meramente sumária da questão suscitada pelo impetrante do writ constitucional. Não permite exame aprofundado dos fatos. Inocorrendo qualquer divórcio aparente entre a imputação fática contida na peça acusatória e a realidade objetiva emergente do conjunto probatório produzido pela investigação penal, torna-se inviável discutir, na via estreita do habeas corpus, a alegação de ausência de justa causa para a persecutio criminis. Precedentes.”

(STF; HC 79844/RJ; Rel. Min. CELSO DE MELLO; DJ 17/03/00; pág. 00003)

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA DO PACIENTE. EXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE.

1- É incompatível com a via sumária do writ o exame aprofundado do matéria fática.

2- Ordem denegada.”

(STJ; HC 17737/PR; Rel. Min. PAULO GALLOTTI; DJ 04/02/2002; pág. 00571)

Assim, considerando que a tese do impetrante relativa à inexistência de demonstração de que a infração foi cometida no interesse ou benefício da paciente não pode ser verificada sem que se proceda ao que se denomina “exame aprofundado dos fatos”, é forçoso concluir pela inadequação da via eleita pelo impetrante, para a apreciação desta questão.

CONCLUSÃO

Feitas estas considerações, acredito ser oportuna a transcrição do comentário sobre a controvertida Lei nº 9.605/98, do já citado Édis Milaré:

“entendemos que o novo diploma, embora não seja o melhor possível, apresentando ao contrário defeitos perfeitamente evitáveis, ainda assim representa um avanço político na proteção ao meio ambiente, por inaugurar uma sistematização da punição administrativa com severas sanções e tipificar organicamente os crimes ecológicos, inclusive na modalidade culposa.

Não se pode esquecer jamais que a lei é o farol que ilumina e aponta os horizontes, não é barreira para simplesmente impedir a caminhada.

Toda lei tem defeitos, que se tornam mais evidentes quando passa ela a ser aplicada. Cumpre aos tribunais aparar-lhe as arestas, criando jurisprudência que consolide as interpretações mais razoáveis.” (Ob. cit., p. 368)

E, cumprindo a sua missão de interpretar as leis, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, nos fornece o seguinte precedente:

RECURSO CRIMINAL – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - CRIME AMBIENTAL – DENÚNCIA REJEITADA - RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS – POSSIBILIDADE ANTE O ADVENTO DA LEI N. 9.605/98 - AUSÊNCIA DE PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS – ORIENTAÇÃO DOUTRINÁRIA – RECURSO PROVIDO.

Completamente cabível a pessoa jurídica figurar no pólo passivo da ação penal que tenta apurar a responsabilidade criminal por ela praticada contra o meio ambiente. (Recurso Criminal nº 00.020968-6; Desembargador Relator Sólon d’Eça Neves; Primeira Câmara Criminal; Data da decisão 13/03/2001).

Por tudo o que foi até aqui exposto, embora reconheça que sólidos fundamentos de ordem técnica embasam a bem elaborada peça exordial, não vejo como acolher a tese da inconstitucionalidade da Lei nº 9.605/98, suscitada pelo impetrante, por violação aos princípios constitucionais do devido processo legal e da reserva legal.

Por outro lado, também não vislumbro a possibilidade de concessão da ordem, pelo reconhecimento da inépcia da denúncia, tal como pretende o impetrante.

Destaco, por fim, que as imperfeições detectadas em nosso diploma ambiental o afastam do que se poderia reputar ideal em termos de legislação. Entretanto, se por um lado não se pode negar que as normas ambientais necessitam passar por um processo de aprimoramento, também deve ser considerado que a edição da Lei nº 9.605/98 representa um avanço político no que tange à proteção do meio ambiente. Acredito, ainda, firmemente na necessidade de conscientização não só das empresas, como da população em geral, em relação à prevenção de danos ambientais. Assim, talvez possamos alcançar um equilíbrio maior nesta área, conciliando desenvolvimento e preservação ambiental.

Pelos fundamentos aqui desenvolvidos, não vejo como acolher os argumentos invocados pelo impetrante, com o conseqüente trancamento da ação penal em relação à paciente.

Isto posto, voto no sentido da denegação da ordem.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA

**Rogério Vieira de Carvalho - Desembargador Federal do
TRF da 2ª Região**

MANDADO DE SEGURANÇA Nº7690 (PROC. Nº
2001.02.01.032694-7)

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO VIEIRA DE CARVALHO
IMPTE: UNIÃO FEDERAL

IMPTDO: EXMO. SR. JUIZ FEDERAL DA 3ª VARA DE VITÓRIA-ES
LITIS: PROJEÇÃO INCORPORAÇÃO LTDA.

ADVOGADO: SILVESTRE DE LIMA NETO

M.P.F.: PROC. REG. DR. MAGNUS AUGUSTUS ALBUQUERQUE

ORIGEM: PROC. 94.00.01525-9

RELATÓRIO:

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela União Federal objetivando afastar a averbação junto ao Cartório da 1ª Zona do Registro Geral de Imóveis de Vitória, no Estado do Espírito Santo, do trânsito em julgado de decisão proferida nos autos da ação de desapropriação (feito originário), conforme determinado pelo MM. Juiz Impetrado. Pretende a Impetrante, enfim, seja concedida a ordem para anular qualquer averbação no registro imobiliário que conste que o imóvel em questão fora desapropriado em favor da União Federal e, em sede liminar, pede a suspensão do ato que determinou a averbação da r. sentença e do v. acórdão proferidos nos autos da ação nº 94.0001525-9.

Inicial às fls. 02/10, alegando, em suma, como causa de pedir que "(...)o ato ora impugnado fere o direito da União Federal de que sejam observadas as normas processuais, haja vista que: 2.1. O MM. Juiz não poderia determinar a averbação, visando transferir a titularidade do imóvel desapropriando, antes da comprovação do pagamento ou da consignação, nos termos do art. 29 do Decreto-Lei 3.365, que dispõe: **'Art. 29. Efetuado o pagamento ou a consignação, expedir-se-á em favor do expropriante, mandado de imissão de posse valendo a sentença como título hábil para a transcrição**

no Registro de Imóveis’; O pagamento referido não foi efetuado, nem poderá ser feito, uma vez que o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, através de decreto publicado em 20 de junho de 2001 (doc. II), revogou o decreto de 28 de dezembro de 1993, que havia declarado de utilidade pública para fins de desapropriação o imóvel em questão. 2.2 A União Federal, que antes da revogação do decreto de desapropriação, tendo em vista esta revogação, não requereu ao MM. Juiz a prática de tal ato (determinação da averbação no Registro de Imóveis). Tendo sido o mesmo praticado a pedido do desapropriado, o que em regra geral não seria do seu interesse, uma vez que o pagamento ainda não foi efetuado, a União Federal deveria ter sido intimada a se manifestar sobre tal pedido, em obediência ao princípio processual o contraditório. (...)” (fls. 03 dos autos). Instruindo o feito, os documentos de fls. 12/38.

Liminar deferida por esta Relatoria, consoante decisão de fls. 42/43, para suspender a eficácia do ato do MM. Juiz Impetrado que determinou a averbação da r. sentença e v. acórdão referentes a ação de desapropriação nº 94.0001525-9.

Contestação, às fls. 52/67, da litisconsorte passiva necessária – Projeção Incorporação Ltda. – pugnando pela denegação da ordem. Insiste a litisconsorte que “o malfadado pedido de desistência tenta investir o Decreto revogador de eficácia autônoma e inimaginável em termos jurídicos, qual seja a de desconstituir uma sentença condenatória, um título executivo judicial transitado em julgado. Se isto fosse possível, não mais haveria segurança jurídica nas relações Estado/cidadão, posto que sempre poderia o expropriante retroceder e, assim, anular os efeitos da decisão transitada e do pagamento, sem maiores conseqüências (...) O mero Decreto revocatório da expropriação não garante o direito à desistência, uma vez que deve ser julgado em cotejo com o preenchimento dos necessários requisitos legais e competentes medidas mitigadoras do proprietário prejudicado.(...)” (fls. 66)

Despacho desta Relatoria, às fls. 76, determinando fosse oficiado o MM. Juiz impetrado, solicitando informações sobre a existência ou não de decisão quanto ao requerimento de desistência da expropriação, formulado pela Impetrante.

Informações do MM. Juiz impetrado, às fls. 78/83, sustentando a inadequação da via eleita e, no mérito, que “a decisão impugnada não teve por escopo o fato da revogação da desapropriação, pois não era do seu conhecimento. Somente, agora, ouvidas as partes, o MPF e solicitadas informações ao TRT da 17 a Região, é que a matéria se encontra madura para decisão. (...) a regra do art. 29 do DL nº 3365/41 constitui uma garantia do expropriado e não do poder público expropriante, sendo admissível, a pedido

do próprio expropriado, o registro da sentença transitada em julgado, mesmo antes do pagamento do preço in casu, via precatório previsto e orçado no exercício corrente. O fato é que a coisa julgada tornou imutável o comando judicial. (...) Numa terceira circunstância, agora, exsurge pois a resposta do Sr. Presidente do TRT da 17ª Região, demonstrando que o pagamento mesmo que prévio da desapropriação, não fora feito pela Corte Trabalhista, apesar da dotação orçamentária e financeira específica para tal fim, donde se percebe que a não utilização dos referidos recursos, do ponto de vista das leis financeiras e das técnicas orçamentárias, constitui um ilícito. Portanto, se o não-pagamento se deu por omissão ou por diversa aplicação dos recursos orçamentários e financeiros, a conduta da União, por seus órgãos da administração da Justiça Trabalhista, não pode, diante da ilicitude, gerar consequências desfavoráveis ao expropriado, mormente quando os recursos existiam e, agora, então novamente em vias de disposição pelo procedimento do precatório. (...)”

Ofício da autoridade impetrada, às fls. 87, encaminhando cópia de petições protocolizadas pela União Federal no feito originário, às fls. 88/91.

Ofício da autoridade impetrada, às fls. 93, encaminhando cópia de r. decisão proferida nos autos da ação de desapropriação, datada de 18 de dezembro de 2001,, às fls. 94/98.

Ofício da autoridade impetrada, às fls. 105, encaminhando cópia de r. decisão proferida no feito originário, datada de 19 de fevereiro de 2002, às fls. 106.

Petitório da União Federal, às fls. 109/110, noticiando que “o r. juízo de primeiro grau, aos 18/12/2001, determinou ‘quanto à imissão definitiva da União na posse do imóvel, em favor do TRT da 17ª Região, determino que a mesma seja efetivada em 60 (sessenta) dias, por Oficial de Justiça, justificando esse prazo em virtude de aspectos e circunstâncias burocráticas relacionadas à Administração da Justiça.’ Aos 07/03/2002 foi determinada a imediata ‘imissão na posse’, designado o dia de hoje 11/03/2002, às 15 horas, para o cumprimento da decisão, sob o argumento de que o expropriado não poderia permanecer na administração do imóvel. Ora, a decisão de primeira instância que defere a imissão na posse é flagrantemente ilegal, por desrespeitar a liminar que impediu a transcrição no registro e, por conseguinte, a transferência da propriedade ou a produção de quaisquer efeitos da sentença proferida nos autos do processo nº 94.00001525-9, em curso perante a 3ª Vara Federal do Espírito Santo. Diante de tal ilegalidade, e pela violação dos termos da decisão liminar, este fato merece ser conhecido de ofício, sendo passível de modificação por V. Exa., de modo a garantir a autoridade de seu despacho. (...)”

Decisão desta Relatoria, às fls. 258/259, suspendendo a eficácia da respeitável decisão do mm. Juiz de primeiro grau, datada de 07 de março de 2002, que designou o dia 11 de março de 2002 para formalização da imissão definitiva da posse do imóvel em questão, por extensão da liminar já concedida nesses autos.

Ofício da autoridade impetrada, às fls. 263, encaminhando cópia de decisões proferidas nos autos da ação de desapropriação nº 94.0001525-9, às fls. 264/268.

Despacho desta Relatoria, às fls. 271, abrindo vista à União Federal sobre os documentos acostados às fls. 263/268.

Petitório de Projeção Incorporação Ltda., às fls. 272, acostando cópia de seus atos constitutivos. (fls. 273/277)

Petitório da União Federal, às fls. 278/281, afirmando que “o Poder Público não está obrigado a acrescentar a seu patrimônio um bem que não lhe interessa mais, por ter perdido sua utilidade pública.”, requerendo, ainda, o prosseguimento do feito.

Determinada a remessa do processado ao douto “**Parquet**” Federal (fls. 282), opina o douto representante da Procuradoria Regional da República pela concessão da ordem, em parecer lançado às fls. 283/291.

Incluído o feito na pauta do dia 04 de novembro de 2002 (fls. 300) , em razão do adiamento, por indicação do Relator (fls. 300v.), é o feito trazido em mesa, na sessão de hoje, para julgamento, na forma regimental.

É o relatório.

Rio de Janeiro, 11 de Novembro de 2002.

ROGÉRIO VIEIRA DE CARVALHO

Desembargador Federal - Relator

MANDADO DE SEGURANÇA Nº7690 (PROC. Nº 2001.02.01.032694-7)

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO VIEIRA DE CARVALHO

IMPTE: UNIÃO FEDERAL

IMPTDO: EXMO. SR. JUIZ FEDERAL DA 3ª VARA DE VITÓRIA-ES

LITIS: PROJEÇÃO INCORPORAÇÃO LTDA.

ADVOGADO: SILVESTRE DE LIMA NETO

M.P.F.: PROC. REG. DR. MAGNUS AUGUSTUS ALBUQUERQUE

ORIGEM: PROC. 94.00.01525-9

VOTO:

A Colenda 6ª. Turma do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, no ROMS n. 9.893 – RS, julgado na sessão de 21 de novembro de 2000, de que foi Relator o Eminentíssimo Ministro **VICENTE LEAL**, a respeito do mandado de segurança contra decisão judicial, assim ementou o seu entendimento: “Antes da edição da Lei n. 9.139/95, a jurisprudência pretoriana, amenizando os rigores do comando expresso na Súmula 267 do STF, admitia a impetração de segurança contra decisão judicial, passível de recurso sem efeito suspensivo, desde que interposto este a tempo e modo, ou ainda quando esta apresentava natureza teratológica, flagrantemente afrontosa ao direito. A decisão que veda a retirada dos autos do cartório com vista no curso de prazo particular não se reveste de caráter teratológico e deve ser impugnada pelo recurso regularmente previsto na lei processual”. Do voto condutor do Eminentíssimo Ministro **VICENTE LEAL** reproduzo os seguintes dizeres – todos encontrados à pág. 178/180 da Revista dos Tribunais, n. 90 – julho de 2001 – vol. 789 -: “(...) É certo que, antes da vigência da Lei 9.139/95, a jurisprudência pretoriana, amenizando os rigores do comando expresso na Súmula 267 do STF, admitia o uso do mandado de segurança contra decisão judicial. Todavia, exigia-se a presença de certos pressupostos, tais como: a) tenha sido a decisão atacada pelo recurso próprio, desprovido de efeito suspensivo, ajuizado a tempo e modo; ou b) *seja a decisão de natureza teratológica, flagrantemente afrontosa ao direito* ; e c) *seja a decisão susceptível de causar dano irreparável ou de difícil reparação*. No caso, como salientado no relatório, a autarquia impetrante, ora recorrente, ataca decisão que negou pedido de vista dos autos para fins de interposição de recurso no curso do prazo que lhe era particular. Por mais que se procure afastar o formalismo dos atos processuais, dando vigor ao princípio da efetividade do processo, há de se exigir um mínimo de observância de regras instrumentais. No caso presente, o impetrante não se valeu do recurso de agravo de instrumento, previsto na legislação processual civil, para impugnar a referida decisão judicial. Em face dessas considerações, tratando-se de mandado de segurança contra ato judicial, sem revestir-se de caráter teratológico, o qual não foi impugnado pelo recurso cabível, não tem cabimento a utilização do **mandamus**”.

A r. decisão judicial impugnada, no presente mandado de segurança, é do seguinte teor: “Com o trânsito em julgado do v. acórdão que confirmou a sentença de procedência da pretensão expropriatória, exsurge inofismável o título de propriedade do imóvel expropriado em favor da União, impondo-se, de imediato, sua averbação junto à matrícula no registro geral de imóveis, a teor do que dispõe o art. 167, do inciso I, item 34, da Lei n. 6.015/73. Nesse passo, oficie-se ao Sr. Oficial do Cartório da 1ª. Zona do Registro Geral de

Imóveis, da Comarca de Vitória/ES, a fim de que proceda a averbação da sentença e do v. acórdão junto ao registro do imóvel, instruindo o mandado com as seguintes peças: cópias da petição inicial, do decreto desapropriatório, da sentença e do v. acórdão, bem como certidão de trânsito em julgado expedida pelo Sr. Diretor de Secretaria". A indagação - que se impõe, à admissibilidade do **writ**, no caso - é se convém, ou não, à referida r. decisão judicial o predicado de *ser teratológica, flagrantemente afrontosa ao direito*. A conclusão, em sentido afirmativo, depende de convicção de que o ato impugnado se deu, sem que "efetuado o pagamento ou a consignação" (art. 29 do Decreto – Lei 3.365).

*Se se atém apenas e tão somente aos literais dizeres constantes da fundamentação da r. decisão recorrida , parece que a mesma incidiu em violência aos literais dizeres do art. 29 do DL 3.365, o que , à toda evidência, não é suficiente para se concluir pela teratologia da mesma e, por isto, pela admissibilidade do **mandamus** .Sucedee que nem tudo o que parece é !*

A r. decisão da D. Autoridade Impetrada , trazida aos autos , por cópia, às fls. 106, de 19 de fevereiro de 2002 ("Não se tendo notícia, até a presente data, de concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto pela União (fls. 1163/1173) , persiste plenamente em vigor a decisão por mim exarada às fls. 1153/1157. Defiro, pois, o pedido de fls. 1261/1263. Expeça-se alvará para levantamento dos valores **pagos mediante precatório** e depositados na conta n. 0829.005.23671-1 (fls. 1271). Os alvarás tanto para levantamento do principal, quanto para levantamento da importância referente aos honorários, deverão ser expedidos em nome da empresa ré , consoante opção do próprio causídico, tendo – se em conta os valores consignados às fls. 1266. À vista da manifestação do causídico, dando conta da insuficiência do depósito efetivado a título de honorários advocatícios, oficie-se ao Exmo. Sr. Presidente do Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª. Região, solicitando que informe se o depósito referente à verba honorária atende integralmente ao **quantum** fixado a esse título na sentença, e, em não atendendo, que explicita as razões porque apenas parcela dessa verba foi depositada, mormente considerando sua natureza alimentar, eis que se trata de valores necessários à própria subsistência dos causídicos (...)” - grifei) conspira em favor de conclusão diversa da pretendida pela Impetrante. Mas, há mais: a) o precatório requisitório - expedido, em carta de sentença - para fins de depósito judicial do **quantum** da indenização, fixada na ação de desapropriação, foi autuado, no Egrégio Tribunal Regional Federal da Segunda Região, no dia 01 de julho de 2000. O trânsito em julgado do v. acórdão da Egrégia Quarta Turma, negando provimento ao apelo e à remessa necessária, na referida ação de desapropriação, ocorreu no dia 24 de maio de 2001 (fls.

95), com o que a execução provisória se converteu em execução definitiva , pendendo o precatório, não mais para fins de depósito do **quantum** da indenização, mas, sim, **para pagamento**. Ora, a Emenda Constitucional n. 30 de 13 de setembro de 2000 , publicada no DOU de 14 de setembro de 2000 , acrescentou ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias , o artigo 78, com a seguinte dicção: “ Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente , acrescidos de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos. Parágrafo 1º. – É permitida a decomposição de parcelas, a critério do credor. Parágrafo 2º. – As prestações anuais a que se refere o **caput** deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora (...)”. Assim, a partir de 14 de setembro de 2000 , inclusive, o precatório, expedido, na ação de desapropriação, em favor da ora litisconsorte passiva **ad causam** , passou a ter as prestações anuais , iguais e sucessivas, vencidas , respectivamente, no exercício de 2001, eficácia liberatória dos tributos da entidade devedora, no caso, da União Federal. Que é isto senão *pagamento do quantum da indenização?*.... O art. 78, acrescentado pelo Poder Constituinte Derivado, ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em nada conflita com o que inscrito no inciso XXIV do art. 5º. da Constituição Federal, pelo Poder Constituinte Originário (“a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública , ou por interesse social, *mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição*” - grifei), vez que, na forma ressalvada no art. 78 do ADCT, nem toda justa e prévia indenização será feita *em dinheiro*. Aliás, desnecessário dizer que *dinheiro é meio de troca*. Exatamente, como o precatório, expedido em favor da Expropriada, ora litisconsorte passiva **ad causam**. O art. 29 do DL 3.365 há de receber inteligência em consonância com a regra do art. 78, acrescentado ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pela Emenda Constitucional n. 30. Os precatórios alcançados pelo art. 78 do ADCT têm eficácia de pagamento e se constituem numa ressalva, numa exceção ao pagamento em dinheiro, ambos (a ressalva e o pagamento em dinheiro) previstos no inciso XXIV do art. 5º. da Constituição Federal; b) Editado decreto do Exmo. Sr. Presidente da República, publicado em 20 de junho de 2001 (fls. 15), a ilustre defesa da Expropriante, ora Impetrante, requereu (fls. 16) ao MM. Dr. Juiz da causa, ora

Impetrado , mediante petição datada de 22 de junho de 2001 e protocolizada no dia 25 de junho de 2001 , nos autos da execução provisória (fls. 16/17), “a extinção do presente processo em face da desistência da desapropriação, solicitando o cancelamento do precatório 26444 (proc. 2000.50.02.041.1597-6/ES) em trâmite no Egrégio TRF da 2ª. Região”. Com efeito, sem o cancelamento do precatório , alcançado pelo art. 78 do ADCT, como evitar o registro da propriedade , a que se refere o art. 29 do DL 3.365 ? A procedência do “**mandamus**” não tem o condão de cancelar o referido precatório. Os autos deste **mandamus** são o testemunho eloqüente do acerto dessa última assertiva, vez que da suspensão da eficácia do ato impugnado não adveio – como, talvez, tivesse suposto a Impetrante – a suspensão do precatório; nem, muito menos, liquidação de uma parcela, como noticiado na r. decisão de fls. 106 ... Como se vê, com acerto, compreendeu a defesa da Impetrante que, para o fim de fazer voltar ao não ser a desapropriação ajuizada, dependia, substancialmente, da homologação da desistência, com o conseqüente cancelamento do precatório. A despeito de, como dito, protocolizado o pedido de desistência da desapropriação, com conseqüente cancelamento do precatório, no dia 25 de junho de 2001, sobrevindo a r. decisão impugnada no dia 05 de julho de 2001 , não postulou , do TRF, provimento jurisdicional que suprisse a omissão no deferimento, de conteúdo positivo ou negativo, do referido requerimento ... E não interpôs o recurso cabível contra a r. decisão impugnada ! ...; c) A r. decisão da MM. Autoridade Impetrada, quanto ao requerimento de desistência da desapropriação, se deu em razão de ofício deste Relator (fls. 114/118), contra a qual veio a ser impetrado mandado de segurança, cuja inicial foi indeferida, e, em sede de agravo interno (regimental), a Egrégia Quarta Turma, havendo, por maioria, rejeitado a preliminar de aquiescência, à unanimidade negou provimento ao referido recurso. Interposto, subseqüentemente ao agravo interno, agravo de instrumento, contra a referida decisão, da D. Autoridade Impetrada, não foi o mesmo admitido, em razão da proclamada preclusão consumativa, em sede de agravo interno (regimental), contra a decisão que indeferiu a petição inicial do mandado de segurança impugnando a decisão de fls. 114/118, o que resultou confirmado, à unanimidade, em sede de agravo interno (regimental), pela Egrégia Quarta Turma. Requerida medida cautelar, para o fim de obter efeito suspensivo aos recursos constitucionais, interpostos contra o v. acórdão, que negou provimento ao agravo interno, objetivando reforma da decisão monocrática do Relator que negou seguimento ao agravo de instrumento, contra a r. decisão do MM. Juízo Impetrado, que negou homologação ao requerimento de desistência da desapropriação, foi indeferida a medida liminar pelo Exmo. Sr. Desembargador Federal Vice – Presidente do Egrégio Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Assim , o que subsiste – no momento – é decisão do

MM. Juízo Impetrado rejeitando homologação ao requerimento de desistência da desapropriação e conseqüente cancelamento do precatório, que, alcançado pelo art. 78 do ADCT, é dotada de eficácia de pagamento da prévia e justa indenização. Efetivamente, teratológica, afrontosa ao direito, a r. decisão impugnada, de verdade, não o é. Mas, sim, acha-se plenamente ajustada ao art. 29 do DL 3.365, a despeito de não endossar os motivos invocados pelo MM. Juízo Impetrado, para assim concluir. Como se vê, negando-se a teratologia, o predicado de ser afrontosa ao direito, à r. decisão impugnada, a conseqüência é a inadequação da via eleita.

Se, porém, admitisse – e não o faço – associar à r. decisão impugnada o predicado de ser teratológica, manifestamente afrontosa ao direito, ainda haver – se- ia que perquirir de outro concomitante pressuposto do **mandamus** contra ato judicial, de que caiba recurso, com possível efeito suspensivo, consistente em, no dizer do Eminente Ministro **VICENTE LEAL**, de que “*seja a decisão susceptível de causar dano irreparável ou de difícil reparação.*” Nem irreparável, nem de difícil reparação, o que possa advir do ato impugnado. Este – vale repetir – apenas determinou a averbação da sentença e do v. acórdão junto à matrícula no registro geral de imóveis (fls. 13). Em primeiro lugar, como não mais “existe” interesse público, para fins de desapropriação, no imóvel em causa, a **UNIÃO FEDERAL** não terá interesse em aliená – lo enquanto não ocorrer provimento jurisdicional, de caráter definitivo, acerca da pretensão à homologação da desistência da desapropriação, com conseqüente cancelamento do precatório. Em segundo lugar, efetivado o registro, determinado no ato impugnado – sempre susceptível de vir a ser desfeito – evita-se possível enriquecimento sem causa da expropriada, ora litisconsorte passiva ad causam, que vem recebendo, em parcelas, o quantum da indenização, e, além disto, alugueres ? (...) O dano de difícil reparação – a manter-se o *status quo* até que sobrevenha decisão, definitiva, acerca da pretensão à homologação da desapropriação, com conseqüente cancelamento do precatório – é da expropriada, que deverá responder pela posse do imóvel, além de agravar eventuais perdas e danos da Impetrante, em vindo a ser acolhido o pleito de desistência da desapropriação, que, aqui, como já dito e repetido, não é o lugar apropriado à sua decisão. Registre-se causar espécie o fato de subsistindo o precatório, vir a Impetrante fazendo depósito de parcelas do *quantum* da indenização, além de alugueres, relativos ao imóvel expropriado, em ação de consignação em pagamento, em trâmite no MM. Juízo Impetrado ...

Negada a teratologia da r. decisão judicial impugnada, assim como a circunstância de que, se admitida a imaginada teratologia da r. decisão judicial impugnada, dela não advém à Impetrante dano irreparável, nem, muito menos,

de difícil reparação. Evidentemente, deverá constar do RGI a circunstância de que se acha pendente de decisão definitiva, pelas Cortes Superiores, litígio das partes, na ação de desapropriação, quanto à pretensão da Autora, ora Impetrante, à homologação da desistência da expropriação, com conseqüente cancelamento do precatório.

ISTO POSTO:

DENEGO A SEGURANÇA, REVOGANDO A MEDIDA LIMINAR, COM RESSALVA DE QUE DEVERÁ CONSTAR DO RGI QUE PENDE DE DECISÃO DEFINITIVA, PELAS CORTES SUPERIORES, PRETENSÃO DA ORA IMPETRANTE QUANTO À HOMOLOGAÇÃO DE DESISTÊNCIA DA DESAPROPRIAÇÃO, COM CONSEQÜENTE CANCELAMENTO DO PRECATÓRIO. SEM CUSTAS E SEM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. OFICIE-SE À DD. AUTORIDADE IMPETRADA PARA CIÊNCIA DESTA DECISÃO.

É COMO VOTO.

Rio de Janeiro, 11 de Novembro de 2002.

ROGÉRIO VIEIRA DE CARVALHO

Desembargador Federal - Relator

MANDADO DE SEGURANÇA Nº7690 (PROC. Nº 2001.02.01.032694-7)

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO VIEIRA DE CARVALHO

IMPTE: UNIÃO FEDERAL

*IMPTDO: EXMO. SR. JUIZ FEDERAL DA 3ª VARA DE VITÓRIA-ES
LITIS: PROJEÇÃO INCORPORAÇÃO LTDA.*

ADVOGADO: SILVESTRE DE LIMA NETO

M.P.F.: PROC. REG. DR. MAGNUS AUGUSTUS ALBUQUERQUE

ORIGEM: PROC. 94.00.01525-9

EMENTA:

ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. Com o advento da Lei n. 9.139/95, o mandado de segurança contra ato judicial, susceptível de ataque por meio de recurso, com possível efeito suspensivo (agravo de instrumento), restringe – se à hipótese de decisão judicial teratológica, manifestamente afrontosa ao direito, da qual decorra dano irreparável ou de difícil reparação. Decisão

judicial que determina averbação da sentença e do v. acórdão, em ação de desapropriação, cujo precatório é alcançado pelo art. 78 do ADCT, teratológica não é, nem, tampouco, dela pode advir dano irreparável ou de difícil reparação à Impetrante. Segurança denegada, revogada a medida liminar.

ACÓRDÃO:

Vistos e relatados os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Membros da Quarta Turma do Tribunal Regional da Segunda Região, por unanimidade, nos termos do voto do **Relator**, acompanhado pelos Eminentíssimos Desembargadores Federais DRS. **BENEDITO GONÇALVES** e **VALMIR PEÇANHA**, em denegar a ordem, revogando a medida liminar, com ressalva de que deverá constar do RGI que pende de decisão definitiva, pelas Cortes Superiores, pretensão da Impetrante à homologação da desistência da desapropriação, com conseqüente cancelamento do precatório, determinando-se expedição de ofício à D. Autoridade Impetrada, para ciência do v. acórdão. Sem custas e sem honorários.

Rio de Janeiro, 11 de Novembro de 2002.

ROGÉRIO VIEIRA DE CARVALHO

Desembargador Federal – Relator

“A IMPORTÂNCIA DAS ESCOLAS DE MAGISTRATURA NA FORMAÇÃO DO JUIZ”

*Antônio Cruz Netto - Desembargador Federal do TRF da
2ª Região*

O legislador constituinte inseriu na Constituição de 1988 (art. 93, inciso IV) a previsão para Cursos Oficiais de Preparação e Aperfeiçoamento da Magistratura, determinando, no **caput**, que a lei complementar (Estatuto da Magistratura), de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, os condicione como requisito ao ingresso e à promoção nessa carreira jurídica oficial. Antes disso, a Emenda Constitucional nº 7, de 1977, que alterou a redação do art. 144 da Constituição Federal de 1969, facultou, exclusivamente na esfera da Justiça Estadual, a instituição de cursos de preparação para a magistratura.

Houve, portanto, ao se elaborar a atual Constituição Federal, uma evidente preocupação não só com a formação intelectual do magistrado, mas, sobretudo, com uma atividade jurisdicional mais qualificada, exatamente pela preparação e pelo aperfeiçoamento do juiz, fatores de inegável destaque no objetivo dessas escolas. Muitas delas foram concebidas, por integração funcional, à organização judiciária de cada unidade judicial — da União, dos Estados e do Distrito Federal. São integrantes da estrutura dos tribunais sob cujas autoridades se encontram estabelecidas, como uma espécie de departamentos dos Órgãos Superiores da Administração da Justiça, sendo dirigidas por um dentre os membros do tribunal, auxiliados por juizes e por outros professores captados nas atividades de ensino e pesquisa na área de sua atuação. Em face disto, de um modo geral, não possuem, essas escolas, total autonomia administrativa e financeira. É importante ressaltar, entretanto, que a estreita vinculação dessas escolas com os tribunais a meu ver não afeta a sua autonomia científico-filosófica e metodológica, mesmo em se considerando que elas são parcela da atividade-fim do Poder Judiciário, na prestação eficaz da própria jurisdição. Certamente os seus professores, mesmo os £ têm ampla liberdade de ensino, mesmo porque se trata de ensino eminentemente voltado para o aspecto técnico-jurídico.

É evidente a importância das Escolas de Magistratura no aprimoramento dos operadores do sistema jurídico, cuja habilitação não se lhes é conferida automaticamente, no sistema pátrio, pela simples graduação universitária.

O Ministro Cordeiro Guerra, destacando a importância das escolas de magistratura, define os fundamentos diante dos quais a exigência constitucional assume grande autoridade política. Afirma ele:

“Julgar, por certo, não é um atributo divino, é um ato humano, que exige um claro entendimento, um reto proceder, acendrado amor ao trabalho, elevado respeito às leis e seguro senso de justiça. Se exigem dos magistrados virtudes personalíssimas, o caráter, a renúncia e a coragem, o desprezo pela incompreensão freqüente, a serenidade diante do apodo e da malícia dos vencidos, por outro lado, à virtude própria se acrescenta a necessidade de um saber adquirido através dos tempos e constantemente atualizado (...) Ao ensino técnico-jurídico, há de se acrescentar a formação moral do magistrado, do juiz, que deve ser preparado para enfrentar as agruras do ofício. É claro que o homem bem instruído para a missão de julgar, julgará mais e melhor; e o homem educado para o sacrifício e a independência, melhor enfrentará os perigos a que se expõe. Só assim teremos bons magistrados, moralmente fortes e intelectualmente preparados.”(1)

Na mesma linha de raciocínio, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça (2), dá ênfase aos aspectos de seleção, formação e aperfeiçoamento dos juizes como ponto fundamental na transformação do judiciário, colocando as escolas de magistratura como elemento decisivo para tais objetivos. Destaca aquele eminente jurista:

“As novas técnicas de administração pública, aliadas às diretrizes das grandes empresas privadas, estão a evidenciar a necessidade de um planejamento no qual, a par de meticulosa formulação de linhas diretivas, se dê especial relevo ao elemento humano que as opera e dirige.

Se isso ocorre no plano das administrações pública e privada, com maior razão é de ser observada em relação ao juiz, para cuja missão, delicada, difícil e complexa, se exige uma série de atributos especiais, não se podendo admitir a sujeição dos interesses individuais, coletivos e sociais cada vez mais sofisticados e exigentes, a profissionais não raras vezes sem a qualificação vocacional que o cargo exige, recrutados empiricamente por meio de concursos banalizados pelo método da múltipla escolha e pelo simples critério do conhecimento científico.

Carreira de especificidade singular, a Magistratura não pode ter seus quadros preenchidos por

profissionais que receberam apenas uma formação genérica para o desempenho de qualquer profissão jurídica. É imprescindível uma formação específica.”

Não há dúvida, como observa o Ministro Sálvio de Figueiredo, de que os concursos públicos produzem um judiciário digno e têm prestado serviço inestimável à causa da Justiça e continuam sendo a alternativa mais adequada ao recrutamento de juizes. Mas, modernamente, vem ganhando corpo a idéia de se substituir a metodologia desses concursos, para a inserção de critérios mais consistentes de seleção, priorizando os aspectos éticos e vocacionais, com primazia sobre o apuro técnico, pois é sabido que uma pessoa destinada a julgar seu semelhante se auto-motivará ao estudo permanente, enquanto o intelectual aético nunca será um verdadeiro juiz.

Segundo os estudiosos, torna-se imprescindível uma nova postura, mais condizente com a realidade brasileira, com adoção de novos caminhos, métodos e critérios de recrutamento de magistrados, a exemplo do que vem ocorrendo, há algum tempo, em países como Portugal, França, Espanha, Estados Unidos, Alemanha e Japão, sendo que nos três primeiros o sistema de recrutamento é feito em dois segmentos, a saber: um que seleciona e forma; outro que aprimora e recicla.

Em Portugal, por exemplo, o candidato a juiz presta concurso para ingresso na Escola Judicial, denominada “Centro de Estudos Judiciários - CEJ”. Os selecionados, chamados Auditores de Justiça (ganhando 80% do salário inicial da carreira), fazem um curso de formação inicial que se divide em quatro etapas: a) 10 meses de atividades teórico-práticas, com aulas diárias e exames periódicos; b) 10 meses de período de iniciação nos tribunais, com avaliação feita por magistrados designados; c) 6 meses de período de pré-afetação nos tribunais (já nomeados juizes) e, d) 3 meses de formação complementar no Centro de Estudos Jurídicos. Só depois destas etapas é que são designados para responder por uma comarca.

Na Alemanha, também, o ingresso na magistratura está condicionado à aprovação em exames para ingresso em curso específico, com duração mínima de dois anos, ao fim do qual o candidato é submetido a novo e rigoroso exame e, se aprovado, é nomeado juiz auxiliar, mas só atua em órgão colegiado durante um período de três a cinco anos, após o que ingressa, em definitivo, na carreira de juiz. Na Espanha e na França o ingresso na carreira também se dá mediante concurso para ingresso na Escola da Magistratura (5).

Foi justamente com os olhos voltados para essa questão importante que o constituinte de 1988 inseriu a previsão de cursos oficiais de preparação - sempre prévia - como requisito para o ingresso na carreira de juiz, prestigiando o contínuo aperfeiçoamento, mediante a frequência e aproveitamento em

curso reconhecidos de aperfeiçoamento, como critérios objetivos de aferição do merecimento (art. 93 e incisos).

É certo que no Brasil ainda estamos numa fase que eu diria incipiente neste campo, buscando o melhor modelo, multiplicando-se as escolas estaduais, federais e especializadas. A realidade, como observa o Ministro Sálvio de Figueiredo,

“é que a maioria das escolas têm se limitado ao campo do aperfeiçoamento, até porque, a rigor, não podem ser consideradas como seleção e formação inicial as que se destinam à preparação dos candidatos ao concurso de ingresso nos quadros da magistratura. Ademais, como anotou a Ministra do STJ, Fátima Nancy Adnirighi, “os cursos de seleção de magistrados não podem assumir as características de estudos com natureza de pós-graduação, apenas destinados ao desenvolvimento técnico de anterior aprendizagem na Faculdade de Direito. Não de preparar o candidato para as múltiplas dimensões que envolvem o desempenho da função jurisdicional, principalmente a formação humanística”.

Note-se que essa preocupação com a formação e aperfeiçoamento do juiz ganhou especial relevo na Constituição de 1988, notadamente em face da marcante preocupação com os direitos sociais e com a cidadania, sem embargo de eventuais excessos. Nesse contexto, o Judiciário teve uma especial atenção como Poder Político, visto que foi erigido à condição de participante ativo do processo democrático, exigindo-se-lhe uma presença mais efetiva na solução dos conflitos, tendo a sua atuação ampliada com novas vias processuais de controle social (mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, ações coletivas, ação civil pública, ação popular, ações de controle da constitucionalidade, etc).

É sabido que o

“Estado atual é gerador de conflitos, com destaque no campo dos direitos sociais, particularmente nas áreas de habitação, assentamento rural, Previdência, instrução e saúde, pela desarmonia entre o modelo político, fomentador de ansiedades e expectativas sempre frustradas e não concretizadas, estimulando ainda a perpetuação dos litígios, a exemplo do que se dá com as desapropriações e sua indenização, não instrumentalizando adequadamente o Judiciário com recursos humanos, tecnológicos e materiais, mantendo uma concepção individualista do processo em detrimento das soluções coletivas, em uma sociedade marcadamente de massa” (Cf. Min. Sálvio de Figueiredo).

Por isso mesmo houve necessidade de se ampliar o acesso à tutela jurisdicional, como observa aquele eminente Ministro, para adaptar essa garantia aos novos tempos e às novas aspirações sociais. Essa ampliação de acesso ao judiciário está expressivamente consignada na Carta Magna, merecendo destaque:

a) a instalação de juizados especiais para o julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo;

b) a legitimação de entidades associativas para atuarem em juízo, representando seus filiados;

c) ampliação das funções institucionais do Ministério Público;

d) a previsão de Defensoria Pública;

e) a diversificada legitimação ativa para a propositura da ação de inconstitucionalidade em nível federal;

f) a ampliação do mandado de segurança que passou proteger também direito coletivo;

g) o habeas data, para acesso do cidadão a registros de bancos de dados.

Ora, se tantos instrumentos processuais novos passaram a fazer parte do cotidiano do magistrado, que a todo momento se vê às voltas com problemas novos e muitas vezes inusitados, revela-se evidente a necessidade de uma constante atualização, um aperfeiçoamento permanente, que implica numa autêntica “reciclagem” de quem tem a difícil missão de julgar. Isto, sem dúvida, exige do juiz uma sobrecarga de trabalho intelectual, pois além do volumoso serviço a seu cargo, está obrigado a se aperfeiçoar e a se atualizar com as modificações constantes no sistema processual, para que possa bem compreender e aplicar os novos tipos de ações e ritos implantados, como observa o Ministro José Delgado (3). Essas recentes vias procedimentais, salienta ele,

“surgidas no âmbito do processo visam a atender, em parte, ao clamor da sociedade contemporânea contra a demora do processo. No particular, identifica-se, plenamente o interesse do próprio Estado em garantir o primado do Direito, objetivo que só pode ser alcançado se o judiciário se apresentar preparado, tanto no aspecto material, como no de sua formação humana, para responder, de modo célere, eficaz e efetivo, à pacificação dos conflitos que lhe são entregues pelas partes e que para elas constitui anseio fundamental e direito subjetivo sublimado pela Carta Magna.”

Tem-se dado especial ênfase à necessidade de aplicação constante dos princípios da instrumentalidade e da efetividade, pela importância que eles

têm na solução dos litígios. Com efeito, o processo não é um fim em si mesmo, mas um caminho ou meio regulado pela lei e utilizado pelas partes e pelo juiz para o alcance do seu objetivo. Por seu turno, “a efetividade visa a que o processo cumpra a sua missão de entregar a prestação jurisdicional buscada dentro de parâmetros do que é justo, isto é, que o direito material protetor das partes seja bem aplicado.”

Indiscutivelmente, na conscientização e no implemento desses objetivos avulta-se a importância das escolas de magistratura, organizando e ministrando os mais diversos cursos, não só preparatórios, mas, sobretudo, de extensão, visando ao aprimoramento de conhecimentos jurídicos, humanitários, sociológicos e até mesmo técnico-científico, pois todas essas áreas da ciência fazem parte da realidade judiciária mundial. A sociedade moderna é dinâmica e os valores sociais que cultua são efêmeros, de forma que reclama a readaptação das normas legais e dos que as aplicam ao fenômeno sociológico.

Neste particular aspecto, parecem-me oportunas e pertinentes ao tema as colocações postas no livro “A Judicialização da Política e das Relações Sociais”, de Luiz Wernech Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumam Burgos - Editora Revan -, nos seguintes termos:

“A invasão do direito no mundo contemporâneo não tem limitado as suas repercussões no âmbito dos poderes republicanos e à esfera propriamente política. Ela também vem alcançando a regulação da sociabilidade e das práticas sociais, inclusive daquelas tidas, tradicionalmente, como de natureza estritamente privada e, portanto, impermeáveis à intervenção do Estado, como são os casos, entre outros, das relações de gênero no ambiente familiar e do tratamento dispensado às crianças por seus pais ou responsáveis. Ao lado dessa crescente regulação da vida privada, também no que concerne a novíssimas dimensões da experiência social, cujos exemplos poderiam ser a dramática ampliação do consumo juvenil de drogas ou, de uma perspectiva mais positiva, a universalização de uma consciência ecológica, o direito vem expandindo a sua capacidade normativa, armando institucionalmente o Judiciário de meios e modos para o exercício de uma intervenção nesse plano.

É todo um conjunto de práticas e de novos direitos, além de um continente de personagens e temas até recentemente pouco divisível pelos sistemas jurídicos - das mulheres vitimizadas, aos pobres e ao meio ambiente, passando pelas crianças e pelos adolescentes em situação de risco, pelos dependentes de drogas e pelos consumidores inadvertidos -, os novos objetos sobre os quais se debruça o Poder Judiciário, levando a que as sociedades contemporâneas se vejam, cada vez mais, enredadas na semântica

da Justiça. É, enfim, a essa crescente invasão do direito na organização da vida social que se convencionou chamar de judicialização das relações sociais”.

Nesta mesma linha de raciocínio, o Ministro José Néri da Silveira traçou a função do juiz, em palestra proferida na Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, em 6/12/91, afirmando:

“O Direito, para servir a sociedade, não pode ficar na pura abstração, mas deve existir no conviver humano, ser companheiro da vida, assistindo e protegendo, promovendo o convívio harmônico e a segurança nas relações sociais. O juiz, desse modo, há de estar atento aos fatos, ao tempo em que vive, não lhe bastando o conhecimento da técnica de Direito, para que se resolvam adequadamente os conflitos e se avance, de maneira segura e equilibrada, em direção ao que deve ser. Válido é, no particular, afirmar-se que, em princípio, o que se procura, no processo, é a vida, nas suas múltiplas manifestações. E o juiz tem que penetrar na parte noturna do ser, nas suas manifestações de rebeldia, na sua variada manifestação: no crime, na fraude civil, no desamor, no ódio. Em princípio, em cada processo, há problemas humanos, e não apenas problemas de técnica jurídica...”

Nesse contexto constata-se, sem maiores indagações, o quanto é essencial a preparação e o aprimoramento dos magistrados para a solução dos litígios inéditos, formação esta que, como já visto, não pode limitar-se ao aspecto jurídico.

Note-se que a recente Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, reforça a necessidade dessa preparação, ao dispor que a Lei Complementar que disporá sobre o Estatuto da Magistratura deverá conter “previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento **a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados**” (nova redação dada ao inciso IV do art. 93).

É preciso saber - como afirmou o Ministro Sidney Sanches, do STF -

“se as pessoas consideram a justiça como necessidade, no mesmo grau que da saúde, da educação, do transporte e da previdência social, é de se perguntar se os homens públicos querem a Justiça como prioridade. Com certeza, para o cidadão que se sente injustiçado, a Justiça é mais importante que tudo.”

Não há dúvida de que a Justiça é serviço público essencial e visa, especialmente, assegurar ao cidadão o direito à saúde, à educação, à vida, à liberdade, à segurança.

Mas é preciso dizer, como observa o Desembargador Eliseu Fernandes de Souza, do TJ de Roraima, “que, ao longo da história de nosso país, até pela cultura de seu povo, sedimentou-se um certo conformismo do cidadão em aceitar deveres impostos pelo Estado: cumprir e respeitar as leis e pagar impostos. No entanto, não exigia eficiência da contrapartida dos serviços públicos com presteza e qualidade.

Com o advento da Carta Constitucional de 1988, mesmo pendente de regulamentações e submetida a remendos e emendas, não se pode negar o despertar da sociedade no sentido de exigir garantias constitucionais e melhor qualidade dos serviços públicos.”

Certamente inclui-se nessa relação a prestação jurisdicional que se insere no contexto de realização política do Estado. Por isso não é demais afirmar que “o juiz vocacionado tem como ideal a proficiência da prestação jurisdicional, por compreender que a justiça é serviço público essencial. Com esse espírito, não alimenta vaidade fútil, nem compulsão por promoções pessoais e se realiza com o exercício consciente da sua missão”.

Todas essas constatações mostram, de maneira insofismável, a importância de que se revestem as Escolas de Magistratura, como já afirmei, que desempenham um papel fundamental, propiciando aos juizes oportunidade de preparar-se para esses grandes desafios. Algumas iniciam sua atividade já na preparação de candidatos ao cargo de juiz. Entretanto, diante da realidade brasileira, a missão primordial dessas escolas deve ser a de assegurar aos juizes uma permanente atualização em todas as áreas do direito.

Quando me refiro à realidade brasileira, certamente não estou esquecendo que as transformações sócio-econômicas e científicas se operam no mundo todo. Faço-o, de propósito, porque acredito que dificilmente haverá um outro país em que a legislação seja mais instável do que o nosso.

Com efeito, se a missão do julgador já é árdua por sua própria natureza, no Brasil as coisas se complicam ainda mais, visto que vivemos um momento da história - que, aliás, já se prolonga por vários anos - em que praticamente não existe segurança jurídica em nenhuma esfera do direito. A espantosa frequência com que se editam e se mudam as leis e atos normativos, além de provocar uma evidente insegurança jurídica, chega a causar perplexidade. E o pior é que isto se faz por meio de instrumento legal hoje completamente desvirtuado de sua finalidade constitucional, que é a Medida Provisória. Já são mais de 2.000 tratando de todas as matérias, algumas reeditadas centenas de vezes, quase sempre com modificações no texto, tornando-se um tormento para os juizes que, apesar de um esforço ingente, já não conseguem acompanhar tão rápidas e inusitadas alterações.

Há uma completa subversão do processo legislativo, transformado que foi o Poder Legislativo praticamente em chancelador ou homolagador da vontade legislativa do Executivo. Os requisitos constitucionais de urgência e de relevância para a edição dessas medidas já foram há muito relegados a plano secundário, prevalecendo a vontade única de quem as edita. Até mesmo os tribunais superiores já estão se rebelando contra este estado de coisas, como vê de pronunciamentos recentes do Ministro Costa Leite, quando era presidente do STJ e de Ministros do STF.

Pois bem, nós, juizes, vivemos às voltas com esta situação, o que nos exige uma atenção redobrada, sob pena de incidirmos em graves equívocos, aplicando uma legislação que, no mesmo dia, está sendo revogada.

Ao lado deste autêntico “carnaval legislativo” não se pode olvidar o extraordinário progresso científico-tecnológico que traz a lume fatos e situações novas, muitas delas ainda não reguladas por lei, que desafiam a inteligência e a criatividade dos juizes.

Para ficar apenas em alguns poucos exemplos disso, temos: a discussão sobre alimentos transgênicos; a fecundação “in vitro” com as chamadas “mães de aluguel”; as questões envolvendo o ecossistema; os crimes cometidos pela internet; a possibilidade de transformações genéticas até então inimagináveis, etc. Todas essas questões vêm sendo postas perante o judiciário, exigindo dos juizes novos e aprofundados estudos sobre elas, pois o juiz não pode se eximir de decidir invocando lacuna ou inexistência de lei. Seja qual for o caso que se lhe apresenta terá de proferir um julgamento.

Por isso, os cursos de atualização promovidos pelas Escolas de Magistratura são fundamentais.

Destaque-se, por dever de justiça, que neste passo a nossa Escola de Magistratura Regional Federal da 2ª Região - EMARF tem sido de uma extraordinária eficiência, com constantes cursos, seminários, simpósios, etc. sempre versando sobre temas de grande importância. Está, sem dúvida, cumprindo a sua missão constitucional. Merece todo o nosso apoio e admiração, como já salientei no início.

Para encerrar valho-me, mais uma vez, das palavras do Min. Sálvio de Figueiredo:

“Como assinalou com a sua reconhecida sensibilidade jurídica o professor Carlos Fernando Mathias, “a humanidade está em plena fase da chamada terceira geração dos direitos do homem, vale dizer, dos assim designados direitos de solidariedade, como o direito ao desenvolvimento, o direito ao patrimônio comum da humanidade e o direito ao meio ambiente”. Outra não é a lição de Antônio Augusto Cançado Trindade, com efeito, ao lado dos

direitos civis e políticos (primeira geração), dos direitos sociais, econômicos e culturais (segunda geração), emergem os direitos que, além de ter por valor supremo o homem, o focalizam sob o ângulo da fraternidade.

Por outro lado, os direitos fundamentais clássicos cedem lugar, cada vez mais, a esses novos direitos fundamentais, que repudiam a inatividade do Estado e sua omissão, reclamando atuação positiva. São direitos à prestação ou à participação (Leistungsrechte oder Teilhaberechte).

Dá a ilação de que o Judiciário, como Poder ou atividade estatal, não pode mais manter-se equidistante dos debates sociais, devendo assumir seu papel de participante do processo evolutivo das nações, também responsável pelo bem comum, notadamente em temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, defesa do meio ambiente e valorização do trabalho e da livre iniciativa. Co-partícipe, em suma, da construção de uma sociedade mais livre, justa, solidária e fraterna”.

BIBLIOGRAFIA:

1. Juiz Federal Roberto Wanderley Nogueira: “O JUIZ E O PROBLEMA DAS ESCOLAS DE DIREITO NO BRASIL” - Monografia apresentada à Cadeira de Sociologia do Direito.
2. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: “A Formação do Juiz Contemporâneo”. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros - ano 2, nº 4, pgs. 80/88.
3. Ministro José Delgado: “A Função do Juiz
7 na Direção do Processo”. Revista CONSULEX, Ano II, nº 13, pgs. 34/41.
4. Luiz Wernech Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Brauman Burgos: “A Judicialização da Política e das Relações Sociais”, Ed. Revan, p.148.
5. Ministro Carlos Mário da Silva Velloso: “Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico” - Revista Cidadania e Justiça, nº 4, pgs. 94/111.

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E EXECUÇÃO FISCAL

***Fernando Marques - Desembargador Federal do TRF
da 2ª Região***

1. INTRODUÇÃO

Não se tem dúvida quanto a que o fator tempo exerce iniludível influência na construção jurídica. Em pódio de prescrição, especialmente, ele reveste atributo de substancialidade ampla, pois há interesse da sociedade em conferir juridicidade a situações fáticas que, por seu intermédio, se podem prolongar de forma indesejável.

Duplamente o tempo influi nas relações jurídicas. Se o sujeito desfruta de certo direito durante determinado período, a lei lhe defere a faculdade de integrá-lo ao seu patrimônio, caso em que a prescrição se diz aquisitiva. Se, ao contrário, deixa de utilizar os remédios protetivos do direito, com omissão até mesmo quanto ao próprio exercício deste, verificar-se-á, em momento próprio, a ocorrência da prescrição extintiva. Assim, ambas as modalidades buscam punir os inativos, com “sacrifício da justiça em favor da ordem”, no dizer abalizado do emérito Professor Arnold Wald¹.

Colimando o direito desiderato de obtenção da denominada paz social e de garantia da segurança jurídica, seria de difícil compreensão admitir-se a possibilidade de existência de eternas discussões em torno de questões, quando já passado lapso temporal razoável. Inicialmente, no entanto, no primitivo direito romano, como adverte Silvio Rodrigues, não existia tal limitação de tempo. Com efeito, “a idéia de prescrição aparece só no direito pretoriano, pois o magistrado vai proporcionar às partes determinadas ações capazes de contornar os princípios do *jus civile*”². Por isso que, naquela fase, o instituto representava forma de extinguir a ação, afetando, via de consequência, o próprio direito material. Hodiernamente, contudo, não pode mais haver dúvida

¹ Curso de Direito Civil Brasileiro, vol.1, 7ª ed. P.222, Ed. RT.

² Direito Civil, vol. I, 17a. ed., Saraiva, pag.341

quanto a que a fluência inativa do prazo da prescrição não extingue a ação, pois esta se caracteriza como direito autônomo, instrumental, subjetivo, formal, acessório do direito substantivo. Transcorrido o lapso de tempo aplicável, caracteriza-se o fenômeno da prescrição, que acarreta a inevitável consequência da perda da exigibilidade do direito do credor. Em outras palavras, ele continuará com o seu direito de ação incólume, mas correrá o risco de não poder, com êxito, exigir do seu devedor o cumprimento da obrigação que lhe era devida e deixou de sê-lo por decurso de prazo, pois a prejudicial da prescrição lhe poderá ser oposta pelo devedor. Com isso a pretensão a que a parte devedora se submeta ao direito da credora se apresentará invariavelmente despida do atributo da exigibilidade, ficando esta última a depender, às inteiras, da vontade daquela de cumprir a obrigação, que já traz em si o defeito de não mais poder ser validamente exigida.

2. O CONTEXTO FÁTICO-JURÍDICO

Em regra, o instituto da prescrição se apresenta como matéria submetida ao império da reserva legal, já que o mesmo implica, como antes se mencionou, na extinção da exigibilidade de um direito, que poderá ser deduzido e exercido através da ação judicial. Portanto, é a lei que se encarregará de estabelecer certo e determinado prazo, dentro do qual a referida ação deverá ser ajuizada ou remédios processuais outros, tendentes a evitar que o prazo fatal flua *in albis*, pena de perecimento da referida exigibilidade.

A propositura da ação de execução fiscal, quando ainda não expirou o prazo prescricional, ou seja, quando ainda não se consumou e se perfez o vício da perda da exigibilidade do direito, que se busca alcançar em juízo, concretiza e traz à balha o exercício de uma faculdade essencialmente revestida do atributo de subjetividade, consubstanciada no respectivo direito autônomo e acessório de ação, acarretando, como consequência direta e inarredável, a interrupção do prazo legal exigível à eficácia daquele imediato efeito que o instituto traz consigo. Tal interrupção se erige, em verdade, em incontestável medida de salvaguarda e proteção, a premiar os que diligenciam em defesa dos seus direitos, razão porque não se sujeitam às consequências advindas do comportamento ínsito na idéia contida na vetusta mas sempre atual parêmia *dormientibus non succurrit jus*.

Todavia, o afastamento do efeito da prescrição pressupõe e exige não apenas que o credor inicie a ação executiva, mas também que nela atue, incessantemente, durante todo o tempo de seu processo e julgamento. Assim, afigura-se ônus processual do autor-exequente requerer o que for pertinente,

tanto quanto promover as diligências que se lhe apresentarem como necessárias ao objetivo de constrição do patrimônio do devedor, que o mesmo persegue através da ação. Por isso que se, a qualquer momento, se efetivar a inexistência da indispensável e inafastável diligência ou dedicação, através de comportamento processual a caracterizar atitude negligente do autor, relativamente ao prosseguimento ativo e célere do processo de execução, a perda da exigibilidade do direito, que a prescrição traz consigo, não poderá restar afastada, pois a propositura da ação constritiva, razão da interrupção da fluência do prazo fatal, estará deixando de perseguir seu real desiderato.

De um modo geral, a fluência do referido prazo prescricional encontra-se interrompida em decorrência da propositura da ação, porém isto não significa que a prescrição não se poderá consumir. É que, como variante necessária a que o exequente não se torne negligente, encontra-se em estado de constante alerta o que o magistério da doutrina e da jurisprudência denominam de prescrição intercorrente ancorada na dicção do artigo 174 do Código Tributário Nacional, que dispõe no sentido de que a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva, se e quando ao final de cinco anos não tiver havido qualquer manifestação do credor exequente.

Consequentemente, não se pode argumentar, exitosamente, que o autor da ação de execução fiscal não tenha dado causa ao decurso do prazo da prescrição intercorrente, quando fica claro nos autos que o seu comportamento se cobre do atributo da inatividade processual, no que concerne ao seu indispensável impulso, objetivando cobrar o que lhe é devido, ou seja, visando à satisfação de seu crédito. Nesse aspecto interessa sobremodo notar que, em verdade, o que importa à configuração do referido comportamento omissivo do credor é sempre e sempre a sua falta de zelo e atitude desinteressada pela marcha do processo, que ficam caracterizadas quando, passado o prazo legal, não tiver havido qualquer manifestação nos autos.

Ademais, o art. 40 da Lei nº 6.830/80, nos termos em que foi admitido em nosso ordenamento jurídico, não pode revestir-se do atributo de prevalência necessária a amparar a manutenção do processo em aberto, *ad infinitum*. Isto porque a sua aplicação há de sofrer os limites impostos pelo artigo 174 do Código Tributário Nacional, pois repugna aos princípios informadores do nosso sistema de Direito a prescrição indefinida, porque caracterizadora de indesejável situação de insegurança jurídica. Daí então que, após o decurso de determinado tempo, previsto em lei, sem promoção da parte interessada, deve ter fim a lide, pela via da prescrição, impondo-se a referida segurança jurídica aos litigantes. Ademais, os casos de interrupção do prazo prescricional estão previstos no artigo 174 do CTN, nele não incluídos

os do artigo 40 da Lei nº6.830/80, sendo fundamental sempre lembrar-se a circunstância de que o mencionado artigo se contém em diploma revestido de natureza de lei complementar. Por isso que deve preferir a dispositivo de lei ordinária, que não pode malferir, com êxito, tema já abordado por aquele tipo de diploma legal. Esse o *rationale* que induz o intérprete à inevitável conclusão de que o processo de execução fiscal não deve ficar paralisado por longos anos (art. 40 da Lei 6.830/80), sem que se caracterize a prescrição intercorrente (art. 174 do CTN).

Entretanto, não se há de concretizar a prescrição intercorrente, em sede de executivo fiscal, quando o credor não tiver tomado conhecimento da determinação judicial de sobrestar o andamento do feito, mesmo que ele permaneça inerte pelo tempo que for. Isto se dá porque não há de se extinguir o direito processual da parte, pelo efeito da prescrição, por falha do sistema judicial. Em verdade, as partes têm direito subjetivo de serem comunicadas da prática dos atos processuais, especialmente os que concorrem para confirmar, modificar ou extinguir direitos.

Nesse aspecto, a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, orienta no sentido de que o Código Tributário Nacional (art. 174), por ser lei complementar, há de prevalecer sobre a Lei nº 6830/80, que é lei ordinária. Assim, a suspensão do processo de execução fiscal (art. 40 da Lei nº. 6830/80) há de se compatibilizar com a regra prevista no art. 174, I, do Código Tributário Nacional, de modo a que o débito tributário não se torne imprescritível, quando já em fase de execução³.

A orientação da doutrina também se tem sido no sentido de que é de todo inconveniente permitir-se a perpetuação dos interesses em conflito caracterizados por pretensões resistidas. Com efeito, os doutrinadores José Afonso da Silva⁴, Carlos Guimarães⁵, Milton Flaks⁶ e Luiz Celso Barros⁷ veementemente repudiam a possibilidade da suspensão por tempo indefinido do processo de execução fiscal, que obstaculizaria a incidência do instituto da prescrição. Por mais relevante que seja o direito protegido - a cobrança do

³ RESP 132846/PR ; RECURSO ESPECIAL (1997/0035296-0) DJ24/08/1998 PG:00014 Min. GARCIA VIEIRA; Min. DEMÓCRITO REINALDO (1095) data da decisão 21/05/1998; PRIMEIRA TURMA. Precedentes RESP 51541-PR, RESP 46059-MA, RESP 8384-RJ, RESP 33339-MG,RESP 35690-SP, RESP 31693RJ, RESP 31695-RJ, RESP 31696-RJ,RESP 31698-RJ, RESP 31699-RJ, RESP 31700-RJ, RESP 31701-RJ (STJ)AC 132453-PE, AC 72833-RS, AC 72913-RS, AC 72952-RS, AC 116752-PE

⁴ Execução Fiscal, ed. RT, 1976, págs. 209 e 210, Bauru.

⁵ Prescrição e Decadência, ed. Forense, 2^a, 1984, op. 254.

⁶ Comentários à Lei de Execução Fiscal, ed. Forense, 1981, págs. 349-350.

⁷ A Nova Execução Fiscal, ed. Jalovi.

tributo - não justificaria, no abalizado magistério desses juristas, a perpetuação e a elisão do princípio da prescrição.

Destarte, tanto no ensinamento da doutrina como no da jurisprudência são significativos os posicionamentos quanto às iniludíveis inconveniências de tal *contendae perpetuatio*.

3. DO RECONHECIMENTO E DA DECRETAÇÃO

A Carta Política de 1988 exige lei complementar para a criação de regras de caráter geral, em sede tributária, em que também se inclui o instituto da prescrição. Em atenção ao desiderato dessa regra constitucional, a construção pretoriana nacional já deixou assentada orientação no sentido de que o Código Tributário Nacional foi integralmente por ela recepcionado. Daí então a conclusão de que, em se tratando de matéria confiada a norma legislativa especial, que exige processo de elaboração mais rígido do que pretendeu o constituinte para a lei ordinária, não de ter os dispositivos daquela necessária preferência sobre os desta, sempre que houver conflito entre os de uma e de outra. Portanto, sendo a prescrição instituto que reveste qualidade de direito material, por definição do próprio Código Tributário Nacional, que, como lei complementar, a regula, força seria convir que o inciso V do art. 156 desse Digesto há de preferir às regras estampadas nos artigos 128, 219, §5º do Código de Processo Civil e 166 do Código Civil. Justificaria tal posicionamento a circunstância de que a autorizada utilização do princípio da subsidiariedade, contido nos artigos 109 e 110 do CTN, relativamente a normas substantivas e processuais haveria de ser indubitavelmente posta de lado nos casos em que dito *Codex* se ocupasse diversamente de institutos semelhante ou, até mesmo, quando desautorizasse sua aplicação⁸.

Por outro lado, Sebastião de Oliveira Lima e parte da jurisprudência, que o acompanha, defendem orientação no sentido de que a prescrição “extingue não apenas o crédito tributário, mas também, por via de consequência, a própria obrigação tributária. Em outras palavras, a prescrição tributária extingue, não apenas a ação que assegura um direito, mas também

⁸ AGResp 228093/SP, DJ 08.03.00, p. 82, Rel. Min. José Delgado-1ª Turma; REsp 227772/SP, DJ 29.11.99, p. 139, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma; REsp 115565/ES, DJ 01.07.99, p. 163, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma; REsp 85178/PR, DJ 08.09.98, p. 26, Rel. Garcia Vieira, 1ª Turma; REsp 51541/PR, REsp. 46059/MA, REsp. 8384/RJ, REsp. 33339/MG, REsp. 35690/SP, REsp 31693/RJ, REsp. 31695/RJ, REsp. 31696/RJ, REsp. 31698/RJ, REsp. 31699/RJ, REsp. 31700/RJ, REsp. 31701/RJ (STJ), AC 132453/PE, AC 72833/RS, AC 72913/RS, AC 72952/RS, AC 116752/PE (TRF).

o próprio direito”⁹. Em razão disso, argumenta-se, então, que, se a decadência, pela qual se perde o direito, pode ser declarada de ofício, também o mesmo se daria com a prescrição, porque, em última análise, transcorrido o prazo fatal, estariam extintos o crédito e a obrigação tributária, vale dizer, o próprio direito, por força do que se contém no §1º do artigo 113 e 156 do Código Tributário Nacional. Entretanto, tal posicionamento não pode, validamente, prosperar, tal como se observa do magistério do eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal e, atualmente, seu ilustre Presidente, Ministro Carlos Mario da Silva Veloso, ao advertir, *in verbis*, que:

“O argumento no sentido de que, por extinguir a prescrição o crédito tributário, e, em consequência, a obrigação tributária, não tem a extensão que empresta OLIVEIRA LIMA.

A uma, porque, leciona CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, no direito privado há corrente doutrinária no sentido de que a prescrição “extintiva ou liberatória conduz à perda do direito pelo seu titular negligente”. Escreve esse notável tratadista.

“Perda do direito, dissemos, e assim nos alinhamos entre os que consideram que a prescrição implica em algo mais do que o perecimento da ação...Pelo efeito do tempo, entretanto, aliado à inércia do sujeito, é a próprio direito que perece.”

Nem por isso, todavia, essa corrente doutrinária justifica a sua declaração de ofício, a exemplo do que ocorre com a decadência, por isso que “a prescrição é instituída com fundamento em um motivo de ordem pública, mas no interesse privado do favorecido, e, por esta razão, somente pode ser pronunciada a seu requerimento; a decadência é criada não só por motivo, mas no interesse também da ordem pública, e pode ser decretada a requerimento do órgão do Ministério Público, e até *ex officio*.”

A duas, reconhecemos que a prescrição extingue, em verdade, o crédito tributário e, ipso facto, a obrigação tributária. Entenda-se: a prescrição reconhecida e decretada. A forma de reconhecê-la e decretá-la, buscamos-na na lei substantiva civil e na lei processual, porque o Direito Tributário, ao cuidar do instituto, não o alterou, expressamente, no particular (CTN, art. 109).

E tanto não o alterou - e aqui a interpretação sistemática do Código Tributário Nacional se impõe - que, ao cuidar especificamente da prescrição,

⁹ A declaração pelo juiz de ofício da prescrição tributária, Res. Tributária nº 10, 1976, seção 1.3, pag. 113, apud voto vista Min. Nancy Andrichi, STJ - 1ª Seção - Embargos de Divergência em Resp nº 29432-RS, DJU 04.09.00, pag. 115.

estabeleceu, expressamente, no art. 174, que “a ação para a cobrança do crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos”. (art. 173).

Interpretando-se, assim, em conjunto, os artigos 156, V e artigos 173 e 174, de concluir-se que a lei tributária não alterou, no particular, o instituto de direito privado. A prescrição atinge também o direito, e, no caso, a própria obrigação tributária, por isso que a todo direito corresponde uma ação, que o assegura (Código Civil, art. 75); ora, não dispondo o direito dessa ação, para assegurá-lo, não se pode chamar a pretensão de direito. Por outro lado, se é certo que o direito é marcado pela coercibilidade, não seria direito a pretensão que não pudesse ser eficaz.

O CTN, no art. 173, consagra o princípio de direito privado, no sentido de que a decadência “é morte da relação jurídica pela falta de exercício em tempo prefixado”, bem assim reconhece como exato, esse outro princípio de direito privado, no art. 174, que “a prescrição extingue um direito que não tinha prazo para ser exercido, mas que veio a encontrar mais tarde um obstáculo na criação de uma situação contrária, oriunda da inatividade do sujeito.” Por serem os fundamentos da decadência e da prescrição diversos, o da primeira o “não ter o sujeito utilizado de um poder de ação, dentro dos limites temporais estabelecidos à sua utilização”, e o da prescrição um interesse de ordem pública “em que não se perturbem situações contrárias, constituídas através do tempo”, mas no interesse privado do favorecido, só se o CTN tivesse estatuído, expressamente, regra contrária a que está inscrita no art. 166 do Código Civil, seria possível a aplicação do instituto, no campo tributário, de forma diversa daquela vigente, no direito privado.

Noutra perspectiva, considerando-se que o CTN, no art. 174, estabeleceu, expressamente, que a ação para a cobrança do crédito tributário é que prescreve em cinco anos, força é concluir que a lei tributária abraçou a doutrina tradicional que acentua que “a prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante um determinado espaço de tempo”, ou do “não uso de sua propriedade defensiva, da ação que o reveste e protege” conforme a lição de Clóvis Beviláqua (Teoria Geral do Direito Civil. Liv. Francisco Alves, 21 ed., 1929, p. 370).

Assim, agasalhando o CTN o conceito do direito privado, presente este é que poderiam ser interpretados os art. 165, V, e 113, 1º, a prescrição extingue, em verdade, o crédito tributário e, em consequência, a obrigação tributária. Entenda-se, todavia, o que já afirmado: a prescrição reconhecida e decretada, na forma da lei civil e processual (C. C., art. 166; CM, art. 219, § 5º), certo que, em se tratando de direito patrimoniais, vale dizer, as relações

jurídicas que tenham expressão pecuária, não pode o juiz, de ofício decretar a prescrição (Código Civil, art. 166, CPC, art. 219, § 5º)¹⁰

Destarte, é bem de ver que, não se podendo equiparar, exitosamente, os institutos da prescrição e da decadência, eis que revestidos de natureza jurídica diversa, também não se há de utilizar os princípios aplicáveis a um para o outro. Se é certo que, como acima se viu, somente quando a prescrição for validamente decretada é que haverá falar em extinção da exigibilidade do crédito tributário, menos certo não é que o suporte legal para a sua validade deverá ser obtido a partir das normas de regência do Código de Processo Civil e do Código Civil, pois, não tendo o Código Tributário Nacional cogitado da possibilidade de seu manejo, de ofício, pelo julgador, certamente remeteu o tema ao domínio das normas que incidem subsidiariamente, por força de exegese dos artigos 109 e 110 desse último Digesto. Ademais, não se há de olvidar a circunstância de que, enquanto a prescrição despe o direito do atributo da exigibilidade, a decadência o fulmina, obstaculizando, inclusive a válida propositura da ação.

4. CONCLUSÃO

Em face do exposto, advém, então, a inevitável conclusão de que a aplicação subsidiária e complementar das regras de natureza processual e substantiva, admitida pelo Código Tributário Nacional, se erige em natural consequência de não ter sido o tema da prescrição nele regulado, no tocante à possibilidade de seu reconhecimento e decretação, de ofício, por parte do julgador. Assim, pode-se dizer que tal aplicação subsidiária há de ser necessariamente prestigiada, razão por que a matéria estará obrigatoriamente na dependência das regras de regência dos artigos 291, § 5º do Código de Processo Civil e 166 do Código Civil, que não admitem que o juiz declare, de ofício, a prescrição de direitos patrimoniais, em que se alberga o crédito tributário, impondo-se, destarte, que o interessado manifeste expressamente nos autos seu desejo de vê-la reconhecida e decretada pelo magistrado, como condição inarredável de sua eficácia, inclusive na modalidade intercorrente, em sede de execução fiscal. Por fim, tal posicionamento se afina com o que foi decidido pela Primeira Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça nos Embargos de Divergência em REsp 29432-RS, rel. Min. Ari Pargendler.

¹⁰ Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Distrito Federal, pag- 27-52, *apud* voto vista Min. Nancy Andrighi, STJ - 1ª Seção - Embargos de Divergência em Resp nº29432-RS, DJU 04.09.00, pag. 115.

CIDADANIA E JUSTIÇA

***Raldênio Bonifácio Costa - Desembargador Federal do
TRF da 2ª Região, Diretor de Estágio da EMARF***

O capítulo dos direitos e garantias na atual Constituição Federal, sem dúvida nenhuma, reveste-se de magna importância, eis que nele se encontram insertos os múltiplos direitos assegurados aos cidadãos.

Os direitos insculpidos na atual Carta Política asseguram não só os brasileiros mas também os estrangeiros que aqui aportam seja em caráter de fixar residência ou não.

Hoje, universal e inquestionavelmente, os direitos fundamentais da pessoa humana inserem-se em todas as constituições modernas destacando-se como fundamentos basilares da liberdade, da igualdade e da dignidade humana, o direito à vida, à segurança, à propriedade, liberdade religiosa e de imprensa.

A Constituição é a estrutura da comunidade social politicamente organizada; é a ordem imperativa e necessária que deriva de um poder soberano e dos órgãos que o exercem.

A *Lex Magna* consagrou três espécies de direitos: individuais, sociais e políticos que, foram concebidos como solidários para serem verdadeiramente garantidos.

Tais direitos, muitas vezes, sofrem ameaças violadoras oriundas, ora de segmentos econômicos, ora do próprio Estado.

O cidadão brasileiro ou estrangeiro residente no País com ânimo definitivo ou temporário necessita saber o que lhe é facultado fazer e o que pode exigir das outras pessoas e dos poderes públicos.

O legislador constituinte delineou os princípios e as normas de caráter geral, orientadoras de toda a vida jurídica nas relações entre os indivíduos e a Nação. Assim, com perfil moderno e democrático, a Constituição possibilita a sociedade se organizar observando sempre a ordem pública, para que as pessoas tenham, à evidência, a proteção de seus direitos e interesses legítimos.

De forma ampla todo cidadão deve ser igual perante a lei, ter direito à sua liberdade, ter a proteção à sua integridade física e mental, poder manifestar, livremente, o seu pensamento, as suas crenças religiosas, as suas convicções políticas, fazê-las publicar em livros, jornais ou periódicos, sem perigos ou ameaças.

A orientação do texto constitucional é no sentido de cuidar e de assegurar que o cidadão tenha condições ambientais sadias, no que concerne à melhoria da qualidade de vida, ao equilíbrio ecológico e paisagístico e à preservação da identidade histórica e cultural da coletividade brasileira.

Os direitos coletivos implicam, sempre, a aprovação da população em casos de obras de grande porte que possam acarretar danos ou prejuízos, obrigando o Poder Público a informar e esclarecer a comunidade sobre os riscos e vantagens envolvidos, além de cercar o empreendimento de todas as garantias possíveis.

Assegurar à comunidade o direito de opinar sobre a conveniência de determinada obra e investimentos é, indubitavelmente, democratizar o respectivo processo decisório.

Como cidadão, o contribuinte tem o direito de opinar sobre as decisões públicas que impliquem gastos que, na verdade, são coletivos, não se justificando, assim, contas sigilosas nos negócios públicos.

No que diz respeito ao direito de associação se preserva a plena liberdade de associação e sindicalização sem qualquer interferência dos poderes públicos.

A livre manifestação coletiva dos cidadãos na defesa dos seus interesses, sejam de ordem econômica, cultural, ecológica e social, nas várias esferas de organização, desde a local até a nacional, está inserida na idéia do Estado Social de Direito.

O Estado de Direito, além de democrático, deve ser um Estado Social de Direito, pluralista, aberto, participativo de todas as camadas da sociedade nos bens da vida e na direção da coisa pública.

A participação popular não pode mais se restringir apenas ao voto, compreendendo também o dever de fiscalizar e controlar atos da Administração Pública em suas várias esferas.

A atual Carta Política deu especial ênfase aos instrumentos tradicionais de defesa dos direitos coletivos: a ação popular constitucional e o mandado de segurança.

A ação popular é forma de participação comunitária dirigida contra atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe.

Além do patrimônio público, a anulação do ato lesivo tende a preservar a moralidade administrativa, o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural.

A Constituição assegura a gratuidade da tutela jurisdicional, inclusive verba de sucumbência, ao autor da ação popular, salvo se provado for que a ação se originou por litigância de má-fé, hipótese em que se aplicam as normas processuais em vigor.

O mandado de segurança, como garantia constitucional é meio de proteção a direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, ou *habeas data*, não importando a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

A Constituição também não ignorou a família como base da sociedade, definindo-a como aquela resultante do casamento e ampliando esse tradicional conceito visando reconhecer, para fins de proteção do Estado, igualmente como entidade familiar, a união estável entre o homem e a mulher.

No que tange à criança e ao adolescente, a Constituição Federal manteve-se fiel à Declaração dos Direitos da Criança, firmada pelo Brasil, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1959, daí reconhecer o dever da família, da sociedade e do Estado em assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, tendo em vista o seu desenvolvimento físico e mental, sem discriminação de qualquer espécie.

De se destacar que o Brasil segue o ordenamento jurídico de países civilizados e mais desenvolvidos não admitindo discriminação contra os filhos nascidos fora do casamento, sendo reconhecido, amplamente, o direito da criança à proteção especial. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, têm os mesmos direitos, vedando-se qualquer designação discriminatória relativa à filiação.

O texto constitucional também estabelece o dever do Estado e da sociedade de amparar o idoso, mediante programas e políticas que assegurem a sua participação na comunidade e defendam e preservem sua dignidade, saúde e bem estar, além de impedir qualquer tipo de discriminação.

Sobrelevando notar que o texto se dirige não só aos carentes, mas também, àqueles que têm situação econômica satisfatória, pois estes últimos, às vezes sentem-se marginalizados, são segregados da atividade profissional, não participam da vida comunitária e têm necessidade de ocupar seu tempo, seja com lazer apropriado, seja com serviço adequado.

Com respeito aos índios, a Constituição dispõe, em algumas normas, direitos que somente são reconhecidos e aplicáveis aos indígenas sem estágio

ou com baixo estágio de aculturação, aos que habitam terras indígenas e não mantenham convivência com a sociedade nacional.

A Constituição reconhece aos índios os direitos originários sobre as terras de posse tradicional. Embora a posse imemorial das terras seja dos índios, o domínio, entretanto, pertence à União; são inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis, e devem ser por ela demarcadas.

Os grupos indígenas não poderão ser removidos de suas terras, salvo em casos de epidemia ou catástrofes de natureza e interesse da soberania nacional, garantido o retorno quando as causas tenham cessado.

A Constituição fixa, como partes legítimas para defesa dos direitos e interesses indígenas, os índios, suas comunidades e organizações. Entende-se que tal legitimidade deve ser estendida ao Ministério Público Federal, já que a sua participação em todos os atos que envolvam interesses das comunidades é obrigatória sob pena de nulidade.

Concluindo, destaco que a Constituição Federal em seu art. 2º define como poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário cabendo a este último decidir as questões decorrentes de violação dos direitos do cidadão, sempre que provocado pela parte prejudicada. Certo ainda que no art. 5º, incisos XXXV; XXXVII; LIII; LIV; LV e LVII encontram-se fixados os seguintes princípios:

XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVII- não haverá juízo ou tribunal de exceção;

LIII- ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVII- ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Assim o Poder Judiciário através de seus Juízes, em qualquer de suas instâncias, tem o dever e a obrigação da prestação jurisdicional, quando provocado, razão porque na condição de Magistrado vejo-me instado a me socorrer dos ensinamentos do Insígne Jurista, Eminentíssimo Professor e Advogado Dr. Dalmo de Abreu Dallari, que em sua excelente Obra "O Poder dos Juízes" (Editora Saraiva, 1996, págs.87 e 88) assim preleciona:

O juiz recebe do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões, que muitas vezes afetam de modo extremamente grave a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda uma gama de interesses fundamentais de uma ou de muitas pessoas. Essa legitimação deve ser permanentemente complementada pelo povo o que só ocorre quando, segundo a convicção predominante, os juízes estão cumprindo seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos e decidindo com justiça. Essa legitimidade tem excepcional importância pelos efeitos políticos e sociais que podem ter as decisões judiciais.

No Estado moderno, os governos, como Poder Executivo, também ficam sujeitos ao que for decidido por juízes e tribunais, além de serem obrigados a fornecer meios para a execução das decisões. O que tornou popular a expressão “decisão de juiz se cumpre, não se discute” é o fato de que, nos sistemas profissionais modernos, os tribunais são independentes do Parlamento ou do Executivo e as decisões judiciais são ordens, não pareceres ou sugestões.

.....
Mas o juiz não decide nem ordena como indivíduo e sim na condição de agente público, que tem uma parcela de poder discricionário, bem como de responsabilidade e de poder de coação, para a consecução de certos objetivos sociais. Daí vem sua força. Além de tudo, é o povo, de quem ele é delegado, quem remunera o trabalho do juiz o que acentua sua condição de agente do povo.

Finalmente, estando na Casa dos Advogados, patrocinadora deste evento em que aproveita a oportunidade de empossar o nobre Advogado Dr. Carlos Grandszuldycer, combativo e atuante Conselheiro desta augusta 16ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Rio de Janeiro, no honroso cargo de Presidente da “A OAB vai à Escola” não poderia deixar de registrar o princípio constitucional inserto no art. 133 de nossa Carta Política, que rege:

O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Assim concluo, desejando pleno êxito ao empossado, repetindo a máxima, encontrada e alicerçada no espírito dos Advogados e, creio, também, de toda a sociedade brasileira e universal, de que:

Sem Advogado não há Justiça, sem Justiça não há democracia.

Finalizando, me permitam divagar para o futuro quando concluirmos a nossa missão nesta etapa terrena e perante o Tribunal, em que haveremos de

comparecer em outra dimensão celestial, o Juiz Supremo nos exhibir o Livro da Vida, ali possamos ler, nas páginas anotadoras do nosso caminhar, os seguintes registros:

Tive fome, deste-me de comer.

Tive sede, deste-me de beber.

Tive frio, agasalhaste-me.

Tive meu direito violado, lutaste para que se fizesse justiça.

Estive preso e lutaste, bravamente, nos Tribunais pela minha liberdade.

Muito obrigado pelo convite que me foi feito para participar deste evento e pela paciência com que fui ouvido por este seleta auditório,

Niterói, 03 de dezembro de 2004.

A PARALISAÇÃO DO PAGAMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA E A INCONFORMIDADE DO SEGURADO. MANDADO DE SEGURANÇA. PARCELAS PRETÉRITAS. LIMITES

*Sergio Feltrin - Desembargador Federal do TRF da 2ª
Região, Diretor de Pesquisa da EMARF*

O Brasil tem sido constantemente referido como um país onde a péssima distribuição de renda a cada dia mais agrava as desigualdades sociais. O gigantismo do Estado brasileiro parece voltar-se de modo acentuado para seus próprios e interiores interesses, descuidando-se escandalosamente de aspectos primordiais que lhe competem, dentre eles, o de fixação de uma política segura, consistente e continuada de servir e, principalmente, servir a tempo e bem aos usuários de seus múltiplos e compulsórios serviços.

Neste âmbito muitas têm sido as discussões travadas a respeito de se fazer possível, ou não, o pagamento de parcelas pretéritas quando o cidadão inconformado decide valer-se da via ágil do mandado de segurança.

Eleita a sede do debate, tem-se com extrema freqüência a hipótese de sumária aplicação do disposto na Súmula 271, de 13/12/1963, do Supremo Tribunal Federal: “CONCESSÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA NÃO PRODUZ EFEITOS PATRIMONIAIS EM RELAÇÃO A PERÍODO PRETÉRITO, OS QUAIS DEVEM SER RECLAMADOS ADMINISTRATIVAMENTE OU PELA VIA JUDICIAL PRÓPRIA.”

Tamanha rigidez, por certo, não leva em devida conta que as situações de cada parte ostentam diferenças muitas vezes expressivas, servindo a massificação traçada pela Súmula apenas para dar um cunho de aparente solução judicial, postergando em verdade para nova e arrastada demanda, pois que em via administrativa raramente a parte obtém êxito, a apreciação e

resolução de questionamentos que poderiam e deveriam ser de plano enfrentados e solucionados, de modo a evitar a existência de litígios eternos.

Contudo, para que as contrariedades não se avolumem e, afinal, se tornem absolutamente inconciliáveis, penso deva o presente trabalho envolver exclusivamente o espaço de 120 dias, posto à disposição do inconformado para reclamar o que considera ser direito seu, líquido e certo.

Em pesquisa ligeira que decidi efetuar constatei, na Justiça Federal, a aplicação acentuadamente ampla da regra contida na Súmula 271, o que me levou a sobre o tema desenvolver algumas considerações, especialmente por contemplar seu primeiro precedente, RE 48.567, de 15/06/62, hipótese distinta de muitas atualmente surgidas, a envolver ao tempo interesses do hoje extinto IAPFESP- Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários e Empregados de Serviços Públicos, assim ementada: *‘Não se pode obter, pelo mandado de segurança, diretamente, uma ordem de pagamento’*, enquanto o segundo, AI 26672, DE 27/03/1963, por igual tratou de divergência entre o Estado do Rio Grande do Norte e seus servidores.

Ora, tomando-se como exemplo a suspensão de um auxílio-doença pago pelo INSS, benefício que não raras vezes é a única fonte a servir de alimento para o segurado, é possível constatar que entre a data do ato suspensivo praticado pela Autarquia Previdenciária, e a do ingresso do mandado de segurança, mesmo que tal interregno esteja situado no limite dos aludidos 120 dias de que fala o artigo 18 da lei 1533/51, é firme a jurisprudência no rumo de que somente deverão ser pagos valores a partir do ajuizamento do pedido de segurança, não da suspensão reclamada.

Penso que em tal hipótese estar-se-á perante enorme contradição. Ou bem o segurado não faz jus ao restabelecimento do auxílio-doença que reclama, ou, inversamente, deve prosseguir recebendo-o, seja por via liminar, ou mesmo final sentença concessiva e, tanto na primeira, como na segunda alternativa, inaplicáveis se farão os termos da apontada Súmula, retroagindo a meu ver os efeitos da medida judicial até o instante mesmo da suspensão indevidamente operada pela Autarquia.

Parece-me não ocorrer óbice algum quando o segurado/ impetrante, obediente ao prazo de 120 dias que o legislador fixou para apresentação judicial de sua insatisfação, postula o pagamento de parcelas anteriores, limitadas estas àquele interregno legal. Creio devam ser sopesadas, para o adequado deslinde, não só a condição de se

reclamar dívida de natureza alimentar, feita por quem informa se encontrar impossibilitado de laborar, como também a conveniência de se ter assegurada a ampla defesa constitucionalmente prevista.

A reflexão se impõe.

Ora, a Súmula tantas vezes invocada como obstáculo intransponível encontrou firme alicerce jurisprudencial decorrente da posterior lei 5.021, de 09/06/1966, versando seu artigo Primeiro sobre *“O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.”*

O foco da lei em questão está, portanto, restrito a uma clientela específica, não se ampliando ou tendo condições de atingir aqueles terceiros que em suas disposições não se enquadrem. A realidade, entretanto, como antes mencionado, é de aplicação ampla da Súmula, em contexto onde a mesma nitidamente não se amolda.

Aliás, como texto legal que já remonta a quase quatro décadas é bem de ver que está ela em direto confronto com a vontade do Constituinte de 1988, na medida em que este expressamente definiu, via artigo 5º. inciso LXIX: *“Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas corpus” ou “habeas data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”*

De qualquer modo, se clara é a distinção, certo é também que lei alguma pode restringir o efetivo alcance da Lei Magna.

Ademais, respeitosamente, não encontro respaldo para a vedação apontada, seja na lei de mandado de segurança, 1533/51, e mesmo na CF. Ao contrário, ambas são sobremodo orientadoras no sentido oposto, tendo, entretanto, a jurisprudência baseada, repita-se, na mencionada lei 5021/66, fixado marcos que com o passar do tempo foram se consolidando de tal modo que conseguiram até mesmo alargamento capaz de alcançar os, em geral, hiposuficientes segurados da Previdência Social.

Ora, se o ato trazido a exame nessa restrita via é declarado ilegal ou mesmo cometido em abuso de poder, não vislumbro como, uma vez cessados por determinação judicial os seus efeitos, tal ocorra apenas em parte. A reparação, nos limites aqui assinalados, deve ser plena, além de efetivada no bojo do próprio mandado de segurança, evitando-se

que valores a que o segurado também faz jus, e dos quais geralmente muito necessita, ensejem a propositura de nova demanda, em frontal contrariedade, até mesmo, ao sentido desejado imprimir pela inovadora Emenda Constitucional 45/2004.

Cumpre salientar que este raciocínio, penso, encontra amparo ainda nas disposições do artigo 5º., inciso LXXVIII da CF, a expressar que: *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*.

Em outro giro é de decadência que se está a cuidar para que a utilização da via mandamental ocorra sem mais entraves. E é também certa, especialmente para os muito pobres, a quase impossibilidade de ser mencionado prazo atendido em razão das notórias dificuldades em conseguir quem em seu prol possa atuar judicialmente, a par da lógica reunião dos documentos a tanto imprescindíveis, afigurando-se sobremodo angustiante assimilar, de um lado, o reconhecimento da constitucionalidade desse inflexível limitador temporal, como o faz a Súmula 632, de 24/09/03, do E. Supremo Tribunal Federal: *“ É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança”*, e, ao mesmo tempo, admitir que nesse intervalo a reparação deva ater-se, de modo exclusivo, ao instante do ajuizamento, que o legislador assegurou a todos até que decorrido o centésimo vigésimo dia.

Como instrumento inovador, surgido há mais de cinquenta anos, se visto sob ótica mais ampla e obediente ao princípio da razoabilidade, capaz de enfrentar e eficazmente solver as divergências em seu bojo lançadas, presta-se o mandado de segurança a também impedir que o ajuizamento de novas demandas se faça compulsório, na medida em que reconhecidos e satisfeitos sejam os direitos, líquidos e certos, ali reclamados com base em prova pré-constituída.

Em suma, a heterogeneidade e profunda variação das relações sociais projetadas no tempo não merece ser sumariamente paralisada, como pareceu desejar a Súmula 271 do Excelso Pretório, e a jurisprudência cuidou afinal consolidar à luz da conveniência de determinada estrutura do Poder Público, em detrimento, acredito, de uma parcela de segurados previdenciários que jamais poderia situar-se em seus limites, até mesmo pela natureza dos benefícios percebidos.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

***Benedito Gonçalves - Desembargador Federal do TRF
da 2ª Região, Diretor-Geral da EMARF***

CONFLITO DE COMPETÊNCIA 6387/RJ

PROC. N.º 2004.02.01.005869-3

RELATOR: DES. FED. BENEDITO GONÇALVES

AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

PROC: CARLOS ALEXANDRE DE CASTRO MENDONÇA

RÉU: SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO – SESC

ADV: SEM ADVOGADO

RÉU: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

PROC: SEM PROCURADOR

SUSCTE: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE EXECUÇÃO FISCAL-RJ

SUSCDO: JUÍZO DE DIREITO DA 12ª VARA DA FAZENDA
PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL-RJ

RELATÓRIO

Trata-se de **Conflito Negativo de Competência** suscitado pelo Juízo Federal da 7ª Vara de Execução Fiscal-RJ, tendo em vista decisão do Juízo de Direito da 12ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital/RJ, que declinou de ofício de sua competência em favor daquele Juízo, em embargos de terceiro opostos pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS –, que havia sido distribuído ao Juízo Estadual, por que lá tramitava executivo fiscal ajuizado pelo Município do Rio de Janeiro em face do Serviço Social do Comércio – SESC –, objetivando o pagamento referente à exigência do recolhimento do IPTU, de Taxas de Coleta de Lixo e Limpeza Urbana e Iluminação Pública, referente ao exercício de 1987.

Alega a MM. Juíza suscitante que o fato de figurar uma autarquia federal, nos embargos de terceiro, não desloca a competência para a Justiça Federal, na medida em que o terceiro embargante visa tão-somente a exclusão de seu

bem, que foi penhorado, pelo Juízo da 12ª Vara de Fazenda Pública, não havendo discussão sobre o fundamento do processo executivo.

Parecer do M.P.F. de fls. 26/29, opinando pelo não acolhimento do conflito, julgando-se competente o Juízo suscitante.

Sem revisão por se tratar de matéria de direito.

É o relatório.

Em mesa.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA 6387/RJ

PROC. N.º 2004.02.01.005869-3

RELATOR: DES. FED. BENEDITO GONÇALVES

AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

PROC: CARLOS ALEXANDRE DE CASTRO MENDONÇA

RÉU: SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO – SESC

ADV: SEM ADVOGADO

RÉU: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

PROC: SEM PROCURADOR

SUSCTE: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE EXECUÇÃO FISCAL-RJ

SUSCDO: JUÍZO DE DIREITO DA 12ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL-RJ

VOTO

Como relatado, Juízo Federal da 7ª Vara de Execução Fiscal-RJ suscita o presente Conflito Negativo de Competência tendo em vista decisão do Juízo de Direito da 12ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital/RJ, que declinou de ofício de sua competência em favor daquele Juízo, em embargos de terceiro opostos pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS –, que havia sido distribuído ao Juízo Estadual, por que lá tramitava executivo fiscal ajuizado pelo Município do Rio de Janeiro em face do Serviço Social do Comércio – SESC –, objetivando o pagamento referente à exigência do recolhimento do IPTU, de Taxas de Coleta de Lixo e Limpeza Urbana e Iluminação Pública, referente ao exercício de 1987.

Na reza do art. 1.049 do CPC, os embargos de terceiro serão distribuídos sempre por dependência e correrão em autos distintos perante o mesmo juiz que ordenou a apreensão.

Todavia, a controvérsia sobre competência, na espécie, propõe-se em face da natureza jurídica do terceiro embargante.

De acordo com o art. 109, I, da Constituição Federal, aos juízes federais compete processar e julgar, as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e às sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

Os embargos de terceiro, por sua vez, constituem uma ação, pela qual o terceiro, assumindo a posição de autor, formula pretensão consistente na subtração de seus bens à execução.

In casu, sendo o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS – autor, nos embargos de terceiro, e devendo esse procedimento e o principal se processarem perante um único juízo, forçosa é a conclusão de que cabe ao juiz federal conhecer desses embargos e julgá-los, devendo a esse mesmo juízo deslocar-se a execução, eis que a competência constitucional *ratione personae* prepondera sobre a regra da lei processual civil, que fixa a competência funcional do juiz que ordenou a apreensão.

Nesse sentido, esclarece Theotônio Negrão, em nota ao art. 1.049 do CPC, que os embargos de terceiro se processarão perante o mesmo juízo que ordenou a apreensão, *“salvo se tiverem sido oferecidos pela União, autarquia federal ou empresa pública federal (CF 109-I) hipótese em que a competência para o seu conhecimento será da Justiça Federal, ainda que a ação principal corra na Justiça Estadual (RTJ 98/217, 112/1.380; STF-RT 577/260; STF-JTA 78/383; STJ 2ª Seção, CC 6.609-3-AL, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 23.2.94, v.u., DJU 21.03.94, p. 5.430). Mas, neste caso, até a competência para conhecer do processo principal passa à Justiça Federal (STF-Pleno, v.u., RTJ 106/946 e RT 577/260).”* (in Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, 33ª ed., Saraiva, p. 941, nota 4)

Do exposto, não conheço do presente conflito, declarando-se competente o Juízo Federal da 7ª Vara de Execução Fiscal/RJ, o suscitante.

É o voto.

BENEDITO GONÇALVES

Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA 6387/RJ

PROC. N.º 2004.02.01.005869-3

RELATOR: DES. FED. BENEDITO GONÇALVES

AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

PROC: CARLOS ALEXANDRE DE CASTRO MENDONÇA

RÉU: SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO – SESC

ADV: SEM ADVOGADO

RÉU: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

PROC: SEM PROCURADOR

SUSCITE: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE EXECUÇÃO FISCAL-RJ

SUSCDO: JUÍZO DE DIREITO DA 12ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL-RJ

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – EMBARGOS DE TERCEIRO OPOSTOS POR AUTARQUIA FEDERAL – COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL RATIONE PERSONAE – ART. 109, I, DA CRFB/88.

I – Na reza do art. 1.049 do CPC, os embargos de terceiro serão distribuídos sempre por dependência e correrão em autos distintos perante o mesmo juiz que ordenou a apreensão.

II – Todavia, a controvérsia sobre competência, na espécie, propõe-se em face da natureza jurídica do terceiro embargante.

III – De acordo com o art. 109, I, da Constituição Federal, aos juízes federais compete processar e julgar, as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e às sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

IV – Os embargos de terceiro, por sua vez, constituem uma ação, pela qual o terceiro, assumindo a posição de autor, formula pretensão consistente na subtração de seus bens à execução.

V – *In casu*, sendo o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS – autor, nos embargos de terceiro, e devendo esse procedimento e o principal se processarem perante um único juízo, forçosa é a conclusão de que cabe ao juiz federal conhecer desses embargos e julgá-los, devendo a esse mesmo juízo deslocar-se a execução, eis que a competência constitucional

ratione personae prepondera sobre a regra da lei processual civil, que fixa a competência funcional do juiz que ordenou a apreensão. Precedentes.

VI – Conflito não conhecido, declarando-se competente o Juízo Federal da 7ª Vara de Execução Fiscal/RJ, suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas:

Acordam os membros da 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, em não conhecer do conflito, declarando-se competente Juízo Federal da 7ª Vara de Execução Fiscal/RJ, suscitante, na forma do voto do Relator.

Rio de Janeiro, 27 de outubro de 2004 (data do julgamento).

BENEDITO GONÇALVES

Relator

RECURSO CRIMINAL

**Sérgio Schwaitzer - Desembargador Federal do TRF
da 2ª Região**

RELATOR: SERGIO SCHWAITZER

RECORRENTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

RECORRIDO: RIVALDO DEBOSSAN MACHADO

ADVOGADO: SEM ADVOGADO

ORIGEM: VARA ÚNICA DE NOVA FRIBURGO (200051050000054)

RELATÓRIO

Trata-se de recurso em sentido estrito de sentença proferida pelo MM. Juízo da Vara Federal de Nova Friburgo, que rejeitou a denúncia oferecida em face de RIVALDO DEBOSSAN MACHADO, com base no art. 43, inciso I, do CPP.

A denúncia relata a prática do delito tipificado no art. 29, § 1º, inciso III, da Lei nº 9.065/98, *in verbis*:

“(…)

No dia 09 de janeiro de 1999, por volta das 17:10h, em razão de denúncia anônima, policiais militares lograram encontrar na residência do denunciado, situada no endereço acima, dois pássaros cigarra bambú (Haplospiza incolor), um pássaro coleiro (Sporophila caerulescens), um pássaro catatau (Sporophila frontalis), um pássaro sabiá (Turdos rufivenetris), sem que o denunciado tivesse autorização do IBAMA, para possuí-los em cativeiro, bem como quatro gaiolas de arame e uma gaiola de madeira, consoante registro de ocorrência de fl. 04 e auto de apresentação e apreensão de fl. 06.

“(…)”

O Ministério Público Federal às fls.37/39 propôs a suspensão do processo pelo prazo de dois anos, com fulcro no art. 89, da Lei nº 9.099/95, mediante o cumprimento das seguintes condições: proibição de ausentar-se do Estado onde reside, sem autorização judicial; comparecimento pessoal e obrigatório ao Juízo, trimestralmente, para informar e justificar suas atividades; e ainda, realização de serviços compatíveis com sua capacidade laborativa no Zoológico

Municipal de Bom Jardim, a ser realizado duas vezes por mês, nos seis primeiros meses da medida, com jornada máxima de quatro horas.

O não recebimento da denúncia fundamentou-se no princípio da insignificância. Considerou o ilustre sentenciante, às fls. 40/42, que o acusado não agiu com dolo de causar dano à fauna ou ao meio ambiente, haja vista consistir prática habitual, em cidades do interior, a criação de pássaros em cativeiro.

Em suas razões de recurso, acostadas às fls.45/46, sustenta o *parquet* que a Lei 9.065/98 apresenta critérios diferenciadores capazes de adequar com razoabilidade a resposta penal ao caso concreto, sendo, portanto descomedida a aplicação do princípio da insignificância a fim de restringir a aplicação da lei penal às condutas que lesem substancialmente o bem jurídico protegido.

Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento do recurso.

É o Relatório.

SERGIO SCHWAITZER

RELATOR

RELATOR: SERGIO SCHWAITZER

RECORRENTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

RECORRIDO: RIVALDO DEBOSSAN MACHADO

ADVOGADO: SEM ADVOGADO

ORIGEM: VARA ÚNICA DE NOVA FRIBURGO (200051050000054)

VOTO

Em função da relevância dos bens jurídicos protegidos na luta pela defesa do meio ambiente, revela-se imprescindível, como meio de repressão e prevenção, a aplicação da sanção penal. As infrações ambientais provocam danos graves e muitas vezes irreparáveis, que abalam o equilíbrio do ecossistema e comprometem a vida de futuras gerações.

É certo, porém, que muitas condutas não possuem potencialidade lesiva apta a justificar uma resposta penal, revelando-se eficazes as medidas administrativa e civil. Francisco de Assis Toledo assim descreve:

“segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico.”

(Crimes contra a natureza, Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas, 7ª edição, Revista dos Tribunais, págs. 44/45).

A difícil tarefa consiste em precisar o limite para que uma lesão possa ser considerada insignificante penalmente, não bastando para tal uma interpretação isolada do fato. É preciso que fique demonstrado no caso concreto, após detida análise subjetiva, a pouca valia da conduta para o direto penal. Em suma, a aplicabilidade do Princípio da insignificância deve ficar adstrito às hipóteses excepcionais, sob pena de se legitimar práticas nocivas ao meio ambiente, muito embora, consideradas objetivamente, de menor potencial lesivo.

A despeito de muita valia, o caso em tela não carece do desfrute da análise acima citada, pois cuida-se de mera aplicação legal:

Constata-se pelo laudo técnico de fls. 23, que uma das espécies encontrada no cativeiro, conhecida como catatau (*Sporophyla-frontalis*), encontra-se ameaçada de extinção, e ainda, que as aves foram encaminhadas para soltura em uma área denominada Vendo do Barranco, Município de Duas Barras-RJ, sob os testemunhos do Sgt. Gerônimo e Sd. Gabeira, ambos pertencentes ao posto do Batalhão Florestal deste Município.

Portanto, a denúncia não relata uma simples criação de pássaros para deleite, como também não neutraliza o dano causado ao meio ambiente o retorno dos pássaros ao seu habitat natural, como quer o douto juiz **a quo**.

A Lei nº 9.605/98, em seu artigo 29, § 2º, preceitua que em caso de guarda doméstica de espécie silvestre, não considerada ameaçada de extinção, poderá o juiz aplicar o perdão judicial.

Constata-se, pela simples leitura da exposição acima, ser o citado artigo inaplicável ao presente caso. Assim, sendo vedada, **in casu**, a decretação da extinção da punibilidade pelo perdão judicial, afigura-se contragosto à disposição legal o reconhecimento da atipicidade da conduta do autor advinda da aplicação do princípio da insignificância.

Por oportuno, descrevo as razões de recurso do Ministério Público Federal, **in verbis**:

“Não se pode concordar com as razões invocadas para rejeitar a denúncia, pois a legislação que trata do crime em questão possui mecanismos capazes de evitar qualquer desproporcionalidade da resposta penal, que necessite ser reparada pela aplicação do princípio da insignificância.

Tanto é que foi oferecida ao denunciado suspensão do processo, com a proposta de condição especial com cunho educativo para conscientização da necessidade de preservação do meio ambiente, que, se aceita e cumprida, não deixaria qualquer mácula na folha penal do denunciado.

(...).”

Posto isto, dou provimento ao recurso para receber a denúncia.

É como voto.

SERGIO SCHWAITZER

JUIZ RELATOR

RELATOR: SERGIO SCHWAITZER

RECORRENTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

RECORRIDO: RIVALDO DEBOSSAN MACHADO

ADVOGADO: SEM ADVOGADO

ORIGEM: VARA ÚNICA DE NOVA FRIBURGO (200051050000054)

EMENTA

CONSTITUCIONAL – CRIME CONTRA A FAUNA SILVESTRE NACIONAL – PÁSSARO EM CATIVEIRO – ESPÉCIE AMEAÇADA DE EXTINÇÃO – COMPETÊNCIA.

1 – É competente a Justiça Federal para processar e julgar crime contra a fauna silvestre, quando se tratar de espécie relacionada pelo IBAMA como ameaçada de extinção.

PENAL - PROCESSO PENAL - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - INAPLICABILIDADE DO PRÍNCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - RECURSO PROVIDO.

I - A manutenção em cativeiro de espécie integrante da fauna silvestre nacional ameaçada de extinção não consiste criação de pássaros para deleite, e, ainda, o retorno destes pássaros ao seu habitat natural não neutraliza o dano causado ao meio ambiente.

II - Tendo a conduta refletido potencialidade lesiva apta a justificar uma resposta penal, não há que se admitir a rejeição da denúncia por atipicidade, advinda da aplicação do princípio da insignificância.

III - Recurso em sentido estrito provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas

Decide a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, declarar competente a Justiça Federal para julgamento do feito e, por maioria, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, constante dos autos, que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Rio de Janeiro, 20 de março de 2002.

SÉRGIO SCHWAITZER

RELATOR

A FUNCIONALIDADE DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

*Poul Erik Dyrlund - Desembargador Federal do TRF da
2ª Região*

A Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, publicada no Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 2003, que altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências, veio sob o signo da “simplificação, racionalização, e reforma estrutural deste sistema, objetivando a elevação de sua eficiência econômica, com o estímulo da produção, do investimento produtivo, e a geração de emprego e renda.”

No dizer do Deputado Virgílio Guimarães, o foco da reforma se apresenta como “um mecanismo de produção das receitas públicas mais compatível com as prioridades de estabilização e crescimento econômico, e não a partilha federativa dos recursos, questão inteiramente inoportuna nas circunstâncias atuais de estagnação econômica.”

A tônica desta alteração, portanto, é o estímulo do desenvolvimento sustentável com a geração de empregos.

Para este fim acrescentou-se mais uma competência em favor do Senado Federal, no inciso XV, do artigo 52, da Carta da República, verbis:

“Art.52. Compete privativamente ao Senado Federal:

XV – avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios.”

A correta compreensão desta nova competência, impõe ao interessado o estabelecimento de certas premissas básicas, para que se possa estabelecer o real desiderato do Poder Constituinte Derivado.

O Senado Federal integra a Federação, entendida esta modalidade de Estado composto por superposição de duas, ou mais ordens jurídicas, coordenadas por um processo de repartição de competências, determinada

pela Constituição Federal, na qual os entes federados participam por um critério de representação na formação de vontade nacional.

Dentre as características, assim, da Federação há a presença de duas Câmaras, uma representante do povo – Câmara dos deputados – e uma representante dos Estados e do Distrito Federal – Senado Federal, no formato brasileiro.

Esta forma de Estado, como é cediço, foi fruto do gênio norte – americano, quando as treze colônias se agregaram em República, pela Constituição de 17 de setembro de 1787, pela qual se ensejou a preservação das respectivas diferenças, possibilitando a unidade na diversidade.

Hodiernamente se pratica um federalismo de equilíbrio, com a absoluta igualdade político-jurídica entre as unidades federadas do mesmo nível, dosando-se as competências federal, estadual, e municipal, de modo a se instaurar um balanço entre o ordenamento central, e os parciais, bem como de caráter cooperativo, com o estabelecimento de alianças, com mútua ajuda, nos níveis administrativos, tributário, econômico, dentre outros.

Neste contexto, exsurge a função do Senado Federal, apreendido “como fim, tarefa ou incumbência, correspondente a certa necessidade colectiva ou certa zona da vida social” no magistério do constitucionalista lusitano Jorge Miranda.

Minudenciando o conceito, o ilustre doutrinador professa que “a função traduz um determinado enlace entre a sociedade e o Estado, assim como um princípio (ou uma tentativa) de legitimação do exercício do poder. A crescente complexidade das funções assumidas pelo Estado - da garantia de segurança perante o exterior, de justiça e da paz civil à promoção do bem estar, da cultura e da defesa do ambiente – decorre do alargamento das necessidades humanas, das pretensões de intervenção dos governantes e dos meios de que se podem dotar; e é ainda uma maneira de o Estado com os governantes em concreto justificarem a sua existência ou a sua permanência no poder.”

O Senado Federal, como órgão constitucionalmente estabelecido, sendo um centro autônomo, do qual emana a vontade estatal, corporificando a instituição do Congresso Nacional, tem como finalidade – função representar os Estados-membros, e o Distrito Federal, tornando efetiva a participação destes no processo legislativo federal, velando pela preservação das respectivas autonomias, consagrando, ao fim e ao cabo, a própria Federação.

Neste passo, não há como se confundir a figura da – função – com a da – competência - , porquanto esta última se traduz em poderes instrumentais adequados à consecução da primeira, ou seja a satisfação dos interesses sociais contidos no bojo das finalidades atribuídas aos órgãos estatais.

A Emenda Constitucional, em comento, não estabeleceu uma nova função ao Senado Federal, porquanto suas funções decorrem, naturalmente, da forma federativa, adotada para o Estado Brasileiro, e sim instituiu uma nova competência, de molde a aperfeiçoar, e melhor concretizar a federação.

A federação, como organização político-administrativo, confere autonomia aos seus integrantes de ordem política, administrativa, e econômico-financeira, nesta se coordenando o Sistema Tributário Nacional compreendido como, na dicção de Ricardo Lobo Torres "o conjunto dos tributos cobrados em todo o território nacional, independentemente da titularidade deste ou daquele ente público e considerada exclusivamente a incidência sobre a riqueza", vale dizer, deve ser harmônico com a realidade social e econômica de um País, sob pena, como adverte Luiz Emygdio F. de Rosa Jr., de se transmutar em um mero regime tributário, desqualificando-se como vero sistema.

Esta nova competência atribuída ao Senado Federal, passa a se configurar como esteio das idéias básicas, em razão das quais se concebeu a reforma do Sistema Tributário Nacional.

A funcionalidade do sistema – conceito a ser determinado adiante – passa a ser aquilatado em dupla perspectiva, vale dizer, na sua estrutura, e, em seus componentes quanto ao mesmo, e, em seguida, pelo desempenho das administrações tributárias.

Quanto ao primeiro viés – estrutura – ensina Ricardo Lobo Torres, que o sistema tributário pode ser considerado como sistema objetivo, ou científico.

Nesta toada "sistemas objetivos (ou sistemas internos) são os que abrangem as normas, a realidade, os conceitos e os institutos jurídicos referentes aos tributos incidentes sobre a riqueza nacional e internacional e a sua partilha entre as pessoas jurídicas de direito público," enquanto os sistemas científicos (ou sistemas externos) "são os que se consubstanciam no conhecimento, na ciência, no conjunto de proposições sobre o sistema objetivo, no discurso sobre a própria ciência e que se inserem na Teoria da Constituição Tributária, na Teoria do Sistema Tributário Nacional, na teoria do Federalismo Fiscal ou na Ciência do Direito Internacional Tributário."

Dada a referência no inciso constitucional, de serem avaliadas periodicamente no seu desempenho as administrações tributárias, infere-se que a estrutura eleita se entrosa com a de caráter objetivo, sendo os seus – componentes – ou elementos, precipuamente a totalidade de normas jurídicas do ordenamento jurídico pátrio, composta por valores, regras, e princípios, que disciplinam a criação, manutenção, e cobrança dos tributos.

Das observações anotadas, a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, como primeira aproximação do tema, pode ser encarada sob a vertente objetiva – realidade social econômica do país -, e subjetiva - o bom desempenho das administrações tributárias, estas como “atividades essenciais ao funcionamento do Estado” (art.37, XXII CF).

Há, pois, que conjugar os dois planos, em epígrafe, a permitir, no dizer de Aliomar Baleeiro que “o sistema tributário deve ser produtivo, elástico, compatível com a renda nacional e com as idéias de justiça da época”, elaborando-se um ordenamento jurídico tributário planejado, , e adaptado à realidade nacional, ajustado ao seu substrato econômico, viabilizando o desenvolvimento do País, com a produção de empregos e rendas, a par de fornecer receitas derivadas às entidades federativas, para o custeio de suas atividades gerais, ou específicas.

Almeja-se, em linhas gerais, que haja um sistema tributário, e não mero regime tributário, com o estabelecimento de um equilíbrio entre os interesses da Fazenda Pública, e os dos contribuintes, em última análise, dos interesses da República Federativa do Brasil, compreendida como Nação, correspondendo a funcionalidade a incidência da regra maior do devido processo legal substantivo, sob suas óticas de razoabilidade, e proporcionalidade.

Segundo interpretação autêntica do Congresso Nacional “é proposta a criação de uma nova competência para o Senado Federal, que deverá constituir Comissão ou órgão parecido com um Conselho Tributário Nacional, que entre outras ocupações poderá cuidar do acompanhamento da evolução de carga tributária, considerando seus exageros, recomendando o atendimento a critérios de moderação e de distribuição eqüitativa. Tal órgão estaria incumbido de avaliar, periodicamente, a funcionalidade do sistema tributário nacional, e cada um de seus principais componentes em particular, bem como o desempenho das administrações tributárias, do ponto de vista da análise qualitativa de atuação delas como agentes do interesses público na eficácia da aplicação dos regimes contributivos. O mesmo órgão poderia ocupar-se de processar administrativamente e impor sanções dissuasivas, aos Estados que se desviarem do cumprimento regular das obrigações impostas pela nova normatização unificada do ICMS.”

Sem avançar quanto ao aspecto punitivo, não objeto deste ensaio, a funcionalidade acenada, em suma, tem como objetivos fundamentais, tudo sob o pálio do equilíbrio nacional: um econômico, com reativamento da economia; e, um financeiro, a manutenção de arrecadação de recursos para

o governo, tendo ambos, por pano de fundo, o aspecto social, com mira a construção de uma sociedade livre, justa, e solidária, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

BIBLIOGRAFIA

- 1) Baleeiro, Aliomar. "Direito Tributário Brasileiro" 10ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1991
- 2) Miranda, Jorge. "Manual de Direito Constitucional" Tomo V, 2ª edição, Coimbra: Coimbra , Editora, 2000
- 4) Torres, Ricardo Lobo. "Sistemas Constitucionais Tributários" Tomo II, volume II, 1ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1986.
- 3) Rosa Junior, Luiz Emygdio F. de. "Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário", 10ª edição, Rio de Janeiro: renovar, 1995.

A FILOSOFIA DO DIREITO PRIVADO SOCIALISTA POLONÊS DE ALEKSANDER WOLTER CONSIDERADA SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DAS FORMAS ECONÔMICAS DO DIREITO DE PACHUKANIS

***André R. C. Fontes - Desembargador Federal do TRF da
2ª Região, Diretor da Revista da EMARF,
Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do
Rio de Janeiro (UERJ)***

1 – Em 1976 foi editada na Itália, por iniciativa da Universidade de Camerino, a tradução italiana da obra de Aleksander Wolter, sobre a Parte Geral do Direito Civil polonês. O texto original saiu na então República Popular da Polônia com grande alarde, uma vez que seu autor, formado em 1927 na Faculdade de Direito da Universidade Jagelonica de Cracóvia, e educado nas grandes tradições jurídicas da universidade na qual se laureou, e tendo se doutorado sob a influência do Direito Romano, sob a batuta do Professor Ralf Taubenschlag, e depois com estudos feitos na Universidade de Berlim, é nomeado em plena 2ª. Guerra Mundial Juiz da Corte de Apelação e, depois do grande conflito, Juiz da Suprema Corte, já agora sob a nova orientação socialista. Aleksander Wolter é nomeado, ainda, membro da Comissão de Codificação do Código Civil e do Código de Família também em 1945 e cuja contribuição pôde dar até a edição dos diplomas referidos, em 1964. Seis anos depois então se publica sua obra da Parte Geral do Direito Civil, e com isso iniciava uma nova perspectiva metodológica, que abandonava o mais acentuado momento de revelação do Direito Soviético, a partir da obra de

Pachukanis, que se lastreava em uma versão estritamente econômica do direito, e que dominou o Governo Soviético nas duas décadas que antecederam o Segundo Conflito Mundial.

2 – Estabelecidas as bases de uma e outra perspectiva de Pachukanis, lastreadas em uma versão estritamente econômica, e a de Aleksander Wolter, que mescla os aspectos econômicos do socialismo com evidentes pontos políticos, sociais e culturais restava saber se a obra de Wolter é um desdobramento ou uma superação da obra do genial Pachukanis, que tanta expressão teve no campo da Filosofia do Direito na União Soviética, e que de fato provocou uma verdadeira revolução teórica no campo jurídico daquele país. Conquanto sua obra tenha sido decisiva para as transformações operadas na União Soviética dos anos 30, com a progressiva consolidação de Stalin, aos poucos elas acarretam a reprodução de uma forma específica do capitalismo, a do Estado, o que exigiu o reforço nas relações jurídicas, o que a obra de Wolter é o melhor exemplo. Por chocar-se, então, frontalmente com as novas necessidades jurídicas soviéticas, sua orientação política e teórica perde o sentido e tal fato culmina com seu afastamento da vida pública na União Soviética e sua morte em 1937, com apenas 46 anos de idade e em pleno vigor intelectual.

3 – A obra de Pachukanis mostrou-se inovadora porque ao contrário da concepção marxista dominante, que criticava somente o conteúdo da classe do Direito, Pachukanis magistralmente analisou o vínculo entre a forma jurídica e a forma de mercadoria, demonstrando que a própria forma do direito possui uma natureza burguesa. Dessa maneira ele revelou o profundo nexo de correlação entre a crítica de Marx à economia política, exposta na obra “O Capital” e a crítica do direito. Duas são as perspectivas fundamentais da contribuição de Pachukanis inicialmente por se fundar em “O Capital”, e, portanto, sob bases estritamente marxistas e outros aspectos de ordem crítica, que é o de contribuir imensamente para a tarefa de refletir acerca das possibilidades de resistência a formas de dominação de classe levadas a efeito por meio de instituições jurídicas, especialmente, por meio de uma representação jurídica do Estado.

4 – Imediatamente após a tomada de poder que se seguiu à revolução de 1917, abre-se um grande intervalo legislativo, que constitui um período marcado pelo esforço de reorganização legal e judiciária, destinado a banir a legislação burguesa hostil ao poder proletário e a eliminar o aparelho judiciário do antigo regime. Os anos que se seguiram a revolução russa foram marcados pelos sentimentos de renovação da nova política socialista e pelas dificuldades de reconstrução que o país carecia e exigia. Os estudos que afluíam eram caracterizados pelos anseios de superar a desconfiança nas instituições jurídicas

tão inculcadas no povo. A credibilidade dos conceitos jurídicos ora viciados pelo corte burguês e a necessidade de modificações sócio-econômicas por meio da alteração imediata das leis vigentes no país por outras de caráter radical e inovador se fizeram imediatamente necessárias. Emerge nesse período indagações sobre a construção do Direito Soviético. O material bruto para se trabalhar (formas e conceitos jurídicos) era coberto por dúvidas e desconfianças, e repousava sobre a estrutura normativa a convicção de estarem impregnadas de conteúdo ideológico do “ancien regime”, o que conduziria a evidentes formas de disfunção de um sistema jurídico socialista. O estudo de questão jurídica era tão grave que o sistema jurídico era mais fisiológico que anatômico em seus textos jurídicos e dando um requinte técnico às formas burguesas a que era submetido. De maneira que seu ordenamento novo necessitava não apenas de retoques ou ajustes, mas de alterações que traduzissem as aspirações do momento. O quadro normativo haveria de ser remodelado, de tal forma que a pirâmide ideal do sistema jurídico fosse purificada pelos novos horizontes revolucionários e pela renovação socialista almejada naquele tempo. Houve, em alguns momentos, avanços que atingiram pontos não necessários, mas que foram em seguida corrigidos como a tentativa de abolir o casamento, por ser considerado instituição burguesa e, entretanto, não tardou a correção da medida, consagrando o casamento e a família socialistas.

5 – A obra “A Teoria Geral do Direito e Marxismo” de Pachukanis teve o efeito de uma pequena revolução teórica na jurisprudência. Pachukanis deixa de lado o aspecto então dominante (o conteúdo de classe) do direito e retorna a Marx para propor a extinção da *forma jurídica*, em sentido estrito, para a explicação do Direito e propõe a formalização da *forma econômica*. Desse modo apresenta a idéia de que a uma forma jurídica qualquer deverá ser a apreensão da real natureza do fenômeno jurídico na circulação mercantil. Com isso o direito deixa de ficar reduzido a um conjunto de normas para se tornar a maneira de se compreender o momento normativo do direito como uma expressão desse mesmo processo de troca de mercadorias a que se refere “O Capital” e que era terminantemente ignorado pelos juristas soviéticos da época. De outra parte, Pachukanis passa a explorar as possibilidades de uma crítica às formas de dominação de classe que se realiza por meio do direito, especialmente a crítica a certa representação do Estado.

6 – As propostas iniciais de uma concepção marxista do direito ocorreram imediatamente à Revolução Russa de 1917. Muitas contribuições surgiram e até autores não soviéticos foram considerados e em sua grande maioria rejeitados devido à influência do pensamento jurídico burguês e à necessidade política de por em prática um novo aparelho judiciário. Além disso, havia um boicote ao poder soviético por parte dos juristas burgueses, o

que levava não raras participações de técnicos e pessoal competente, ao lado dos juízes populares, auxiliando-os nas causas complexas. Essas contradições atrasaram o aperfeiçoamento das instituições recém-criadas e reforçaram as instâncias formais, com a reparação dos julgadores das normas, mesmo julgando em seu nome, lastreado em um suposto saber especializado. Com isso os tribunais populares são marcados por contradições e por permitirem tendencialmente a participação das massas na administração da justiça. A partir dessas experiências que se formulou a concepção sistemática do direito no campo do marxismo e que só encontraria uma verdadeira renovação com os estudos de Pachukanis em seu retorno à Marx.

7 – A conquista do poder pelo proletariado com a revolução russa de outubro abateu todo o aparato burguês, que tanto serviu para oprimir a massa trabalhadora como todos os seus instrumentos, o exército, a polícia e os tribunais. É anti-enunciativo que todos os códigos das leis burguesas, todo o direito burguês, como sistema de normas (regras jurídicas), jogaram o mesmo papel, isto é, fazer prender pela força organizada, a balança dos interesses das várias classes sociais, em favor das classes dominantes, razão pela qual o proletariado não poderá utilizar para os seus fins os códigos burgueses das épocas passadas. A experiência da luta do proletariado contra os seus inimigos teria que dar vida a seu novo direito. O sistema do Direito haveria de atender às relações sociais sem atender aos interesses da classe dominante e jamais poderia ser tutelado pelas forças remanescentes de tal classe, especialmente dos tribunais revolucionários. A característica do direito imediatamente formado após a revolução era expressão mal-feita daquilo que se estava querendo destruir e essa estrutura global mesclada pela proteção dos interesses do proletariado mas com métodos e órgãos estruturados pela classe dominante, em que se leva em conta as formas abstratas burguesas e a sua influência sobre a forma concreta, não respondia aos anseios da formulação dos soviéticos e de Karl Marx.

8 – Pachukanis propõe a renovação dos conceitos jurídicos fundamentais definidos na Teoria Geral do Direito por meio de fórmulas que serão independentes do conteúdo das normas jurídicas. Quer ele conservar o seu conteúdo material concreto, como resultado de um esforço de elaboração lógica que parte das relações e normas jurídicas que representem o produto superior e mais recente de uma criação consciente. Para ele o corpo de conceitos jurídicos fundamentalmente estruturados nos fornece um conhecimento científico do direito, de maneira que a dogmática jurídica não passa de expediente técnico extraído da prática imediata apenas para fins de comodidade da sociedade dominante. Afirma, ainda, que o corpo de conceitos jurídicos fundamentais lastreado na Teoria Geral do Direito, burguesa e anti-

revolucionária, não passa de expediente técnico extraído da prática imediata apenas para fins de comodidade. E continua dizendo, a Economia Política partiu das questões de natureza prática para formular uma disciplina teórica, de maneira que a jurisprudência não poderia elaborar uma Teoria Geral do Direito sem se confundir com a psicologia e a sociologia, de maneira que não seria possível analisar a forma jurídica do mesmo modo que se analisa no campo da economia política a forma do valor. O critério que orienta a opinião de Pachukanis é a possibilidade da teoria do direito ser capaz de analisar a forma jurídica a partir da forma econômica, permitindo compreender o direito como fenômeno real. Pachukanis passa então a introduzir, no campo da análise do direito, o princípio metodológico desenvolvido por Karl Marx na Introdução à Crítica da Economia Política, que se exprime em dois movimentos, o que vai do abstrato ao concreto, e o que vai do simples ao complexo. O estudo das categorias jurídicas dependeria da noção de salário, lucro, preço, valor, mercadoria, de modo que, somente partindo dessas categorias mais simples é que se torna possível recompor a totalidade concreta em uma unidade de determinações. Tais observações, é bom lembrar, seriam próprias de um novo direito para os soviéticos.

9 – Em afirmação à sua tese Pachukanis diz que todo esforço teórico haveria de se fundar na maneira de relacionar a forma de mercadoria com a forma jurídica. Ou seja: a elaboração teórica de Pachukanis se dirige no sentido de estabelecer uma relação de determinação das formas do direito pelas formas de economia mercantil. A gênese de forma do direito se encontra na relação de troca, de modo que a forma jurídica é o reflexo inevitável da relação dos proprietários de mercadorias entre si, das condições da economia mercantil-monetária. Essa economia mercantil é que é a condição prévia fundamental do Direito. A forma jurídica é gerada pela forma mercantil. A relação de troca deve existir para que surja a relação jurídica. A relação econômica é a fonte da relação jurídica. De maneira que há uma evidente afirmação do caráter derivado do direito, e de sua específica determinação pelo processo de trocas mercantis. É, portanto, a esfera da circulação das mercadorias que produz as diversas figuras do Direito, como uma decorrência necessária de seu próprio movimento. A relação jurídica é apresentada com o outro lado da relação entre os produtos de trabalho tornados mercadorias, e com isso, *mutatis mutandis*, da mesma forma que a sociedade capitalista se apresenta como uma imensa acumulação de mercadorias, ele também se constitui em uma cadeia ininterrupta de relações jurídicas. Desse modo, a relação jurídica apresenta-se como a célula central do tecido jurídico e é unicamente nele que o direito realiza o seu movimento real. O direito é, assim, a forma que reproduz equivalência, essa é a idéia puramente jurídica.

10 – Se Pachukanis tentou aproximar a forma do Direito da forma da mercadoria, deixando de lado a figura da relação jurídica, como forma natural e eterna de qualquer relação humana, ignorou por sua vez que ela tem uma função instrumental de poder. Para a Teoria Marxista e também para as sociedades em geral, e não só as marxistas, esforça-se o estudioso em penetrar nas formas sociais para reconduzir todas as relações sociais ao próprio homem – e isso deve ser feito em primeiro plano. A questão a ser formulada de como as questões sociais se transformam em relações jurídicas não foi explorado por Pachukanis e não foi capaz de compreender que o momento mais sensível da revolução russa era o da necessidade de se formular um conteúdo que deve revestir determinada forma, precisamente a forma jurídica. Com as transformações operadas na União Soviética dos anos 30, com a progressiva consolidação do domínio stalinista, surgem mudanças na economia do país que redundaram na reprodução de uma forma específica de capitalismo, o capitalismo do Estado, exigindo o reforço das relações políticas. Choca-se, então, a teoria de Pachukanis, de modo frontal, com a nova orientação política e teórica. Após ser forçado a fazer várias autocríticas, termina executado em janeiro de 1937.

11 – Em consideração à concepção segundo a qual as relações sociais devem ser objeto de regulamentação própria e autônoma, inspirada em ramo do direito que não se regula relações trabalhistas, e na tentativa de reduzir os sistemas contrapostos (capitalista e socialista) e um sistema superior e unicompreensivo, a partir de experiência histórico-jurídico-socialista é que resulta a obra conciliadora de Wolter, já nos anos 70. Numa época em que a demarcação do mundo oscilava entre o iluminístico de igualdade formal com a utopia de igualdade material surge a tentativa teórica de Wolter de compor o núcleo dos princípios fundamentais no Código Civil. O trabalho de Wolter é fruto da generalização típica, mas não exclusiva da legislação socialista. A premissa básica é: o princípio da unitariedade do direito civil regula não somente as relações entre as pessoas físicas e entre pessoas físicas e entes de economia socializada, mas também as relações entre os entes de economia socializada, ou seja, o que é interno do setor socializado. As normas que não indicam a quem se referem devem ser aplicadas em geral a todos os sujeitos das relações de direito civil, assim como aos entes da economia socializada, a menos que não sejam reclamos elementares psicofísicos do homem, como a saúde, por exemplo, ou sejam previstos em distorções específicas.

12 – Contrariamente a Pachukanis, Wolter escolhe a relação jurídica como categoria fundamental, como ocorre no direito burguês. Com isso, o direito civil sugere um respeito à figura-chave do direito subjetivo e do seu

correspondente dever jurídico, sem se esquecer de se preferir sempre essas figuras enquanto forem idôneas a exprimir a correlação das situações subjetivas e as exigências da solidariedade e da sociedade que são influentes também sobre as relações interindividuais. A escolha então não é somente técnica, mas compreensível. Superada, também se ainda largamente utilizada, a definição tautológica de relação jurídico-civil como qualquer relação reconhecida assim por uma disposição civil, ao analisar a natureza da noção que se individualiza nos diversos perfis. Do ponto de vista estrutural é a relação entre pessoa ou entre entes organizativos que a norma reconhece como sujeitos de direito, nos quais vemos assumir os poderes e os deveres que resultam de lei e a cuja realização vem garantida pelo Estado. Mas a utilização do sujeito no papel do ponto de referência, a falta de utilização do conceito de situação jurídica e a concepção excessivamente legalista e estatista não disponível em se conhecer e distinguir a juridicidade da relação na mesma relevância jurídica do mesmo induz a exprimir numerosa reserva sobre os fundamentos da definição. Esta é oportunamente ampliada para o perfil funcional e normativo que a relação exprime (a distribuição dos poderes e deveres), de modo que os sujeitos expressem a distribuição dos poderes e dos deveres, em que modo os sujeitos que tomam parte possam ou devam comportar-se, e o conteúdo normativo das situações subjetivas complexas entre os quais se instaura a relação. Se na acepção leninista, a relação é relação ideológica, e portanto social, primeira a formar-se e que passe através da consciência dos homens, faz parte assim da superestrutura, e como tal, emerge de base econômica sobre a qual, a sua volta tudo influi.

13 – O objeto da relação seria então o comportamento do homem, seja aquele sobre o qual o seu comportamento se refere, seja aquele com outros entes. Expressando a relação social, mas de nenhuma forma sendo reflexo do econômico. Para o direito civil – e não só o socialista – o direito subjetivo é a categoria-chave sobre a qual se baseiam os institutos individualmente considerados. A tal ponto de se dizer que a característica que diferenciava os diversos tipos de relações não podem residir nos poderes individualmente considerados, mas propriamente no seu conjunto funcional, isto é, no direito subjetivo. O ecletismo profundo na determinação da acepção do direito subjetivo, tolerando ora a teoria voluntarista ora a teoria teleológica, gera uma nítida aversão para o jusnaturalismo tradicional e ao jurismo kelseniano e uma limitada abertura para a interpretação funcional negadora da categoria. Deste modo, a mesma concepção feita pela própria literatura socialista, do direito subjetivo como “esfera” reconhecida e tutelada pela norma jurídica e resultante da relação jurídica, que circunscreve a possibilidade de ter um

certo comportamento, perde de novidade e de clareza no momento em que afirma que o elemento da vontade se vincula ao direito subjetivo e dele constitui, de um certo modo, o seu pressuposto, que isso se baseia sobre a vontade, determinada das relações de produção, a classe dominante expressa em atos psíquicos de vontade de que é chamado a legislar.

CONCLUSÕES

I

A concepção soviética do direito exigiu o redimensionamento das categorias jurídicas de que se valiam os juristas anteriormente à Revolução de outubro de 1917. Nos primórdios da revolução prevaleceu o pensamento leninista de que relação jurídica é relação ideológica e, portanto, social, primeiro a formar-se e que passa através da consciência dos homens, fazendo parte assim da superestrutura e como tal, emerge da base econômica sobre a qual, tudo a sua volta influi. Por conta disso, a concepção marxista dominante criticava o conteúdo de classe do direito e adotava as categorias fundamentais do Direito. Pachukanis provoca uma revolução nos estudos e considera a forma jurídica não mais que a partir de formas econômicas, especialmente as de troca de mercadorias. Com isso, as formas jurídicas não teriam qualquer sentido se operadas a partir da versão burguesa da Teoria Geral do Direito. Assim, ele revelou o profundo nexo existente entre a crítica de Marx à Economia Política, existente na obra “O Capital” e a crítica do Direito. Nega ele a possibilidade de se destituir um “direito socialista” assentado nas formas tradicionais do direito burguês. Sua tese teve ampla aceitação e soçobrou apenas porque a consolidação do governo de Stalin exigiu a reprodução de fórmulas específicas do capitalismo que atingia as manifestações do “capitalismo” no Estado soviético. Houve choque entre a concepção de Pachukanis e o governo de Stalin. O choque era teórico e prático. Após ter sido forçado a fazer várias autocríticas, termina executado em janeiro de 1937.

II

Na obra de Aleksander Wolter as categorias fundamentais do Direito são amplamente verificadas, ao ponto de se sobrepor à farta literatura jurídica soviética e dos demais países socialistas. As noções de ato jurídico, direito subjetivo e relação jurídica, assim como outras mais, continuam a ser utilizados, embora sujeitos a outra realidade objetiva. A noção básica de direito subjetivo

como poder concreto dirigido à prestação constitui tema comum na literatura socialista e na família romano-germânica. Com Wolter, a tradição jurídica romana se compagina com o Direito socialista e sua obra considerada a mais significativa do mundo socialista indicava, de forma mais inteligente e técnica o paralelismo entre as famílias jurídicas e a grandeza do Direito socialista polônês, no qual ainda hoje, nas universidades ocidentais, a obra continua viva e considerada após uma década do fim do socialismo na Polônia.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDROV, G. e Talhii. **Teoria del estado y del derecho**. 2ª. Ed. México: Grijalbo, 1966;
- CZACHÓRSKI, Witold. **Il diritto delle obbligazioni socialista polacco**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 1980;
- HART, Herbert L. A. **Il concetto di Diritto**. Tradução de Mario Cattaneo. Turim: Einandi, 1965;
- HOHFELD, Wesley N. **Concetti giuridici fondamentali**. Tradução de Mario Losano. Turim: Einaudi, 1969;
- IOFFE, O. S. **Derecho Civil Soviético**. Tradução de Miguel Leubán. México: Imprensa Universitaria, 1960;
- KOUKOUNOV, N. M. **Cours de Théorie Générale du Droit**. Paris: V. Giard & E. Birère, 1903;
- LOWY, Michael. **Método Dialético e Teoria Política**, 4ª. edição, tradução de Reginaldo di Pietro. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989;
- MIAILLE, Michel. **Uma Introdução Crítica ao Direito**, tradução de Ana Prata. Lisboa: Moraes, 1979;
- NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e Direito**. São Paulo: Boitempo, 2000;
- PACHUKANIS, Eugeny Brosislanovich. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Tradução de Paulo de Bessa Antunes. Rio de Janeiro: Renovar, 1989;
- PERLINGIERI, Pietro. **Scuole, tendenze e metodi**. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988;
- STUCKA, Petr. **La funzione rivoluzionaria del diritto e dello stato**. Tradução de Humberto Cerroni. Turim: Einaudi, 1967;
- WOLTER, Aleksander. **Diritto Civile Polacco Parte Generale**. Tradução de Celeste Zawadzka, Loris Lonardo e Tomasz Giaro. Nápoles: Jovene Editore, 1976.

PERCEPÇÃO CIENTÍFICA DO DIREITO

**Reis Friede (*) - Desembargador Federal do TRF da 2ª
Região**

Não obstante a tese segundo a qual o *Direito* se constitui em efetivo *ramo científico* ter sido negligenciada no passado por expressiva parcela de estudiosos, na atualidade contemporânea é, no mínimo, majoritária a posição doutrinária que entende o *Direito* como autêntica e genuína *Ciência Autônoma*.

Ainda que se possa discutir se o *Direito* constitui-se na própria *ciência*, em sua descrição conceitual, ou, ao contrário, restringe-se apenas ao *objeto de uma ciência* (a chamada *Ciência do Direito*), a verdade é que, no presente momento evolutivo, poucos são os autores que ousam desafiar a visão dominante do *Direito como ciência* e suas principais conseqüências, especialmente após o advento – e, sobretudo, a leitura técnica – da notável obra de HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, em que o autor logrou demonstrar, na qualidade de mentor do racionalismo dogmático (normativismo jurídico), a *pureza jurídica* do *Direito* em seu aspecto tipicamente científico.

Mesmo assim, entre nós ainda existem aqueles que simplesmente defendem o ponto de vista do *Direito* como uma *forma não-científica*, desafiando não só o caminho lógico-evolutivo do estudo do *Direito*, mas, particularmente, a acepção mais precisa (e correta) do vocábulo *ciência*.

“(...)não é rigorosamente científico denominar o Direito de ciência. (...). As pretensas ciências sociais, com ranço comtiano, onde se costuma incluir o Direito (...) não oferecem princípios de validade universal que lhes justifiquem a terminologia (...)”.

(PAULINO JACQUES in *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*, ps. 10/11)

(*) Reis Friede, Catedrático, ex-Membro do Ministério Público, Mestre e Doutor em Direito, Professor-Coordenador da Escola de Pós-Graduação em Direito da UniverCidade e Professor-Coordenador dos Cursos de Graduação em Direito da UniverCidade – Campus Centro e autor de inúmeras obras jurídicas, dentre as quais “*Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica*”, 4ª edição, Forense Universitária, 2001, RJ (189 ps.) e “*Vícios de Capacidade Subjetiva do Julgador: Do Impedimento e da Suspeição do Magistrado nos Processos Civil, Penal e Trabalhista*”, 3ª edição, Forense, 2001, RJ (469 ps.).

“O Direito não é ciência, mas arte; como também ramo da moral”
(GENY in *Science et Technique en Droit Privé Positif*, 2a. édition,
Tome I, Paris, 1927, ps.69/71 e 89)

*“As regras do Direito são preceitos artísticos, normas para fins
práticos, determinações ordens, que se impõem à vontade. Não
se confundem com as afirmações científicas, que se dirigem à
inteligência.”* (PEDRO LESSA in *Estudos de Philosophia do Direito*,
Rio, 1912, p.46)

1. CONCEITO DE CIÊNCIA

A questão central, nesse contexto de atuação, ao que tudo indica, parece ser, sob o prisma de sua própria especificidade, os múltiplos e variáveis conceitos de *ciência*, bem como, as possíveis e diferentes traduções do vocábulo em epígrafe.

Nesse sentido, resta oportuna a lição de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. (in *Direito, Retórica e Comunicação*, Saraiva, SP, 1973, ps. 159/160) para quem “a expressão *ciência* não é unívoca; não obstante de com ela se pretender designar um tipo específico de conhecimento, não há um critério único e uniforme que determine sua extensão, natureza e caracteres, devido ao fato de que os vários critérios têm fundamentos filosóficos que extravasam a prática científica.”

De qualquer sorte, o que caracteriza a *ciência*, na acepção atual, não pode ser, em nenhuma hipótese, como deseja PAULINO JACQUES, uma pretensa e utópica *validade universal de seus princípios*, independentemente de meridianos e paralelos, uma vez que, de forma absolutamente diversa, a noção contemporânea de *ciência* reside no *escopo próprio de sua atuação*, ou seja, na *busca, constante e permanente, pela verdade* (ou, ainda, em outras palavras, na *perene explicação evolutiva dos diversos fenômenos naturais e sociais*).

(Nesse contexto, por força do raciocínio binário, é lícito, inclusive, consignar o conceito antagônico à ciência que se traduz modernamente pela crença. Enquanto a ciência, reconhecendo que não possui a verdade, objetiva, de forma constante e permanente, encontrá-la (através da busca incessante da explicação verdadeira dos fenômenos fáticos (de valoração objetiva e subjetiva) e de suas conseqüentes ocorrências no mundo real e cultural), a crença, por sua vez, ciente de que já possui a verdade (ou seja, a correta explicação para os fenômenos fáticos do mundo real), simplesmente impõe a sua explicação (interpretação), como única e insuperável tradução da realidade, permitindo, neste sentido, a concepção básica da denominada fé (que é sempre imposta), como fator último a impedir o próprio desenvolvimento da crença.

Não é por outra razão, inclusive, que a essência da fé (na qualidade de fator basilar da crença) se traduz pelo “acreditar em algo que não pode ser provado”, tornando, por

efeito, toda crença (como, por exemplo, a religião) igualmente válida (não permitindo, conseqüentemente, padrões de comparação qualitativa) e determinante sob a ótica de sua própria abrangência.)

Em essência, - é oportuno ressaltar -, inexistente, de forma insofismável, a efetiva possibilidade de se ter *fato gerando normas de validade sinérgica*, acima de qualquer possibilidade de contestação no espectro temporal-evolutivo.

Muito pelo contrário, o que a ciência realiza, no âmbito de sua atuação, é exatamente *conceber*, caracterizando e criando através de interpretações próprias (porém, com necessário escopo de generalização), a melhor explicação de um dado fenômeno particular (natural ou social), em um considerado momento histórico em que aspectos culturais, geográficos, organizacionais, etc, necessariamente possuem sua esfera - maior ou menor - de influência.

(Assim é que nos primórdios da Física, a melhor explicação científica para o fenômeno da queda de um objeto em direção ao chão não passava pela atual e complexa teoria da gravitação universal, preferindo os “cientistas” da época, por ausência de melhor interpretação, entenderem o fato (na qualidade de efetivo acontecimento no mundo real) através da singela concepção da existência de uma pretensa “mão invisível” que simplesmente empurrava todo e qualquer objeto em direção ao solo.

Mas mesmo com todo o desenvolvimento da Ciência da Física, o homem ainda não foi capaz de explicar, de forma inequívoca, dentro de seu contexto de juízo de realidade, dotado de valoração objetiva, o simples fato da queda de um objeto em direção ao chão, considerando, sobretudo, que a vigente lei da gravidade (corolário da teoria da gravitação universal) parte de um princípio básico de suposta validade universal, mas amplamente contestável, que poderia ser resumido, não obstante algumas complexidades que deixaremos ao largo, da seguinte maneira: um corpo de massa menor é sempre atraído em direção ao corpo de massa maior, determinando, em conseqüência, que qualquer objeto (de massa relativa desprezível) simplesmente “caia” em direção ao centro do planeta (que possui massa infinitas vezes maior), sendo contido apenas pelo obstáculo natural que é exatamente a sua superfície (ou seja, o chão).

Como o pressuposto básico da atração gravitacional como concebida na atualidade contemporânea, pressupõe a existência de corpos com massa, a Física de hoje simplesmente não é capaz de explicar a descomunal atração gravitacional que exerce os chamados “buracos negros”, na qualidade de corpos celestes desprovidos de matéria, e, por conseqüência, de massa, na concepção clássica de “massa branca”).

A concepção básica de Ciência (incluindo seu conceito específico), por efeito conseqüente, não pode considerar a existência de incontestes e permanentes *princípios de validade universal*, tendo em vista que a validade intrínseca dos princípios e pressupostos científicos são sempre mutáveis no tempo e no espaço, em decorrência da própria e necessária evolução dos conceitos científicos.

(É evidente que os denominados Princípios Gerais do Direito não são universais ou mesmo permanentes (até porque, os fenômenos sociais que os instruem são nitidamente mais complexos que os fenômenos naturais, objetos de outras ciências) muito embora, no mundo atual de notável capacidade de comunicação e intercâmbio, essa realidade tenda naturalmente a um ponto de aproximação semelhante a pretensa universalização de concepções tipicamente estudados pela Física, Química, Astronomia etc. O próprio conceito axiológico de justiça, como valor intrínseco do Direito, é conveniente ressaltar, vem sendo, de modo perceptível, permanentemente universalizado, não obstante as diversas culturas e os diferentes estágios evolutivos das várias sociedades em convivência temporal comum.

Por outro lado, é também importante consignar que as ciências dotadas de juízo de valor (valoração subjetiva), como o Direito, são inerentes ao denominado mundo cultural, em que as preocupações valorativas possuem incontestável natureza subjetiva.)

Por efeito conseqüente, a ciência não pode, sob pena de sublime subversão lógico-conceitual, ser encarada como algo que se traduz por uma verdade absoluta, mas, ao contrário, necessariamente deve ser entendida como algo que busca, de forma constante e permanente, a verdade (em sua acepção plena), aproximando-se cada vez mais da mesma, porém sem nunca poder atingi-la, ou mesmo tangenciá-la com plena segurança.

(É exatamente neste sentido que alguns autores observam a existência, em matéria científica, das denominadas “verdades relativas”, ou, em outras palavras, “verdades” com validade limitada ou restrita, no tempo e no espaço, a uma dada e/ou considerada situação fática.

Por outro prisma, como o objeto das ciências sociais (culturais) é mais complexo do que o das ciências naturais, considerando, neste contexto analítico, não só a célebre afirmação de WILHELM DILTHEY (*Introduction a l'étude des Sciences Humaines*, Paris, 1942) de que “a natureza se explica, enquanto que a cultura se compreende” mas, sobretudo, a constatação inequívoca de que o fato social abrange relações múltiplas (mecânicas, físicas, químicas, biológicas, etc.), deduz-se, sem muito esforço, que a sua mobilidade é muito maior que a relativa às ciências naturais, gerando uma falsa impressão de que suas conclusões interpretativas são menos válidas ou mesmo desprovidas de qualquer grau de cientificidade.

A verdade, entretanto, é que ambas as ciências (naturais e sociais (culturais)) são, por definição, inexatas (pois buscam, de forma constante e permanente, as suas respectivas verdades interpretativas), diferenciando-se apenas no foco de associação dos fenômenos e, em conseqüência, no lapso temporal associado que, no caso das ciências naturais (por se tratar de fenômenos de menor complexidade relacional), são mais longos, originando uma primeira (e equivocada) impressão de que não são variáveis e, portanto, traduzem uma realidade fixa e exata.)

1.1. CLASSIFICAÇÃO BINÁRIA DAS CIÊNCIAS

Se é plenamente correto afirmar que as *ciências*, de modo geral, não se traduzem em *verdades absolutas* (ou, sob outra ótica, em princípios imutáveis e intangíveis de validade permanente e universal), mas apenas e limitadamente na busca incansável por estas mesmas *verdades* (no sentido da explicação correta e absoluta para cada fenômeno natural ou social (cultural)), não menos acertada constitui a afirmação segundo a qual o *raciocínio binário humano* se constitui no principal fator limitante do próprio desenvolvimento científico.

(Sob uma ótica puramente matemática, neste sentido, seria até mesmo lícito afirmar que o raciocínio binário corresponde, como uma sinérgica limitação humana, a uma progressão geométrica de razão igual a dois. Em essência, o número a índice n, último numeral da progressão, corresponderia ao infinito, demonstrando, claramente, a efetiva possibilidade humana de desenvolvimento. Porém, a velocidade deste mesmo desenvolvimento, correspondente à razão q da progressão, seria o menor possível, ou seja dois, equivalente numeral ao raciocínio binário).

Como a contingência de superação da *limitação binária* tem se mostrado, nos inúmeros séculos de desenvolvimento da humanidade, tarefa impossível de ser concretizada, restou, de forma inexorável, ao gênero humano conceber e adaptar todos os modelos de desenvolvimento científico a esta forma única e exclusiva de pensar.

Por efeito conseqüente, todas as *classificações* de cunho científico forçosamente tiveram de se adaptar, e efetivamente se adaptaram, à imposição do *binarismo*, inclusive, sob esta ótica, a própria *classificação das ciências* em seu sentido amplo.

Nesse contexto, as *ciências*, quanto ao seu objeto, passaram, de maneira amplamente majoritária, a ser classificadas em dois principais grupos: as denominadas *ciências da natureza* (cujo foco de observação são fenômenos *naturais*) e as chamadas *ciências da sociedade* (cujo foco de observação cinge-se a fenômenos *sociais* e *culturais*). As *ciências naturais*, por sua vez, passaram a admitir uma subdivisão peculiar em *ciências do macrocosmos* (cujo foco de observação são fenômenos naturais externos aos seres vivos) e em *ciências do microcosmos* (cujo foco de observação são fenômenos naturais internos aos seres vivos), ao passo que as *ciências sociais*, por seu turno, passaram a acolher a subdivisão em *ciências não-hermenêuticas* (ou não-comportamentais) e em *ciências hermenêuticas* (ou comportamentais).

No primeiro grupo (ciências naturais do macrocosmos), encontramos a *Física*, a *Química*, a *Astronomia* etc.; no segundo grupo (ciências naturais do microcosmos), nos deparamos com a *Medicina*, a *Biologia*, etc.; no terceiro grupo (ciências sociais não-hermenêuticas) achamos a *Sociologia*, a

Antropologia, etc.; e, finalmente, no quarto grupo (ciências sociais hermenêuticas), encontramos o *Direito*.

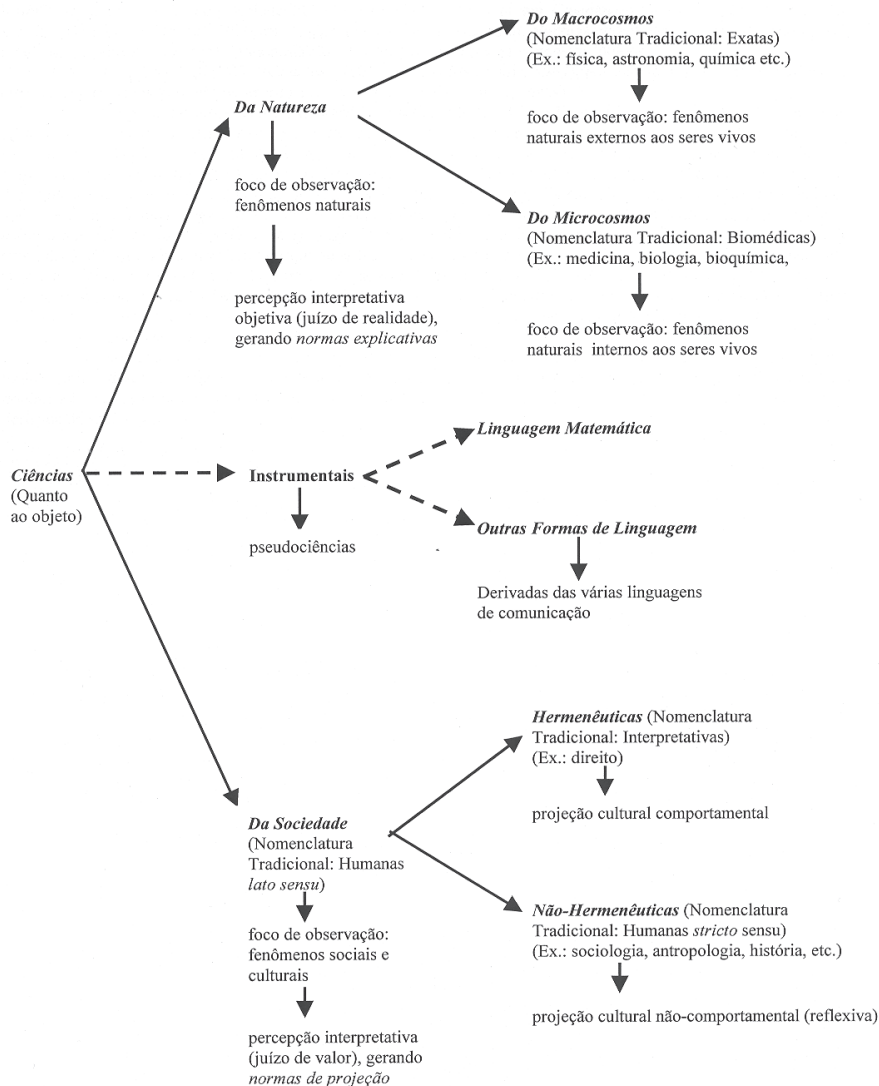
(É importante esclarecer que a nomenclatura usual designativa dos diversos tipos de ciência não guarda o necessário rigor terminológico que deve, em última análise, traduzir as características intrínsecas de cada modalidade científica. Assim, seria absurdo supor a existência de uma pretensa ciência exata, considerando o próprio conceito contemporâneo de ciência que se coaduna, de modo geral, com a “busca da verdade”.

De igual forma, sem qualquer precisão designativa, apresenta-se a expressão ciência humana, posto que toda ciência é um produto humano de valoração intrínseca a um fato, concebendo uma regra explicativa (norma), associada, por seu turno, a um juízo de realidade ou a um juízo de valor.

Ainda assim, é forçoso reconhecer que não há como afastar, de modo definitivo, estas nomenclaturas tradicionais (porém, atécnicas), devendo pois, os estudiosos do tema (e demais interessados) procurar conviver com tais expressões, através de uma “virtual tradução” de seus verdadeiros (e respectivos) sentidos designativos.)

Muito embora os menos avisados possam questionar onde estaria, neste espectro classificatório, posicionada a *Matemática*, a verdade é que esta pseudociência, por não possuir o escopo próprio de atuação das *ciências* (ou seja, a valoração intrínseca (e interpretativa) de um fato (natural ou social), concebendo uma *norma explicativa* (inerente ao *mundo real*) ou de *projeção* (inerente ao *mundo cultural*)), melhor se encontra classificada como genuína *linguagem científica* ou, como preferem alguns, *efetiva ciência instrumental*.

DIAGRAMA 1: CLASSIFICAÇÃO DAS CIÊNCIAS (QUANTO AO OBJETO DE OBSERVAÇÃO)



1.1.1. OUTRAS CLASSIFICAÇÕES RELATIVAS ÀS CIÊNCIAS

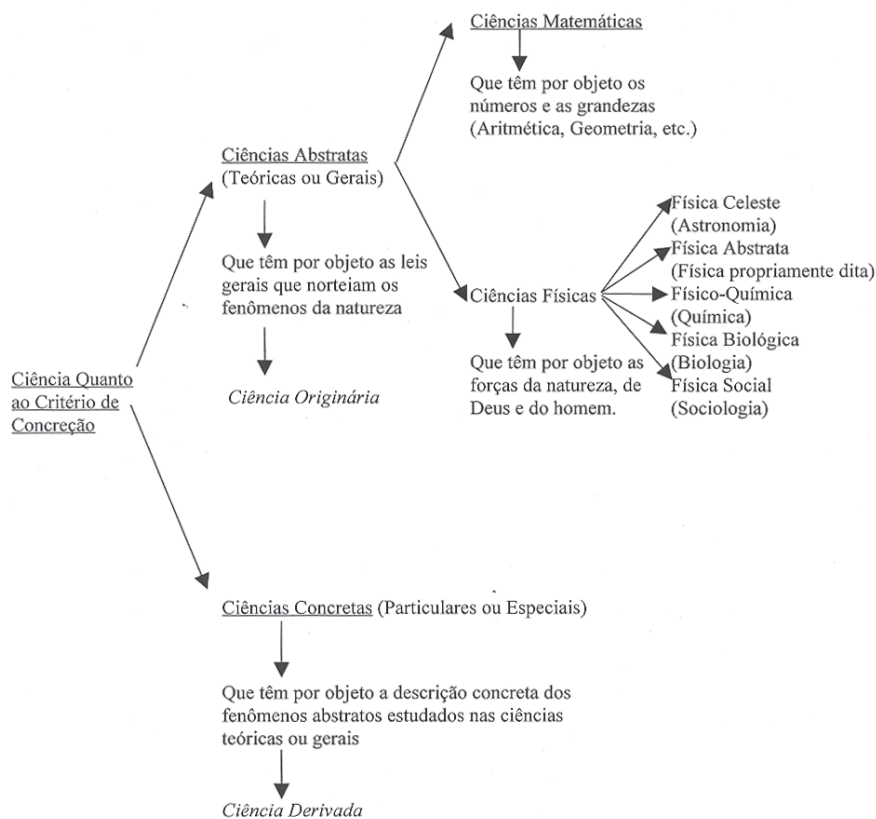
Não obstante a consagrada classificação *binária das ciências*, resta oportuno consignar que, no espectro histórico-evolutivo, como bem leciona MARIA HELENA DINIZ em seu *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito* (12ª ed., Saraiva, SP, 2000, ps. 22-26), muitos autores ensaiaram algumas classificações, hoje, de modo geral, reputadas primitivas (e, portanto, ultrapassadas), que partem de outros pressupostos lógicos.

AUGUSTO COMTE, (*Cour de Philosophie Positive*, Paris, 1949), por exemplo, optou por classificar as ciências em *abstratas* (teóricas ou gerais) e *concretas* (particulares ou especiais).

No primeiro grupo comtiano, como bem salienta MARIA HELENA DINIZ (ob. cit., p. 23), estariam as ciências que estudam as leis gerais que norteiam os fenômenos da natureza, sendo-lhes aplicável os critérios da *dependência dogmática* (que consiste em agrupar as ciências, de modo que cada uma delas se baseie na antecedente, preparando a conseqüente), da *sucessão histórica* (que indica a ordem cronológica de formação das ciências, partindo das mais antigas às mais recentes) e de *generalidade decrescente* e *complexidade crescente* (que procede partindo da mais geral para a menos geral e da menos complexa para a mais complexa), compreendendo, neste particular, a *matemática* (ciência dos números e da grandeza, a mais simples e universal, posto que só se refere às relações de quantidade, embora seja a mais geral porque se estende a todos os fenômenos), a *astronomia* (física celeste ou mecânica universal, ciência que estuda as massas materiais que existem no universo), a *física* (ciência que se ocupa dos fenômenos físicos, ou seja das forças da natureza), a *química* (físico-química, ciência que tem por objeto a constituição dos corpos particulares), a *biologia* (física-biológica, ciência que estuda os corpos complexos que se apresentam com vida) e a *sociologia* (físico social, ciência das relações sociais que se dedica a acompanhar a vida social do homem).

No segundo grupo desta classificação, por seu turno, encontrariam-se as *ciências derivadas* em que a tônica seria a descrição concreta dos fenômenos abstratos estudados nas ciências teóricas ou gerais. Desta feita, a *botânica* e a *zoologia* seriam ciências concretas derivadas da *biologia*, ao passo que o *Direito* seria uma ciência concreta derivada da *sociologia*.

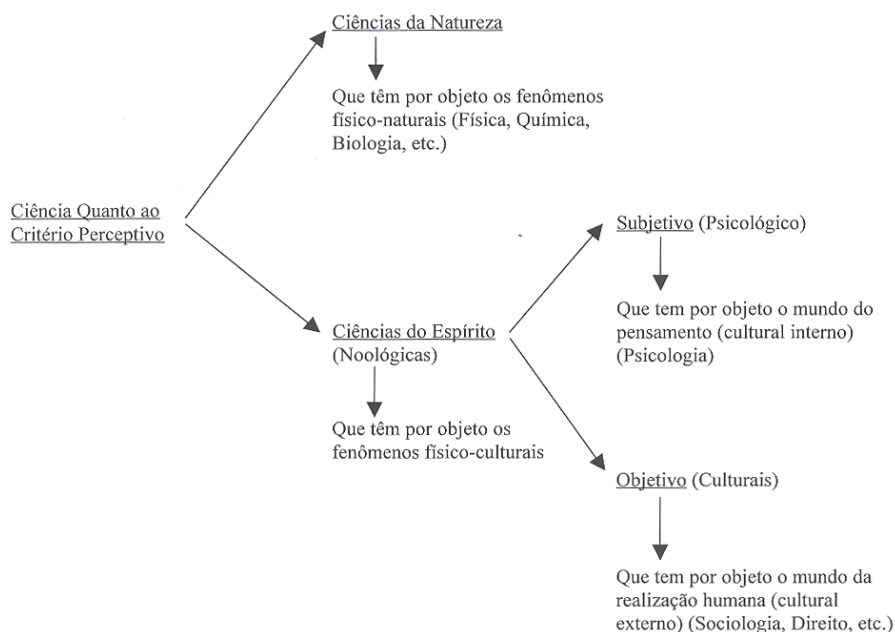
DIAGRAMA 2: CLASSIFICAÇÃO DAS CIÊNCIAS SEGUNDO AUGUSTO COMTE



WILHEM DILTHEY (Introduction a L'etude des Sciences Humaines, Paris, 1942), inspirado, como bem lembra MARIA HELENA DINIZ (ob. cit., p. 24), na classificação de ciência de AMPÈRE, optou, por sua vez, em distinguir *ciências da natureza* (que se ocupam dos fenômenos físico-naturais, empregando o método da explicação fática) e *ciências do espírito* (ciências noológicas ou culturais na nomenclatura de RICKERT), estas subdivididas em *ciências do espírito subjetivo* (psicológicos, que têm por objeto o mundo pensamento) e em *ciências do espírito objetivo* (culturais, que descrevem e analisam a realidade histórica e social como produto das ações humanas).

Nesse contexto classificatório, encontraríamos na primeira divisão a *física*, a *química*, a *biologia*, etc., ao passo que, na segunda divisão, a *psicologia* (espírito subjetivo) e a *sociologia* e o *direito* (espírito objetivo), entre outras.

DIAGRAMA 3: CLASSIFICAÇÃO DAS CIÊNCIAS SEGUNDO WILHEM DILTHEY (E AMPÈRE)

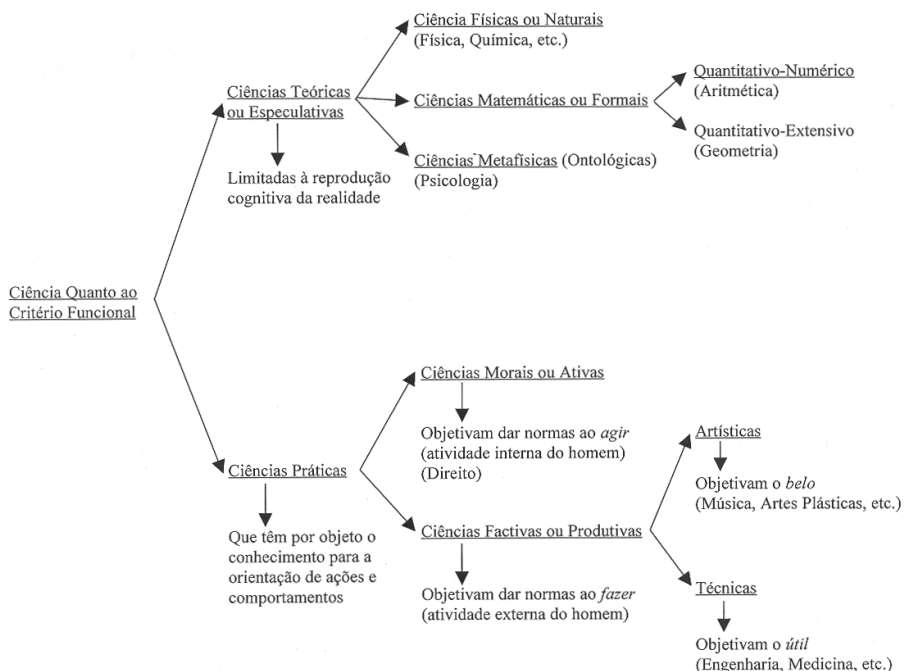


ARISTÓTELES, baseando-se no critério ficcional, por seu turno, preferiu dividir as ciências em *teórica ou especulativa* (limitadas à reprodução cognitiva da realidade), e *práticas* (que tem por objeto o conhecimento para a orientação de ações e comportamentos).

Dentre as *ciências teóricas*, distinguiu-se, conforme o grau de abstração inerente a cada uma delas, as *ciências físicas ou naturais* (incluindo a percepção da natureza originária (realidade natural) e da natureza transformada pelo homem (realidade cultural)), as *ciências matemáticas ou formais* (atinentes ao mundo quantitativo numérico (aritmética) e extensivo (geometria)) e as *ciências metafísicas* (ontológicas, relativas ao ser enquanto ser, ocupando-se com noções de causa e efeito).

Já no grupo das *ciências práticas*, existiriam as *ciências morais ou ativas* que objetivam dar normas ao *agir*, procurando dirigir a *atividade interna* e pessoal do homem, buscando atingir o *bem comum*) – onde estaria inserido o *Direito* –, e as *ciências factivas e produtivas* (que visam dar normas ao *fazer*, procurando dirigir a *atividade externa* e pessoal do homem, buscando atingir o *belo* (ciências artísticas) ou o *útil* (ciências técnicas)).

DIAGRAMA 4: CLASSIFICAÇÃO DAS CIÊNCIAS SEGUNDO ARISTÓTELES



De qualquer sorte, - e independentemente de outras considerações -, vale frisar que, sob uma certa ótica, todas essas diferentes classificações também atendem, a exemplo da doutrina mais contemporânea a propósito do tema, a uma concepção *binária*, ainda que, de modo inevitável, restrita, por sua vez, a uma percepção menos desenvolvida (avançada) do fenômeno epistemológico em seu sentido amplo.

1.2. NORMAS DA NATUREZA (JUÍZO DE REALIDADE) E NORMAS DA CULTURA (JUÍZO DE VALOR)

A moderna concepção *classificatória binária*, todavia, não pode ser plena e satisfatoriamente entendida, em sua *inteireza*, sem a necessária compreensão da origem última da própria *dicotomia intrínseca* que existe na distinção básica e fundamental entre as *ciências naturais* e *sociais* (culturais), na qualidade de incontestes *circunstâncias originárias* que se operam como verdadeiras *explicações lógico-distintivas*.

Essas inerentes características circunstanciais aludem, sobretudo, às diferentes *percepções normativas* que se deduzem a partir da observação dos mais diversos fenômenos naturais e sociais (culturais), o que torna, por via de consequência, o seu estudo indiscutivelmente fundamental para a perfeita compreensão do *Direito* como ciência social (cultural).

Desta feita, o primeiro passo, sob esta ótica analítica, é procurar estabelecer claramente a indubitável diferença entre as *regras derivadas da simples observação da natureza*, - que retratam a realidade perceptível do mundo como ele se apresenta (mundo do ser) -, produzindo os chamados "*juízos de realidade*", das *regras derivadas da percepção intelectual e criativa do homem*, - que, ao contrário, traduzem a *percepção axiológica* do ser social e criativo -, produzindo os denominados "*juízos de valor*".

(Conforme já mencionamos, a partir da observação de fatos da natureza, o homem descreve interpretativamente determinadas normas que retratam, através de uma percepção objetiva, a explicação lógica relativa aos fenômenos naturais, concebendo os chamados "juízos de realidade". Neste particular, é cediço deduzir que os corpos providos de massa "caem" (na verdade se dirigem ao centro do planeta), em função de uma construção normativa, cuja síntese conclusiva aponta para a explicação teórica da lei da gravitação universal (cujo corolário mais conhecido denomina-se lei da gravidade), da mesma maneira que os gases, quando submetidos ao calor, se dilatam, através de leis concebidas pelo homem por intermédio de uma valoração objetiva da realidade fática inerente ao denominado mundo do ser, em que a participação humana, embora tenha inegável caráter de percepção valorativa, é sempre dirigida objetivamente a explicação dos fenômenos inerentes ao mundo como ele de fato se apresenta, sem qualquer consideração subjetiva (juízo de valor propriamente considerado), posto que seu único

objetivo é extrair juízos perceptivos de realidade, criando normas físicas com o intuito de sedimentar (e desenvolver) os conhecimentos adquiridos.

A partir da observação dos fatos sociais, em virtual oposição, todavia, o homem descreve interpretativamente, determinadas normas que refletem, através de uma percepção subjetiva, não a explicação lógica inerente ao mundo natural, mas, ao contrário, a valoração efetiva derivada da realidade cultural em que se encontra inserido, produzindo normas de cultura (e não normas da natureza) derivadas de um juízo de valor (valoração subjetiva).

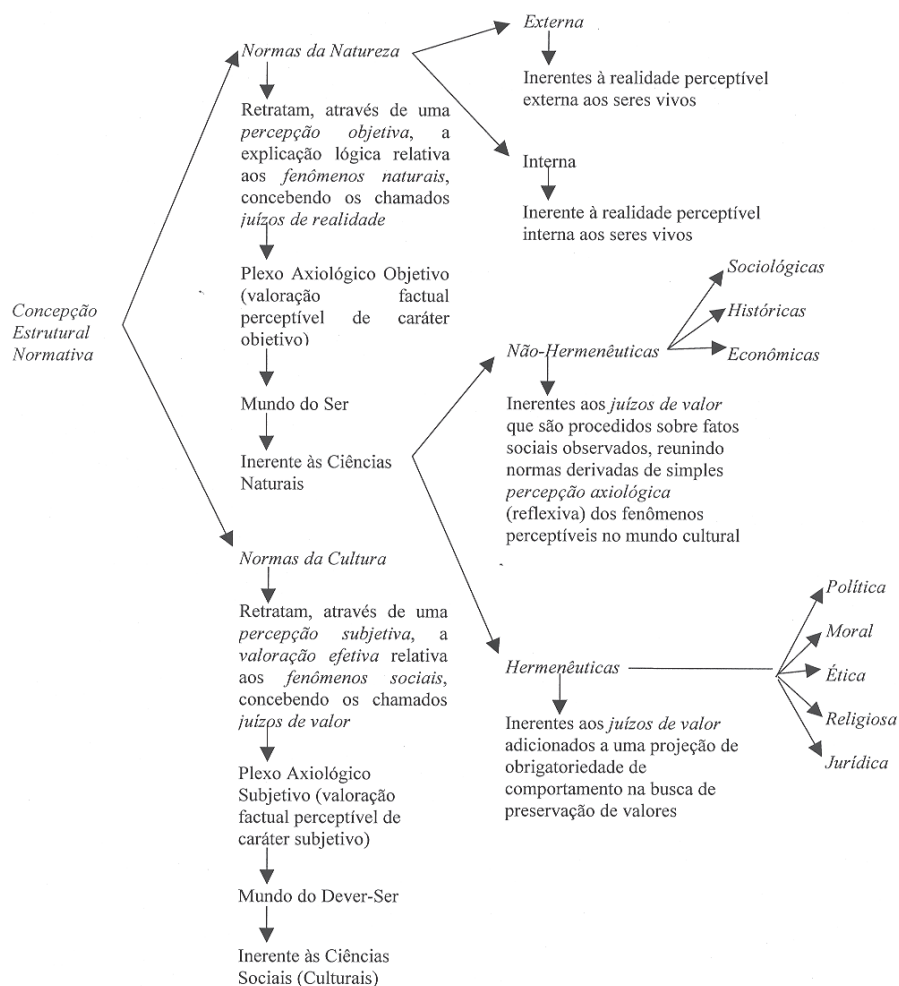
Neste especial, o homem, de forma diversa do juízo de realidade (onde também existe uma valoração perceptível, ainda que de caráter objetivo), não mais deseja construir normatizações inerentes ao mundo como ele é (mundo do ser), mas, ao contrário, procura traduzir valores próprios (subjetivos) que projetem alterações circunstanciais capazes de interferir com a realidade, concebendo um autêntico mundo derivado que corresponde aos vários objetivos pelos quais o homem analisa a realidade fática buscando, através dos vários juízos de valor, analisá-la e modificá-la.)

As normas da natureza, inerentes ao juízo de realidade (valoração factual perceptiva de caráter objetivo), como se pode facilmente deduzir, são estudados pelas chamadas ciências naturais, por intermédio de suas duas vertentes: macrocosmos (relativa aos aspectos factuais da realidade observável externa aos seres vivos) e microcosmos (relativa aos aspectos factuais da realidade observável interna aos seres vivos).

Já as normas da cultura, inerentes ao juízo de valor (valoração perceptível de caráter subjetivo), ao contrário, correspondem às denominadas ciências sociais (culturais) que se subdividem, por seu turno, em ciências não-hermenêuticas (em que os juízos de valor são procedidos sobre fatos sociais observados, reunindo, pois, normas derivadas de simples percepção axiológica e reflexiva dos fenômenos ocorridos no mundo cultural, tais como as normas sociológicas, históricas, econômicas, etc.) e em ciências hermenêuticas (em que os juízos de valor se adicionam a uma projeção de obrigatoriedade de comportamento na busca da preservação de valores e que, por esta razão, são necessariamente reinterpretadas hermeneuticamente).

Vale registrar, por oportuno, que outros autores também têm ensaiado outras classificações a respeito do tema, ainda que, de um modo geral, aludam, como não poderia deixar de ser, as inexoráveis diferenças entre as *normas da natureza* (derivadas do *juízo de realidade* e inerentes ao *mundo do ser*) e as *normas de cultura* (derivadas do *juízo de valor* e inerentes ao *mundo do dever-ser*). Nesse particular, resta, como ilustração, expressamente aludir à classificação de HERMES DE LIMA (Introdução à Ciência do Direito, 27ª ed., Freitas Bastos, RJ, 1983), que procurou estabelecer uma classificação, segundo a conduta humana, em *normas técnicas* (derivadas do *juízo de realidade* e inerentes ao *mundo do ser*) e em *normas éticas* (derivadas do *juízo de valor* e inerentes ao *mundo do dever-ser*).

DIAGRAMA 5: CONCEPÇÃO ESTRUTURAL NORMATIVA: NORMAS DA NATUREZA (JUÍZO DE REALIDADE) E NORMAS DA CULTURA (JUÍZO DE VALOR)



2. CLASSIFICAÇÃO DA CIÊNCIA DO DIREITO

Como o objeto precípua de nosso trabalho restringe-se ao estudo do Direito, mister que, a partir de um amplo quadro ilustrativo (já perfeitamente delineado), nos limitemos à *classificação do Direito*, objetivando, desta feita, extrair os importantes ensinamentos derivados desta percepção.

Neste diapasão, resta fundamental assinalar que, num espectro analítico mais adequado, a *Ciência do Direito* tem sido corretamente classificada como efetiva *ciência social*, de nítida feição *hermenêutica*, considerando, especialmente, não só possuir foco de observação em fenômenos sociais e culturais, mas, sobretudo, por desenvolver um sistema peculiar de *interpretação de fatos sociais e culturais* que não se limita, de nenhuma maneira, à simples *valoração intrínseca* dos mesmos, concebendo *norma* (fase legislativa), mas, ao contrário, permite ultrapassar a concepção fundamental interpretativa, *reprocessando a conclusão* (ou, em outras palavras, a própria norma) e concebendo, desta feita, uma *segunda norma* (de aplicação) no contexto de um sinérgico processo hermenêutico (fase judicial).

(A verdade é que o Direito, como ciência, possui, numa aproximação para fins didáticos, dois diferentes momentos interpretativos. O primeiro – comum a todas as ciências e que se processa através da tríade fato/valor/norma – caracteriza um processo tipicamente legislativo de criação da própria norma abstrata. O segundo – peculiar à chamada ciência jurídica – desenvolve um processo genuinamente judicial de aplicação efetiva da norma abstrata por meio da caracterização (através de um complexo hermenêutico de mecanismos de interpretação da norma jurídica) da norma concreta (ou efetiva).)

Todavia, não obstante a inerente complexidade do assim concebido processo hermenêutico, o Direito, sob o prisma classificatório, não pode se restringir (e de fato não se restringe) à simples designação de *ciência social hermenêutica*, posto que a denominada *ciência jurídica* também se caracteriza, de forma diversa das demais ciências, por ser uma ciência particular de *projeção comportamental* (ou, como preferem alguns autores, ciência de projeção de um mundo ideal (meta do dever-ser)) e por ser uma ciência inexoravelmente *axiológica* (valorativa).

(Sob a ótica axiológica, em particular, cumpre esclarecer que o Direito se exterioriza, no âmbito científico, através de um específico e complexo processo de valoração factual que inclui parcelas intrínsecas (notadamente a segurança das relações sócio-político-jurídicas e a busca da justiça (ou da decisão justa)), cuja ponderação se concretiza, de maneira diferenciada, por intermédio dos diversos ramos científicos do Direito. Assim, o Direito Processual, que, incontestavelmente, se constitui em uma inexorável unidade (como sempre defenderam os unitaristas (ou monistas), como HANS KELSEN), passou a ser dividido em Direito Processual Penal – no qual, no eventual confronto entre os valores axiológicos da justiça e da segurança, prepondera o valor da justiça (razão pela qual inexistente, por exemplo, prazo decadencial para o ajuizamento da competente ação

autônoma de impugnação (revisão criminal) contra sentença condenatória transitada em julgado) – e em Direito Processual Não-Penal (Direito Processual Patrimonial ou Civil lato sensu) – no qual, no mesmo confronto, prepondera o valor da segurança (razão pela qual há, no âmbito do processo civil, em situação análoga, prazo decadencial de dois anos para o ajuizamento da competente ação autônoma de impugnação (ação rescisória) contra sentença transitada em julgado na esfera cível).)

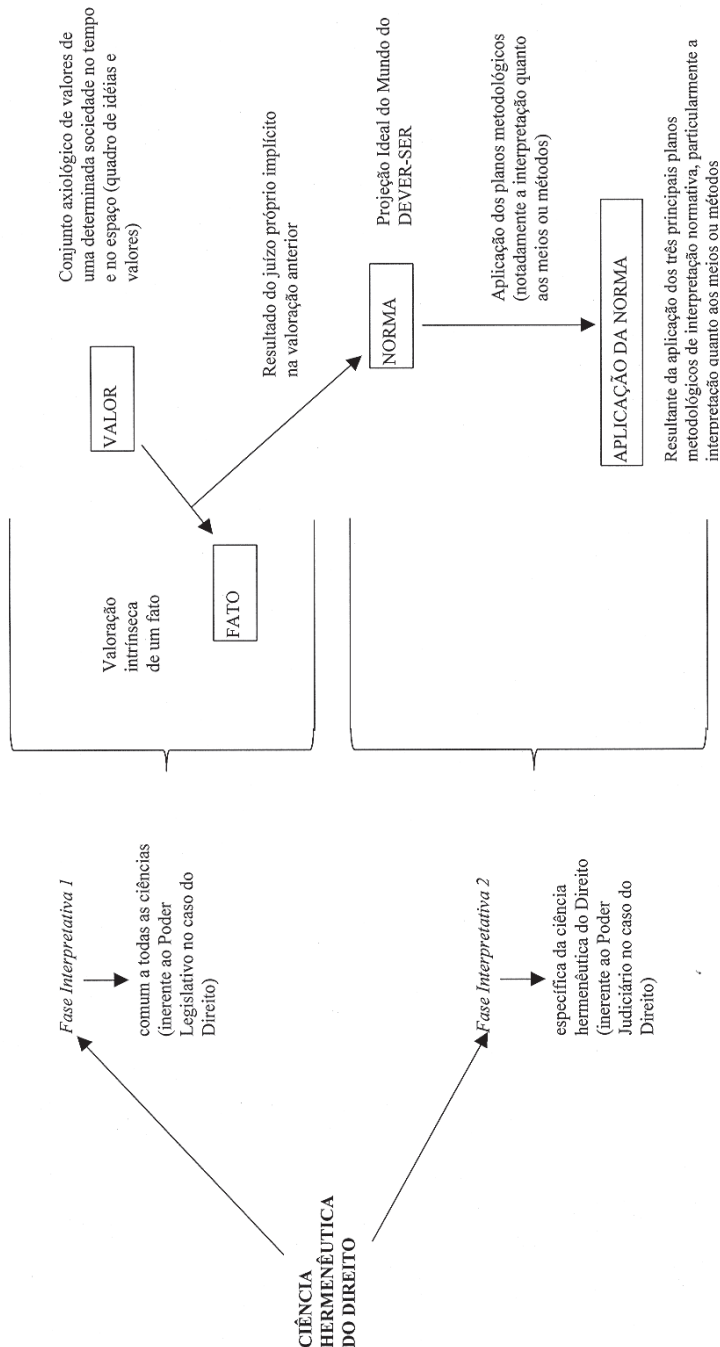
2.1. AXIOLOGIA JURÍDICA E PROJEÇÃO COMPORTAMENTAL DO DIREITO

Inegavelmente, as características *axiológicas* e de *projeção comportamental* (meta do dever-ser) do *Direito*, muito mais do que a própria *vertente hermenêutica*, foram responsáveis, por muitos anos (e mesmo séculos), pela grande dúvida no tocante ao específico posicionamento enciclopédico do *Direito*. Havia no passado remoto razoáveis dúvidas (e algumas com sobrevida mesmo no passado recente) a respeito dessas características particulares da *Ciência Jurídica*, notadamente no que alude à sua específica operacionalidade prática, forjando, em conseqüência, uma forte incompreensão quanto à efetiva possibilidade de se ter, no espectro classificatório, uma autêntica *ciência social* de projeção de um *mundo ideal*, a partir de premissas valorativas (de cunho nitidamente axiológico), inerentes a um quadro de *idéias* (com forte feição ideológica), presentes e decompostas no *mundo real*.

Entretanto, o que aparenta ter sido *dúvida* primaz no passado parece ter se transformado em incontestável certeza no presente, permitindo que o *Direito* – a par de toda a sorte de inegáveis especificidades – se posicione, com invejável segurança, na atualidade contemporânea, em um tipo particular de *ciência*, com características especiais (*hermenêutica*, *comportamental* (projeção de um mundo ideal (meta do dever-ser)) e *axiológica*), mas nem por isso distante do *factum* característico fundamental de todas as *ciências*, ou seja, a busca permanente e contínua pela verdade, através da interpretação de fatos (naturais ou sociais), por intermédio da necessária e insuperável *valoração* intrínseca de um dado *fenômeno*, originando uma *norma* ou *tese* (explicativa e/ou comportamental).

(Informações complementares e detalhes a respeito do tema podem ser pesquisados em nossa obra Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000, ps. 1-38).

DIAGRAMA 6: CARACTERIZAÇÃO DA CIÊNCIA HERMENÊUTICA DO DIREITO



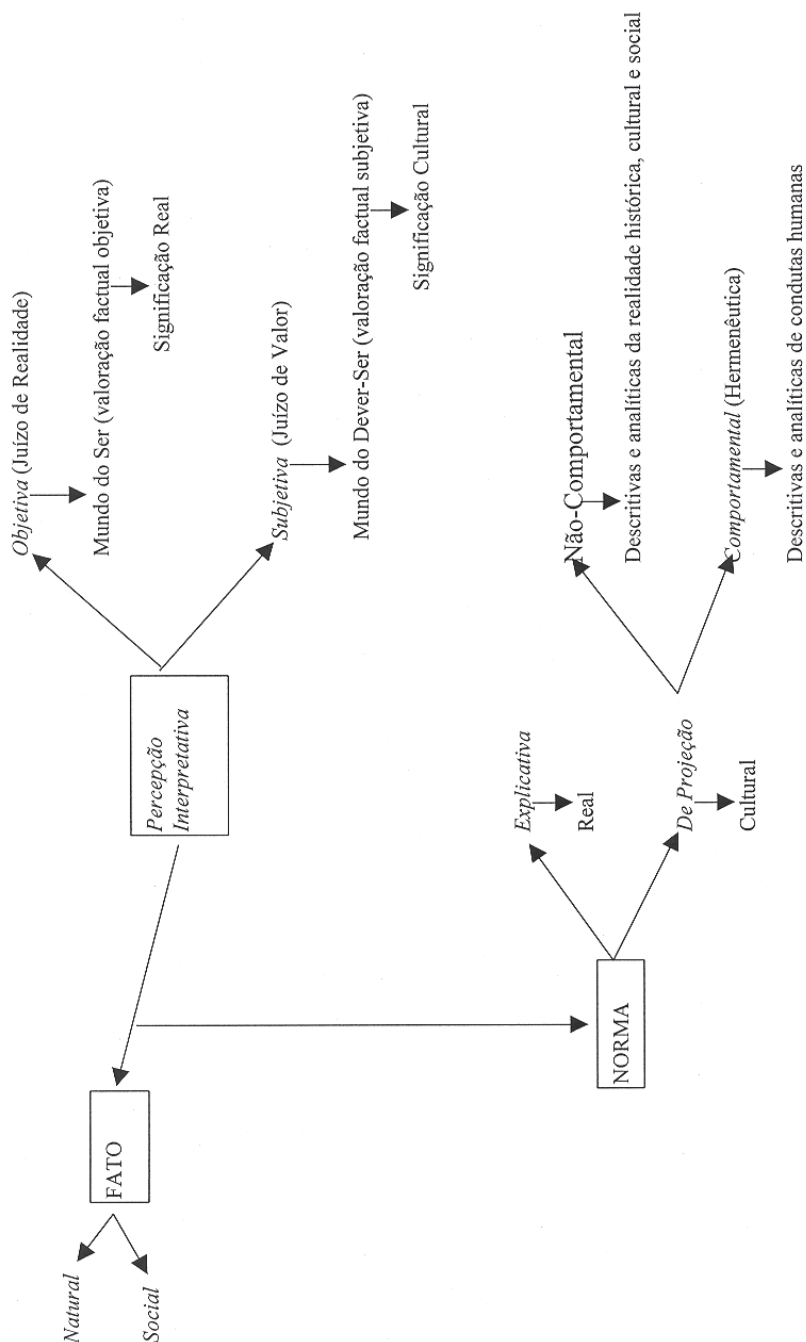
3. TRIDIMENSIONALIDADE DO DIREITO

Não obstante toda a sorte de considerações que permitem uma verdadeira multiplicidade de pontos de vista a respeito do *Direito como ciência*, - particularmente o próprio *conceito de ciência*, que de sua matriz original e restritiva (“ciência é um complexo de *enunciados verdadeiros*, rigorosamente *fundados e demonstrados*, com um sentido limitado, dirigido a um determinado objeto”) evoluiu para uma concepção contemporânea mais ampla e consentânea (“ciência é a busca da *verdade* (explicativa de uma realidade inerente ao mundo do ser ou projetativa de uma percepção cultural inerente ao mundo do dever-ser) -, é fato que, em seu caráter estrutural, a denominada *Ciência Jurídica* apresenta-se através de uma nítida *feição tridimensional*, transcendente, em todos os casos, às diversas concepções epistemológico-jurídicas relativas à cientificidade do conhecimento jurídico.

Desta feita, - independente da particular concepção doutrinária de MIGUEL REALE -, o *Direito*, como qualquer ciência, constitui-se, em último grau, em uma *resultante final* da *percepção interpretativa* (de índole *subjética*, inerente ao seu correspondente *juízo de valor*, relativo ao denominado *mundo do dever-ser*, dotado de *significação cultural*) de um dado *fato social*, traduzindo necessariamente uma *concepção normativa* (cultural) de *projeção comportamental* e de natureza *hermenêutica*.

Por efeito conseqüente, a caracterização do *Direito*, como inconteste realidade científica, em sua vertente tridimensional, apenas reflete, em linhas gerais, o caráter comum da equação que sempre se constrói por intermédio da *percepção interpretativa* de um *fato* (*valorização factual*) concebendo uma *norma resultante*; sendo certo, sob este prisma, que as diferentes ciências e suas respectivas classificações se operam a partir, sobretudo, das duas diferentes possibilidades de *percepções interpretativas* de um dado *fato* produzindo *normas finalísticas*: de caráter *objetivo* (*juízo de realidade* inerente ao *mundo do ser* sobre *fatos naturais*, traduzindo *normas (reais) explicativas*) ou de caráter *subjético* (*juízo de valor* inerente ao *mundo do dever-ser* sobre *fatos sociais*, traduzindo *normas (culturais)* de *projeção comportamental* (hermenêutica) ou não-comportamental).

DIAGRAMA 7: ESTRUTURA TRIDIMENSIONAL DAS CIÊNCIAS



3.1. ESTRUTURA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO

O *tridimensionalismo*, essencialmente, constitui-se, portanto, em uma *característica estrutural* inerente a todas as ciências, - e não, como podem supor os menos avisados, a uma *particularidade* da *Ciência do Direito* -, ainda que sejamos obrigados a reconhecer que a denominada *visão tridimensional* de MIGUEL REALE, neste aspecto, transcenda à concepção básica da tríade Fato-Valor-Norma, comum a toda construção científica, para também abranger aspectos associados, próprios e específicos, da *Ciência Jurídica*, tais como aqueles integrantes da interação do *fato* com a *validade social* (sociologismo jurídico), do *valor* com a *validade ética* (moralismo jurídico) e da *norma* com a *validade técnico-jurídica* (normativismo abstrato), além de *elementos de domínio* que traduzem uma *tridimensionalidade concreta ou específica*: *fato/eficácia* (aspecto do *ser*), *valor/fundamento* (aspecto do *poder-ser*) e *norma/vigência* (aspecto do *dever-ser*).

4. CARACTERIZAÇÃO PARTICULAR DA CIÊNCIA DO DIREITO

De todo e exposto, resta concluir, - não obstante algumas aceções conceituais simplificadas (que entendem, por exemplo, a *ciência* “como um conjunto organizado de conhecimentos relativos a um determinado objeto, especialmente os obtidos mediante a observação e a experiência dos fatos e um método próprio”) -, que toda a *ciência* resume-se, em última análise, a um processo de *percepção valorativa objetiva* (inerente ao mundo real) ou *subjetiva* (inerente ao mundo cultural) de um dado *fato natural* ou *social*, produzindo, em conseqüência, uma *norma explicativa* (descritiva da realidade física) ou de *projeção não-comportamental* (descritivas e analíticas da realidade histórica, cultural e social) e *comportamental* (descritivas e analíticas de condutas humanas).

Nesse aspecto, é cediço concluir que toda a *ciência* é, em síntese, *interpretativa* em uma tradução abrangente, tendo em vista que o escopo de atuação científica se processa exatamente através da interpretação de fenômenos naturais ou sociais (culturais).

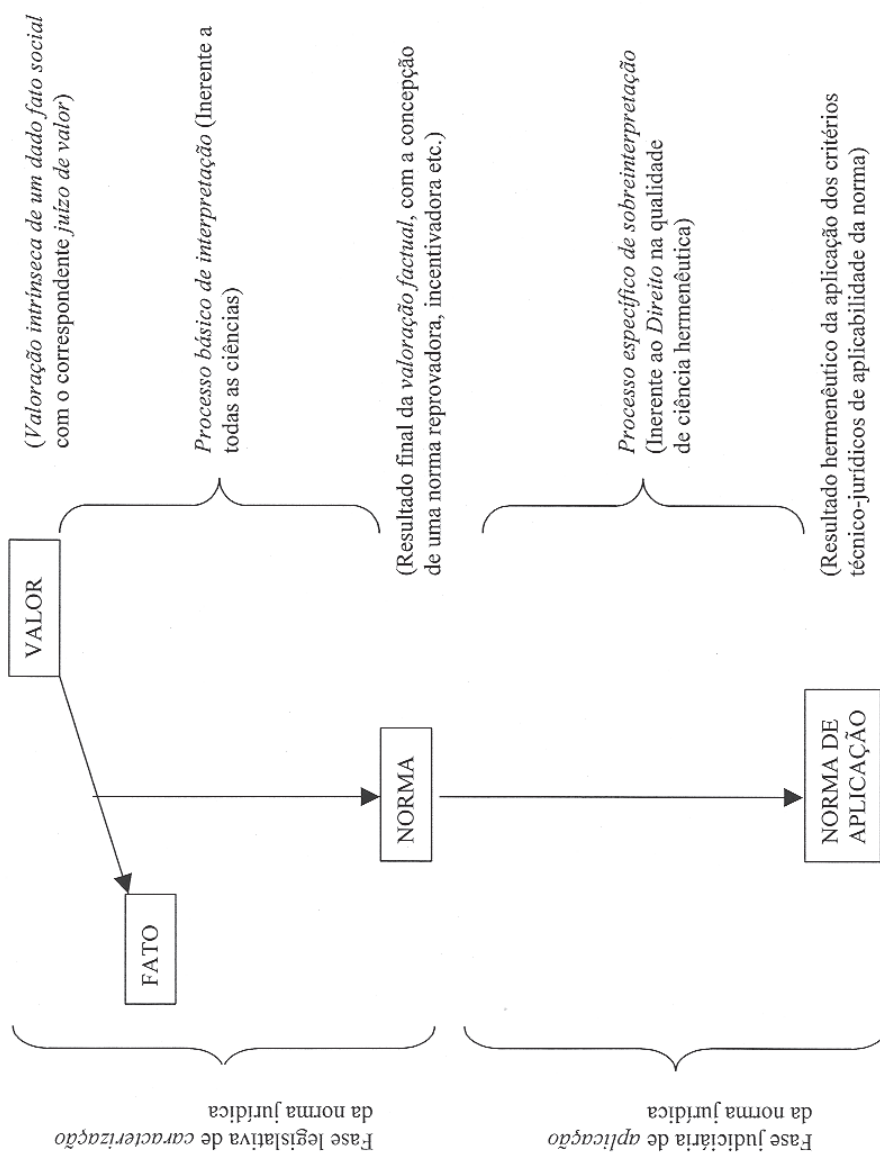
Desta feita, a chamada *valoração* intrínseca de um dado *fato* (natural ou social), criando uma tese ou *norma*, nada mais é do que o resultado último de uma *interpretação* em sentido amplo.

Por efeito, quando se afirma que uma determinada *ciência* é classificada como *não-hermenêutica* isto não significa dizer que inexistente, *in casu*, interpretação, mas apenas que não se processa, na hipótese, um mecanismo de “*sobreinterpretação*” (ou dupla interpretação), caracterizador do denominado *processo hermenêutico*.

Nesse diapasão analítico, é lícito afirmar que a denominada *ciência hermenêutica* – de que o *Direito* é o melhor exemplo – se caracteriza, sobretudo, pela efetiva existência de um autêntico *processo complexo de interpretação*. Por efeito, vale dizer que inicialmente há, como em todas as demais ciências, a *valoração* intrínseca de um *fato* criando uma dada *norma* ou tese (*fase legislativa*); todavia, de forma diversa das demais espécies científicas, a *norma* produzida pelo sistema interpretativo básico não pode ser, de imediato, aplicada, sendo necessária uma espécie de “*sobreinterpretação*” (ou seja, a *norma* concebida originariamente é *reinterpretada* através de um novo e diferente processo) para se chegar, finalmente, à interpretação final e definitiva, no contexto específico de uma “*verdade relativa*”, por intermédio de uma *fase judiciária*.

A este fenômeno particular e próprio do *Direito* é que convencionalmente a doutrina costuma denominar de *interpretação normativa* ou *hermenêutica jurídica* e que, em face de sua inerente complexidade, será estudado em capítulo estanque.

DIAGRAMA 8: PROCESSO INTERPRETATIVO CONCERNENTE À CIÊNCIA DO DIREITO



4.1. CIÊNCIA AXIOLÓGICA

Da mesma forma que o *Direito* se caracteriza, sob o prisma hermenêutico, como uma *ciência de “duplo processo interpretativo”* (ou “sobreinterpretação”), igualmente se processa como uma *ciência de valoração factual ampliada*, ou mesmo de “*sobrevaloração*”.

Isto significa, em linguagem objetiva, que, no âmbito da *Ciência do Direito*, o processo de *valoração* intrínseca de um fato, concebendo uma dada *norma*, não se restringe a um *espectro valorativo* (de cunho científico) nitidamente *objetivo* (ou exclusivamente interpretativo), mas, ao contrário, necessita da imposição de *valores sociais* (derivados da *ética*, da *moral* etc. e que, necessariamente, são mutáveis no *tempo* e no *espaço*) e de *valores intrínsecos* (tais como *segurança*, *justiça*, *ordem* etc.)

Como os *valores axiológicos do Direito* podem, inclusive (em dadas circunstâncias), ser antagônicos (*segurança versus justiça*, por exemplo), incumbe ao *processo valorativo* (de feição axiológica) particular do *Direito* a busca permanente de uma solução conciliadora, representada, em última análise, pela caracterização dicotômica dos diferentes *ramos científicos do Direito* (*direito penal*, *civil*, *tributário* etc.) que *ponderam*, de maneira propositadamente desigual, os diferentes valores intrínsecos a cada dada situação efetiva.

(Não é por outra razão que, após duas horas acaloradas de debates, o Superior Tribunal de Justiça tomou uma decisão inédita no Brasil.

Negou o cancelamento do registro de paternidade, mesmo após um exame de DNA comprovar que um pediatra de Goiás não era o pai biológico de uma criança. A razão: a sentença já havia transitado em julgado.

O STJ optou por manter a sentença para preservar a “segurança jurídica” no campo do Direito Civil.

A ação foi julgada em primeira instância em 1993 e a decisão, à base de provas testemunhais, foi pelo reconhecimento da paternidade. Em segunda instância, manteve-se a decisão. E, em grau de recurso, chegou o caso ao STJ, que não julgou a ação por se tratar de matéria de prova (é conveniente lembrar que o STJ só tem competência para julgar matéria de direito).

Só depois de vencidos os prazos legais em que podia recorrer, o pediatra entrou com uma ação de negação de paternidade, exigindo o exame de DNA e pedindo o cancelamento do registro civil.

O exame provou que não era ele o pai. Mas aos olhos da lei era tarde demais. Prevaleceram no STJ os argumentos de que a matéria julgada deveria ser preservada, sob pena de abrir um precedente que determinaria a possibilidade de reavaliação constante de ações já julgadas, fazendo, desta feita, pois, prevalecer o princípio de segurança jurídica sobre o valor da justiça, como valor axiológico básico inerente ao Direito, considerando, sobretudo, a natureza não-penal do Direito Processual vertente à hipótese.)

5. ESPECIFICIDADES DA CIÊNCIA JURÍDICA

A percepção do *Direito* como inexorável *ramo científico*, todavia, não é, por si só, suficiente para a plena compreensão do *fenômeno jurídico* à luz das necessidades de superação das múltiplas questões que se apresentam.

Muito pelo contrário, resta fundamental que o estudioso da matéria seja capaz de entender, de forma amplamente satisfatória, as três *características basilares do Direito como ciência: projeção comportamental, axiologia e hermenêutica*.

A primeira – *projeção comportamental* – alude ao fato de que a preocupação vital do *Direito* resume-se, acima de tudo, em *moldar comportamentos* individuais e grupais, a partir de um quadro de idéias e valores (mutáveis no tempo e no espaço), idealizado pelo conjunto da sociedade, representada pelos seus legisladores.

(Não é por outra razão que as normas incriminadoras (típicas da parte especial do Código Penal), por exemplo, não podem ser aplicadas retroativamente, posto que a preocupação fundamental do Direito não é punir e sim evitar que a conduta reprovável (e em algum momento já realizada) se repita, projetando, desta feita, o comportamento idealizado pelo conjunto da sociedade (contrário à prática da conduta considerada).

Em sentido oposto, as chamadas normas permissivas têm emprego retroativo exatamente pelo fato de que a projeção de comportamentos, *intrínseca* ao Direito, encontra fundamento na valoração factual (valoração político-ideológica do conjunto da sociedade (através de seus representantes) sobre o fato social, concebendo a norma comportamental (norma jurídica) que, por natureza, é sempre mutável no tempo (e no espaço) e, por esta razão, deve acompanhar os desígnios sociais mais atualizados.)

Assim é que o *Direito* está, de modo constante e permanente, a *orientar as condutas humanas em sociedade*, a partir de suas *normas jurídicas* que são *produzidas pelo conjunto da sociedade* (ainda que através de seus representantes eleitos para tanto) e *aplicadas* (interpretadas) por um *corpo técnico de julgadores*, quando da eventualidade da existência do *conflito* (derivado da não-compreensão dos exatos termos da norma e/ou do efetivo e intencional descumprimento da mesma).

A segunda – a *axiologia* – corresponde à inconteste existência de uma infinidade de *valores intrínsecos ao Direito*, donde se destacam, preponderantemente, os valores da *justiça* e da *segurança*.

Como ambos os valores são igualmente importantes, tratou o *Direito* (originalmente, uma inconteste realidade unitária) de se *ramificar*, permitindo o estabelecimento *a priori* de eventuais possibilidades de prevalência de um valor sobre o outro, quando preexiste a hipótese de *conflito valorativo*.

Desta maneira, prevalece, em última instância, a *verdade real* (em nome do valor da justiça) nas questões instrumentalizadas pelo *Direito Processual Penal*, ao passo que prepondera, em última análise, a *verdade ficta, formal ou presumida* (em nome do valor da segurança) nas questões (sobretudo patrimoniais) instrumentalizadas pelo *Direito Processual Civil*.

(Ainda assim, deve ser esclarecido que os valores vertentes do Direito (fundamentalmente, a justiça e a segurança) não são necessariamente divergentes. Muito pelo contrário, trata-se de valores harmônicos e convergentes que, apenas em dadas situações concretas, tornam-se divergentes, obrigando o Direito, como realidade axiológica, a resolver o eventual conflito valorativo. Assim é que, em essência, o Direito Processual Civil, em relação ao Direito Processual Penal, busca igualmente a verdade real; apenas, não a encontrando, sua disciplina autoriza o julgador a sentenciar com base na verdade presumida. Aliás, a maior prova da convergência axiológica dos valores intrínsecos ao direito pode ser deduzida partindo-se de uma premissa segundo a qual cada grau jurisdicional subsequente (posterior) aperfeiçoa o anterior, forjando a concepção hipotética de que, para se ter um decisão absolutamente justa, seriam necessário n graus, quando n tende ao infinito (∞). Ora, como a existência humana é inexoravelmente finita, tal concepção – abstrata e hipoteticamente justa – seria, na prática, absolutamente injusta, posto que todos os jurisdicionados (e demais interessados) deixariam de existir antes da prolação final da sentença. A restrição do número de graus de jurisdição – uma incontestável imposição do fator segurança –, por efeito, coaduna, neste contexto, perfeitamente com os ditames mais sublimes do valor da justiça, demonstrando claramente o relativo equilíbrio axiológico do Direito.)

A terceira – *hermenêutica* – indica, sobremaneira, a existente interação funcional entre a apriorística parcela legislativa do Direito e a subsequente parcela judiciária, responsável última pela interpretação (e aplicação, nos eventuais conflitos) das normas jurídicas produzidas pelos representantes do povo (na qualidade de titular do Poder Político).

(A idéia central in casu corresponde, em termos aproximados, à noção da separação funcional do exercício do Poder Político e, em parte, ao festejado mecanismo de freios e contrapesos, considerando que, na hipótese, a parcela responsável pela criação e edição das leis (Poder Legislativo) não pode interpretar e aplicar as mesmas, ao passo que a parcela responsável pela interpretação e aplicação das leis (Poder Judiciário, em última análise) não pode fazê-lo, exceto com base na norma legitimamente produzida pelo legislador. Não é por outro motivo que, não obstante seja pacífico o entendimento de que o julgador deve sempre buscar a decisão justa, o mesmo jamais pode obter o resultado almejado senão com base na lei (ou nas leis), legítima e constitucionalmente produzidas pelo legislador.

Também, a propósito do tema, vale consignar que não é só o julgador que aplica e interpreta a norma jurídica. Muito pelo contrário, todos os operadores do Direito (advogados, membros do Ministério Público, juízes etc.) e até mesmo os cidadãos são potenciais aplicadores e intérpretes (o primeiro grupo, de forma técnica, e o segundo, de modo leigo), sendo certo que, no eventual conflito, no entanto, a última palavra (no que tange à interpretação e à aplicação das normas jurídicas) será sempre do Judiciário (e, conseqüentemente, de seus membros.)

Muito embora o conhecimento dessas três *características basilares do Direito como ciência* seja absolutamente fundamental para o entendimento e a compreensão última do fenômeno jurídico, é exatamente esta última característica (a *hermenêutica jurídica*) – e sua indispensável e plena compreensão – o fator primordial para o completo êxito deste objetivo, posto que tal característica atinge o âmago da *concepção estrutural do Direito*.

Aliás, neste particular, cumpre assinalar, de modo veemente, que o *objeto específico* (em seu sentido mais restritivo) *do conteúdo dos cursos jurídicos* cinge-se, preponderantemente (se não exclusivamente) à *interpretação* (e *aplicação*) da *norma jurídica*, produzida pelo legislador, e não propriamente à *caracterização originária da lei* (em seu sentido amplo) ou do próprio *Direito*, devendo, neste aspecto, serem afastadas, com sinérgica repulsa, quaisquer teses (ou posições) excêntricas (e altamente controvertidas), como a do propalado *Direito Alternativo* ou *Direito Insurgente*.

DIAGRAMA 9: CARACTERÍSTICAS BASILARES DO DIREITO COMO CIÊNCIA

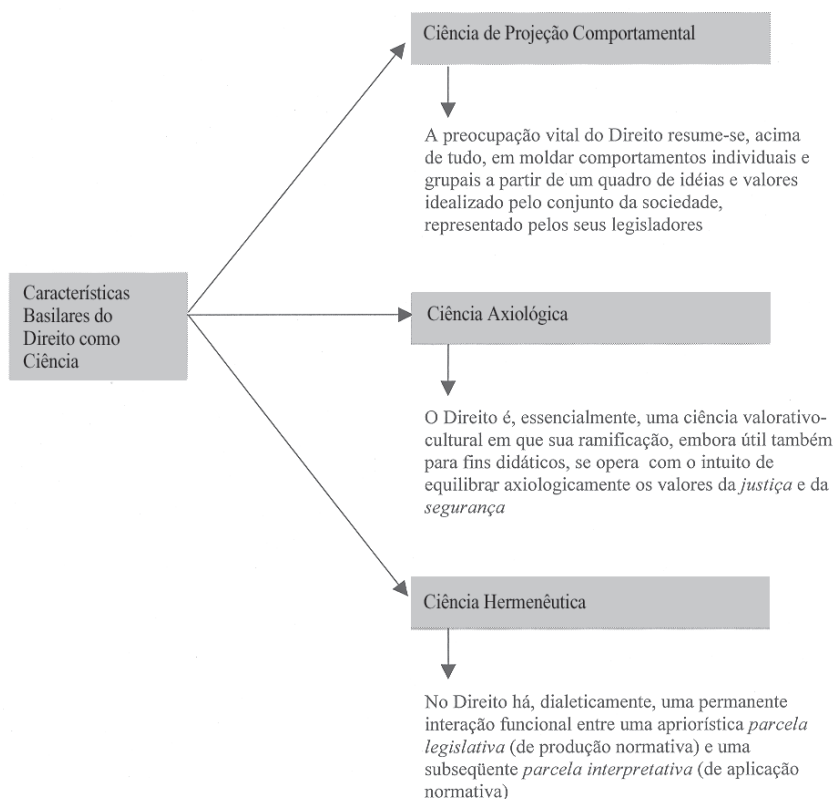


DIAGRAMA 10: DIREITO COMO CIÊNCIA DE PROJEÇÃO COMPORTAMENTAL

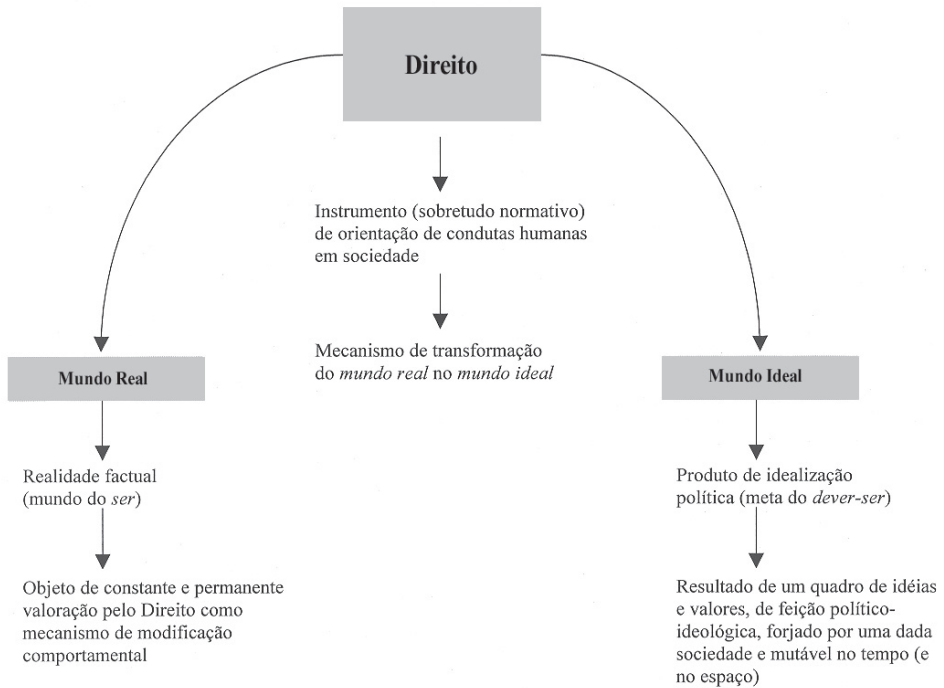


DIAGRAMA 11: DIREITO COMO CIÊNCIA AXIOLÓGICA

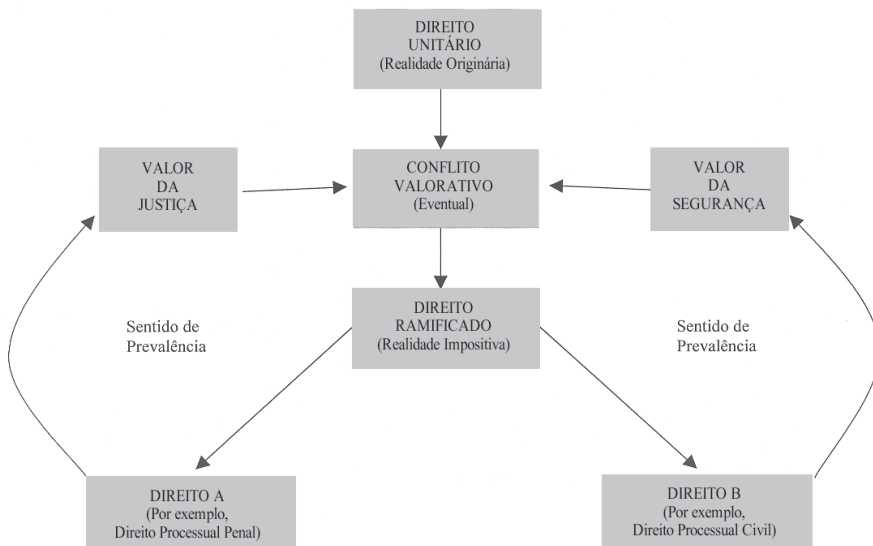
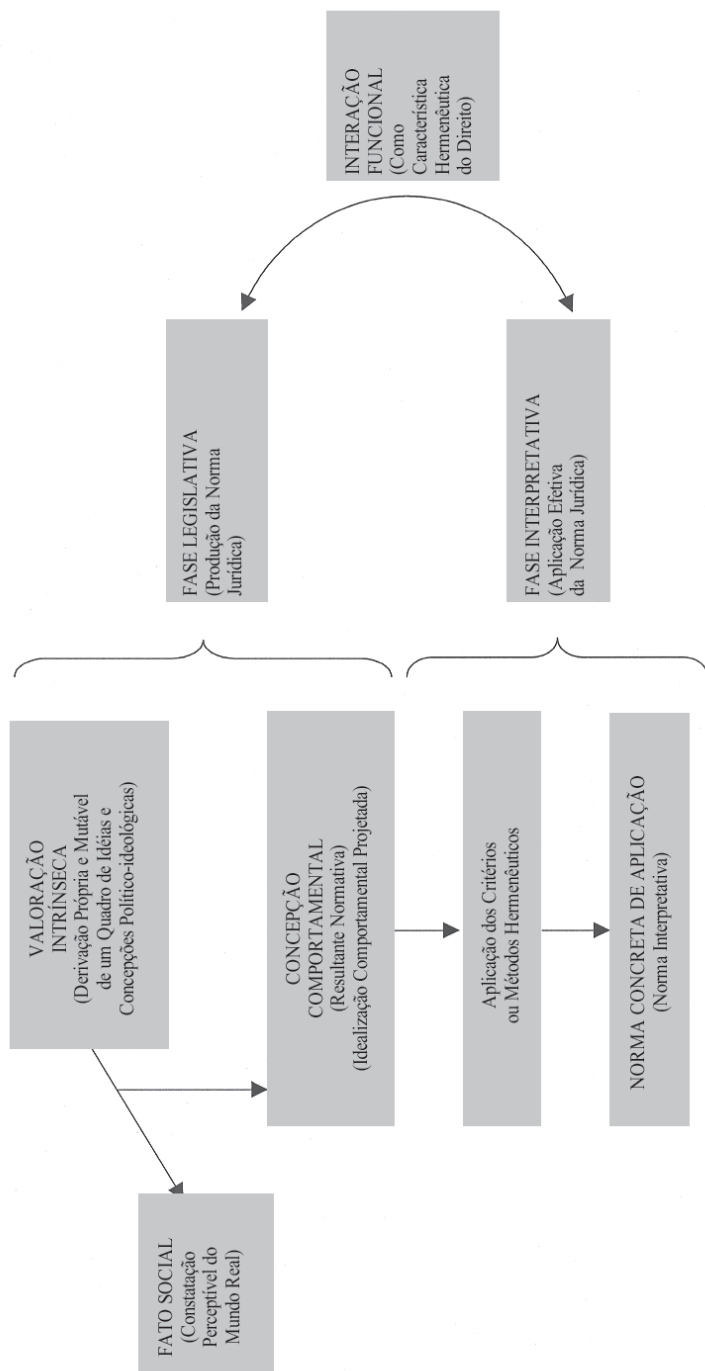


DIAGRAMA 12: DIREITO COMO CIÊNCIA HERMENÊUTICA



O PROBLEMA DO ÔNUS DA PROVA NOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO

***Abel Gomes - Desembargador Federal do TRF da 2ª
Região, Especialista em Direito Penal pela UnB/CJF***

I. O ÔNUS DA PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME ANTECEDENTE E DA ORIGEM ILÍCITA DOS BENS: ALTERAÇÕES CONTIDAS NA LEI N. 9.613/98

Com o advento da Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens direitos e valores¹, surgiu no palco das discussões jurídicas o problema relativo ao ônus da prova em matéria criminal. Em duas ocasiões, a referida Lei trouxe à baila a questão da prova dos elementos caracterizadores das condutas delituosas por ela previstas.

Num primeiro momento, no art. 2º, § 1º, o legislador prevê que: “A denúncia será instruída com indícios suficientes do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime”.

Como é possível perceber, para a instauração do processo penal para a apuração judicial da existência do crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, é preciso que a denúncia, além dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, ainda contenha o requisito específico previsto pelo art. 2º, § 1º da Lei n. 9.613/98, que é a sua instrução com indícios suficientes de que os bens, direitos e valores, sejam produtos de um daqueles crimes antecedentes previstos no seu art. 1º, incisos I a VII.

Já num segundo instante, os §§ 2º e 3º do art. 4º da mesma Lei, que tratam da regulamentação específica das medidas assecuratórias, prevêm, respectivamente: “§ 2º. O juiz determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados quando comprovada a licitude de sua

¹ O qual, de forma simplificada, passa a ser tratado como “crime de lavagem de dinheiro”.

origem". "§ 3º. Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, nos casos do art. 366 do Código de Processo Penal".

Vale dizer, à primeira vista, que caberá ao acusado demonstrar a licitude da origem dos bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados, face aos indícios de serem objeto dos crimes previstos na Lei, ao mesmo tempo em que, para isso, deverá o acusado comparecer ao processo, pessoalmente, pois do contrário o pedido de restituição sequer será conhecido.

O problema derivado da disciplina legal contida na Lei n. 9.613/98, especialmente no que diz respeito às disposições acima transcritas, repercutiu na possibilidade de se considerar que a mesma tenha introduzido no processo penal pátrio a inversão do ônus da prova, significando dizer que caberá ao acusado demonstrar que os bens, direitos e valores apreendidos, não são produtos de nenhum dos crimes antecedentes e, mais do que isso, que são originários de aquisição e disposição lícitas, bem como não tenha ele – acusado – nenhuma relação de autoria ou participação nos crimes antecedentes, cujos indícios constam da denúncia.

Todavia, não se pode olvidar – e logo surgiram vozes para assinalar este aspecto – que o nosso Direito não se coaduna com tal inversão do ônus da prova a cargo do acusado, no sentido de que este tenha que suportar as conseqüências processuais – com reflexos materiais – ao não demonstrar que aqueles bens, direitos e valores não são provenientes de crime algum, e por isso não seja ele autor ou partícipe dos mesmos.

Por outro lado, também não se deve relegar a conclusão sobre o desfecho do problema a, simplesmente, refutar a possibilidade de condenação do acusado pela prática das condutas delituosas previstas na Lei n. 9.613/98, com base em elementos probatórios de acusação que o mesmo não tenha sido capaz de ilidir, assim como não se pode deixar de vislumbrar a hipótese de os bens, direitos e valores não serem liberados por não ter ele, igualmente, conseguido demonstrar que não eram provenientes de fonte ilícita delituosa.

Para que se possa chegar à solução do problema posto em análise, é preciso que se realize uma incursão por princípios constitucionais com reflexo no processo penal, pela distribuição do ônus da prova no mesmo âmbito processual penal e pelo conteúdo dos indícios como meio de prova.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL E O EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA

É garantia individual constitucional e princípio basilar que se estende ao processo penal, que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*, o que consiste no princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII da Constituição Federal.

No primeiro plano, ressalta FERRAJOLI², que como o processo garantista se reveste do princípio da presunção de inocência até prova em contrário – e assim é o processo penal brasileiro, por força do Capítulo I do Título II da Constituição da República: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” - é exatamente esta prova que contraria aquela presunção, que resta a cargo da acusação realizar – o Ministério Público nos crimes de ação pública, a exemplo daqueles da Lei n. 9.613/98.

Assim, o acusado que tem movimentado em face de si o processo penal, parte com a presunção a seu favor, no sentido de que é inocente e de que tudo aquilo que se lhe imputa não é verdadeiro, até que aquele que faz a imputação venha a Juízo e prove o que alega.

Caminhando mais além, GOMES FILHO³ acrescenta que o princípio da presunção de inocência não se limita ao aspecto da mera presunção até prova em contrário, o que lhe esvaziaria o real sentido político, muito embora admita que sua primeira repercussão se faz sentir no campo da prova em processo penal.

Ao fazer tal observação, o referido autor assinala que nem mesmo é possível considerar que haja uma distribuição formal do ônus da prova em processo penal, nos moldes daquela que é feita no processo civil, dado que se neste o que se busca é a pacificação do conflito de interesses privados através do processo, naquele o que se quer é a justiça e a verdade na medida do possível⁴.

A consequência disso, ainda segundo o referido autor, é que caberá à acusação toda a prova dos elementos constitutivos do delito, de sua autoria e assim também da inexistência de causas de exclusão da ilicitude e da culpabilidade⁵,

² LUIGI FERRAJOLI. Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale. Roma-Bari: Editori Laterza, 1998, p. 626.

³ ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. São Paulo: Editora Saraiva, 1991, p. 37.

⁴ Idem, ibidem, pp. 38/39.

⁵ E nesse aspecto, cairia por terra a tradicional assertiva de que se à acusação cabe provar a existência do fato e da autoria, à defesa cabe provar os fatos que lhes são impeditivos, modificativos ou extintivos.

nada remanescendo a cargo do acusado, a quem ainda se reconhece o direito ao silêncio, sem nenhuma repercussão de caráter desfavorável à sua defesa, conforme disposto no art. 5º, LXIII da Constituição Federal⁶.

Em sentido algo diverso, encontramos na doutrina de MIRABETE⁷ a distribuição do ônus da prova entre acusação e defesa, cabendo, à primeira, a prova do fato delituoso, de sua autoria, das circunstâncias que causam o aumento da pena e do elemento subjetivo do delito. Já à segunda caberia provar a inexistência do fato, as causas de exclusão da ilicitude e da culpabilidade, bem como as extintivas da punibilidade, e as circunstâncias de diminuição da pena⁸.

Entretanto, não se pode realmente olvidar, que está no topo de nosso ordenamento jurídico o princípio do *favor rei*, emanção direta do princípio da dignidade da pessoa humana – art. 1º, III da CF - que, por sua vez, traz em seu bojo o seguinte enunciado: o indivíduo acusado em processo penal, ainda

⁶ Ainda sobre o silêncio do acusado, anote-se que o Projeto de Lei n. 3.473/2000, do Ministério da Justiça, que propõe alterações no Código Penal e no Código de Processo Penal, prevê uma nova redação para o art. 186 do CPP que passa a dispor: “*Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa e tampouco poderá influir no convencimento do juiz.*” (Grifamos) A propósito desta última parte do texto proposto para o parágrafo único do art. 186, de nossa parte, quando tivemos a honrosa tarefa de presidir a Comissão para a Reforma do CP e do CPP (alternativa ao projeto oficial), da Diretoria da Associação dos Juizes Federais – AJUFE, que concluiu os seus trabalhos no ano de 2002, enviando-o para o Congresso Nacional, fizemos constar o total equívoco do impedimento grifado, posto que ele acabaria por interferir, inconstitucionalmente, a nosso ver, no cerne do exercício do poder jurisdicional, que é a formação do livre convencimento do juiz. Afinal, uma coisa é o silêncio do acusado não ser valorado como admissão da imputação ou como reconhecimento da procedência das provas reunidas em favor da acusação, coisa que já estaria explícita na primeira parte do referido texto do parágrafo único. Outra coisa, bem diferente, é impedir que, dentro de seu livre convencimento, o juiz possa concluir que, por não apresentar nenhuma versão para os fatos imputados e eventualmente demonstrados por alguns elementos, o acusado não foi capaz de elidir a acusação (no caso, dada como provada). Por isso, na redação da Comissão da AJUFE, a expressão: “*tampouco poderá influir no convencimento do juiz*”, foi excluída.

⁷ JULIO FABBRINI MIRABETE. Processo Penal. São Paulo: Editora Atlas, 1997, p. 262.

⁸ Para JOSÉ FREDERICO MARQUES, o ônus da prova é distribuído também no processo penal, cabendo à acusação a prova da existência do fato típico, seus elementos normativos e subjetivos, a causalidade e o concurso de agentes, bem como algumas condições prévias de punibilidade. Ao passo que cabe à defesa a prova da inexistência do fato – quando alegada em contrário à prova da existência do fato promovida pela acusação -, as causas excludentes da ilicitude e da culpabilidade, e algumas causas de extinção da punibilidade, como o indulto e a graça, por exemplo. Cf. Elementos de Direito Processual Penal, volume II. Campinas: Bookseller, 1997, pp. 265/269.

que reunidos elementos suficientes indicativos de sua participação na prática de um fato delituoso, a quem, através do processo, se pretende punir com pena criminal, não deixa de ser uma pessoa humana, digna, portanto, do direito a que se lhe atribua o benefício da dúvida; não se lhe estabeleça a culpa com base em presunções ou meras suposições e não se lhe impeça, sob nenhum pretexto ou forma, o direito de defesa e do contraditório, fazendo com que se lhe aplique sempre a lei penal mais benéfica.

Os comandos assim delineados por estes princípios, são a conformação das conquistas humanas obtidas através de duras contendidas contra o arbítrio que um dia se estabeleceu na história – quiçá ainda existente – e que fazia com que o indivíduo, apenas por ostentar a qualidade de acusado em processo penal, e que era já assim escolhida de acordo com critérios discriminatórios os mais diversos, tivesse contra si todas as regras para a apuração e punição do fato imputado, com menoscabo de sua condição de ser humano.

É exatamente com base no princípio do *favor rei*, que será possível extrair dois imperativos fundamentais para a análise do problema do ônus da prova em processo penal: o fato de que ele não configura um encargo absoluto, face à busca da verdade real, e a existência dos corolários princípios do *in dubio pro reo* e a presunção de inocência.

II. 1. O PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO E A BUSCA DA VERDADE REAL

Para tanto, importa notar que, não comportando, muitas vezes, uma análise mais detalhada por parte da doutrina, na verdade o ônus da prova em processo penal é passível da distinção clássica entre **ônus formal** e **ônus material** da prova⁹. O primeiro consiste no fato de que, em um processo regulado pelo princípio dispositivo, cabe às partes requerer e contribuir para trazer aos autos as provas que entenderem cabíveis. Já o ônus material, se consubstancia no interesse que as partes têm na comprovação de um fato, sob pena de, não o alcançando, sofrer os prejuízos derivados da sua não comprovação.

No que concerne ao ônus formal, resta evidente que ele se distribui igualmente no processo penal, pois cabe a cada qual das partes nele envolvidas, trazer aos autos as provas que deseja produzir a bem de seu interesse. Contudo, o não cumprimento deste encargo formal apenas resultará para as partes a consequência de não ver produzida no processo a prova que lhe cabia trazer.

⁹ JAMES GOLDSCHMIDT. Princípios Gerais do Processo Penal. Belo Horizonte: Editora Líder, 2002, p. 57.

Já no que toca ao ônus material, importa destacar que, no nosso direito processual penal, vige a estrutura acusatória tão-somente¹⁰, mas permeada pela busca da verdade real e inspirada pelo princípio do *favor rei*. Isso faz com que ao mesmo tempo em que cabe às partes produzirem as provas destinadas a demonstrar suas alegações, por força do princípio acusatório, nas ocasiões em que o magistrado se encontrar perplexo diante do acervo probatório existente, e houver outras provas ainda não produzidas pela iniciativa das partes, possa ele, supletivamente, determinar a produção dessas provas, com vistas a esclarecer os fatos o quanto mais próximo possível da verdade real. Sob este prisma, note-se que o ônus material existente no processo penal pátrio assume, ainda na lição de GOLDSCHMIDT¹¹, o caráter de uma “*obrigação menos perfeita*”, na medida em que, mesmo não se desincumbindo do ônus que lhe compete, pode a parte não sofrer as consequências disso pela simples necessidade não suprida, dado que o juiz poderá prosseguir na busca da verdade real.

II. 2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O *IN DUBIO PRO REO*

E mais, já agora atento ao princípio do *favor rei*, há que se destacar que, no caso de haver dúvida ou perplexidade sobre os elementos de prova produzidos pela acusação no sentido de confirmar a imputação inicial, mesmo que o acusado e sua defesa não se desincumbam do ônus de provar a inocência, e não havendo outras provas que se vislumbre para suprir a busca da verdade real, deverá o juiz decidir a causa com base no *in dubio pro reo*, dado que prevalece o princípio da presunção de inocência, a qual deve ser abalada pela prova em sentido contrário.

Firmadas estas questões, bem se nota, a essa altura, que em que pese, a existência de um ônus formal de produzir perante o juiz, no curso do processo, as provas necessárias à demonstração de suas alegações, não o fazendo, o acusado, contra ele não decorre, imediatamente, as consequências do ônus material não cumprido, posto que ao juiz caberá percorrer o caminho da verificação da possibilidade de suprir a não produção de outras provas acaso existentes, em busca da verdade real, ou aplicar os princípios do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência, para decidir favoravelmente ao acusado.

¹⁰ Não há no nosso direito, ao contrário de alguns países da *civil law* européia, o *judicium accusationis*, ou juízo de instrução, apartado do juízo da causa.

¹¹ JAMES GOLDSCHMIDT. Ob. cit., p. 58.

II. 3. AS CONSEQÜÊNCIAS DA OPÇÃO NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA

Todavia, ainda que a disciplina do ônus da prova se revele, dessa forma, favorável ao acusado e à defesa, não se deve confundir o ônus da prova e seus desdobramentos processuais – formal e material -, com o exercício do direito de defesa e suas conseqüências.

Com efeito, é possível que a acusação produza, no curso da instrução, um arcabouço de provas que demonstrem, à saciedade, a existência do crime e da autoria, afastando, ainda, pelos elementos probatórios trazidos, toda e qualquer hipótese da presença de causas justificativas ou de exculpação da conduta, optando, o acusado e seu defensor, pela inércia, pelo silêncio ou pela simples negativa verbal quanto à imputação que lhe é feita.

Nesse caso, não mais há que falar em inversão do ônus da prova em desfavor do acusado, e nem mesmo em aplicação equivocada da distribuição do ônus material da prova em desacordo com os princípios decorrentes do *favor rei*. Afinal, a acusação terá provado tudo o que alega e imputa, não persistindo provas não produzidas pela defesa a serem supridas pelo juiz em nome da busca da verdade real, e ainda menos dúvida que justifique a aplicação do *in dubio pro reo*. Tampouco a acusação terá deixado faltar demonstração da prova contrária à presunção de inocência.

Na verdade, trata-se aqui das opções exercidas pelo acusado e seu defensor, quando da eleição da estratégia de defesa adotada diante da prova reunida previamente pela acusação em sentido contrário, o que deverá ser cuidadosamente constatado, à vista das circunstâncias em que tal defesa foi chamada a atuar na instrução, levando-se em conta as características específicas do caso, da pessoa do acusado e de sua defesa técnica.

Suponhamos que a acusação tenha sido apta em trazer aos autos as provas da imputação que é feita ao acusado. Nesse caso, de imediato, precisa ficar marcado que a ele e ao seu defensor – constituído ou dativo, quando a lei o prever - tenham sido realizadas, regularmente, as chamadas para os atos do processo, para produzirem as provas de seu interesse, assim como tenham sido intimados a conhecerem e a se manifestarem, oportunamente, sobre aquelas provas contrárias reunidas, tudo de acordo com o mais amplo contraditório.

Feito isso, caberá aferir se o juiz procurou observar a busca da verdade real, com o suprimento de provas acaso existentes, e tenha assegurado a ampla defesa, sobretudo no que toca ao direito ao silêncio e à não inversão do ônus da prova em desfavor do acusado.

Contudo, se a opção defensiva foi o silêncio, a negativa completa ou parcial sobre a existência do delito e sua autoria, ou a inércia na produção de

provas cujo conhecimento só à defesa era possível, acaso a decisão final seja no sentido de acolher a prova da acusação para condenar o acusado, já não se estará mais diante da proscriita inversão do ônus da prova, mas sim na presença da consequência derivada de uma estratégia de defesa, que consistiu em enveredar pelo campo da negativa, do silêncio ou da inércia, mesmo em face das provas acusatórias reunidas.

Ainda que não seja possível admitir uma obrigação de defesa para consigo mesmo no processo penal, e muito menos um ônus material da prova como uma obrigação perfeita¹², não se pode renegar que, em um dado contexto, o exercício de um direito que é assegurado, acaba por trazer as consequências oriundas da forma como é exercitado.

Analisando a questão da estratégia de defesa adotada pelo acusado em processo penal, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário n. 205260/MG, cujo Relator foi o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, através de acórdão unânime da 1ª Turma, em julgado do dia 23/11/04, publicado no DJ de 04/02/05, à página 27, deixou assentado que o exercício da defesa por uma ou outra forma, é uma opção discricionária do acusado e seu defensor, e que traz consigo as consequências óbvias desta escolha, sem que isso implique nulidade¹³.

Em suma, a reunião de prova contrária ao acusado, não infirmada pela ampla defesa, assegurada e exercitada dentro dos princípios constitucionais e processuais vigentes, não se confunde com inversão do ônus da prova.

Ademais, ao se admitir uma eterna e inflexível distribuição do ônus da prova apenas à acusação, nos casos em que o acusado e sua defesa técnica avaliam como melhor estratégia, a confissão, caberia ao Ministério Público ou ao querelante uma inimaginável e inusitada obrigação de provar que tal confissão não fora fruto de nenhuma coação ou outro interesse menos próximo da verdade, culminando, quiçá um dia, com um “novo projeto de lei” que venha a impedir que o juiz possa levar em conta, na sua convicção, a confissão realizada pelo acusado.

¹² Naquele sentido realçado por GOLDSCHMIDT.

¹³ Assim está ementado o referido acórdão: “*Policial militar: processo administrativo disciplinar: validade: ampla defesa assegurada. No caso, o Defensor dativo - malgrado sem contestar a materialidade do ilícito disciplinar -, extrai dos testemunhos acerca das qualidades pessoais do acusado a base de sustentação do pedido de que lhe fosse imposta pena menos severa que a exclusão. Ante a evidência da responsabilidade do acusado, a postulação no vazio da absolvição pode configurar temeridade tática da defesa, da qual será lícito ao defensor furtar-se, de modo a resguardar a credibilidade da pretensão de uma penalidade menos rigorosa. Essa opção tática do defensor não ultrapassa os limites de sua discricionariedade no exercício do mister e não basta à caracterização de ausência de defesa, de modo a viciar de nulidade o processo*”.

III. AS PROVAS DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Trasladando as assertivas acima para a questão da prova do crime de lavagem de dinheiro, se considerarmos que está afastada a hipótese de que se tenha invertido o ônus da prova da existência do crime antecedente e da origem ilícita dos bens, direitos e valores do referido crime, quais seriam as provas que se exige da acusação para possibilitar as conclusões contrárias ao acusado?

A princípio, importa delimitar, que o que precisa restar provado ao cabo da ação penal com vistas à apuração e punição do crime de lavagem de dinheiro, são: a existência dos bens, direitos ou valores; as ações que os oculta ou dissimula; os autores dessas ações e que os bens, direitos e valores derivam de algum dos crimes antecedentes, previstos no art. 1º da Lei n. 9.613/98, cuja existência também precisa estar certa.

No que diz respeito ao crime antecedente, note-se que o art. 2º, § 1º, da Lei n. 9.613/98, se satisfaz com a prova da existência desse crime acessório, de acordo do princípio da acessoriedade limitada. Ou seja, não será preciso provar a autoria nem os elementos da culpabilidade do referido crime¹⁴.

Da mesma disposição legal também é possível extrair a melhor exegese, no sentido de não ser necessário o trânsito em julgado de sentença penal condenatória em relação ao crime antecedente acessório. Afinal, para que existisse a coisa julgada penal sobre o crime acessório, necessário seria que ela se formasse sobre todos os elementos essenciais do tipo, inclusive a autoria, bem como a culpabilidade do agente, coisa que o art. 2º, § 1º, da Lei n. 9.613/98 expressamente excluiu.

Se assim é, quais as provas que são exigidas para demonstrar a existência do crime de lavagem de dinheiro, sobretudo no ponto em que, para isso, seja preciso deixar certa a existência de um dos crimes antecedentes do art. 1º, incisos I ao VII, da Lei em estudo, do qual os bens, direitos e valores derivam?

No que concerne a este ponto a resposta afigura-se simples, na medida em que qualquer prova admitida por nosso ordenamento jurídico, desde que submetida ao contraditório, à ampla defesa e a todos os demais princípios garantistas, no curso do processo, estará apta a formar a livre convicção motivada do juiz, até porque não persiste o sistema da prova tarifada ou legal no processo penal brasileiro¹⁵, não havendo prevalência de nenhuma delas sobre as outras.

¹⁴ “Art. 2º.... § 1º. A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime.”

¹⁵ FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO. Processo Penal, volume 3. SP: Saraiva, 12ª edição, 1990, pp. 219/220.

O que talvez mais assalte de dúvida o destinatário da decisão jurisdicional, seja a admissão, eventualmente exclusiva, da prova por indícios, como fator preponderante na prova da existência do crime antecedente.

III. 1. A EXISTÊNCIA DO CRIME ANTECEDENTE COMO ELEMENTAR DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Nesse diapasão, interessa saber se a existência do crime antecedente é elementar do crime de lavagem de dinheiro ou apenas uma de suas circunstâncias. Considerando que circunstância é tudo aquilo que, sem alterar a configuração típica essencial, apenas contribui para aumentar ou diminuir a pena, e levando-se em conta que a existência do crime antecedente, tal como está disposta no art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.613/98¹⁶, precisa restar demonstrada para que se tenha por certo que os bens, direitos e valores dele decorrentes foram ocultados ou dissimulados, não resta dúvida que a **existência do crime antecedente** é uma elementar do crime de lavagem de dinheiro.

Fizemos questão de grifar a: “**existência do crime antecedente**”, pois apenas esta é que se insere dentro das elementares do crime de lavagem de dinheiro, tal como prevê a sistemática legal que não pode deixar de ser analisada à luz da aplicação conjunta dos artigos 1º e 2º, § 1º da Lei n. 9.613/98. Afinal, se o primeiro prevê a necessidade do crime antecedente como origem dos bens, direitos e valores ocultados ou dissimulados, o segundo dispõe que bastam indícios suficientes da existência deste crime, dispensando elementos de prova da autoria e da culpabilidade. Logo, não são todas as categorias¹⁷ do crime antecedente que integram a tipicidade do crime de lavagem de dinheiro, muito menos é a prova completa de todas as categorias

¹⁶ Assim dispõe o art. 1º da Lei n. 9.613/98: “Art. 1º. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: I – de tráfico ilícito de substância entorpecente ou drogas afins; II – de terrorismo; III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; IV – de extorsão mediante seqüestro; V – contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; VI – contra o sistema financeiro nacional; praticado por organização criminosa. Pena: reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos e multa. Convém observar, contudo, que a Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro – ENCLA – do Ministério da Justiça, a qual temos a honra de integrar, elaborou projeto de alteração da Lei n. 9.613/98, que torna a legislação brasileira de terceira geração, no sentido de acabar com o rol taxativo de crimes antecedentes, do art. 1º, que agora passa a ser constituído de toda e qualquer “**infração penal**”, bastando que ela seja capaz de produzir enorme quantidade de lucro ilícito, o qual venha a ser objeto das condutas de lavagem.

¹⁷ Por categorias do crime se entendem as estruturas necessárias de seu *ser*: tipicidade; ilicitude e culpabilidade.

do crime antecedente que precisa ficar evidenciada, senão, tão-somente, a existência do mesmo.

Realçada esta questão, remanesce a indagação a respeito de qual a prova suficiente para a demonstração da existência do crime antecedente como origem dos bens, direitos ou valores ocultados ou dissimulados.

O art. 2º, § 1º, segunda parte, da Lei n. 9.613/98, deixa claro que o crime de lavagem de dinheiro será punível sempre que restar demonstrada a conduta delituosa que o configura e diante da prova da existência do crime antecedente tão-somente.

III. 2. A PROVA POR INDÍCIOS

Em que pese, a redação do art. 239 do Código de Processo Penal sugerir que os indícios constituem circunstâncias provadas que conduzem a outras circunstâncias, na verdade, quando se destinam a provar a existência de um delito, os indícios podem terminar por demonstrar as próprias elementares deste delito. Afinal, toda prova tipificada no Código de Processo Penal se destina à demonstração do próprio fato delituoso e todas as suas circunstâncias, ainda que o faça por etapas e em conjunto com outras provas.

Assim, os indícios podem ser aptos a provar o delito, cobrindo todas as suas categorias, como podem provar algumas delas ou apenas algumas circunstâncias. Aliás, isso não é uma característica exclusiva dos indícios, mas de todo e qualquer meio de prova. Num sistema de livre convicção motivada e de provas analisadas dentro de um contexto global e sem tarificação, o que importa é a idoneidade dos meios de prova para a demonstração do todo, ainda que por intermédio da demonstração das partes desse todo, cada qual a cargo de um dos meios de prova existentes no processo¹⁸.

A doutrina nacional, de há muito, vem asseverando que os indícios podem constituir prova cabal e plena de elementares e circunstâncias de um delito. Para isso, procura destacar que, ao contrário do que erroneamente dispõe o art. 239 do CPP, a prova indiciária não se perfaz pela indução e sim pela dedução. O fato probando é, assim, resultado de uma comparação entre

¹⁸ De fato, a prova testemunhal pode indicar a autoria, ao passo que o exame de corpo de delito pode indicar a materialidade do crime e a prova documental as suas circunstância. Para que se tenha um exemplo prático, veja-se o caso do homicídio, em que as testemunhas apontam determinada pessoa como autor, ao passo que o exame de laudo cadavérico e as perícias de local de homicídio, balística e de papiloscopia, apontam a materialidade do crime e sua ilicitude, enquanto que, ao final, as folhas de antecedentes criminais apontam a reincidência do acusado.

o fato indiciário ou indicativo e um princípio da razão conhecido *a priori* ou uma lei da experiência induzida de fatos anteriores¹⁹.

Evoluindo até tempos mais próximos, a doutrina prossegue na mesma linha, deixando transparente a idéia de que os indícios, como meios de prova por dedução, consistem numa premissa menor, que permite a conclusão a respeito do fato probando com base numa lei geral – premissa maior²⁰.

Essa lei geral é de natureza constante e universal. É produto da razão e independe da experiência, sendo, por isso mesmo, imutável. Uma premissa maior assim constituída, quando correspondente à situação descrita pela premissa menor, possibilita a certeza absoluta sobre o fato probando, acarretando prova segura e cabal a respeito do mesmo. São os indícios manifestos ou de evidência²¹.

Por outro lado, quando a premissa maior se baseia em regras da experiência, daquilo que de modo comum acontece e desde que não se mostre a exceção, estamos diante do que a doutrina chama de indícios veementes, que levam ao fato probando por um juízo de probabilidade de que a premissa menor seja análoga às situações contempladas pela premissa maior.

No primeiro caso a prova é mais segura que no segundo, mas o que se pode concluir, é que os indícios podem servir de prova mais ou menos certa e segura a respeito do crime antecedente.

Portanto, se acusação é capaz de trazer aos autos provas suficientes e seguras da prática do crime de lavagem de dinheiro, inclusive da origem delituosa do produto ocultado ou dissimulado – crime antecedente -, ainda que, exclusivamente, por prova por indícios, quando esses forem manifestos ou de evidência, ou que ela logre demonstrar tudo isso com base em acervo probatório do qual façam parte indícios veementes ou de probabilidade, caso o acusado e a defesa técnica optem por estratégia inerte, incapaz de ilidir tais provas, a condenação eventualmente proferida não será produto de mera inversão do ônus da prova, mas sim decorrente da consequência de uma opção defensiva que se mostrou inapta a combalar a prova acusatória reunida.

¹⁹ HÉLIO TORNAGHI. Instituições de Processo Penal, volume V. Rio de Janeiro: Forense, 1959, pp. 76/77.

²⁰ WALTER COELHO. Prova Indiciária em Matéria Criminal. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, pp. 53/54.

²¹ Cf. os autores acima citados: HÉLIO TORNAGHI. Ob. cit., p. 81 e WALTER COELHO. Ob. cit., p. 54.

IV. A LIBERAÇÃO DOS BENS APREENDIDOS OU SEQUESTRADOS CAUTELARMENTE E A PROVA DE SUA LICITUDE

O art. 4º da Lei n. 9.613/98²² constitui uma norma especial em relação aos artigos 125 a 144 do Código de Processo Penal, muito embora faça expressa remissão a estes no que concerne ao procedimento da apreensão e do seqüestro.

As medidas constritivas, dispostas na norma especial, são a apreensão e o seqüestro de bens, direitos ou valores do acusado ou existentes em seu nome. Como se pode perceber da leitura do referido art. 4º, a qualificação de acusado está empregada sem muito rigor técnico, pois as medidas podem ser adotadas tanto na fase inquisitorial quanto na judicial, sendo certo que somente para a segunda, seria adequada a qualificação de “acusado”²³.

Seja como for, é certo que, para a decretação da apreensão ou do seqüestro dos bens, direitos e valores, deverão estar presentes indícios suficientes de que os mesmos possuem origem ilícita, considerada esta, como aquela que provém de ganhos obtidos com uma das atividades delituosas previstas no art. 1º, incisos I a VIII, da Lei n. 9.613/98. Esta exegese se extrai da aplicação conjunta do art. 4º, *caput*, e seu § 2º, da Lei em análise, pois este último completa o *caput*, aduzindo que aqueles bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados em razão da presença dos indícios suficientes, só serão liberados quando restar comprovada a sua origem lícita, concluindo-se, portanto, que os indícios suficientes a que se refere, a disposição legal, dizem respeito à ilicitude da sua origem.

A primeira observação a ser feita, é que estes indícios aqui referidos não são aqueles que se tem como meio de prova no Código de Processo Penal, posto que, nessa fase, o juiz não estará ainda a encerrar uma valoração definitiva sobre a existência do crime e sua autoria. Trata-se tão-somente de um juízo provisório, calcado na probabilidade de que os bens, direitos, e valores, possam derivar de uma das atividades ilícitas anteriores de que trata o art. 1º incisos I a VIII. O Ministério Público, a polícia e os demais órgãos administrativos de persecução não penal ou que auxiliem na investigação, tais como o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, Receita

²² “Art. 4º. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos crimes previstos nesta Lei, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.”

²³ Utilizaremos, para estar fiéis ao texto legal, nesse estudo, o termo “acusado”, independentemente da fase em que se encontre o processo.

Federal ou Banco Central, é que estarão incumbidos de reunir e levar ao juiz estes indícios plausíveis da origem ilícita dos bens.

Nesta fase e para a decretação da apreensão e do seqüestro, não se estará a examinar a prova do crime e sua autoria, mas sim os elementos que demonstrem a probabilidade de que o “acusado” (investigado ou acusado propriamente dito), tenha tido contato com uma das atividades delituosas descritas nos incisos I a VIII do art. 1º da Lei n. 9.613/98, e que apresente, em seu poder ou em seu nome, uma quantidade de bens, direitos e valores, que não sejam compatíveis com uma fonte lícita de rendimentos, à vista de uma primeira análise das condições pessoais e profissionais do mesmo.

Feita a apreensão ou realizado o seqüestro, já agora segundo o procedimento dos artigos 125 a 144 do CPP, a liberação dos bens, direitos e valores só ocorrerá em duas circunstâncias: se não for iniciada a ação penal no prazo de 120 dias a contar da conclusão da diligência ou se ficar comprovada a licitude da origem dos bens, procedimento que tem como pressuposto de admissibilidade o comparecimento pessoal do “acusado”.

Mesmo no caso da exigência da comprovação da licitude da origem dos bens, não cabe cogitar de inversão do ônus da prova a cargo do “acusado”, visto não se tratar de prova sobre a existência do crime e sua autoria, mas sim sobre a origem dos bens apreendidos ou seqüestrados.

No caso, se está diante de um procedimento que não é novo na nossa sistemática processual, e já existente no Código de Processo Penal - Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 – que não só foi recepcionado pela Constituição de 1988 nessa matéria, como ainda foi por ela reforçado. Afinal, as medidas de natureza cautelar, constritivas de bens, não violam o princípio constitucional da presunção de inocência e nenhum outro, na medida em que a nossa Magna Carta também assegura, como direito fundamental das vítimas de delitos e da sociedade, a efetivação da indenização decorrente de atos ilícitos e a perda do proveito do crime como medida de prevenção, respectivamente (art. 5º, XLV da CF), como corolário de uma série de outros direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição, como o direito à vida, à propriedade, à honra etc., e que só poderão ser restabelecidos concretamente, como garantido em sede constitucional, se o Estado tiver mecanismos capazes de reservar, no curso do processo penal, o substrato para essa reparação e prevenção.

Assim, as coisas apreendidas ou seqüestradas no processo penal, por restarem demonstrados indícios de origem ilícita, devem ficar atreladas a ele até que se solucione, definitivamente, a questão principal ligada à prática do delito e sua autoria (artigos 118, 130, parágrafo único e 133 do CPP).

Quando não houver nenhuma dúvida sobre a origem, posse e propriedade lícitas das coisas, estas poderão ser restituídas ao requerente (art. 120 do CPP). Mas, uma vez demonstrado por aquelas autoridades da persecução, que as coisas apresentam plausível origem ilícita, qualquer alegação do “acusado” em sentido contrário, de modo a reivindicar a restituição das mesmas ou levantamento do seqüestro deverá ser autuada em apartado, estabelecendo-se um processo sumário perante o juiz criminal²⁴, no qual caberá àquele que requer a liberação dos bens, demonstrar a procedência das razões de seu pleito, como dispõe o art. 120, §§ 1º e 2º do CPP, no que tange às coisas móveis apreendidas (art. 240) ou seqüestradas (art. 132) e como também orienta o art. 130 do mesmo Estatuto, no que tange aos bens imóveis.

A questão versada no processo sumário de restituição de coisas ou de embargos traz o conhecimento sobre matéria distinta daquela que é objeto da ação penal, visto que aborda a legitimidade da posse ou propriedade dos bens, constituindo uma questão diversa daquela que trata da existência do crime e sua autoria, muito embora haja a prejudicialidade desta em relação àquela, porquanto o trânsito em julgado da ação penal deve ser obtido, para se decidir sobre o destino dos bens (art. 122 e art. 130, parágrafo único do CPP). Reforça essa tese, o fato de que, quando a dúvida versar sobre o direito de propriedade reivindicada por mais de uma pessoa, o juiz criminal remeterá as partes ao juízo cível, pelo menos na disciplina do art. 120, § 4º do CPP.

Por essa razão, quanto à prova da licitude da origem dos bens, para sua liberação no curso do processo penal, resta correto considerar que não se está diante, exatamente, de uma questão de inversão do ônus da prova sobre o mérito da ação penal, mas sim frente ao conhecimento específico das razões que deve o “acusado” apresentar para liberar bens que, num primeiro momento, foram apreendidos ou seqüestrados, porque as autoridades persecutórias indicaram ao juiz a plausibilidade de sua origem ilícita, visto que é nessas condições que ocorrem, a apreensão e o seqüestro previstos no art. 4º, *caput* da Lei n. 9.613/98. Não há inversão de ônus algum, posto que a norma prevê que, quem primeiro age para convencer o juiz, no limite da cautela, de que existem indícios suficientes da origem ilícita dos bens, são os próprios órgãos de persecução. Logo, se o “acusado” atua, no segundo momento, para convencer o juiz das razões da liberação dos bens, não há que cogitar de inversão alguma.

²⁴ EDUARDO ESPÍNOLA FILHO. Código de Processo Penal Anotado, volume II. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 4ª edição, p.364.

CONCLUSÃO

De tudo o que se procurou analisar com esse estudo, o que parece resultar demonstrado, é que apesar da introdução de regras novas, com o advento da Lei n. 9.613/98, a respeito da prova completa da prática do crime de lavagem de dinheiro, a partir da verificação da existência do crime antecedente (art. 2º, § 1º), e das que dispõem sobre a comprovação da licitude da origem dos bens apreendidos ou seqüestrados para a sua liberação (art. 4º, § 2º), em nada se alterou o sistema dogmático-jurídico que vige em nosso direito. Nenhuma violação aos princípios informadores do direito processual penal pátrio foi detectada na denominada “lei de lavagem de dinheiro”.

Ao contrário, o que se conclui, é a afirmação de que os ônus formal e material prosseguem distribuídos entre as partes do processo penal, da mesma forma como sempre estiveram. O tema apenas serviu de mote, para que deles se distinguisse o exercício do direito de defesa e as conseqüências derivadas das linhas estratégicas escolhidas pelo acusado e sua defesa técnica, e para o reforço da idéia, já inserida no próprio Código de Processo Penal, no art. 239, de que os indícios podem constituir um meio de prova segura e cabal a respeito de toda a imputação ou de parte dela, como sói acontecer com todos os demais meios de prova.

Quanto à liberação dos bens apreendidos ou seqüestrados diante da demonstração da licitude de sua origem, a cargo do “acusado”, é possível ter como certo que em se tratando de questão que depende do mérito da ação penal, com ela não se confunde, entretanto. O “acusado” apenas atua para convencer o juiz das razões para a liberação de seus bens, depois que este os apreendeu ou seqüestrou, porque os órgãos da persecução apresentaram, anteriormente, indícios suficientes da origem ilícita dos mesmos, conforme o art. 4º da Lei n. 9.613/98.

Luiz Antônio Soares - Desembargador Federal do TRF da 2ª Região

A sentença proferida pelo Juízo *a quo* julgou procedente a medida cautelar proposta em face da União Federal.

Nessa condição, sujeita-se ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeitos enquanto não confirmada por este Tribunal, consoante assim o dispõe o artigo 475, II, do Código de Processo Civil, *verbis*:

“Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; (omissis)”.

A sentença proferida em face da União, pois, somente produz efeitos após confirmação pelo tribunal competente.

Noutro dizer, *a contrario sensu*, a sentença proferida em face da União não produz efeitos enquanto não confirmada pela instância superior.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. REAJUSTE. VENCIMENTOS. URP DE ABRIL E MAIO DE 1988. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. APELAÇÃO. OFENSA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NECESSÁRIO. ARTIGO 475 CPC.

1. As decisões contrárias ao interesse da União, Estados e Municípios somente produzem efeitos depois de devidamente apreciadas e decididas pelo Tribunal, sendo obrigatório o reexame.

2. Inteligência do artigo 475 do Código de Processo Civil.

3. Recurso conhecido e provido”. (grifei).

(Resp 155075/DF, Relator(a) Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 19.06.2000 p. 214)

“Art. 475: Não é, portanto, exequível a sentença, neste caso, antes do reexame necessário” (RTRF 3ª Região 17/89).

“Art. 475: 20: Submetida a sentença, pelo juiz, ao duplo grau de jurisdição, são ineficazes os atos tendentes a sua liquidação antes do pronunciamento do Tribunal” (TFR 6ª Turma, Ag. 46.666-PR, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 17.10.85, p. 18.835).

O *decisum* proferido pelo d. Juízo da 4ª Vara Federal de Volta Redonda julgou procedente o pedido de utilização de apólice da dívida pública do início do século, para garantir futura compensação ou extinção do crédito tributário e previdenciário, determinando a lavratura do Termo de Caução respectivo.

Por força do duplo grau de jurisdição obrigatório, contudo, não produzirá efeitos enquanto não confirmada.

De outra parte, não há que se falar em obstáculo à execução provisória do julgado, consoante assim o sustentou o Juízo *a quo* na decisão que indeferiu o pedido de reconsideração (negando efeito suspensivo ao Recurso de Apelação interposto pela União Federal).

Ora, não há, nos casos preconizados pelo artigo 475 do Código de Processo Civil, execução provisória.

Nessa esteira, tratando-se de sentença de primeira instância inexecutável (provisoriamente), nada obsta seja o recurso recebido em ambos os efeitos.

Ademais, considerando o valor atribuído (pela agravada) à apólice, de R\$ 426.665,59 (quatrocentos e vinte e seis mil, seiscentos e sessenta e cinco reais e cinquenta e nove centavos), a atribuição de efeito suspensivo ao Recurso de Apelação tem a finalidade de evitar eventual lesão ao erário público, decorrente de utilização de títulos da dívida pública, como garantia de futura compensação em dívidas tributárias e previdenciárias, **com amparo em sentença passível de reforma.**

Nesse caso, o prejuízo ao erário seria de difícil reparação, na medida em que a agravada afirma (na peça exordial) estar passando por dificuldades financeiras.

O artigo 558 do Código de Processo Civil autoriza a concessão de efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto em face de sentença, quando houver possibilidade de lesão ao erário, *verbis*:

*“O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em **outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação**, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o*

pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

*Parágrafo único. **Aplicar-se-á o disposto neste artigo às hipóteses do art. 520**". (grifei).*

O artigo 520, inciso IV, do CPC, estabelece que a apelação será recebida no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que decidir o processo cautelar.

Dessa forma, consoante o parágrafo único do artigo 558 do CPC, a suspensão do cumprimento de decisão (até o pronunciamento definitivo da Turma ou Câmara) estende-se aos casos referidos pelo artigo 520 do CPC, inclusive quando houver decisão em processo cautelar.

Ademais, a questão em exame, objeto da resolução da lide, há de ser examinada "cum grano salis".

Aliás, em sentido contrário ao da tese desenvolvida na r. sentença recorrida, colaciono a fundamentação da decisão por mim proferida quando na titularidade da 2ª Vara Especializada da Seção Judiciária do Espírito Santo, nos autos do processo nº 95.0005294-6, *verbis*:

"Os títulos da dívida pública foram emitidos para a captação de recursos monetários, junto à coletividade, em face do propósito de se implementar obras públicas, no período entre 1902 e 1940, dentre as quais: a Estrada de Ferro Madeira –Mamoré, São Luiz – Caxias, Passo Fundo –Uruguai, Itaqui –São Borja, Estrada de Ferro Rio das Flores, Estrada de Ferro União Valenciana.

A propósito desse tema, consultando o site de notícias do STJ, pela Internet, E-mail: imprensa@stj.gov.br, observei a existência de notícia, segundo a qual o em. Presidente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça suspendeu a liminar que havia autorizado o pagamento de débitos tributários mediante o uso de títulos da dívida pública do período de 1902 a 1926, relativo à PET 1102 (decisão publicada no Diário da Justiça, Seção I, pág. 109, de 01/06/1999), sendo a notícia do teor seguinte:

"O Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, suspendeu a liminar do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que autorizou o pagamento de dívidas ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS com títulos da Dívida Pública emitidos no período de 1902 a 1926. A empresa Denise Indústria e Comércio de Artefatos de Couro e Plástico Ltda entrou com um pedido de autorização para efetuar o pagamento de dívidas perante o INSS utilizando Títulos da Dívida Agrária. A 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro acolheu o pedido da empresa concedendo liminar para que fosse efetuada a compensação dos títulos.

Mais 28 empresas foram beneficiadas com a decisão da primeira

instância, sendo que algumas, como a Panamericana S/A Indústrias Químicas e o Grupo Mesbla, ofereceram para o pagamento dos tributos apólices da dívida pública emitidas no período de 1902 a 1926. O INSS, então, entrou com ação no TRF da 2ª Região, pedindo, com base na Lei 8.437/92, a suspensão do julgamento de 1º grau.

Considerando que a decisão da 17ª Vara poderia causar grave lesão à ordem e à economia públicas, a Presidência do TRF acolheu o pedido do INSS. Mas, o relator do processo naquele Tribunal, Des. Ricardo Regueira, em julgamento monocrático, cassou a decisão da presidência daquele Tribunal e restabeleceu a sentença de 1º grau, concedendo liminar às empresas. Inconformado, o INSS recorreu ao STJ, alegando que essas liminares causariam um prejuízo de aproximadamente 100 milhões de reais.

Para o presidente do STJ, ministro Antônio de Pádua Ribeiro, os argumentos expendidos pelo INSS demonstram, claramente, inclusive com a extensão da liminar a outras empresas, que pretensões idênticas tendem a ser requeridas, o que causará, ainda, maior lesão à economia da autarquia.

Com a decisão do STJ, ficam suspensas as liminares que autorizavam o pagamento imediato pelas empresas dos débitos tributários junto ao INSS, utilizando para isso títulos da dívida pública do período de 1902 a 1926 – até que o mérito da questão seja julgado pelo TRF da 2ª Região”.

Não existe comprovação, inequívoca, da validade dos títulos da dívida pública em discussão.

A compensação tributária, segundo o art. 170 do CTN, envolvendo crédito tributário a ser compensado com crédito de outra natureza, somente pode ocorrer se houver prévia autorização legislativa, para tanto.

Não há certeza nem liquidez do suposto crédito, que decorria dos mencionados títulos da dívida pública.

A sustentação da prescrição dos títulos da dívida pública.

Os títulos (Apólices da Dívida Pública) foram emitidos entre 1902 e 1926, no valor de um conto de réis.

A emissão fora autorizada por Decretos editados naquela época. Os atos normativos, autorizadores da emissão das apólices, asseguravam juros remuneratórios de 5% (cinco por cento) ao ano.

Os Decretos autorizadores da emissão desses títulos prescreveram o termo inicial da amortização da dívida, que seria feita à razão de 0,5% (meio

por cento) ao ano. Esse termo inicial foi estabelecido a partir do término das obras, verbis:

“a partir daquele que se seguir ao da terminação das obras, sendo por meio de compra quando as apólices estiverem abaixo do par, e, por sorteio, quando estiverem ao par ou acima dele”.

Acontece que as obras, não obstante inicialmente planejadas, nunca foram levadas adiante. Noutro dizer, não ocorreu o termo inicial estabelecido para o início da amortização.

O Decreto-Lei nº 263, de 28/08/67, autorizou o resgate dos referidos Títulos da Dívida Pública Interna Fundada Federal, prescrevendo o seu art. 1º que o resgate do valor nominal integral ou residual desses títulos, acrescidos de juros vencidos, dar-se-ia no momento de sua efetivação. O referido Decreto-Lei nº 263/67 determinou que o prazo de apresentação dos citados títulos para resgate seria de 6 (seis) meses, contados da data do início da execução efetiva do serviço, data essa a ser divulgada em edital publicado pelo Banco Central da República do Brasil. Além disso, seu art. 12 prescreveu que o Conselho Monetário Nacional regulamentaria suas disposições dentro do prazo de 90 (noventa) dias, contados de sua publicação.

No dia 05/07/1968, o Banco Central do Brasil publicou edital fixando o prazo para resgate dos títulos, entre os dias 10/07/68 e 10/01/1969.

Em 30/12/1968 foi editado o Decreto-Lei nº 396, que alterou o referido prazo para 12 (doze) meses, verbis:

“Art. 1º - Fica alterado para doze meses o prazo estabelecido no art. 3º do Decreto-Lei nº 263, de 28 de Fevereiro de 1967, para apresentação dos títulos especificados em seu artigo 1º.”

A teor dessas disposições (Decretos-Leis nº 263/67 e 396/68), foi fixado o termo final de resgate dos títulos.

Assim, o termo inicial do prazo da prescrição foi fixado em 1969.

A prescrição, como se sabe, constitui instituto de direito, em virtude do qual, observadas certas circunstâncias, o titular de um direito subjetivo material perde o direito de ação, que nada mais é do que a capacidade defensiva do direito material.

Com isso, o direito subjetivo material se torna inexigível, porquanto perde-se o direito de ação, mediante a qual pode ser exercitada a defesa do direito, com o objetivo de rechaçar ou afastar qualquer ato que o viole.

É dentro dessa perspectiva que se diz que a prescrição corresponde à perda do direito de ação, em virtude da inércia de seu titular, que não o defende, em face de uma violação, no tempo previsto em lei para tanto.

Resulta dessa concepção que a configuração da prescrição tem por pressupostos:

a) a existência de um direito subjetivo material, que o seu titular possa efetivamente exercer;

b) o surgimento de uma situação contrária a esse direito, que consiste na respectiva violação do referido direito;

c) inércia do seu titular, que não se utiliza do direito de ação, enquanto método apropriado para a exercitação da capacidade defensiva do direito;

d) decurso do prazo previsto em lei, para a configuração da prescrição;

e) alegação da prescrição, pela pessoa em favor de quem a mesma se opera.

No caso, as apólices da dívida pública não possuíam data de vencimento.

Esse vencimento somente ocorreria quando fosse comunicado aos credores o término das obras financiadas.

Essas obras nunca foram realizadas, fato que torna impossível a ocorrência do termo inicial da amortização.

A impossibilidade de ocorrência do termo inicial da amortização, fez com que fossem editado os Decretos-Leis 263/67 e 396/68, fixando-se esse termo inicial da amortização; o qual coincide com o termo inicial da prescrição, na medida em que, em sendo exigível a obrigação e não sendo cumprida no tempo próprio, inicia-se a contagem do prazo da prescrição.

A existência do direito está comprovada pelas apólices da dívida pública.

A violação a esse direito decorre do não pagamento da amortização, a partir do vencimento da primeira parcela de 0,5% (meio por cento), a partir de 1969.

O art. 178, § 10, VI, do Código Civil determina que prescreve em 5 (cinco) anos a dívida passiva da União, bem assim como toda e qualquer ação contra a Fazenda Federal, devendo o prazo prescricional correr do ato ou fato do qual se originou a ação.

Anteriormente, o Decreto nº 857, de 12/11/51, prescrevia, no seu art. 1º, que a prescrição de 6 (seis) anos, posta em vigor pelo art. 20 da Lei de 30/11/1941, com referência ao capítulo 209 do Regimento da Fazenda, a respeito da dívida passiva da Nação, opera a completa desoneração da Fazenda Nacional do pagamento da dívida que incorre na mesma prescrição.

Mesmo antes de os governos republicanos emitirem tais apólices, a legislação brasileira já dispunha sobre a prescrição, em relação as ações contra Fazenda Pública, sem exceção de qualquer espécie.

Após o advento do Código Civil, o art. 1º do Decreto nº 20.910/32, determinou que prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem, as dívidas passivas da União, bem assim todo e qualquer direito e ação contra a Fazenda Nacional, seja qual for a sua natureza.

Com efeito, dentro dessa perspectiva e considerando-se o início do prazo de prescrição acima assinalado, em tese, entendo que ocorreu a prescrição, em relação aos títulos da dívida pública referidos.

Por outro lado, sustenta-se que os Decretos-Leis nº 263/67 e 396/68 são inconstitucionais, porque não dispõem sobre direito financeiro (maltratando o art. 58, item II, da Constituição de 1967) e delegaram a regulamentação de suas matérias, tanto ao Conselho Monetário Nacional, quanto ao BACEN (violando o art. 83, II, da Constituição de 1967).

Matéria Financeira, na lição do Min. José Celso de Mello Filho, in Constituição Federal Anotada, verbis:

“Matéria Financeira é tudo que se refere à obtenção (receita), administração (gestão) e aplicação (despesas) de recursos patrimoniais destinados à consecução dos fins do Estado. V. Revista de Informação Legislativa 60:5, onde há ampla discussão sobre o conceito e o conteúdo da expressão matéria financeira. A locução constitucional matéria financeira abrange: a) receita e despesa; b) tributos; c) gestão de recursos patrimoniais; d) orçamento; e) empréstimos e operações de crédito; f) dívida pública; g) distribuição de rendas; h) contribuições parafiscais ou especiais.”

Quanto à questão da violação do art. 83, II, da CF de 1967, vale transcrever trecho da manifestação da União Federal, nos autos do Agravo de Instrumento nº 99.02.25115-3, em que figura como Agravante a União Federal e como Agravados: Luiz Carlos Bacelar Leão e Outros:

“Ainda sobre a constitucionalidade e a eficácia do Decreto-Lei nº 263 (a questão da competência regulamentar), também não podem prosperar as outras increpações lançadas contra o Decreto-Lei nº 263/67, no sentido de que seria inconstitucional por haver delegado a regulamentação das matérias (fixação das condições e prazos de resgate e prescrição dos títulos) ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central do Brasil (art. 12 do Decreto-lei nº 263/67), quando a Constituição mantinha esta competência regulamentar exclusivamente nas mãos do Presidente da República (art. 83, II, da Constituição de 1967).

O raciocínio é falso. O que era necessário para que o Decreto-Lei atuasse na ordem jurídica não era um regulamento. Necessitava-se, sim, de atos de execução, mas não de norma regulamentar. Realmente, o ato em si de chamar os credores a receber o que lhes é devido, nada tem de legislativo, nem de regulamentar. É ato administrativo em relação obrigacional do Estado.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, tratando de assunto similar, deixou patente que nem toda atividade administrativa com vista a operacionalizar o comando legal dever ser considerada regulamentar:

“Impõe-se, ainda, distinguir a delegação de poderes ao executivo, para fazer leis, com a delegação de poderes para apreciar fatos e determinar o estado de coisa, de que dependem, nos termos estatuídos pela própria lei, para a sua eficácia, mesmo quando age com discricção na verificação desses fatos.

Assim, o Legislativo, ao instituir o tabelamento de preços de mercadoria, pode incumbir ao executivo fixar a tabela dos preços de mercadorias, pode incumbir ao executivo fixar a tabela dos preços máximos das utilidades.” (in “Princípios Gerais de direito Administrativo”, vol. I, Forense, 1969)

Ruy Cirne Lima, o clássico dos clássicos, no seu “Sistema de Direito Administrativo Brasileiro”, deixa expresso, com bastante clareza, o mesmo entendimento a respeito do assunto: “A Constituição confere ao Presidente da República competência privativa para expedir decretos e regulamentos destinados à execução das leis federais (art. 87)”.

Essa competência não abrange, porém – diga-se de passagem – todas as normas destinadas à execução das leis federais, apenas, os regulamentos. Convém recordar a observação, a propósito de Pimenta Bueno: - “Em todos os graus da hierarquia administrativa, os respectivos depositários do poder têm a necessidade e o encargo, dentro das condições e limites legais, de tomar as medidas necessárias, as que são reclamadas para que a lei, cuja guarda lhes é confiada, sejam cumpridas e observadas.”

É bem verdade que desassisada interpretação literal diria que o Decreto-lei nº 263/67 cuida expressamente de regulamento, e não de atos de execução. Ora, a interpretação literal é, seguramente, o menos acatada, quando isoladamente considerado, de todos os métodos admitidos pela chamada hermenêutica tradicional. O saudoso mestre Geraldo Ataliba versou matéria idêntica: o art. 28 da Lei nº 4.284 dispôs que o Conselho do IPC (Instituto de Previdência dos Congressistas) baixaria o seu regulamento.

Essa é exatamente a mesma situação de que se cogita no Decreto-lei em discussão, com a diferença apenas no sentido de que autorizado a

regulamentar a matéria foi o Conselho Monetário Nacional. Ainda que longa, vale transcrever a lição do mestre àquele azo: “O art. 28 da Lei nº 4.284 usa expressão infeliz e equívoca, ao dispor que o Conselho do IPC “baixaria” o seu “regulamento”.

Esta impropriedade de expressão aliás irrelevante – foi corrigida, ulteriormente, pela Lei nº 4.937 que, no seu art. 17, usou, com rigor e propriedade, a locução: “baixará as normas necessárias à exata aplicação desta lei.”

Na verdade, a regulamentação, feita pelo Presidente da República – na forma do art. 83, nº II, da Constituição – é a mais solene forma de exercício de uma atividade que todo órgão público deve, em maior ou menor medida, praticar.

Muitas normas jurídicas carecem de especificação e minudência, a ser providenciada por normas de grau inferior. Por isso, sem violar a competência presidencial via de consequência a Constituição Federal – os Ministros de Estado podem “expedir instrução para execução das leis”(art. 876, II), bem como dos “decretos regulamentares”. (idem).

Os chefes de serviços podem expedir portarias e ordens de serviço. As Autarquias baixam resoluções e instruções, as comissões baixam instruções etc.

Tais “regulamentos” “*lato sensu*”, são diariamente expedidos pelo Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica, pelo Banco Central, pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Instituto Nacional, pelo Instituto Brasileiro do Café etc.

Embora consistam estas normas em regulamentação de lei, não ferem ou violam a competência presidencial de que cuida o art. 83, II, da Constituição. É que, como ensina Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, não é todo e qualquer feito que pode ser regulamentado pelo Presidente da República. Seu poder regulamentar não é ilimitado ou condicionado. Pelo contrário. O Presidente da República só pode regulamentar as leis cuja execução lhe incumbia. Mas é óbvio também que “não pode o Presidente da República regulamentar as leis, decretos, e resoluções que não lhe cabe executar (Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1946, Tomo III, pág. 124).

Nas hipótese de consagração do princípio do “*self government*”(corporações profissionais) ou caso de órgãos disciplinares (Banco Central, Conselho Nacional da Moeda e do Crédito, SUNAB) ou reguladores da economia (Instituto Brasileiro do Café, Instituto do Açúcar e do Alcool) a regulamentação não é exercida pelo chefe do Executivo, mas pelos órgãos de direção da entidade ou pessoa criada pela Lei”. (in “Poder Regulamentar “, in Revista de Direito Público, 12, págs. 86/87).

No mesmo sentido do magistério de Diógenes Gasparini:

“(...) torna-se necessário saber se a lei, o ato infraconstitucional, pode atribuir a outro órgão ou pessoa tal atribuição inicial dos processos de execução das leis...

A atribuição regulamentar, como vimos, é privativa do Presidente da República e indelegável por força de interpretação que se extrai do disposto no parágrafo único do art. 81 da Constituição.

Por outro lado não poderia delegar a alguém atribuição que não estivesse elencada como sua. O legislativo não detém por tradição, direito costumeiro ou constitucional, qualquer competência para regulamentar leis, e isto o impede de delegar...

Os atos normativos baixados ante ou com apoio em tais autorizações não seriam, em sentido estrito, regulamentos. Seriam, na verdade, regimentos, estatutos ou instruções, que no caso consubstanciam atos infra-regulamentares. Tais regulamentos, lato sensu, são diariamente expedidos pelo Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica, pelo Banco Central do Brasil, pelo Conselho Monetário Nacional (...) “(in “Poder Regulamentar”, São Paulo Bushatsky, 1978, págs. 202).

Já se disse, como amparo na melhor doutrina, que, a rigor, de regulamento não necessitava o Decreto-lei nº 263, e possuía suficiente densidade normativa (lei self enforcing). Necessitava, sim, de atos de execução. Tais atos, é sabido, tiveram sua regência condensada na Resolução nº 65, que o Banco Central do Brasil fez publicar.

A respeito disso, foi dito no chamado Parecer Junqueira que não houve publicação de regulamento exarado pelo Conselho Monetário Nacional como condição de vigência do Decreto-lei nº 263/67.

Vale fazer uma digressão, aqui, para lembrar que já se fez referência ao magistério do eminente ministro Celso de Mello, no sentido de que a “ausência de regulamento obsta a execução da lei, na parte em que esta depender de regulamentação”, como é o caso presente, não há cogitar de ausência de eficácia da lei.

Em síntese, fica evidente que os Decretos-Leis nº 263/67 e 396/68 não padecem de qualquer vício, a uma porque se mantiveram nos lindes da autorização constitucional quando cuidaram de prescrição sobre matéria financeira, a duas porque a prescrição estabelecida veio incidir sobre pretensões futuras, e não sobre pretensões pretéritas ou pendentes de exercício. Saliente-se, ainda que, se incidissem sobre facta pendentia, a jurisprudência do Excelso STF é pacífica (sumulada) do sentido de que leis que estabelecem prazos prescricionais incidem sobre prazos em curso,

ressalvada a hipótese de haver sido proposta a ação, além do que os atos de execução necessários à implementação da lei foram regularmente praticados pelo Conselho Monetário Nacional e publicados pelo Banco Central do Brasil. O Decreto-Lei, em relação às obrigações decorrentes dos títulos, não ficou nem poderia ficar – à mercê do regulamento.

Não bastassem esses argumentos, a verificação das verba legis seria capaz de demonstrar que o Decreto-lei nº 263/67, no que respeita ao resgate dos títulos em questão, possuía suficiente coeficiente de normatividade.

Com efeito, o art. 1º autorizava o Poder Executivo a proceder ao resgate dos títulos pelo valor nominal integral ou residual acrescidos de juros, dos títulos sem cláusula de correção monetária, o que era o caso. O art. 2º disciplinava o tratamento a ser dispensado aos títulos que estivessem gravados ou vinculados, isto é, aos títulos que, por disposição de vontade das partes ou por qualquer determinação judicial, não pudessem ter o resultado do resgate simplesmente entregue ao titular da cártula já que comprometido com outra finalidade. O art. 3º disciplinava o prazo dentro do qual os títulos seriam apresentados a resgate, a forma da convocação (edital publicado pelo Banco Central do Brasil) e estabelecia a prescrição.

Nada ficou pendente, nada restou para o regulamento. Nada há, portanto, que autorize o entendimento da autora de que os Decretos-lei nº 263/67 e 396/68 “são indiscutivelmente inconstitucionais, de nenhum valor jurídico”.

A leitura dos instrumentos normativos acima mencionados e suas complementações por atos administrativos, conduzem à conclusão, em princípio, de que a União Federal, efetivamente, fixou o termo inicial do pagamento das parcelas de amortização da dívida de dinheiro representadas nas Apólices da Dívida Pública em exame.

Com efeito, dado o não pagamento da dívida como estabelecido, passou a fluir, em tese, o prazo prescricional.

Ademais, a União Federal fixou prazo para a apresentação dos títulos para fins de resgate. Esse fato leva ao entendimento de que a devedora comunicou aos credores que a não apresentação dos títulos importaria no não pagamento da dívida.

Tudo isso foi feito mediante instrumentos normativos, sendo portanto fatos públicos e notórios, que independem de prova.

Nessa mesma linha de raciocínio, o que se compreende é que a União Federal comunicou publicamente aos credores que não pagaria os títulos que não fossem apresentados para resgate, no tempo fixado (1969).

Com isso, em face da não apresentação dos títulos, em princípio, iniciou-se a contagem do prazo de prescrição das apólices da dívida pública.

A sustentação no sentido de que os Decretos-lei nºs. 263/67 e 396/68 estão contaminados pelo vício da inconstitucionalidade.

Mesmo que se considere como inconstitucionais os referidos instrumentos normativos, Decretos-Leis nºs. 263/67 e 396/68, não se pode fugir, em linha de princípio, da conclusão de que os mesmos representam manifestações públicas, da parte da União Federal, proferidas nos anos de 1967 e 1968, dispondo sobre o termo final da apresentação dos títulos para resgate.

Daí resulta que foi criada uma situação de violação dos direitos dos titulares dos já mencionados títulos, iniciando-se, em tese, o curso do respectivo prazo prescricional.

A chamada “violação do direito”, enquanto surgimento de situação contrária a esse direito, na verdade, mesmo sendo inconstitucional, constitui uma situação de fato que gera para o titular do direito violado o chamado direito de ação.

O direito de ação constitui justamente o poder de se invocar a jurisdição que nada mais é do que o pedido de atuação do Órgão Jurisdicional para afastar ou rechaçar a violação ao direito, compondo o conflito intersubjetivo de interesse.

Ora, se publicamente a União Federal expressou, mesmo em ato normativo, a sua vontade de não reconhecer os títulos que não fossem tempestivamente apresentados para o resgate, no ano de 1969 começou a fluir o prazo para os titulares do direito inerentes às apólices das dívidas pública em exame ingressarem com as respectivas ações.

Essa conclusão é reforçada pelo fato de que naquela época, isto é, decorrido quase meio século da emissão dos títulos, as obras cuja a conclusão representaria o termo inicial do pagamento, sequer haviam sido iniciadas.

Desse modo, não se pode deixar de considerar como da maior relevância a prescrição. Entretanto, deixo para decidir sobre a questão por ocasião da sentença.

A falta de liquidez nos títulos representados pelas apólices da dívida pública.

Os atos normativos que autorizavam a emissão das apólices asseguraram apenas juros remuneratórios de 5% (cinco por cento) ao ano.

Nessas condições, esses atos normativos autorizados da emissão dos títulos da dívida pública não dispuseram sobre a questão da incidência da correção monetária.

A dívida representada pelos títulos (apólices da dívida pública) constitui dívida de dinheiro.

O Brasil adotou, como política monetária, o curso forçado do dinheiro.

O curso forçado da moeda circulante, que consiste na fixação de um único e certo padrão monetário, no nosso país, é representado pelo valor nominal do dinheiro, hoje, oficialmente o real.

Para garantir a subsistência dessa política pública (política monetária) temos expressivos diplomas legais editados.

O Decreto-Lei nº 857, de 1969, que substituiu o Decreto nº 23.501/33, em seu art. 1º prescreveu que:

“São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, exeqüíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por qualquer forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro”.

O Professor Caio Mário da Silva Pereira, nas suas Instituições de Direito Civil, vol. I, tratando da “prestação pecuniária”, depois de definir a chamada cláusula monetária, doutrina que a sua utilização deve ser orientada pelo princípio da estrita legalidade, na medida em que importa em se restringir o curso legal do dinheiro, isto é, o seu uso afeta o valor nominal da moeda circulante. Nessa mesma obra, o Emérito Professor apresenta um rol de normas legais (instrumentos normativos) que, excepcionalmente, autorizam a indexação do valor nominal do título.

Neste elenco de normas especiais que, excepcionalmente, autorizam a indexação das dívidas, não se encontra nenhuma norma especial autorizando a indexação das apólices da dívida pública de que trata o presente processo.

A partir da concepção de que a lei geral vigora de par com a especial, não a revogando, tem-se que a lei geral proíbe a indexação dos débitos de um modo geral, em nome da subsistência da política monetária e, ainda, convive com as leis especiais que autorizam a indexação de certas e determinadas dívidas. Essas certas e determinadas dívidas constituem o chamado “elemento especializante” que atrai a incidência da lei especial.

O certo é que não há esclarecimentos, nos autos, sobre a autorização legal para a incidência da correção monetária que foi aplicada na chamada “avaliação financeira apresentada pela Fundação Getúlio Vargas”.

O fundamento legal em que a Fundação Getúlio Vargas se baseou para promover a indexação seria importante porque os títulos da dívida pública

em exame apenas asseguram a incidência de juros remuneratórios, fixando-os em 5% ao ano, nada dispondo sobre indexação.

Por outro lado, apenas para argumentar, vale dizer que as Súmulas nºs. 490 e 562 do Colendo Supremo Tribunal Federal não podem ser aplicados, no caso, porquanto seus enunciados apenas se referem a dívidas de valor. Aliás, na elaboração da última, para qual concorreu, decisivamente, o eminente Ministro ALIOMAR BALEEIRO, de saudosa memória, fixou-se com perfeita nitidez a exata diferenciação entre dívida de valor e dívida de dinheiro.

Não se confere, portanto, correção monetária na ausência de previsão legal expressa para tanto, porque a indexação constitui modalidade típica de se estabelecer restrição ao valor nominal da moeda circulante.

Nessas condições, diante de um tema tão importante e palpitante, não se pode aceitar, em princípio, sem melhores fundamentos, a indexação levada a efeito pela Fundação Getúlio Vargas.

Isso tudo, em princípio, torna ilíquido o título (apólices da dívida pública).

No caso, o valor do crédito não pode ser considerado líquido, na medida em que, em princípio, não se aplica a esse crédito, dentro da concepção jurídica do valor nominal do dinheiro (curso forçado - Decreto-Lei nº 857/69). A chamada cláusula de correção monetária, por configurar método de se restringir o valor nominal da moeda circulante, somente pode ser aplicada nos casos em que houver autorização legal para tanto.

Posto isso, INDEFIRO O PEDIDO DO EXECUTADO."

O egrégio Superior Tribunal de Justiça, acerca do assunto, no julgamento do Resp nº 678110/SC (2004/0079961-8), de que foi relator o em. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ de 21.03.2005. assim decidiu:

"EMENTA. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APÓLICES DA DÍVIDA PÚBLICA EMITIDAS NO INÍCIO DO SÉCULO XX. RESGATE. PRAZO PRESCRICIONAL.

1. Tratam os autos de Ação Declaratória de Vencimento Antecipado de Título ajuizada por Mario Sergio Assayag e S/M em face da União Federal e do Banco Sudameris Brasil S/A objetivando a declaração do vencimento antecipado de apólice da dívida pública (emitida em 1922), bem como a condenação dos réus ao pagamento de seu valor integralmente atualizado, acrescido dos demais consectários legais. O juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido. Apelaram os autores, tendo o TRF/4ª Região negado provimento ao apelo ao reconhecer a ocorrência do transcurso prescricional. Insistindo pela via especial, aduzem os recorrentes, além de dissídio jurisprudencial, contrariedade dos arts. 114 e 170 do CC.

Contra-razões defendendo a ausência de prequestionamento do § 3º do art. 30 da MP 1238, de 14/12/95, e, no mérito, a fixação do entendimento exarado pelo Tribunal a quo.

2. Títulos da dívida pública emitidos em 1922. DLs nºs 263/64 e 396/68. Interpretação.

3. **Resgate não ocorrido em tempo oportuno. Prescrição reconhecida.**

4. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido”. (grifei).

Permito-me, por oportuno, transcrever o inteiro teor desse julgado:

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (RELATOR): O presente recurso merece ser conhecido, parcialmente, pela alínea “a”.

Pela alínea “c” não oferece condições de prosperar tendo em vista a indicação de uma sentença (fl. 355) como paradigma, o que é totalmente descabido conforme os ditames constitucionais (art. 105, III, “c”).

Passo ao exame das demais questões.

As questões jurídicas envolvendo os Títulos da Dívida Pública emitidos pelo Governo Brasileiro no período de 1902 a 1941 tem gerado controvérsias que estão a exigir estável comportamento jurisprudencial.

Cuida-se, no recurso em debate, unicamente, do aspecto prescricional.

No particular, reconheço como corretos os fundamentos desenvolvidos pelo acórdão recorrido e a conclusão a que chegou. Transcrevo, por essa razão, o seu inteiro teor (fls. 344/345):

Documento: 1561911 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site Certificado Página 3 de 11

“A questão central posta no recurso diz com o direito ao resgate dos créditos oriundos dos Títulos da Dívida Pública, emitidos pelo governo brasileiro no período entre 1902 e 1941.

Originariamente, as apólices, emitidas no início do século passado, foram implementadas por meio da edição de decretos-lei, visando à captação de recursos para o desenvolvimento de programas de obras públicas, assegurando aos seus portadores, credores da União, juros remuneratórios anuais de 5% a.a., bem como amortização na razão de 0,5% ao ano. O direito à amortização anual ficou vinculado ao término das obras. Todavia, sabe-se que algumas destas obras jamais foram iniciadas, razão pela qual o governo editou o Decreto-Lei n. 263, em 28.08.67, autorizando o resgate dos créditos originários das apólices no prazo de seis meses, a contar da sua publicação.

No final do ano de 1968, o governo alterou o prazo para doze

meses, por meio da edição de novo Decreto-Lei (n. 396, de 30 de dezembro). A matéria já foi objeto de inúmeros pareceres, assinados por respeitáveis juristas, que convergem argumentos no sentido de atribuir liquidez e eficácia aos Títulos da Dívida Pública. Dos argumentos mais utilizados para sustentar tal entendimento, considerando o longo tempo transcorrido, destaca-se: a inconstitucionalidade dos decretos-leis, por versarem sobre prescrição - matéria de direito processual -, bem como pela delegação, ao Conselho Monetário Nacional, do poder de legislar sobre matéria financeira, que era de competência exclusiva do Presidente da República, conforme previa a Constituição de 1967; a pendência de condição suspensiva - falta de comunicação acerca do término das obras financiadas -, que acarretaria o vencimento dos títulos e afastaria a prescrição, conforme dispõe os arts. 120 e 170 do CCB; a inocorrência da prescrição quinquenal prevista na Lei n. 4.069/62, porque editada em momento muito além da data de emissão das apólices.

A questão fundamental, relativa à inconstitucionalidade do Decreto-Lei n. 263/67, foi devidamente enfrentada no Seminário “Apólices da Dívida Pública Emitidas no Início do Século”, promovido pela Procuradoria da Fazenda Nacional, com apoio do Banco Central do Brasil, em Brasília, 14 de dezembro de 1998. Das conclusões obtidas, destaca-se:

“Os Decretos-lei n. 263, de 28-2-67 e n. 396, de 30-12-68, foram editados quando já vigia a Constituição promulgada em 24-1-67, de modo que o Presidente da República o fez sob a invocação expressa da atribuição a ele conferida pelo art. 9º do Ato Institucional n. 4, de 7 de dezembro de 1966.(..) O Ato Institucional n. 4 - sendo como os demais baixados à época manifestação do poder constituinte originário - foi editado com o propósito de regular a elaboração do novo texto constitucional, definindo a convocação extraordinária do Congresso Nacional, no período de 12-12-66 a 24-1-67 (ou seja, por 1 mês e 12 dias), para discutir, votar e promulgar o projeto de constituição apresentado ao Presidente da República. (..) Conclui-se, então, adequada a invocação do § 2º do retrocitado artigo 9º do Ato Institucional n. 4/66 como fundamento da validade do Decreto-Lei n. 263, de 28-2-67.”

Ainda sobre a competência regulamentar delegada para fim de edição do Decreto-lei n. 263/67, trago à colação o parecer exarado pelo então Coordenador-Geral de Assuntos Jurídicos Diversos da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, assinada por Jorge Amaury Maia Nunes, verbis:

“Também não podem prosperar as outras increpações lançadas contra o Decreto-Lei n. 263/67, no sentido de que seria

inconstitucional por haver delegado a regulamentação das matérias (fixação das condições a prazos de resgate e prescrição dos títulos) ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central do Brasil (art. 12 do Decreto-Lei n. 263/67), quando a Constituição mantinha esta competência regulamentar exclusivamente nas mãos do Presidente da República (art. 83, II, da Constituição de 1967). O raciocínio é falso. O que era necessário para que o Decreto-Lei atuasse na ordem jurídica não era um regulamento. Necessitava-se, sim, de atos de execução, mas não só de norma regulamentar. Realmente, o ato em si de chamar os credores a receber o que lhes é devido, nada tem de legislativo, nem de regulamentar. É ato administrativo puro, que visa a pôr termo a uma relação obrigacional do Estado.”

Em assim sendo, não subsistem os argumentos de que o Decreto-Lei n. 263/67 necessitaria de regulamentação específica, uma vez que o seu objeto foi devidamente individuado, normatizado e publicado, atendendo a todos os critérios para o cumprimento de sua finalidade, qual seja o retorno do capital investido pelos credores na sua integralidade, constituindo os elementos essenciais a sua validade, exigidos de qualquer ato administrativo.

No tocante às alegações de persistir condição suspensiva, traduzida na ausência de comunicação do término das obras públicas vinculadas à emissão do títulos, esta não ampara a tese dos Apelantes. O governo, com a edição do Decreto-lei nº 263/67, alterado pelo Decreto-lei n. 396/68, estabeleceu vencimento único para o resgate dos créditos estabelecidos, cujo teor foi devidamente publicado no DJU, em 30/12/68, garantindo a eficácia do permissivo legal. A respeito disso, conclui-se que a própria Administração Pública reconheceu a impossibilidade de cumprir o que foi inicialmente proposto, superando a questão inicial com o chamamento dos credores a proceder o resgate, e, conseqüentemente, afastando qualquer condição. Pelo que, não se aplicam ao caso em tela o disposto nos arts. 115, 120 e 170, todos do Código Civil.

Quanto às alegações de que o direito ao resgate não teria sido atingido pela prescrição, não prosperam. Ainda que inexistissem dispositivos legais que indicassem os prazos prescricionais para as cobranças dos créditos pleiteados, o direito buscado não encontra amparo legal. A inércia do credor restou devidamente configurada, tendo a Parte Autora perdido a última oportunidade de resgatar os créditos, em 1968, isto é, há mais de trinta anos, ultrapassando os prazos decadencial e prescricional previstos em lei. Ademais, considerando que os títulos foram emitidos no início do século passado, não se pode constatar de plano os atributos de liquidez e

certeza, imprescindíveis para lhes conferir força executiva.

Na esteira desse entendimento, destaco precedentes desta Corte, assim ementados:

‘EXECUÇÃO. TÍTULO DA DÍVIDA PÚBLICA. CERTEZA E LIQUIDEZ

Os títulos da dívida pública do início do século não se prestam a garantir execução, haja vista não se revestirem de liquidez. (grifo próprio) (AC n. 2000.04.01.101584-6/RS, 3ª Turma, Rel.: Juiz Teori Albino Zavascki, DJU, 14.03.01).

“PROCESSO CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. CONCESSÃO. IMPOSSIBILIDADE. RESGATE TÍTULO DA DÍVIDA PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. PRESCRIÇÃO. LAPSO TEMPORAL.

A possibilidade de o título estar prescrito, tendo em vista o grande lapso temporal existente entre a data da sua emissão e o pretenso resgate, é fato impeditivo para a concessão do efeito suspensivo ativo. A liquidez do título é questão que depende de ampla dilação probatória, fato que por si só desautoriza a concessão de tutela. Inexiste prejuízo de dano irreparável ou de difícil reparação, tendo em vista que os títulos que os agravantes pretendem resgatar datam de 1902 e 1940.’ (AC n. 1999.04.01.110599-5/PR 3ª Turma, Rel.: Juíza Luíza Dias Cassales, DJU, 16.02.00)

Efetivamente não existe dispositivo legal, no ordenamento jurídico pátrio, ue ampare a pretensão veiculada nestes autos.

Pelo exposto, nego provimento ao apelo.”

Adoto, para decidir, as razões acima anotadas. Realmente, existe a prescrição. O fato sublimado de que os Decretos-leis 263/67 e 396/68 são inconstitucionais não podem ser examinados em 1recurso especial. É tema que deverá ser abordado em sede de recurso extraordinário.

Não se pode deixar sem reconhecimento que a emissão de títulos da dívida pública é um negócio jurídico sujeito a prazos e, conseqüentemente, a efeitos prescricionais.

A tese da imprescritibilidade, embora tenha encontrado eco na doutrina, não se harmoniza com as regras do nosso ordenamento jurídico.

Ganha repercussão nos debates sobre o tema a bem elaborada decisão de fls. 309/316, da lavra do Juiz Federal Cláudio Marcelo Schiessi, cujo teor transcrevo:

“É de todos sabido o notável comércio de apólices da dívida pública emitidas no início do século XX, geralmente inaptas ao resgate, adquiridas com deságio e oferecidas pelo valor nominal. Tomo como base para julgamento o excelente acórdão da lavra do eminente Des. Wellington Mendes de Almeida (AC n. 2001.04.01.005817-9, julgado recentemente em 05.09.02),

fazendo uso de trechos de sua fundamentação, sem grifá-los como citação, pois já dado aqui o crédito pelos fundamentos aproveitados do julgamento de nossa Corte Regional:

1. Com efeito, acham-se os títulos prescritos, e isto já bastaria para afastar também qualquer direito a recebimento, seja via precatório, ou direito a qualquer forma de utilização, quer como valor a ser compensado ou a ser utilizado como moeda de privatização.

Os títulos foram emitidos para de viabilizar a execução de obras públicas, mediante captação de recursos junto à população, com rendimentos de 5% de juros anuais e amortização a partir do término das obras que iriam custear. Foi fixado um termo inicial para o exercício do direito, que ocorreria no momento certo (e não incerto, não condicional) em que se verificasse a conclusão das obras, cujo acontecimento, à época, era certo.

Todavia, não foram concluídas as obras e, posteriormente, o Decreto-Lei nº 263/67 procurou resolver o problema, autorizando o resgate de títulos da dívida pública federal sem cláusula de correção monetária no prazo de seis meses, ao fim do qual a dívida seria considerada prescrita. Contudo, o DL n. 396/67, veio a lume aumentando em seis meses o prazo prescricional.

Modificou-se, destarte, o termo inicial para o resgate das apólices, em benefício dos possuidores, já que não precisariam mais aguardar o encerramento das obras, devendo-se apenas respeitar os prazos previstos nos Decretos-leis.

Já decidiu nosso Tribunal Regional:

“CIVIL. ADMINISTRATIVO. TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA. EMISSÃO ENTRE 1902 E 1941. RESGATE DE CRÉDITOS. PRESCRIÇÃO.

“O direito ao resgate dos créditos inscritos nos títulos sob exame foi constituído em 1968, com a edição do Decreto-Lei nº 396/68, a partir da prorrogação do prazo fixado no Decreto-Lei nº 263/67, de modo que não tendo o credor exercido o resgate em tempo oportuno, restam prescritos os créditos” (Apelação Cível nº 2000.04.01 .143017-5/PR, 4ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Juiz Edgard A. Lippmann Júnior. j. 24.04.2001, Publ. DJU 06.06.2001 p. 1679)

E mais:

“CIVIL. ADMINISTRATIVO. TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA. EMISSÃO ENTRE 1902 E 1941. RESGATE DE CRÉDITOS. PRESCRIÇÃO.

“O direito ao resgate dos créditos inscritos nos títulos sob exame foi constituído em 1968, com a edição do Decreto-Lei nº 396/68, a partir da prorrogação do prazo fixado no Decreto-Lei nº 263/67, de modo que não tendo o credor exercido o resgate em tempo oportuno, restam prescritos os créditos. (Apelação Cível nº

1999.71.08.009091-6/RS, 4ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Juiz Edgard A. Lippmann Júnior. j. 24.04.2001, Publ. DJU 06.06.2001 p. 1684)

2. Não há qualquer mácula de inconstitucionalidade nestes decretos-leis. A Constituição de 1967 permitia que a matéria relativa às finanças públicas fossem regulamentadas por tal espécie normativa e a jurisprudência vem decidindo que tal matéria se refere às finanças públicas.

Colhe-se de judicioso precedente:

“Na sistemática constitucional de 1967, o Decreto-Lei possuía um campo de incidência extremamente abrangente, o que permitia versasse sobre um grande número de matérias, sendo que, ao dispor sobre prazo para resgate de títulos da dívida pública, não há que se negar tenham os Decretos-Lei 263/67 e 396/68 versado sobre matéria financeira.

“Não se vislumbra a inconstitucionalidade do artigo 12 do Decreto-Lei 263/67, tendo em vista que não determinou a usurpação de competência do chefe do poder executivo no tocante à expedição de regulamentos, dado que o decreto supracitado mostra-se auto-executável. Prescindindo, portanto, de regulamentação” (Agravado de Instrumento nº 1999.03.00.048495-1/SP (00052191), 5ª Turma do TRF da 3ª Região, Relª. Juíza Suzana Camargo. j. 06.06.2000, DJU Data: 05.09.2000, p. 438).

3. Ainda importante salientar manifestação que adoto como razão de decidir as conclusões do Seminário “Apólices da Dívida Pública do início do Século”, promovido pela Procuradoria da Fazenda Nacional, em 1998, de onde se destaca, citado in RTRF-4ª. Região, 41/171), que ressalta a matéria relativa à prescrição bem como a desnecessidade de regulamentação dos citados decretos-leis por ato do Presidente da República:

“Também não podem prosperar as outras increpações lançadas contra o Decreto-lei n. 263/67, no sentido de que seria inconstitucional por haver delegado a regulamentação das matérias (fixação das condições a prazos de resgate e prescrição dos títulos) ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central do Brasil (art. 12 do Decreto-Lei n. 263/67), quando a Constituição mantinha esta competência regulamentar exclusivamente nas mãos do Presidente da República (art. 83, II, da Constituição de 1967). O raciocínio é falso. O que era necessário para que o Decreto-Lei atuasse na ordem jurídica não era um regulamento. Necessitava-se, sim, de atos de execução, mas não só de norma regulamentar. Realmente, o ato em si de chamar os credores a receber o que lhe é devido, nada tem de legislativo, nem de regulamentar. É ato

administrativo puro, que visa a pôr termo a uma relação obrigacional do Estado’.

“Em assim sendo, não subsistem os argumentos de que o Decreto-Lei n. 263/67 necessitaria de regulamentação específica, uma vez que o seu objeto foi devidamente individuado, normatizado e publicado, atendendo a todos os critérios para o cumprimento de sua finalidade, qual seja, o retorno do capital investido pelos credores na sua integralidade, constituindo os elementos essenciais a sua validade, exigidos de qualquer ato administrativo”.

Ademais, a redação do art. 13 contém impropriedade terminológica, apenas determinando que fossem editadas normas, em sentido amplo, que viabilizassem a sua aplicação prática, pela esfera de competência pertinente (no caso, o Conselho Monetário Nacional). Não se revela razoável determinar a edição de um regulamento, em sentido estrito, para expedir normas gerais de execução de um ato legislativo editado pelo próprio Presidente.

3.1. Desnecessária a edição de novo edital com a vinda a lume do Dec.-lei n. 396/68, pois tal decreto não inovou sobre a matéria, apenas prorrogou o prazo em curso, sendo suficiente o edital originário para que os interessados pudessem saber de seu direito de resgate dos títulos.

4. Muito embora se trate da emissão de títulos públicos, não há como reconhecer ofensa a direito adquirido ou a ato jurídico perfeito, posto que o direito imanente ao título era o de seu efetivo resgate, e esta oportunidade foi conferida. A contratação não é contestada, o que não há mais é o direito ao resgate pelo não exercício temporâneo. No presente caso, o que ocorreu foi o não exercício pelo titular do crédito de seu direito ao resgate nas épocas oportunas.

Inexiste direito adquirido ao resgate, porquanto a condição imposta pelo decreto de emissão não se concretizou - a conclusão das obras públicas. O Governo, ao editar os Decretos-Leis nº 263 e 396/67, reconheceu a dívida, porém, considerando que estes títulos não se amoldavam aos papéis que passaram a ser colocados no mercado, alterou o termo inicial para resgate, antecipando-o (beneficiando os credores, à toda evidência) e fixando prazo para que o possuidor da apólice o fizesse, sob pena de prescrição do título.

5. Também ressalto que o disposto no art. 6º da MP nº 1.238/95 não socorre a autora, porque o comando legal excetuou a hipótese vertente, sendo aceitos, para fins de pagamento de tributos, somente a Letra do Tesouro Nacional (LTN), a Letra Financeira do Tesouro (LFT) e a Nota do Tesouro Nacional (NTN), e não as indigitadas apólices da dívida pública. Sublinho, ainda, que o dispositivo da Medida Provisória nº 1.238/95 invocado pela autora não mais subsistiu nas sucessivas reedições, de molde que está

prejudicada a discussão sobre a repristinação destas apólices.

6. Juros e correção monetária:

Por não conter cláusula de correção monetária, paira fundada dúvida sobre a liquidez da apólice apresentada, grafada em contos de réis, no início do século. Não se pode avaliar o valor correspondente em moeda atual, porque, à época, não existia previsão legal de correção monetária. Não há critério seguro para se calcular o valor correspondente a um conto de réis, pois não é possível estabelecer a correlação entre os parâmetros usualmente utilizados para a aferição da variação do custo de vida, no decurso do início do século XX até a atualidade.

E de maneira mais simples, fulminando a pretensão, cediço é que os juros e correção monetária são acessórios do principal, montante este já prescrito e pelo mesmo caminho leva os acessórios.

6.1. Quanto a questão do anatocismo, discutem os autores questão isonômica dissociada da realidade. Reconhecem que, como credores têm direito a juros de 12% ao ano e querem impor a mesma taxa para seus débitos.

Além de se estar discutindo direito em tese, sem relacionar qualquer relação negocial entabulada, o que a meu ver já demonstra a falta de interesse de agir, no mérito não há mais dúvidas de que o regramento é diverso para créditos de pessoas físicas e de instituições financeiras, não estando estas limitadas ao percentual de 12% ao ano de juros, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, que pelo art. 192, § 3º, da Constituição Federal, que pela lei da usura. De qualquer prisma, o fundamento exposto na inicial é rejeitado.

7. A tutela antecipada foi denegada por não se admitir compensação tributária em sede liminar, e acrescento eu que o instituto da compensação tributária é regido pelos artigos 156 e 170 do CTN; o primeiro dispositivo qualifica a compensação como forma de extinção do crédito tributário, ao passo que o segundo determina que ela só pode ocorrer com base em autorização legal. A compensação, no âmbito tributário, é instituto diverso da compensação civil, que independe da convenção das partes e envolve somente créditos e débitos já vencidos. Submetidas às regras gerais do CTN as Leis nº 8.383/91, 9.069/95, 9.250/95 e 9.430/96, não se encontra em nenhum destes normativos legais autorização para que se efetue a compensação dos débitos tributários com o título da dívida pública que a autora detém.

A propósito, colaciono jurisprudência desta Corte:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. OFERECIMENTO DE APÓLICES DA DÍVIDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ.

1. Não merece prosperar pedido de compensação de débitos tributários, certos e exigíveis, com oferecimento de apólices da dívida pública, datadas do início do século, porquanto sua liquidez está seriamente afetada, seja pelo deságio destas apólices, seja pela ausência de sua cotação em bolsa, seja pela falta de iniciativa do Poder Executivo em resgatá-las, como autoriza o Decreto 613/67. (...).”(TRF 4ª Região, AI nº 1999.04.01.022149-5/RS, 1ª Turma, Rel. Juiz Relator José Luiz B. Germano da Silva, DJU 27/10/1999, p. 55)

8. Finalizando, transcrevo a ementa do citado julgado utilizado como referência para o presente julgamento, que em suma refuta a quase totalidade dos argumentos da autora:

“TRIBUTÁRIO. APÓLICES DA DÍVIDA PÚBLICA EMITIDAS NO INÍCIO DO SÉCULO XX. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE RESGATABILIDADE E LIQUIDEZ. COMPENSAÇÃO. DL Nº 263/67 E 396/67. CONSTITUCIONALIDADE.

“1. Os Decretos-Leis nº 263/67 e 396/67 não apresentam mácula de inconstitucionalidade, pois tratam de matéria de ordem financeira, que a Constituição de 1967 permite que seja regulamentada mediante decreto com força de lei.

“2. O DL nº 263/67 modificou o termo inicial para o resgate das apólices da dívida pública sem cláusula de correção monetária, fixando o prazo de seis meses para o exercício do direito, prorrogado por mais seis meses pelo DL nº 396/68. Este termo demarca o nascimento da ação contra o Estado; quedando-se inerte o portador, ao fim do prazo estipulado está fulminada a ação para cobrar a apólice e, por via oblíqua, o direito nela contido.

“3. Inexiste direito adquirido ao resgate, porquanto o termo inicial fixado pelo decreto de emissão para o exercício do direito - a conclusão das obras públicas - não se concretizou.

“4. Não se pode avaliar o valor correspondente em moeda atual de apólice emitida no início do século XX, grafada em conto de réis, porque, à época, não existia previsão legal de correção monetária.

“5. A falta de cotação em bolsa afeta diretamente a liquidez do título, não havendo como quantificar o efetivo valor econômico da apólice sem valor de mercado.

“6. A compensação, no âmbito tributário, submete às regras gerais do CTN as Leis nº 8.383/91, 9.069/95, 9.250/95 e 9.430/96, não se encontrando em nenhum destes normativos legais autorização para que se efetue a compensação dos débitos tributários com o título da dívida pública que a autora detém” (APELAÇÃO CÍVEL Nº 2001.04.01.005817-9/SC, rel. Des. WELLINGTON M. DE ALMEIDA, j. em 05.09.02, DJU2 nº 211, 30/10/2002, p. 892).

9. A utilização das TDP's para aquisição de ações estatais em leilões de privatização (artigo 14, III, Lei 9491/97), tem como pressuposto que os títulos sejam líquidos e certos diretamente contra a União ou entidades por ela controladas, inclusive aquelas em processo de liquidação, desde que gozem de garantia ou coobrigação do Tesouro Nacional, e que venham a ser renegociados pela Secretaria do Tesouro Nacional. Viu-se que o título do processo em tela não é líquido nem certo, rejeitado também este argumento dos autores.

10. Suficientes tais argumentos para o julgamento do caso, ficam refutados, por medida de economia processual e racionalidade da atividade judiciária, os demais argumentos de mérito, pois desnecessário que sejam analisadas todas as teses discutidas, se os fundamentos declinados no decisum bastam para solucionar a lide. Neste sentido: STJ, EMC - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA MEDIDA CAUTELAR, Processo n. 199900582900/PE, rel. Min. Franciulli Netto, j. em 02.05.00, DJU 29/05/2000, p. 135).

11. Ressalvo que não é inepta a inicial contra o Sudameris, pois o pedido de compensação de débitos é possível, bastando se verificar se os pressupostos estão preenchidos, e, no caso, não estão em face da inexigibilidade dos títulos dos autores e da ausência de prova sobre a correspondência entre débitos e créditos do autor e do banco.

DISPOSITIVO:

Ante o exposto, rejeito o pedido."

Concluindo: tendo os títulos da dívida pública sido emitidos em 1922, e não sido resgatados oportunamente, há de ser reconhecido o transcurso do lapso prescricional. Acatando todas as razões acima expostas, conheço parcialmente do presente recurso para negar-lhe provimento.

É como voto".

Portanto, no caso em foco, em que a utilização de títulos da dívida pública, como garantia de futura compensação com créditos tributários (amparado em decisão passível de reforma), evidencia a iminência de o prejuízo ou lesão ao erário, impõe-se o recebimento de recurso de apelação em ambos os efeitos.

POSTO ISSO, CONCEDO O EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO DE APELAÇÃO, PROPOSTO PELA UNIÃO FEDERAL EM FACE DA SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA MEDIDA CAUTELAR Nº 2000.5104001127-4, até o seu julgamento definitivo.

Diligencie-se.

Rio de Janeiro, 25 de julho de 2005.

A NOVA REGULAMENTAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (§ 4º DO ARTIGO 40 DA LEI Nº 6.830/80 - LEI Nº 11.051/04)

***Messod Azulay Neto - Desembargador Federal do TRF
da 2ª Região***

O objeto deste artigo é analisar o novo parágrafo de número quatro, acrescido ao artigo 40 da Lei nº 6.830/80 pela Lei nº 11.051/2004, que dispõe sobre a decretação de ofício, pelo Juízo, da prescrição intercorrente, depois de decorrido o prazo prescricional da decisão de suspensão do feito disposto no caput do artigo 40 e § 2º do mesmo.

Inicialmente, cabe ressaltar que o processo executivo se presta a cobrança em Juízo, por aquele que possui um título executivo líquido e certo, denominado exeqüente (credor).

Ao credor, segundo determina a Lei, cabe diligenciar ao máximo para ver seu crédito satisfeito, instruindo o processo com todos os elementos necessários à satisfação da obrigação.

Desta forma, não pode o credor ficar inerte aguardando a ocorrência de qualquer fato que ponha fim ao processo. Destarte, não sendo diligente, manifestando-se no processo apenas de maneira pro forme, sem atuar de maneira efetiva, praticando atos processuais que verdadeiramente não interrompam a prescrição, resta demonstrado que o exeqüente atua de maneira desidiosa, acarretando, por fim, a decretação da prescrição intercorrente.

Atualmente, tal fato é entendido como de extrema relevância, posto que o Legislador elaborou uma norma que regula a prescrição pela inércia na

prática de atos realmente efetivos para a sua interrupção, podendo ser, inclusive, decretada de ofício pelo Juízo, como na dicção da Lei nº 11.051, de 29.12.2004, que acrescentou o § 4º no artigo 40 da L.E.F.

“Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Omissis.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.” (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004).

Desta feita, cabe neste momento alguns esclarecimentos sobre o instituto da prescrição intercorrente.

DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

A prescrição intercorrente caracteriza-se pela inércia das partes, por um decurso de prazo disposto nos art. 1º do Decreto 20.910/32, art. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 4.597/42, e art. 103 da Lei 8.213/91, deixando o processo parado por tal período, sem manifestação que efetivamente proceda a interrupção da prescrição.

Decreto n.º 20.910/32:

“Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.”

(...)

“Art. 5º Não tem efeito de suspender a prescrição a demora do titular do direito ou do crédito ou do seu representante em prestar os esclarecimentos que lhe forem reclamados ou o fato de não promover o andamento do feito judicial ou do processo administrativo durante os prazos respectivamente estabelecidos para extinção do seu direito à ação ou reclamação. “

Decreto-Lei n.º 4.597/42:

“Art. 2º O decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos.

Art. 3º A prescrição das dívidas, direitos e ações a que se refere o decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, somente pode ser interrompida uma vez, e recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper; consumir-se-á a prescrição no curso da lide sempre que a partir do último ato ou termo da mesma, inclusive da sentença nela proferida, embora passada em julgado, decorrer o prazo de dois anos e meio.

Art., 4º As disposições do artigo anterior aplicam-se desde logo a todas as dívidas, direitos e ações a que se referem, ainda não extintos por qualquer causa, ajuizados ou não, devendo prescrição ser alegada e decretada em qualquer tempo e instância, inclusive nas execuções de sentença.”

O instituto da prescrição justifica-se pela necessidade da paz social, ordem, segurança e certeza jurídica, onde, com sua aplicação, pune-se a negligência do titular do direito subjetivo lesado.

O tempo é, assim, fator de limitação do exercício do direito, uma vez que não pode o credor perpetuar o momento de imposição de seu direito, contido em título executivo, contra o devedor, pela sua conveniência ou pelo desinteresse no momento que deveria exercer sua vontade de ter resgatado o seu crédito. Desta forma, denota-se a extinção dos seus direitos e suas pretensões pela sua inércia no tempo devido, pois em um Estado Democrático de Direito, o objetivo maior é a segurança e a paz social, é o Poder das Leis em contraposição às Leis do Poder.

Neste diapasão, o que se protege realmente, é o interesse público, não podendo a sociedade ficar aguardando eternamente a vontade do titular de um direito, fazer valer tal direito.

Tal atitude diligencial, é obrigação do credor que quer ver seu crédito resgatado, sendo maior ainda a obrigação deste credor quando se trata da Fazenda Nacional ou de ente que se vale da qualidade desta, para utilizar-se do procedimento da execução fiscal, na medida em que são procuradores dos interesses coletivos da Nação, onde os bens sob sua égide são de cunho indisponíveis, estando portanto esculpidas tais obrigações no princípio da

eficiência, que tem o condão de otimizar os resultados e atender o interesse público com maiores índices de adequação, eficiência e satisfação.

Sobre o assunto, vale trazer a colação os ensinamentos do professor Theotonio Negrão, em Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 31^a ed., São Paulo, Saraiva, 2000, que afirma:

“Prescrição intercorrente. A prescrição é instituto de direito material, tendo prazos e conseqüências próprias, que não se confundem com a extinção do processo regulada no art. 267 do CPC. Começa a fluir do momento em que o autor deixou de movimentar o processo, quando isso lhe cabia. Consumada, a declaração de que ocorreu não está a depender de prévia intimação ao autor, para que dê andamento ao feito, mas apenas de requerimento da parte a quem aproveita”(RSTJ 37/481).

Trata-se de entendimento consolidado pelo Direito Pretoriano, consoante denotam as ementas in verbis:

“PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - CITAÇÃO DO CO-RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO APÓS ONZE ANOS DO AJUIZAMENTO DAS AÇÕES - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE: PROCESSOS PARALISADOS POR MAIS DE CINCO ANOS - APELAÇÃO PROVIDA.

1. Iniciadas as execuções fiscais somente contra a empresa executada em DEZ 1981 e MAR 1983, os autos ficaram paralisados, após leilão dos bens da executada, sem que a Fazenda Nacional tomasse qualquer providência, sequer citação editalícia, para impulsionar os autos quanto ao débito remanescente. Se somente em DEZ 1994 requereu a citação do co-responsável tributário, mais de onze anos, caracterizada fica a prescrição intercorrente, por culpa exclusiva da exeqüente.

2. Apelação provida.

3. Peças liberadas pelo Relator em 28/08/2001 para publicação do acórdão.”

(AC nº 1999.01.00.003931-1 /BA. Relator JUIZ LUCIANO TOLENTINO AMARAL Publicação DJ 28 /09 /2001 P.135).

“PROCESSO CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO.

1. Incide a prescrição intercorrente se os autos permanecem em poder do exeqüente por mais de dez anos.

2. Recurso e remessa oficial improvidos. À unanimidade, negar provimento aos recursos.”

(AC 1998.01.00.027928-2 /MG ; Relatora JUÍZA ELIANA CALMON)

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. LEI 6.830/80, ART. 8º, IV; CPC, ART. 219, § 4º; CTN, ART. 174, PARÁGRAFO ÚNICO. SUA INTERPRETAÇÃO. PRECEDENTES.

1. O art. 40, da Lei nº 6.830/80, nos termos em que foi admitido em nosso ordenamento jurídico, não tem prevalência. A sua aplicação há de sofrer os limites impostos pelo art. 174, do Código Tributário Nacional.

2. Repugna aos princípios informadores do nosso sistema tributário a prescrição indefinida.

3. Após o decurso de determinado tempo sem promoção da parte interessada, deve-se estabilizar o conflito, pela via da prescrição, impondo segurança jurídica aos litigantes.

4. Os casos de interrupção do prazo prescricional estão previstos no art. 174, o CTN, nele não incluídos os do artigo 40, da Lei nº 6.830/80. Há de ser sempre lembrado que o art. 174, do CTN, tem natureza de Lei Complementar.

5. Precedentes desta Corte de Justiça e do Colendo STF.

6. Recurso provido.”

(RESP nº 208345, Rel. JOSÉ DELGADO. DJ DATA:01/07/1999 PÁGINA:154).

“EXECUCAO POR TITULO EXTRAJUDICIAL NOTA PROMISSORIA. PRESCRICAO INTERCORRENTE EXTINCAO DA EXECUCAO. CONFIRMACAO.

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. A prescrição é instituto de direito material, tendo prazos e conseqüências próprias, que não se confundem com a extinção do processo regulada no art.267 do CPC. Começa a fluir do momento que o autor deixou de movimentar o processo, quando isso lhe cabia. Consumada, a declaração de que ocorreu não está a depender de prévia intimação ao autor, para que dê andamento ao feito, mas apenas de requerimento da parte a quem aproveita. Recurso conhecido e improvido.”

(APELAÇÃO CÍVEL nº 2001.001.27135. Rel. DES. CLAUDIO DE MELLO TAVARES. Julgado em 17/04/2002).

Verifica-se, portanto, que ao exequente/credor, cabe de toda a forma diligenciar, de maneira efetiva e objetiva para o devido andamento do processo, o qual é um instrumento constituído de uma série de atos processuais coordenados e regulado pelo direito processual, objetivando o exercício da jurisdição. Para tanto, não cabe somente ao Juiz o seu andamento, mas também, e principalmente, as partes que possuem o maior interesse em obter a tutela jurisdicional pretendida.

O processo, se desencadeia através do procedimento, que é a maneira pelo qual este anda ou a maneira pela qual se encadeiam os atos processuais.

Processo, por sua vez, oriundo da palavra “proceder”, do latim *procedere* (ir por adiante, andar para frente, prosseguir), quer exprimir o método para que se faça ou se execute alguma coisa, modo de agir, a maneira de atuar, a ação de proceder, onde na assertiva de Plácido e Silva, nos afirma ser o procedimento a ação de tocar para frente, o qual nos utilizamos, do começo ao fim, para a realização do objetivo intentado, ou seja, cabe aquele que pretende alcançar um objetivo, no caso em análise o credor, diligenciar, agir, de maneira tal, que com o andamento regular do processo chega-se ao fim almejado.

Contrário senso, permanecendo inerte, por conta da simples propositura da ação, aguardando que o Estado-Juiz proceda por ele os atos que lhe cabem, uma vez que o interesse maior é do exeqüente, possuindo o dever de vigilância do processo, pois o que está em análise é uma pretensão sua, deve o Juízo decretar a prescrição intercorrente, na forma da nova dicção do artigo 40 insculpida pela Lei 11.051/2004.

Vale lembrar o custo da máquina judiciária, além da carência de espaço físico, para se custodiar acervo numeroso de executivos, que, pelo fato de estarem inativos por longo período de tempo, acarretam mais despesas do que benefícios à União (sentido amplo).

Desta forma, o acréscimo ao artigo 40 da Lei nº 6.830/80, introduzido pela Lei 11.051/04, é de extrema relevância e traz economicidade e eficiência, tanto para o Poder Judiciário quanto para as partes litigantes e a população de forma geral, uma vez que não devem as partes utilizar o procedimento judicial como mero ato procrastinatório, burocrático ou com o simples fito de cumprir com seu dever administrativo de ajuizar a cobrança judicial.

Obriga-se, assim, ao credor, a diligenciar de forma efetiva para a concretização da execução de seu título, sob pena, senão agir de tal forma, incorrer na prescrição intercorrente decretada de ofício pelo Juízo.

PENSÕES SECURITÁRIAS E A JUSTIÇA FEDERAL

*Guilherme Calmon Nogueira da Gama - Juiz Federal
Convocado no TRF da 2ª Região, Professor Adjunto de
Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade
do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Professor Adjunto
de Direito no Programa de Pós-Graduação Stricto
Sensu da Universidade Gama Filho (UGF-RJ), Mestre e
Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado
do Rio de Janeiro (UERJ)*

I - INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deu especial tratamento ao tema Família e Seguridade Social. Nesse sentido, revela-se o artigo 226, *caput*, da Carta Magna, que apresenta a correta dimensão das alterações ocorridas, consubstanciando a regra da especial proteção que o Poder Público deve prestar às novas famílias — companheiril, monoparental e assistencial —, sem contudo perder de vista a tutela da família matrimonial.

Um dos objetivos deste ensaio será retratar as novas famílias no contexto do Direito Previdenciário brasileiro, no qual assumirá especial relevância o cotejo entre o Regime Geral de Previdência, em que há enumeração taxativa de beneficiários, ou seja, ordem de vocação para fins de pensionamento, e os Regimes Especiais de Previdência Social, como modelos que integram a Seguridade Social, com ênfase nos fundamentos da **solidariedade** e **necessidade** instituídos pelo imperativo legal.

De se notar que, segundo a exegese do artigo 226, *caput*, essencial se faz implementar decisivamente os princípios, valores e regras constitucionais pertinentes à família jurídica, objetivando delimitar os dependentes dos segurados/funcionários e, portanto, beneficiários de prestações previdenciárias

lato sensu em razão de contingências verificadas. Neste mister, há de se observar ainda a disposição do artigo 227, do texto constitucional, que permite reafirmar que ambos os dispositivos concorrem com destaque para o enquadramento correto das famílias constitucionais e para a aferição da constitucionalidade a respeito das leis infraconstitucionais editadas anterior e posteriormente à Carta de 1988.

Acerca do Regime Geral de Previdência Social, imagine a hipótese do segurado casado encontrar-se separado de fato e constituir nova família, sendo esta fundada no companheirismo: sua companheira ficaria privada de qualquer prestação previdenciária? Evidente que não. Desde que constatado o vínculo familiar entre o segurado e seu parceiro, filho ou assistido, inequívoca é a condição de dependente do familiar. Do contrário, a regra de especial proteção do Estado em favor da família constitucional não estaria sendo cumprida.

As prestações previdenciárias relativas aos dependentes se associam portanto à **solidariedade** e à **necessidade** dos familiares na eventualidade da ocorrência de alguma das contingências que impeçam a regular assistência material e moral que era prestada pelo segurado/funcionário. Afirmar tal fato serve, pois, para analisar o tema envolvendo a configuração dos dependentes e as circunstâncias em que as prestações securitárias, em especial as pensões, são devidas a eles.

No Regime Geral da Previdência Social, por força do que dispõem expressamente o artigo 16, da Lei nº 8.213/91, e o artigo 16, do Decreto nº 3.048/99, constata-se a presença de três classes de dependentes, a saber: a) cônjuge, companheiro, filhos menores de vinte e um anos de idade e não emancipados (ou inválidos de qualquer idade) e os equiparados a filhos (enteados e menores sob tutela que não possuam bens suficientes para o próprio sustento e educação); b) pais; c) irmãos menores de vinte e um anos de idade e não emancipados (ou inválidos, de qualquer idade).

No Regime Especial da Previdência Social, há que se considerar no âmbito da União a dependência para fins de pensão militar e de pensão civil. Sem falar que o mesmo sucede no que pertine aos Estados-membros, Distrito Federal e Município, cada ente com Regime Especial.

Relativamente à primeira, os artigos 71 e 72, c.c. artigo 156, todos da Lei nº 6.880/80, remetem-se à Lei nº 5.774/71, que nos seus artigos 76 a 78 regula a pensão militar destinada aos dependentes do militar, em seis classes, na seguinte ordem: a) cônjuge; b) filhos de qualquer condição ressalvado o filho maior de sexo masculino não-interdito ou inválido e/ou pessoa que viva sob dependência econômica por, no mínimo, cinco anos, *designada* pelo militar *viúvo, desquitado ou solteiro*, e desde que não haja subsistido

impedimento legal para casamento, sendo que relativamente ao militar *desquitado* a designação não poderá ser feita se a ex-esposa era credora de alimentos; c) netos, órfãos de pai e mãe, ressalvados os maiores do sexo masculino, não-interditados ou inválidos; d) mãe *adotiva, viúva, desquitada ou solteira*, ou ainda *casada sem meios de subsistência* que viva na dependência econômica do filho (funcionário militar), desde que comprovadamente separada do marido, e o pai, desde que inválido, interdito ou maior de sessenta anos; e) irmãs, *solteiras, viúvas ou desquitadas*, e irmãos menores de vinte e um anos de idade, desde que mantidos pelo militar, ou maiores interditos ou inválidos; f) beneficiário instituído desde que seja solteira, se mulher, ou desde que menor de vinte e um anos ou maior de sessenta anos de idade, ou interdito ou inválido. Várias destas classes, contemporaneamente, não podem mais prevalecer, diante do advento da Magna Carta de 1988.¹

Quanto à dependência para fins de pensão civil na esfera da União, o artigo 217, da Lei nº 8.112/90, dispõe sobre a previsão de classes, com a subdivisão prévia entre pensões vitalícias e pensões temporárias. Assim, no tocante às *pensões vitalícias*, a ordem de classes é a seguinte: a) cônjuge, ex-cônjuge *desquitado, separado judicialmente ou divorciado* com percepção de alimentos do funcionário e companheiro *designado que comprove união estável*; b) mãe e pai, dependentes econômicos do servidor, pessoa designada, maior de sessenta anos, e pessoa portadora de deficiência, dependentes

¹ Recentemente, o Presidente da República baixou Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001, que em seu artigo 27 alterou a sistemática de pensão militar, estabelecendo três ordens de vocação para fins de percepção de pensão militar, *in verbis*:

“Art. 27. A Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º São contribuintes obrigatórios da pensão militar, mediante desconto mensal em folha de pagamento, todos os militares das Forças Armadas.

Parágrafo único. Excluem-se do disposto no **caput** deste artigo:

I - o aspirante da Marinha, o cadete do Exército e da Aeronáutica e o aluno das escolas, centros ou núcleos de formação de oficiais e de praças e das escolas preparatórias e congêneres; e

II - cabos, soldados, marinheiros e taifeiros, com menos de dois anos de efetivo serviço.” (NR)

“Art. 3º-A. A contribuição para a pensão militar incidirá sobre as parcelas que compõem os proventos na inatividade.

Parágrafo único. “A alíquota de contribuição para a pensão militar é de sete e meio por cento.” (NR)

“Art. 4º Quando o militar, por qualquer circunstância, não puder ter descontada a sua contribuição para a pensão militar, deverá ele efetuar o seu recolhimento, imediatamente, à unidade a que estiver vinculado.

Parágrafo único. Se, ao falecer o contribuinte, houver dívida de contribuição, caberá aos beneficiários saldá-la integralmente, por ocasião do primeiro pagamento da pensão militar.” (NR)

econômicos do servidor. Enquanto, para as *pensões temporárias*, a ordem de classes é: a) filhos ou enteados menores até vinte e um anos de idade, filhos ou enteados maiores inválidos enquanto durar a invalidez, menor sob guarda ou tutela até vinte e um anos de idade; b) irmão órfão até vinte e um anos de idade dependente econômico do servidor, irmão inválido dependente econômico enquanto durar a invalidez, pessoa designada dependente econômico do servidor até vinte e um anos e pessoa designada dependente econômico e inválida enquanto durar a invalidez.

Nos termos do artigo 218, da Lei nº 8.112/90, a pensão civil será concedida integralmente ao beneficiário da pensão vitalícia, sendo o único (*caput* do artigo), ou será distribuída em partes iguais entre os beneficiários da pensão vitalícia (§ 1º, do artigo 218). Caso somente haja beneficiário de pensão temporária, a pensão será concedida integralmente ao único beneficiário ou, havendo mais de um, será rateada igualmente entre todos (§ 3º, do artigo 218). E, na eventualidade de haver beneficiários de pensão vitalícia e de pensão temporária, o § 2º, do artigo 218, da Lei nº 8.112/90, determina que metade do valor da pensão caberá ao(s) titular(s) da pensão vitalícia, e a outra metade caberá ao(s) titular(s) da pensão temporária.

Constata-se, de acordo com os Regimes de Previdência Social, a completa diversidade de tratamento legislativo envolvendo a temática dos dependentes e das pensões.

“Art. 7º A pensão militar é deferida em processo de habilitação, tomando-se por base a declaração de beneficiários preenchida em vida pelo contribuinte, na ordem de prioridade e condições a seguir:

I - primeira ordem de prioridade:

a) cônjuge;

b) companheiro ou companheira designada ou que comprove união estável como entidade familiar;

c) pessoa desquitada, separada judicialmente, divorciada do instituidor ou a ex-convivente, desde que percebam pensão alimentícia;

d) filhos ou enteados até vinte e um anos de idade ou até vinte e quatro anos de idade, se estudantes universitários ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez; e

e) menor sob guarda ou tutela até vinte e um anos de idade ou, se estudante universitário, até vinte e quatro anos de idade ou, se inválido, enquanto durar a invalidez.

II - segunda ordem de prioridade, a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do militar;

III - terceira ordem de prioridade:

a) o irmão órfão, até vinte e um anos de idade ou, se estudante universitário, até vinte e quatro anos de idade, e o inválido, enquanto durar a invalidez, comprovada a dependência econômica do militar;

b) a pessoa designada, até vinte e um anos de idade, se inválida, enquanto durar a invalidez, ou maior de sessenta anos de idade, que vivam na dependência econômica do militar.

§ 1º A concessão da pensão aos beneficiários de que tratam o inciso I, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, exclui desse direito os beneficiários referidos nos incisos II e III.

§ 2º A pensão será concedida integralmente aos beneficiários do inciso I, alíneas “a” e “b”, ou distribuída em partes iguais entre os beneficiários daquele inciso, alíneas “a” e “c” ou “b” e “c”, legalmente habilitados, exceto se existirem beneficiários previstos nas suas alíneas “d” e “e”.

Entre os diferentes regimes, destaca-se o Regime Geral de Previdência Social pela enumeração clara e direta dos beneficiários, com a previsão da ordem das classes de maneira transparente, simplificando, assim, o sistema de habilitação e concessão de pensões, nos termos do tratamento dado pela Lei nº 8.213/91.

Os Regimes Especiais de Previdência, no âmbito do Funcionalismo Público da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, demonstram, ao contrário, ainda hoje comportam a concessão de privilégios para determinadas pessoas, discriminando de maneira odiosa os gêneros masculino e feminino, bem como o companheirismo, tudo em flagrante aviltamento ao ditame do artigo 226, CF.

II - PROTEÇÃO AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO

Nos diversos Regimes de Previdência, afiguram-se o cônjuge e o companheiro sobreviventes como dependentes situados na primeira classe da ordem de vocação para fins de prestação securitária, principalmente no que toca à pensão.

Tal previsão legal acerca da pessoa do cônjuge como integrante da primeira classe tem como fundamento o dever de assistência previsto no artigo 1.566, inciso III, do Código Civil de 2002, e este, por sua vez, se alicerça na solidariedade familiar inerente à sociedade conjugal. Quanto ao companheiro, tal previsão se encontra no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 9278/96, bem como no art. 1.724, do Código Civil de 2002.

§ 3º Ocorrendo a exceção do § 2º, metade do valor caberá aos beneficiários do inciso I, alíneas “a” e “c” ou “b” e “c”, sendo a outra metade do valor da pensão rateada, em partes iguais, entre os beneficiários do inciso I, alíneas “d” e “e”. (NR)

“Art. 15. A pensão militar será igual ao valor da remuneração ou dos proventos do militar.

Parágrafo único. A pensão do militar não contribuinte da pensão militar que vier a falecer na atividade em consequência de acidente ocorrido em serviço ou de moléstia nele adquirida não poderá ser inferior:

I - à de aspirante a oficial ou guarda-marinha, para os cadetes do Exército e da Aeronáutica, aspirantes de marinha e alunos dos Centros ou Núcleos de Preparação de Oficiais da reserva; ou
II - à de terceiro-sargento, para as demais praças e os alunos das escolas de formação de sargentos.” (NR)

“Art. 23. Perderá o direito à pensão militar o beneficiário que:

I - venha a ser destituído do pátrio poder, no tocante às quotas-partes dos filhos, as quais serão revertidas para estes filhos;

II - atinja, válido e capaz, os limites de idade estabelecidos nesta Lei;

III - renuncie expressamente ao direito;

IV - tenha sido condenado por crime de natureza dolosa, do qual resulte a morte do militar ou do pensionista instituidor da pensão militar.” (NR)

Assim, de maneira a não permitir que o cônjuge e o companheiro sobreviventes possam sofrer privações, além da própria dor emocional decorrente da perda do *ente querido*, o Poder Público os arrola como integrantes da primeira classe da ordem securitária. Da mesma forma, na eventualidade da prisão do mantenedor da família, o cônjuge ou companheiro solto é vocacionado como beneficiário da prestação do auxílio-reclusão, diante dos fundamentos da **solidariedade** e da **necessidade**.

O cônjuge e o companheiro são dependentes econômicos presumidos, diante do dever recíproco entre seus respectivos parceiros de assistência material (ou de socorro), nos termos do ordenamento jurídico brasileiro, daí a razão da desnecessidade de demonstrar a efetiva dependência econômica em relação ao segurado/funcionário.

Nos termos da Magna Carta, diante da impossibilidade de se distinguir entre homem e mulher, inclusive quanto aos direitos e deveres decorrentes do casamento e do companheirismo, em obediência ao princípio de igualdade entre sexos, não há mais qualquer possibilidade de se atribuir direito securitário apenas à esposa, e não ao marido, ou apenas à companheira, e não ao consorte. Haverá entretanto determinadas situações em que a distinção é inevitável, diante da existência de justificação e razoabilidade, como a licença-maternidade. Qualquer tratamento diferenciado, em relação aos cônjuges e companheiros varão e varoa, é discriminatório, ilegítimo, devendo ser reconhecido como inconstitucional. Esta é a razão, inclusive, pela qual o artigo 201, inciso V, da Constituição Federal, ao cuidar da pensão por morte do segurado, no Regime Geral da Previdência Social, prevê a indistinção do sexo do segurado - *homem ou mulher* - para fins de atribuição do direito ao pensionamento em favor do cônjuge e companheiro sobreviventes.

Questão interessante surge no campo dos benefícios securitários passíveis de prestação ainda em vida do segurado/funcionário em favor de seu cônjuge, como dependente. O exemplo do auxílio-reclusão, previsto no inciso IV, do artigo 201, da Constituição Federal, *para os dependentes dos segurados de baixa renda*.

“Art. 27. A pensão militar não está sujeita à penhora, seqüestro ou arresto, exceto nos casos especificamente previstos em lei.” (NR)

“Art. 29. É permitida a acumulação:

I - de uma pensão militar com proventos de disponibilidade, reforma, vencimentos ou aposentadoria;

II - de uma pensão militar com a de outro regime, observado o disposto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal.” (NR)

De acordo com a previsão constitucional e legal acerca do cônjuge como beneficiário securitário, indispensável se faz a subsistência do casamento até a morte do segurado para o reconhecimento da condição de cônjuge relativamente ao beneficiário da prestação. Nos casos de dissolução em vida da sociedade conjugal, nos termos do artigo 1.571, incisos II a IV, do Código Civil de 2002, ou seja, de invalidação do casamento, separação judicial ou divórcio, deixa de existir o estado civil de casados entre os ex-cônjuges, razão pela qual deixará de haver a condição de dependente securitário relativamente ao ex-cônjuge.

Nessa matéria, há que ser feita uma ressalva. Nos casos de separação judicial e de divórcio, como ocorria no antigo *desquite*, um dos efeitos possíveis da dissolução da sociedade conjugal entre os ex-cônjuges é a fixação de alimentos em favor de um deles ou em virtude de acordo em separação consensual, ou por imposição judicial em separação litigiosa. Sabe-se que o dever de assistência material deixa de existir com a dissolução da sociedade conjugal, mas no seu lugar a prestação alimentícia poderá ser instituída com fundamento na solidariedade que ora é reconhecida como um imperativo legal - nos casos de separação litigiosa na idéia de responsabilidade de um dos cônjuges e inocência do outro -, além e, fundamentalmente, da necessidade do cônjuge credor. Mais uma vez, prepondera o binômio: **solidariedade e necessidade**. Desse modo, uma vez estabelecida a obrigação alimentar, em razão da dissolução da sociedade conjugal em vida dos ex-cônjuges, obrigatoriamente deverá ser atribuída pensão securitária em favor do dependente ex-cônjuge diante da ocorrência da morte do segurado/funcionário. Esta é a razão da previsão da *pessoa desquitada, separada judicialmente ou divorciada, com percepção de pensão alimentícia*, no artigo 217, inciso I, “b”, da Lei nº 8.112/90, ou do *cônjuge divorciado ou separado judicialmente que recebia pensão de alimentos*, no artigo 76, § 2º, da Lei nº 8.213/91 ou da *pessoa desquitada, separada judicialmente, divorciada do instituidor, desde que percebam pensão alimentícia*, no art. 70, I, “c”, da Lei nº 3.765/60 (na redação dada pela Medida Provisória nº 2.215-10/2001), como titulares de pensão em virtude da morte do segurado/funcionário.

• **Quantum da pensão securitária**

Em matéria de pensão atribuída ao ex-cônjuge, credor de alimentos em vida do segurado/funcionário, o *quantum* da pensão securitária constitui-se em importante tema ainda não devidamente equacionado. Ora, se não existia mais a sociedade conjugal entre o casal, por força do divórcio ou da separação judicial, logicamente que os alimentos foram estabelecidos com

base no critério principal da necessidade do credor de alimentos. Se a pensão securitária visa a substituir a pensão alimentícia que o ex-cônjuge recebia em vida, logicamente que o *quantum* da primeira terá que ser exatamente o mesmo dos alimentos prestados em vida, sob pena de verificação de enriquecimento sem causa. Com efeito, se as necessidades do credor de alimentos eram restritas, por exemplo, a trinta por cento dos ganhos líquidos do funcionário em vida, não se afigura razoável, ou justificado nos fundamentos da **solidariedade** e da **necessidade**, que o ex-cônjuge passe a receber a totalidade, ou mesmo cinquenta por cento, de tais ganhos, quando da morte do funcionário.² No entanto, pode eventualmente ocorrer situação diversa: na eventualidade do falecido haver deixado vários dependentes na primeira classe da ordem de vocação securitária, e se verificar que o valor resultante do rateio entre os vários beneficiários da pensão é inferior àquele recebido em vida. Nesta hipótese, nada poderá ser feito para melhorar a situação do ex-cônjuge, sob pena de se lhe atribuir tratamento mais benéfico do que em relação a um familiar do falecido no momento da morte.

² A despeito de tal observação, a maior parte das leis existentes não restringe o *quantum* da pensão securitária, como se observa no artigo 7º, §§ 2º e 3º, da Lei nº 3.765/60, na redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 2.215-10/2001:

“Art. 7º A pensão militar é deferida em processo de habilitação, tomando-se por base a declaração de beneficiários preenchida em vida pelo contribuinte, na ordem de prioridade e condições a seguir: I - primeira ordem de prioridade:

a) cônjuge;

b) companheiro ou companheira designada ou que comprove união estável como entidade familiar;

c) pessoa desquitada, separada judicialmente, divorciada do instituidor ou a ex-convivente, desde que percebam pensão alimentícia;

d) filhos ou enteados até vinte e um anos de idade ou até vinte e quatro anos de idade, se estudantes universitários ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez; e

e) menor sob guarda ou tutela até vinte e um anos de idade ou, se estudante universitário, até vinte e quatro anos de idade ou, se inválido, enquanto durar a invalidez.

II - segunda ordem de prioridade, a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do militar;

III - terceira ordem de prioridade:

a) o irmão órfão, até vinte e um anos de idade ou, se estudante universitário, até vinte e quatro anos de idade, e o inválido, enquanto durar a invalidez, comprovada a dependência econômica do militar;

b) a pessoa designada, até vinte e um anos de idade, se inválida, enquanto durar a invalidez, ou maior de sessenta anos de idade, que vivam na dependência econômica do militar.

§ 1º A concessão da pensão aos beneficiários de que tratam o inciso I, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, exclui desse direito os beneficiários referidos nos incisos II e III.

§ 2º A pensão será concedida integralmente aos beneficiários do inciso I, alíneas “a” e “b”, ou distribuída em partes iguais entre os beneficiários daquele inciso, alíneas “a” e “c” ou “b” e “c”, legalmente habilitados, exceto se existirem beneficiários previstos nas suas alíneas “d” e “e”.

• **Extinção da obrigação alimentar**

Outro tema intimamente relacionado a este diz respeito às hipóteses que ensejariam a extinção da obrigação alimentar durante a vida do próprio devedor de alimentos. Nos termos do artigo 1.708, do Código Civil de 2002, o casamento superveniente do credor de alimentos extingue a obrigação alimentar. Ora, mesmo que tenha ocorrido a fixação de alimentos durante a vida, por força de separação judicial ou divórcio, e, conseqüentemente, tenha sido concedida a pensão securitária por morte do devedor de alimentos, se o pensionista vier a contrair novo matrimônio, deverá ser extinto o direito à pensão, diante do desaparecimento dos fundamentos que até então alicerçavam a percepção dos valores da pensão, a saber, a **solidariedade** e a **necessidade**. Com efeito, diante do novo casamento, e, logicamente, do surgimento dos direitos e deveres matrimoniais, os cônjuges devem auxílio mútuo e recíproco, não cabendo mais ao Poder Público substituir a prestação alimentar diante do novo casamento. O mesmo raciocínio é válido no caso do ex-cônjuge constituir nova família fundada no companheirismo, diante da existência do dever de socorro também entre os companheiros.

Há, ainda, a questão envolvendo a separação de fato do casal. Ou seja: apesar de formalmente o segurado/funcionário ainda preservar o estado civil de casado, não há mais o casamento de fato. A separação de fato ganhou extrema importância na Constituição Federal de 1988. O tema envolvendo a separação de fato e seus reflexos jurídicos deve ser encarado com muita proximidade à temática do companheirismo, evidentemente com as devidas adaptações e cautelas, pois enquanto a separação de fato permitirá a desconstituição de uma família, o companheirismo representa a formação de uma nova família. O Código Civil de 2002, inclusive, se refere expressamente à separação de fato no âmbito da Sucessão legítima para o fim de considerar excluído da sucessão o cônjuge sobrevivente que estava separado de fato do falecido há mais de dois anos.

• **Formação e desconstituição da sociedade conjugal – seus efeitos**

Com base no artigo 1.571, do Código Civil de 2002, a sociedade conjugal constituída validamente se extingue, em vida, pela separação judicial ou pelo divórcio. Assim, não há como se pretender que a separação de fato seja também considerada forma de dissolução da sociedade conjugal, levando em conta a circunstância da necessidade da formalização de tal ruptura, tal como se exigiu na constituição dela própria. No entanto, a partir do advento do texto constitucional de 1988, com a preponderância dos valores existenciais, psíquicos, solidaristas e personalistas, é imprescindível que se proceda à releitura de várias

normas da Lei nº 6.515/77, do Código Civil de 2002 e da legislação em matéria de Seguridade Social - Regime Geral e Regimes Especiais de Previdência Social -, especialmente em matéria atinente aos efeitos jurídicos da separação de fato. De maneira antecipada, urge deixar consignado que o estado civil das pessoas separadas faticamente permanecerá sendo o de casado, mas os efeitos jurídicos divergem daqueles produzidos durante a convivência do casal.

Sabe-se, tradicionalmente, que a dissolução da sociedade conjugal produz determinados efeitos de natureza pessoal - como, por exemplo, a cessação dos deveres de coabitação, de fidelidade, e outros de natureza patrimonial - como, extinção do regime de bens, imposição do dever alimentar, término do direito sucessório -, entre os cônjuges, e também em relação à prole e a terceiros.

Há, contudo, determinados efeitos que são antecipados no ordenamento jurídico brasileiro, por força da concessão da medida cautelar de separação de corpos ou mesmo em virtude de uma separação de fato precedente, e que são convalidados pela eficácia retroativa da sentença.

• Características e Requisitos para a Separação de Fato

É necessária a presença de determinados requisitos, de natureza objetiva e subjetiva, para a configuração da separação de fato como hábil a produzir determinadas consequências jurídicas que, a princípio, somente a dissolução da sociedade conjugal seria o instrumento idôneo. Com efeito, a própria possibilidade do divórcio direto, evidenciada pela separação de fato do casal por dois anos, não necessariamente se verificará em determinados contextos, como já foi percebido pela doutrina.

Há situações de rompimento da convivência, em que o elemento anímico que fundamentou a constituição e a própria manutenção da união continua presente, não ensejando, portanto, qualquer consideração acerca da separação de fato. São os casos de: i) internação de um dos cônjuges por motivo de doença ou acidente, ainda que seja prolongada; ii) os casos de afastamento por motivo de guerra ou viagens a serviço; e iii) determinados casais que, em homenagem a uma convivência mais salutar de acordo com seu estilo de vida, optam por manterem residências diversas.

Cabe, por ora, enunciar as características e requisitos indispensáveis à configuração da separação de fato. As características são: a) objetivo de dissolução da família matrimonial anteriormente formada (ainda que de um somente); b) instabilidade; c) continuidade; d) notoriedade; e) ausência de formalismo. E, como requisitos, têm-se: I) os *objetivos*: a) a existência de casamento válido; b) ausência de óbice à dissolução da sociedade conjugal;

c) superveniente falta de comunhão de vida; d) lapso temporal de separação fática; e) falta de justo motivo para a separação; II) os *subjetivos*: a) intenção de não mais conviver (impossibilidade de reconstituição da vida em comum); b) ausência da *affectio maritalis*.

Uma vez configurada a separação de fato de acordo com as características e requisitos mencionados, e não tendo sido estabelecida a obrigação alimentar em vida, a hipótese é de cessação da condição de dependente do cônjuge do segurado/funcionário, o que repercute na ausência do direito à pensão securitária.

Pode ocorrer, por exemplo, de durante a separação de fato do casal o homem casado passar a constituir nova união, necessariamente informal, com outra mulher, e a situação vir a configurar o companheirismo. Assim, surgiu nova família na posição jurídica de tal pessoa ainda formalmente casada, mas separada de fato.

Na eventualidade de sua morte, deve-se reconhecer a pensão apenas em favor da companheira, e não da esposa, porquanto não havia mais **solidariedade** entre eles, diante da falta dos requisitos para manutenção, de fato, de um casamento, além de inexistir **necessidade**, já que durante todo o tempo de separação de fato não houve qualquer pleito visando à percepção de alimentos em favor de qualquer um dos cônjuges.

A partir do texto constitucional de 1988, mormente da priorização dos valores existenciais em detrimento dos valores patrimoniais, principalmente em matéria de Direito de Família, e, com o advento da Lei nº 8.408/92 - que diminuiu o prazo da separação-falência para apenas um ano - e, mais recentemente, com o art. 1.572, § 1º, do Código Civil de 2002, é fundamental que se reconheça que a condição de dependente securitário do cônjuge deixou de existir no contexto da separação de fato, sob condição suspensiva da dissolução da sociedade conjugal (por morte, separação judicial, divórcio ou mesmo invalidação do casamento). Trata-se de reter a normativa infraconstitucional, em especial as Leis nºs. 6.515/77, 5.774/71, 6.880/80, 8.112/90, 8.213/91 e 10.460/2002, à luz dos novos princípios e valores constitucionais, especialmente daqueles que priorizam a valorização do ser, em detrimento do ter, diante do fenômeno da repersonalização ou despatrimonialização das relações familiares, que trata notadamente das questões referentes a afeto, solidariedade, união, harmonia, respeito, confiança, amor, em detrimento da conceituação da família puramente como sociedade de bens.³

³ No entanto, o legislador infraconstitucional, em regra, prossegue descumprindo a tábua axiológica existente a partir de 1988 e continua não ressaltando os caso de separação de fato para o fim de não reconhecer direito à pensão (ver a Lei nº 8.112/90 e a Medida Provisória nº 2.215-10/2001.

Diversamente da separação de corpos, a separação de fato independe da iniciativa de instauração da lide processual (daí o informalismo), mas se submete à condição suspensiva quanto à futura dissolução da sociedade conjugal, sendo hipótese propriamente de condição (e não de termo, como se poderia supor), levando em conta a possibilidade do desaparecimento de um dos requisitos, objetivos ou subjetivos, para a configuração da separação de fato. Imagine-se, por exemplo, que o casal separado de fato reate o relacionamento, terminando com o período de separação física de corpos.

Desse modo, para evitar soluções injustas, prevenindo o enriquecimento sem causa, além de - e principalmente - cumprir os novos postulados da Constituição Federal de 1988, urge que se considere que deixa de ser dependente do segurado/funcionário o cônjuge que haja se separado de fato, com as características e requisitos enunciados, não sendo ele credor de alimentos. De maneira correta, o § 2º, do artigo 76, da Lei nº 8.213/91, ao tratar dos casos envolvendo as pessoas separadas judicialmente e divorciadas, incluiu como beneficiário de pensão securitária o cônjuge separado de fato que recebia pensão de alimentos em vida, excluindo, corretamente, os demais.

Atualmente, no Regime Geral da Previdência Social, a previsão dos companheiros como dependentes recíprocos está contida no art. 16, inciso I, da Lei nº 8.213/91, sendo que no § 3.º, do mesmo dispositivo, há referência de que a noção de companheiros é aquela contida no art. 226, § 3.º, da Constituição Federal. Contudo, o § 3.º, do art. 16, da lei citada, expressamente exclui a possibilidade do dependente ter o estado civil de casado (evidentemente com terceira pessoa que não seu companheiro). Tal regra deve ser interpretada no sentido de não se admitir o concubinato para efeito de reconhecimento de direito a benefício previdenciário ou acidentário, e não de excluir qualquer uma das hipóteses de companheirismo, inclusive a da pessoa casada, mas separada de fato por prazo de dois anos ou mais, e que já esteja neste período mantendo relação fundada no companheirismo. Caso não seja alcançada tal interpretação, deve ser reconhecida a inconstitucionalidade da expressão “*sem ser casada*” contida na disposição em análise, por contrariar a disposição constitucional que incluiu a pessoa casada, e separada de fato há mais de dois anos, no conceito de companheira.

Pode-se, tranqüilamente, afirmar que foi justamente na Infortunística e no Direito Previdenciário que o companheirismo se assentou como realidade jurídica, deixando de ser estigmatizado e discriminado para tomar o seu devido assento como fenômeno importante, fato gerador de família e que, como tal, devia ser tratado.

Outrossim, a atuação de juízes e tribunais na interpretação das normas de direito social, fulcrada na predominância da equidade e no sentido social,

na apreciação dos casos, revelou-se de vital importância, como aliás freqüentemente ocorre em se tratando de companheirismo.

E, atualmente, como deve ser tratado o companheirismo em matéria de Seguridade Social? Exatamente igual ao casamento, diante do preceito contido no artigo 226, *caput*, da Constituição Federal, que determina a especial proteção do Estado, inclusive e principalmente no campo securitário, à família constitucional, ou seja, inclusive àquela fundada no companheirismo.

Em virtude das disposições contidas nos art. 16, § 3.º, da Lei nº 8.213/91, e artigo 16, § 5º, do Decreto nº 3.048/99, no Regime Geral da Previdência Social, é considerado dependente do segurado o companheiro, como gênero - independentemente de sexo -, que se encaixe na noção constitucional e, portanto, são perfeitamente aplicáveis todas as noções conceituais, as características e os requisitos mencionados em matéria de companheirismo, sendo possível a existência de companheirismo entre pessoas casadas com terceiros, mas separadas de fato, pelo prazo mínimo de dois anos, desde que observados todos os requisitos previstos.

Observa-se, ainda, que a legislação previdenciária atual não vincula a caracterização do companheirismo à existência de prole, mesmo para dispensa de prazo, o que indubitavelmente representa a noção mais consentânea com a realidade fática, no sentido de proporcionar a verificação efetiva dos requisitos objetivos e subjetivos indispensáveis ao instituto.

Afigura-se, portanto, inconstitucional a disposição contida no artigo 16, § 6º, do Decreto nº 3.048/99, ao restringir o companheirismo apenas às pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas, porquanto, conforme foi analisado, a Constituição não restringe o estado civil dos companheiros, sendo perfeitamente possível que as pessoas casadas, estando separadas de fato de seus cônjuges, venham a se unir informal e estavelmente a outra pessoa e, assim, a constituir nova família fundada no companheirismo, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos assinalados.

A existência (ou não) de filho comum dos companheiros, à evidência, não pode ser levada em conta como requisito essencial para configuração do companheirismo, servindo, eventualmente, para fins de diminuição do lapso temporal de convivência, quando este é fixado em patamar superior a dois anos de convivência. Suponhamos o caso da companheira estéril, e, portanto, inabilitada para gerar prole: qual seria a razão para discriminar o companheirismo mantido entre ela e seu parceiro de outra relação envolvendo duas pessoas que tiveram um filho comum? Pode ocorrer, inclusive, de no caso da prole comum haver situação típica de concubinato adulterino, em que, por exemplo, o homem é casado formal e faticamente com outra mulher

e, assim, não constituiu companheirismo com a mãe de seu filho. Em virtude de tais ponderações, há de se interpretar o disposto no artigo 16, inciso I, e § 3º, da Lei nº 8.213/91, à luz do texto constitucional de 1988, possibilitando a constatação de que também as pessoas casadas, mas separadas de fato de seus cônjuges, podem ter constituído nova família e, assim, os companheiros serem inseridos na primeira classe da ordem securitária como dependentes.

Quanto à pensão militar, no âmbito da União, há claramente várias incongruências no artigo 78, da Lei nº 5.774/71, nessa matéria. Nota-se, em primeiro plano, a existência de limitação ao estado civil do funcionário militar para fins de designação de dependente econômico. Nos termos do *caput* do artigo 78, somente o *militar viúvo, desquitado ou solteiro* poderá instituir beneficiário de pensão militar, excluindo, portanto, o militar casado. Assim, tal norma deve ser reinterpretada à luz da Constituição de 1988, para também incluir o militar casado, desde que configurada a nova família informal por ele constituída. O § 1º, do artigo 78, da Lei nº 5.774/71, esclarece que, em havendo filhos do militar, a pensão da companheira será apenas de metade, ao passo que a viúva tem direito à integralidade da pensão: outra incompatibilidade com a Constituição de 1988, pois em matéria de proteção do Estado à família não pode haver mais qualquer tratamento diferenciado no que se refere a direitos e benefícios sociais em favor do casamento em relação ao companheirismo. Assim, o § 1º, do artigo 78, de tal lei, não foi recepcionado pela Constituição de 1988. A necessidade da aferição do prazo de cinco anos de convivência ainda se mantém, sendo perfeitamente compatível com a Constituição de 1988, que limita o prazo ao mínimo de dois anos, podendo ser estabelecido prazo superior a dois anos para configuração do companheirismo.

A regra que prevê a necessidade de subsistência de impedimento legal para o casamento entre o militar e o beneficiário da pensão, constante do *caput* do artigo 78, também não foi recepcionada pela Constituição de 1988, pois como visto excluiria a situação de pessoas que vivem em “união estável”.

E, finalmente, a regra contida no § 2º, do artigo 78, que excluiu o companheiro da pensão militar, em razão do funcionário militar, separado judicialmente, ser obrigado a prestar alimentos à ex-esposa, contraria a própria regra constitucional contida no artigo 226, *caput*, da Constituição de 1988, pois não enseja proteção à família atual do militar, prestigiando, tão-somente, a família que deixou de existir. Nesta hipótese, a regra será a de atribuir pensão militar a ambas: ex-esposa e companheira, sendo que da mesma forma que foi observado em relação ao casamento o *quantum* da pensão militar da ex-esposa se restringirá ao valor da pensão alimentícia que recebia em vida, e o restante será destinado à companheira, com a ressalva de que, se a pensão da ex-esposa fosse superior à metade dos rendimentos do militar, a pensão

militar devida a ela não poderá ser superior à parcela devida à companheira, quando então haveria divisão igual e eqüitativa da pensão entre elas.⁴

Na hipótese da família fundada no companheirismo ser constituída por pessoa casada e separada de fato, sem obrigação alimentar da pessoa do companheiro ao seu cônjuge não será devida pensão ao cônjuge por ocasião do falecimento do segurado/funcionário. A família matrimonial já se encontrava desfeita de fato, e no seu lugar passou a existir nova família, ainda que extramatrimonial, mas que, no campo dos efeitos externos da relação jurídica familiar, em tudo se equipara à família matrimonial. E, como é posterior à família matrimonial, deve ser contemplada com os direitos e benefícios securitários previstos em lei, excluindo o cônjuge que está separado de fato há, pelo menos, dois anos do outro. Somente haveria a possibilidade do pensionamento securitário em favor do cônjuge na eventualidade da estipulação de alimentos em vida deste, e mesmo assim com limitação quantitativa ao valor da pensão alimentícia recebida em vida e à metade do valor integral do benefício.

O companheiro somente é beneficiário de pensão securitária se conviveu com o segurado/funcionário até a época do falecimento deste. Tal como sucede no casamento, se a sociedade companheiril já havia se rompido pela separação - na maior parte das vezes - informal dos companheiros, inexistirá a condição de dependente do ex-companheiro. Ou seja: ainda que o companheirismo tenha durado vinte anos, mas dois anos antes do falecimento do segurado, por exemplo, o casal se separara, não haverá mais a condição de dependente securitário do ex-companheiro e, conseqüentemente, inexistirá qualquer benefício securitário em favor dele. Há, apenas, uma ressalva: a hipótese de haver sido estabelecida pensão alimentícia em favor do ex-companheiro e, assim, sendo credor de alimentos, o ex-companheiro terá direito à pensão por morte do segurado/funcionário, nas mesmas condições de uma pessoa casada - com as limitações já expostas -, devendo, assim, ser reinterpretada a legislação infraconstitucional para abranger tal hipótese.⁵

Não há sentido, com base no artigo 226, *caput*, da Constituição Federal, e nas Leis nº. 8.971/94 e 9.278/96, bem como no Código Civil de 2002,

⁴ Vale notar que, com a Medida Provisória nº 2.215-10/2001, houve reformulação da regulamentação do companheirismo para fim de pensão militar, não sendo mais exigido o prazo de cinco anos nem o estado civil restrito de qualquer um dos companheiros.

⁵ Nesse sentido, o artigo 7º, I, “c”, da Lei nº 3.765/60 (com a nova redação dada pela Medida Provisória nº 2.215-10/2001), prevê a pessoa do ex-convivente credora de pensão alimentícia como beneficiária da pensão militar.

excluir o ex-companheiro, credor de alimentos, da ordem de vocação securitária, se em relação aos casados há regra contida no artigo 76, § 2º, da Lei nº 8.213/91, prevendo a continuidade do suprimento da necessidade do ex-cônjuge mediante substituição da pensão alimentícia por pensão securitária.

Todas as observações feitas quanto à extinção do direito ao pensionamento por morte do segurado/funcionário, na família matrimonial, aplicam-se ao companheirismo. Assim, ainda que com o recurso do emprego do processo analógico em relação às regras pertinentes ao casamento, por exemplo o artigo 1.708, do Código Civil de 2002, o casamento superveniente do beneficiário de pensão securitária deve, automaticamente, extinguir o direito à pensão. A própria constituição de nova “união estável”, em momento posterior ao falecimento do ex-companheiro e ao início da percepção do benefício securitário, deve gerar a extinção da pensão por morte, diante da inexistência do fundamento da necessidade, porquanto será o novo parceiro o responsável em cumprir o dever de assistência material em relação ao outro, e vice-versa.

III - PROTEÇÃO AOS FILHOS

Acerca das famílias parentais, afigura-se inequívoco que o comando constitucional insculpido no artigo 226, *caput*, é perfeitamente aplicável, não sendo possível, assim, que os filhos menores ou inválidos sejam excluídos da Seguridade Social. Nos termos do artigo 201, incisos IV e V, da Constituição Federal, no campo do Regime Geral de Previdência Social, os filhos menores ou inválidos se inserem na condição de dependentes do segurado, em perfeita consonância com a regra protetiva.

Tal inserção se justifica diante dos dois fundamentos básicos e essenciais em matéria de Seguridade Social: a **solidariedade** e a **necessidade**. Sem dúvida, ao lado dos parceiros da conjugalidade e do companheirato, os filhos menores e inválidos são os familiares que têm maiores necessidades e demandam a solidariedade de seus pais para sua formação, desenvolvimento e preparo para a vida comunitária e societária. Em matéria envolvendo os direitos fundamentais da criança e do adolescente - e, obviamente, nesse contexto, encontram-se os filhos menores -, o artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, acolhendo expressamente a doutrina da proteção integral deles, enuncia que “**é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária**”.

É importante notar que, antes do advento do texto constitucional de 1988, havia tratamento discriminatório quanto à qualificação e direitos dos filhos, adotando-se como critério a existência ou não de casamento entre os pais, entre outras orientações. O estigma de determinados filhos, como o *filho adulterino*, o *filho adotivo*, o *filho incestuoso*, conduziu o legislador constituinte a pôr fim ao longo período de exclusão de vários menores e inválidos, ao introduzir o preceito contido no § 6º, do artigo 227, da Magna Carta, no ordenamento jurídico brasileiro: *os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*. Antigamente, por exemplo, o filho resultante de relação incestuosa entre pai e filha, por exemplo, somente poderia ser reconhecido por um deles, sendo peremptoriamente vedado ao outro o reconhecimento voluntário ou mesmo judicial, diante do comando - atualmente revogado - contido no artigo 358, do Código Civil de 1916. Contemporaneamente, a situação é completamente distinta, sem a possibilidade de criar obstáculos, de nenhuma natureza, ao estabelecimento do vínculo de paternidade/maternidade/filiação, ou seja, do vínculo parental entre pais e filhos. Cuida-se de importante norma principiológica, com nítido caráter de auto-executoriedade, a terminar com o tratamento estigmatizante, discriminatório e injusto que se verificava em período anterior ao texto constitucional de 1988. O Código Civil de 2002 reproduz a regra constitucional no art. 1.596.

Assim, se para resolver problemas concretos, evitando deixar seus filhos biológicos ao desamparo, muitos pais, estando proibidos de reconhecerem os filhos, acabavam por designá-los como dependentes securitários nas repartições competentes, tratando-se de uma *válvula de escape* para atender às necessidades dos filhos menores ou inválidos que, apesar de não reconhecidos como filhos jurídicos, eram efetivamente filhos e, portanto, merecedores do sentimento de solidariedade dos segurados/funcionários e, conseqüentemente, do Estado. Hodiernamente, tal subterfúgio não precisa mais ser utilizado, inexistindo razão, portanto, para não reconhecer voluntariamente o filho como do segurado/funcionário, para fins de atribuição de inúmeros direitos e vantagens, inclusive no campo da Seguridade Social: *"Filho é o de qualquer condição: legítimo, legitimado, adulterino, adotivo etc., iguais em direitos pelo § 6º do art. 227 da CRFB."*

A respeito da colocação dos filhos na ordem de vocação securitária, para fins de reconhecimento do direito a certos benefícios, faz-se mister apontar que não há como se pensar na equiparação dos filhos menores aos cônjuges ou companheiros. Os fundamentos jurídicos que sustentam o pensionamento em favor dos cônjuges ou companheiros são, em muitos

aspectos, diversos das razões que alicerçam o pensionamento em favor dos filhos menores ou inválidos. Na condição de parentes, pais e filhos manterão, vitaliciamente, o vínculo parental, que justifica a autoridade parental e, inserido nesta, os deveres de assistência, criação e educação dos pais em relação aos seus filhos menores e inválidos, nos termos do artigo 229, da Constituição Federal.

A observação é importante para explicitar que inexistente regra constitucional que determine a equiparação, para fins securitários, dos filhos aos cônjuges ou aos companheiros. Mas, a despeito da ausência de equiparação, os filhos devem ser protegidos diante do vínculo da parentalidade que os unem aos seus pais, e uma das formas de proteção estatal se dá exatamente no campo da Seguridade Social.

Tais ponderações são necessárias para concluir que não existe hierarquia entre cônjuges, companheiros, filhos menores ou inválidos e outros familiares que possam vir a ser contemplados na legislação que regula o Regime Geral e os Regimes Especiais de Previdência Social, podendo, assim, de acordo com a escolha feita pela lei, haver tratamento diferenciado, como, por exemplo, o estabelecimento dos cônjuges e companheiros como integrantes da primeira classe da ordem de vocação securitária, e os filhos menores e inválidos como integrando a segunda ou posterior classe. Assim, inexistente incompatibilidade entre a norma constante do artigo 77, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 5.774/71, e os artigos 226, *caput*, e 227, § 6º, ambos da Constituição Federal, já que, no Regime Especial de Previdência Social do funcionário militar da União, a viúva integra a primeira classe para fins de pensão, excluindo os filhos do benefício da pensão militar, já que estes integram a segunda classe. Vale observar, no entanto, que as Leis nºs 8.112/90 e 8.213/91, na parte que regulam, respectivamente, os Regimes Especial do Funcionário Civil da União e Geral de Previdência Social, seguem tendência de elevar a condição dos filhos menores e inválidos para que eles passem a integrar a primeira classe, juntamente com os cônjuges e companheiros, daí o tratamento contido no artigo 16, inciso I, da Lei nº 8.213/91, e artigos 217, incisos I, “a”, “c”, II, “a”, e 218, § 2º, da Lei nº 8.112/90.

A dependência econômica dos filhos, menores ou inválidos, tal como ocorre em relação aos cônjuges e aos companheiros, é presumida, sendo desnecessária qualquer demonstração a respeito da insuficiência de meios para prover o seu próprio sustento, daí a regra constante do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91. Para a configuração da condição de dependentes do segurado/funcionário, os filhos devem ser menores de vinte e um anos de idade, não emancipados, ou serem inválidos, a teor dos artigos 77, “b”, da Lei nº 5.774/71, 217, inciso II, “a”, da Lei nº 8.112/90, e 16, inciso I, da Lei nº 8.213/91.

Não foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988 as regras anteriores que distinguiam a prole do sexo feminino daquela do sexo masculino, em razão de duas regras claras: a) igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher (artigo 5º, inciso I, do texto); b) igualdade de direitos e qualificações entre filhos, independentemente do sexo (artigo 227, § 6º, do texto).

Assim, por exemplo, a regra contida no artigo 77, “b”, da Lei nº 5.774/71, ao estabelecer como beneficiários da pensão militar os *filhos de qualquer condição, **exclusive os maiores do sexo masculino**, que não sejam interditos ou inválidos*, é frontalmente incompatível com os princípios constitucionais de igualdade entre os sexos e igualdade entre os filhos, não tendo sido recepcionada a discriminação. Como a hipótese é exatamente a inexistência do fundamento da necessidade, ao menos presumida, do filho maior, plenamente apto de suas faculdades mentais e físicas, não há como prevalecer a continuidade da regra benéfica às filhas. Outra norma não recepcionada pela Constituição de 1988 foi aquela constante do parágrafo único, do artigo 5º, da Lei nº 3.373, de 12 de março de 1958, que previa a filha solteira como beneficiária da pensão civil por falecimento de funcionário civil da União, independentemente da idade, somente perdendo a condição de dependente quando passasse a ocupar cargo público permanente.

IV - PROTEÇÃO A OUTROS FAMILIARES

Diante do comando constitucional contido no artigo 226, *caput*, da Constituição Federal, além das famílias matrimonial, companheiril e parental, a família assistencial também merece ser protegida, em especial na pessoa da criança ou do adolescente, com base no *caput*, do artigo 227, e § 3º, inciso VI, também do texto constitucional. Os deveres do Estado de ministrar *especial proteção à família*, nos termos do artigo 226, *caput*, e de assegurar à criança e ao adolescente, *com absoluta prioridade*, os *direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à dignidade, ao respeito e à liberdade*, com base no artigo 227, *caput*, conjugados com o dever do Estado de estimular o *acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente, órfão ou abandonado*, com fulcro no artigo 227, § 3º, inciso VI, impõem ao Poder Público a inserção dos menores sob tutela e guarda no âmbito da Seguridade Social na condição de dependentes do segurado/funcionário.

Dessa forma, o artigo 33, § 3º, do da Lei nº 8069/90 (conhecida como ECA), apenas explicitou a condição de dependente da criança ou ao adolescente inserido na família substituta (guardiã). No Regime Geral de Previdência Social, com fulcro no artigo 201, incisos IV e V, da Constituição Federal, inexistiu dúvida acerca da inclusão dos menores sob guarda ou tutela

no âmbito da noção de dependência, inclusive para fins de auxílio-reclusão e de pensão por morte do segurado. Contudo, a condição de dependente do menor sob guarda ou tutela, relativamente ao segurado/funcionário, não lhe equipara ao filho, motivo pelo qual é perfeitamente legítimo e constitucional, por exemplo, que o menor sob guarda ou tutela seja inserido em classe distinta daquela relativa ao filho, na ordem de vocação securitária. O que não se afigura constitucional e legítimo, na ordem jurídico-constitucional pós-1988, é a exclusão de tais crianças e adolescentes do âmbito de proteção social via Seguridade Social.

Outrossim, a própria determinação constitucional quanto ao estímulo da colocação do menor órfão ou abandonado em família substituta sob guarda, nos termos do § 3º, VI, do artigo 227, da Constituição, não se restringe, logicamente, a incentivos fiscais e subsídios aos guardiões, mas extrapola os seus efeitos para inserir tais famílias sob o manto protetor do Estado. Logicamente, portanto, não há como excluir tais menores da Seguridade Social, sob pena de se contrariar a Magna Carta. Outro argumento deve ser apresentado: com a alteração do § 2º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91, foram preservadas as referências aos menores sob tutela e enteados do segurado na condição de equiparados aos filhos como dependentes, no Regime Geral da Previdência Social. Ora, os enteados mantêm vínculo de afinidade com o segurado, e, nesse contexto, integram a família em sentido mais amplo do que a noção de família nuclear e, na condição de afins, não são mencionados no texto constitucional para fins de proteção estatal. Assim, afigura-se contraditório e desarrazoado que a criança ou adolescente sob guarda seja excluído da proteção estatal, em contrariedade à regra constante do artigo 226, *caput*, da Constituição Federal, ao passo que o enteado seja mantido sob o manto de proteção do Regime Geral da Previdência Social.

Duas soluções são possíveis, dentro desse contexto: a exclusão do enteado do rol do § 2º, do artigo 16, ou o retorno do menor sob guarda nesse dispositivo. Evidentemente que a solução somente pode ser encontrada à luz da Constituição Federal, com a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, para o fim de se considerar ainda tutelado pela Previdência Social o menor sob guarda. Ainda: a manutenção do menor sob tutela na redação do dispositivo, por sua vez, também impõe a continuidade da proteção sobre o menor sob guarda.

Com efeito, a guarda e a tutela são dois institutos expressamente previstos no ECA como viabilizadores da constituição e manutenção de família substituta, com diferentes requisitos e efeitos. Contudo, para os fins assistenciais, inexistente diferença entre tais institutos, já que ambos visam a atender os interesses da criança e do adolescente, em especial aqueles

relacionados ao resguardo dos seus direitos fundamentais, como a vida, a liberdade, a dignidade, a convivência familiar, entre outros.

Ora, desse modo, em matéria de especial proteção que o Estado deve dar à família assistencial, e, principalmente, na pessoa da criança ou do adolescente, houve equiparação entre os dois institutos. Assim, ambos devem ser inseridos no contexto dos Regimes de Previdência Social, como fez corretamente a Lei nº 8.112/90, e, originariamente, havia feito a Lei nº 8.213/91.

Logo, é inconstitucional o disposto na Lei nº 9.528/97, retornando à redação antiga do artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91. No Regime Especial de Previdência Social do Funcionário Militar, sob a égide da Lei nº 5.774/71, sob o influxo da Constituição de 1988, forçoso se faz incluir os menores sob guarda e tutela na Seguridade Social no âmbito militar, da União, na terceira classe da ordem de vocação para fins de pensão militar, juntamente com os netos (artigo 77, “c”, da Lei nº 5.774/71).

Há possibilidade dos vários Regimes de Previdência Social incluírem outros familiares que não aqueles tratados nos itens anteriores, ficando à discrição do legislador a inserção (ou não) de outras pessoas, sempre com base nos fundamentos de **solidariedade** e de **necessidade**. Normalmente, nesses casos, é necessária a comprovação da necessidade, conjugada com a dependência econômica do familiar. Contudo, algumas restrições se verificam nessa matéria, principalmente sob a égide do texto constitucional de 1988. Assim, por exemplo, não pode haver tratamento discriminatório, injustificado e desarrazoado, quanto ao sexo, idade, estado civil e alguma outra condição peculiar dos dependentes do segurado/funcionário. Sob o próprio manto da proibição constitucional quanto a tratamento discriminatório em relação aos filhos, é vedado qualquer benefício para determinados parentes em detrimento de outros, que guardem semelhante vínculo de parentesco. E, normalmente, o tratamento privilegiado deve ser extirpado do ordenamento jurídico-constitucional, diante dos novos valores, princípios e regras constitucionais que, como visto, estão impregnados de sentido solidarista, humanista, democrático, pluralista e existencial.

Os parentes na linha reta ascendente, em primeiro grau, do segurado/funcionário, ou seja, os pais, são normalmente previstos como dependentes desde que comprovada a dependência econômica durante a vida do segurado/funcionário. A Lei nº 5.774/71, no artigo 77, “d”, prevê uma regra que deve ser relida à luz da Constituição de 1988, ao cuidar dos pais como beneficiários de pensão militar. Tal regra é inconstitucional ao privilegiar a mulher, na condição de mãe do militar, em detrimento do homem, o pai do militar, o que afronta o artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal.

Da mesma forma, tal regra infringe o disposto no artigo 229, parte final, do texto constitucional de 1988, que cuida do dever dos filhos maiores de *ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade*, já que a norma constitucional, de maneira correta, não distingue o sexo dos pais para fins de reconhecer o dever de assistência material. Outrossim, a norma da Lei nº 5.774/71 impõe como condição o estado civil de viúva, *desquitada* (*rectius*: separada judicialmente e divorciada) ou solteira, admitindo excepcionalmente o estado civil de casada, se ela estivesse separada de fato do seu marido.

Ora, diante dos contornos socioeconômicos de hoje, com graves crises financeiras, forte exclusão econômica da maior parte da população, é perfeitamente factível a verificação de situação envolvendo um casal sexagenário passando por sérias privações materiais, que passe a depender economicamente de um filho, no caso segurado/funcionário. Ora, exigir a situação de separação de fato do casal para efeito de pensionamento militar é estimular a desagregação familiar, e não dar efetiva proteção estatal, como exige o artigo 226, *caput*, da Constituição Federal. Nos termos da Constituição de 1988, a exigência única que deve ser mantida do texto legislativo de 1971 é a necessidade, ou seja, a comprovação da dependência econômica, em vida, dos pais relativamente ao seu filho, que tinha a condição de funcionário público militar na esfera da União.

Com relação aos parentes na linha reta descendente, em primeiro grau, ou seja, os netos, o único texto pertinente aos Regimes de Previdência Social na esfera federal que os prevê é a Lei nº 5.774/71, no artigo 77, “c”, sendo estipulado que o direito à pensão militar será reconhecido nas mesmas condições estipuladas para os filhos. Valem, portanto, relativamente a eles, as mesmas observações já feitas no tocante ao pensionamento militar, no âmbito da União, em favor dos filhos. Insta apenas acentuar que os netos integram a terceira classe na ordem de vocação securitária, no âmbito militar da União, para fins de pensão, e, portanto, se localizam antes dos pais do militar.

Ainda, no contexto da noção de família em sentido amplo, os parentes colaterais em segundo grau, ou seja, os irmãos, são arrolados como beneficiários securitários nos diversos Regimes de Previdência Social, com algumas diferenças acerca dos requisitos exigidos e o enquadramento na ordem de vocação. A Lei nº 8.112/90, no artigo 217, inciso II, “c”, por exemplo, aponta o irmão como beneficiário de pensão temporária, mas apenas na eventualidade da inexistência de filhos ou menores sob guarda ou tutela do funcionário civil, e desde que seja menor órfão não emancipado ou inválido, comprovada a dependência econômica em relação ao funcionário.

A Lei nº 8.213/91, no artigo 16, inciso III, somente atribui pensão no Regime Geral da Previdência Social ao irmão menor, não emancipado, ou inválido, desde que não haja qualquer um dos integrantes das duas primeiras classes na ordem de vocação. Há diferença entre os dois Regimes, o Geral da Lei nº 8.213/91 e o Especial da Lei nº 8.112/91, pois o irmão do funcionário morto poderá ser beneficiário de pensão temporária, mesmo se houver cônjuge ou companheiro beneficiado pela pensão vitalícia. No caso da pensão militar, na esfera da União, a Lei nº 5.774/71, no artigo 77, “e”, traz regra que deve ser compatibilizada com a Constituição de 1988. Serão beneficiados com pensão militar, consoante a redação original: *“as irmãs, germanas ou consangüíneas, solteiras, viúvas ou desquitadas, bem como os irmãos, germanos ou consangüíneos menores de 21 (vinte e um) anos mantidos pelo contribuinte, ou maiores interditos ou inválidos”*.

Evidentemente que esta norma não foi recepcionada em 1988 tal como foi originariamente pensada pelo legislador ordinário de 1971. O tratamento diferenciado entre irmã e irmão afronta diretamente o disposto no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, além de inexistir razão para excluir qualquer estado civil da pessoa do potencial beneficiário da pensão, sob pena de desmantelamento da família constituída entre o beneficiário da pensão e seu cônjuge, em contrariedade ao disposto no artigo 226, *caput*, da Constituição Federal. Desse modo, tal como se verifica em relação aos Regimes Geral e Especial, este do Funcionalismo Público Civil da União, a regra contida no artigo 77, “e”, da Lei nº 5.774/71, a respeito dos irmãos, deve ser compatibilizada com a Constituição de 1988, para o fim de exigir apenas a menoridade do irmão, a não-emancipação dele, ou a invalidez, bem como a necessidade, ou seja, a comprovação da dependência econômica, durante a vida do militar.

Finalmente, não como familiares, algumas pessoas podem ser instituídas beneficiárias do segurado/funcionário, de acordo com alguns Regimes de Previdência Social. A Lei nº 8.213/91, na sua redação original, previa na quarta classe da ordem de vocação securitária, *a pessoa designada, menor de 21 (vinte e um) anos ou maior de 60 (sessenta) anos ou inválida*. Tal regra, no entanto, foi revogada pela Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, e, portanto, na atualidade, inexistente regra semelhante. A mudança legislativa, nesse particular, não infringiu qualquer valor, princípio ou norma constitucional, sendo perfeitamente legítima, porquanto tais pessoas não se inserem no contexto da família constitucional, sendo inaplicável, portanto, o comando constitucional da especial proteção à família. Isso não significa que o Poder Público não tenha algumas obrigações no campo da Assistência Social, de caráter universal, exatamente para cuidar de situações de desamparados e desassistidos, de pessoas excluídas da Previdência Social.

Outros Regimes de Previdência ainda mantêm a possibilidade da designação/instituição de beneficiário, como a Lei nº 8.112/90, no artigo 217, incisos I, “e”, e II, “d”, e a Lei nº 5.774/71, no artigo 77, “f”. Relativamente à pensão militar, na esfera da União, importante se faz a análise da alínea “f”, do referido artigo 77, citado: *“beneficiário instituído que, se do sexo masculino, só poderá ser menor de 21 (vinte e um) anos ou maior de 60 (sessenta) anos, interdito ou inválido e, se do sexo feminino, solteira”*. Com efeito, o tratamento diferenciado entre o beneficiário do sexo masculino em relação ao do sexo feminino, mais uma vez, afronta o princípio da igualdade entre homem e mulher em direitos e obrigações, do artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, e, conseqüentemente, não pode subsistir. Assim, diante da nova ordem constitucional, o beneficiário de pensão militar, independentemente de seu sexo, somente poderá ser menor de vinte e um anos não emancipado, maior de sessenta anos de idade, interdito ou inválido, sendo indispensável a comprovação da dependência econômica em vida relativamente à pessoa do militar, para que se preserve o fundamento da necessidade para a cobertura da contingência envolvendo a morte do funcionário.

V - CONCLUSÃO

Merecem reflexão e registro: i) o reconhecimento da eficácia plena da norma constitucional contida no art. 226, *caput*, da CRFB, com a necessária e obrigatória proteção do Estado a toda e qualquer espécie de família constitucional, permitindo a adequação dos atos normativos anteriores à Constituição de 1988, e o juízo de inconstitucionalidade dos atos normativos ou posturas estatais contrárias ao princípio protetivo assegurado constitucionalmente; ii) a constatação de que, a verificar-se pela legislação vigente, a unificação da quase totalidade dos Regimes da Previdência Social ainda constitui utopia, ocorrendo apenas gradativa diminuição das diferenças entre os Regimes Geral e Especiais. Entretanto, já se vislumbra um caminhar na direção de uma futura e inevitável unificação, como se constata no art. 5º, da Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998.

Aguarde-se, desse modo, que em um futuro não muito distante se possa afirmar que o Direito brasileiro, em atenção à realidade da vida, apresente tratamento condigno, razoável e adequado ao tema Família e Direito Securitário, implementando os valores e princípios constitucionais insculpidos no texto constitucional de 1988. A interpretação e aplicação da orientação acima vem se verificando no âmbito da Justiça Federal brasileira na solução das lides relacionadas aos Regimes de Previdência Social no país.

AÇÕES COLETIVAS NO DIREITO BRASILEIRO: UMA VISÃO GERAL

***José Antonio Lisboa Neiva¹ - Juiz Federal Convocado do
TRF da 2ª Região***

Sumário: 1- Introdução: conceito e origens. 2- Das ações coletivas no Brasil. 2.1. Da ação popular. 2.2. Das ações civis públicas. 2.3. Das ações com base no inciso XXI do artigo 5º e inciso III do artigo 8º, ambos da Constituição Federal. 2.4. Do mandado de segurança coletivo. 2.5. Do mandado de injunção coletivo. 2.6. Da ação de improbidade administrativa. 2.7- Da ação de usucapião coletiva com base no Estatuto da Cidade.

1-INTRODUÇÃO: CONCEITO E ORIGENS

Denomina-se ação coletiva aquela em qual o legitimado respectivo busca tutela jurisdicional em prol de interesses supraindividuais, com viabilidade de a coisa julgada atingir pessoas que não participaram da relação processual. A ação do legitimado poderia proteger interesses de pessoas indeterminadas e indetermináveis, sem qualquer vínculo organizado, com ligação decorrente tão-somente de circunstância fática, ou de integrantes de grupos, classes ou categorias, envolvendo pessoas que, apesar da expressão numérica, são determinadas ou determináveis e há um traço organizacional ou, ainda, de

¹ Juiz Federal da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, atualmente convocado para a 3ª turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Mestre em direito processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

simples soma de interesses individuais, com uma origem comum, na medida em que a proteção se mostraria mais eficiente pela ação coletiva².

A sucinta diferenciação entre interesses difusos e coletivos *stricto sensu* parte da premissa de que seriam fenômenos conceitualmente distintos, a despeito de inexistir consenso doutrinário a respeito³.

O interesse difuso seria um interesse transindividual ou metaindividual (além do mero interesse individual), cujo objeto teria natureza indivisível (não pode ser cindido), e envolveria pessoas indeterminadas⁴ ou indetermináveis, ligadas por mera circunstância fática.

Por sua vez, apesar do interesse coletivo *stricto sensu* ser transindividual e indivisível o seu objeto, há o traço da limitação dos interessados ao grupo, classe ou categoria, com a nota da **organização**⁵ segundo alguns, que lhe dá

² Não se confunde com o litisconsórcio, mero cúmulo subjetivo na mesma relação processual. Por maior que seja esse número de pessoas (litisconsórcio multitudinário), haverá determinação e geralmente participação dos eventuais titulares do direito material como partes no processo respectivo, salvo em caso de substituição processual. Em qualquer hipótese, simples pluralidade de pessoas como partes no mesmo processo. Sobre o tema: Cândido Rangel Dinamarco, *Litisconsórcio*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1986, ps.16-19.

³ Salienta José B. Acosta Estévez que a “*doctrina no es pacífica en el momento de responder las cuestiones planteadas, pues por regla general los términos **interés difuso e interés colectivo** son utilizados indistintamente, es decidir, como sinónimos.*” (*Tutela Procesal de los Consumidores*, Barcelona: José Maria Bosch Editor S/A, p.41). Mais adiante, observou o aludido autor que, utilizando-se um critério organizacional, poder-se-ia estipular que “*son sujetos titulares de los intereses colectivos aquellos **conjuntos o grupos de individuos de carácter concreto y determinado**, por contraposición son sujetos titulares de intereses difusos aquellos **grupos sociales o colectividades indeterminadas de sujetos desprovistas de organización.***” (ob. cit., p.47).

⁴ Destaca Annamaria Angiuli que “*alla nozione di ‘interesse diffuso’ è sembrato idoneo sulle prime a indicare, per una convenzione terminologica che solo di recente può dirsi affermata, quelle situazioni nelle quali una pluralità indeterminata di soggetti, per essere effettivamente o potenzialmente interessata al godimento di uno stesso bene...*” (*Interessi Collettivi e Tutela Giurisdizionale - Le Azioni Comunali e Surrogatorie*, Napoli Jovene, 1986, p. 26).

⁵ Kazuo Watanabe questiona a exigência do traço organizacional em nosso sistema, ao ressaltar que mesmo “sem organização, os interesses ou direitos ‘coletivos’, pelo fato de serem de natureza indivisível, apresentam identidade tal que, independentemente de sua harmonização formal ou amalgamação pela reunião de seus titulares em torno de uma entidade representativa, passam a formar uma só unidade, tornando-se perfeitamente viável, e mesmo desejável, a sua posição jurisdicional em forma molecular.”. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, comentado pelos autores do anteprojeto, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 6ª edição, 1999, p.723.

coesão e vínculo jurídico comum e homogêneo entre os interessados, “conferindo-lhes uma situação jurídica diferenciada”.⁶

Mancuso sustenta a conveniência da diferenciação por duas razões, a saber: a) “conquanto os interesses coletivos e os difusos sejam espécies do gênero ‘interesses meta (ou super) individuais’, tudo indica que entre eles existem pelo menos duas diferenças básicas, uma de ordem quantitativa, outra de ordem qualitativa: sob o primeiro enfoque, verifica-se que o interesse difuso concerne a um universo *maior* do que o interesse coletivo, visto que, enquanto aquele pode mesmo concernir até à toda humanidade, este apresenta menor amplitude, já pelo fato de estar adstrito a uma ‘relação-base’, a um ‘vínculo jurídico’, o que o leva a se aglutinar junto a grupos sociais definidos; sob o segundo critério, vê-se que o interesse coletivo resulta do homem em sua projeção *corporativa*, ao passo que no interesse difuso, o homem é considerado simplesmente enquanto ser *humano*;” b) outrossim, a utilização das expressões como sinônimas não contribuiria para aclarar o conteúdo e os contornos dos interesses em questão.⁷

Poder-se-ia falar em tutela de interesses difusos nos casos de proteção de interesses comuns aos habitantes de determinada região “sujeita a vicissitudes naturais, ou aos aficionados de um esporte, ou aos freqüentadores da mesma zona turística”⁸, ou de potenciais consumidores ludibriados em razão de propaganda enganosa, usuários de serviço público ineficiente ou defeituoso, entre outros. Estaríamos, por sua vez, diante de tutela de interesse coletivo quando houvesse envolvimento, por exemplo, dos “advogados, interessados na preservação de alguma prerrogativa profissional, cerceada

⁶ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Interesses difusos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª edição, 1994, p. 50.

⁷ Ob. cit., ps.67-68. Considerando que a legislação nacional define ambos (incs. I e II do parágrafo único do art. 81 da lei 8.078/90), a doutrina processual brasileira vem conferindo o tratamento diferenciado, como se pode observar em: Barbosa Moreira, *Ação Civil Pública e Programação da TV*, in *Temas de Direito Processual*, 6ª série, São Paulo: Saraiva, 1997, ps.243-244; Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos Interesses difusos em juízo*, 13ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001, ps. 46-50; Pedro da Silva Dinamarco, *A ação civil pública*, São Paulo: Saraiva, 2001, ps. 51-58; Kazuo Watanabe, ob. cit., ps. 720-724; Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor - direito processual*, São Paulo: Saraiva, 2002, ps. 57-62. Por sua vez, obtempera Arruda Alvim que “com referência aos chamados interesses e direitos coletivos, **no que diz respeito ao caráter do ilícito**, não se pode fazer distinção apreciável, para apartá-los dos chamados interesses e direitos difusos (art. 81, parágrafo único, inciso II)”. *Código do Consumidor Comentado*, obra em co-autoria, 2ª edição, 2ª tiragem, Revista dos Tribunais, 1995, p. 369, negrito nosso.

⁸ Exemplos de Barbosa Moreira, ob. cit., p.243.

por um ato administrativo, quando estariam ligados entre si pela relação jurídica base havida com a OAB; ou os alunos das faculdades da área médica de uma Universidade, interessados em evitar a extinção do hospital universitário, que estariam ligados à parte contrária, a Universidade, por uma relação jurídica base”⁹, ou no caso dos metalúrgicos que perseguem melhores condições em matéria de segurança do trabalho, em prol de toda categoria, havendo relação jurídica entre os membros da categoria e os empregadores.

Vale observar, finalmente, que a ação coletiva pode ser utilizada eventualmente para proteger interesses que na sua essência são individuais, destacáveis e divisíveis, havendo no processo coletivo apenas a **soma** desses interesses com uma origem comum, para uma proteção mais eficiente e com menor esforço processual, evitando-se os inconvenientes e dificuldades de um litisconsórcio multitudinário.

A tutela dos denominados interesses individuais homogêneos, pela via coletiva, decorre do uma opção pela facilitação ao acesso à justiça, na medida em que isoladamente, muitas vezes, não conseguiriam proteção adequada.

Com propriedade, ressalta Pedro Dinamarco que eles “são verdadeiros interesses individuais, mas *circunstancialmente tratados de forma coletiva*. Ou seja, não são coletivos em sua essência nem no modo como são exercidos. Na verdade, esses direitos, mais do que os outros já tratados, são consequência da moderna sociedade de massa, em que a concentração de pessoas em grandes centros e a produção em série abrem espaço para que muitas pessoas sejam prejudicadas por um único fato.”¹⁰.

Rodolfo de C. Mancuso lembra que “um feixe de interesses individuais não se transforma em interesse coletivo, pelo só fato de exercício coletivo. A essência permanece individual.”¹¹.

Poderíamos exemplificar: ação visando a inclusão de determinado percentual de reajuste, expurgado por plano econômico, referente a período específico, nos saldos das cadernetas de poupanças existentes à época; ação que pretende a devolução do montante cobrado indevidamente do consumidor, pelos planos de saúde; ação buscando ressarcimento de todos aqueles que foram prejudicados pelo consumo de produto nocivo à saúde etc.

⁹ Luiz Paulo, ob. cit., p.60.

¹⁰ Ob. cit., p.60.

¹¹ Ob. cit., p.43.

O capítulo II do título III do CDC abraçou as *class actions for damages* do direito norte-americano, permitindo “ações civis de responsabilidade pelos danos sofridos por uma coletividade de indivíduos”¹².

A legitimação daquele que vai tutelar os interesses de diversas pessoas decorre de uma avaliação política e discricionária de cada país, variando entre a possibilidade da própria pessoa física postular coletivamente até entidades associativas, fundações, partidos políticos, pessoas jurídicas de direito público, órgãos despersonalizados e o Ministério Público.¹³

A Inglaterra é apontada como o berço das ações coletivas, havendo consenso doutrinário nesse particular¹⁴, sendo certo que, apesar de certos autores, com base em Yeazell, relacionarem conflitos de natureza coletiva no século XII, diante de litígios envolvendo grupo de aldeões, de determinado vilarejo, contra os senhores (*Lords*), por problemas relativos à administração e uso das terras dos feudos, de fiéis (*parishers*) que questionavam o pagamento de dízimos a religiosos, de corporações (*guilds*) que impugnavam exigência de tributos feita pela autoridade local ou pelo senhorio (*Lord*)¹⁵, há quem prefira estabelecer a origem com o *bill of peace* ¹⁶, no século XVII.

Salienta Joaquin Silguero Estagnan que a “*origen de las ‘class actions’ hay que buscarlo en el ‘bill of peace’, un procedimiento surgido en los tribunales de equidad ingleses en el siglo XVII en virtud del cual una persona (‘adversary’) podía iniciar un processo contra varias personas (‘multitude’) con intereses separados pero similares, o la ‘multitude’ podía demandar en una acción cuestiones de hecho o de derecho comunes disputadas entre el ‘adversary’ y cada miembro de la ‘multitude’*”.¹⁷

¹² Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* - comentado pelos autores do anteprojeto, obra em co-autoria, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p.768.

¹³ Cf. Mancuso, ob. cit., ps. 212-214.

¹⁴ Stephen C. Yeazell, *From medieval group litigation to the modern class action*, New Haven and London, Yale University Press, 1987, ps. 4 e 21; Andrea Giussani, *Studi Sulle “Class Actions”*, Cedam, 1996, p.4; Deborah R. Hensler, Nicholas M. Pace, Bonita Dombey- Moore, Beth Giddens, Jennifer Gross, Erik K. Moller, *Class Action Dilemmas - Pursuing Public Goals For Private Gain*, Rand Institute for Civil Justice, Santa Monica, 2000, p. 10; Pedro Dinamarco, ob. cit., ps. 24-25; Aluisio G. de Castro Mendes, *Ações Coletivas no direito comparado e nacional*, coleção temas atuais de Direito Processual Civil - volume 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.

¹⁵ Cf. Márcio Flávio Mafra Leal, *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*, Porto Alegre-RS: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p.22.

¹⁶ Pedro Dinamarco, ob. cit., ps. 24-25; Deborah R. Hensler e outros, ob. cit., p. 10.

¹⁷ *In La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a traves de la legitimacion de los grupos*, Dykinson, Madrid, 1995, p. 277.

O *bill of peace* envolvia uma autorização para o processamento de uma ação individual como coletiva, desde que o autor requeresse que o provimento viesse a englobar todas as pessoas que estivessem na mesma situação conflituosa, dando-se tratamento uniforme e evitando-se multiplicação de processos. Mister que houvesse um interesse comum ou similar entre os envolvidos (*shared interests*).

As *representative actions* exigiam que houvesse um número considerável de pessoas envolvidas a tornar o cúmulo litisconsorcial impraticável, que todos os componentes do grupo tivessem um interesse comum na questão objeto de julgamento e que as partes no processo estivessem representando adequadamente os interesses dos ausentes¹⁸.

As ações coletivas tiveram abrigo na *Court of Chancery*, jurisdição alternativa e concorrente do tribunal da *common law*, baseada na *equity*. O sistema de julgamento não estava preso ao formalismo dos tribunais da *common law*, criando-se um campo fértil para o desenvolvimento do *group litigation*.

Após a euforia do surgimento, o “período compreendido entre os anos de 1700 e 1850 marca, em seguida, o declínio dos litígios de grupo na Inglaterra, na medida em que a interpretação em torno da existência de interesse comum assumia feição cada vez mais severa e que a expressão dos grupos se formalizava através das corporações”¹⁹, ressaltando-se que “o do século XIX e o início do século XX marcaram, praticamente, o desaparecimento das ações coletivas na Inglaterra por um longo período.”²⁰.

2 - DAS AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL

No que se refere ao aspecto histórico, tem fundamental importância a ação popular, com previsão expressa em diversas Constituições, e que será analisada no item específico. Outrossim, Pedro da Silva Dinamarco²¹ e Aluisio

¹⁸ Pedro Dinamarco, ob. cit., p. 25; Cássio Scarpinella Bueno, *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, Revista de Processo, nº 82, ano 21, 1996, Revista dos Tribunais, p. 93. Ressaltam Deborah R. Hensler e outros que: “However, when the number of plaintiffs was so large that it was not practical to require them all to come forward (physically and legally), the courts allowed representative plaintiffs to present the case for all potential plaintiffs, present or absent. The representative plaintiffs were required to show that they adequately reflected the interests of the entire group because the judgement would be binding on all plaintiffs, whether or not they were actually involved in the proceedings.”, ob. cit., p. 10.

¹⁹ Aluisio Mendes, ob. cit., p. 48.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Ob. cit., p. 36.

Mendes²² referem-se à Lei 1.134/50, que conferia legitimidade às associações de classe nos seguintes termos: “as associações de classe existentes na data da publicação desta lei, sem nenhum caráter político, fundada nos termos do Código Civil e enquadradas nos dispositivos constitucionais, que congreguem funcionários ou empregados de empresas industriais da União, administradas ou não por elas, dos Estados, dos Municípios e das entidades autárquicas, de modo geral, é facultada a representação coletiva ou individual de seus associados, perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária”, bem ao art. 1º da Lei 4.215/63 (anterior Estatuto da OAB), que estipulava caber “à Ordem representar, em juízo e fora dele, os interesses gerais da classe dos advogados e os individuais, relacionados com o exercício da profissão”.²³

2.1. Da ação popular

A ação popular tem suas origens no direito romano, destacando Rodolfo de Camargo Mancuso²⁴ que, antes mesmo da consagração constitucional expressa em nosso direito, já havia praxista que admitia sua existência, sendo oportuno lembrar o art. 157 da Constituição de 1824, que previa: “Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra eles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo próprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei”.

Parte da doutrina prefere, por sua vez, identificar o inciso 38 do art. 113 da Constituição de 1934 como o primeiro dispositivo constitucional a consagrar verdadeiramente a ação popular no direito brasileiro, como instrumento de proteção de erário.²⁵ O aludido inciso mencionava: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação

²² Ob. cit., p. 189.

²³ A atual Lei 8.906/94, em seu art. 44, inc. II, estipula: “promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.”. A redação em tela é bem pior, pois não destaca, como a anterior, que a tutela dos integrantes da classe poderia ser individual ou coletiva. Ademais, a **exclusividade** só pode ser interpretada como referência à seleção e disciplina dos advogados, sendo certo que seria inconstitucional impedir que um advogado realizasse sua própria defesa, ou que fosse representado perante um órgão administrativo **apenas** pela OAB.

²⁴ *Ação Popular*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, ps. 37-38. Nesse sentido, ainda: José da Silva Pacheco, *O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, ps. 385-386.

²⁵ José da Silva Pacheco, ob. cit., p. 384; José Carlos Barbosa Moreira, *A Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados “Interesses Difusos”*, *Temas de Direito Processual*, 1ª série, São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 1988, p. 114; Aluisio Mendes, ob. cit., p. 191.

dos actos lesivos do patrimonio da União, dos Estados ou dos Municípios". Após supressão pela Carta de 1937, a Constituição de 1946 veio a restabelecer a ação popular e ampliar o seu alcance, ao incluir atos das "entidades autárquicas e das sociedades de economia mista" (§ 38 do art.141), enquanto a Constituição de 1967 veio a estabelecer que qualquer cidadão seria parte legítima para propor ação popular que visasse anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas (§ 31 do art. 150), tendo a Emenda 1/69 mantido a redação, apenas com transferência para o § 31 do art. 153 da Constituição.

Em 29 de junho de 1965 surgiu a Lei nº 4.717, com o objetivo de regulamentar²⁶ o dispositivo constitucional, sendo certo que apenas o cidadão, ou seja, o nacional em gozo dos direitos políticos, demonstrada tal circunstância mediante apresentação do título de eleitor ou de documento que produza os mesmos efeitos (§ 3º do art. 1º), teria a legitimação²⁷ originária para o ajuizamento, tendo, por sua vez, o Ministério Público legitimação superveniente²⁸ quando houvesse requerimento de desistência da ação ou "absolvição de instância" (art. 9º), terminologia do Código de Processo de 1939, diante de circunstâncias que viabilizariam provimento meramente terminativo (ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação, falta de procuração de cônjuge autoral ou ausência de citação do cônjuge do réu em ação sobre imóveis, irregularidade formal da petição inicial, falta de caução, abandono do processo por mais de 30 dias)²⁹.

O art. 6º da Lei prevê o litisconsórcio passivo necessário, com citação do agente que praticou o ato, da pessoa jurídica da qual faz parte e dos beneficiários diretos do ato impugnado, podendo a pessoa jurídica interessada deixar de ser ré e "atuar ao lado do autor" (§ 3º). O § 5º do mesmo artigo possibilita a intervenção litisconsorcial ulterior por outro cidadão, sendo despcienda a referência à assistência.

O Ministério Público intervirá obrigatoriamente no processo, dispondo o § 4º do art. 6º que seria vedado ao mesmo, em qualquer hipótese, "assumir a defesa do ato impugnado ou de seus agentes".³⁰

²⁶ Barbosa Moreira aponta que, antes da edição da referida Lei, o Supremo Tribunal Federal repeliu o uso do procedimento do mandado de segurança para veicular ação popular, destacando que o rito deveria ser o ordinário regulado pelo Código de Processo Civil de 1939 (*in* Ação Popular do Direito Brasileiro..., ob. cit., p. 114, nota 8). Vale conferir o verbete 101 da súmula do STF: "O mandado de segurança não substitui a ação popular".

²⁷ "Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular" (verbetes 365 da súmula do STF).

²⁸ Barbosa Moreira (*in* A Ação Popular..., ob. cit., ps. 117-118).

²⁹ Código de Processo Civil e legislação complementar (art. 201). Rio de Janeiro: 1962, 4ª edição, Forense, p. 80.

³⁰ Apesar do tema ser controvertido na doutrina (cf. Rodolfo de Camargo Mancuso, Ação Popular, ps.145-150; Antônio Cláudio da Costa Machado, A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro, São Paulo: Saraiva, 1989, ps. 461-467), parece ser a interpretação mais adequada aquela que sustenta ser impossível ao *parquet* atuar como representante do agente ou da pessoa jurídica, assumindo defesa do ato. Atuará como fiscal da lei.

A sentença em caso de procedência da postulação será desconstitutiva e eventualmente ressarcitória do dano causado pelo ato lesivo³¹.

O art. 18 da Lei 4.717/65 é um marco no direito processual brasileiro, em tema de tutela coletiva, fonte inspiradora de outros diplomas. Estabelece que a “sentença terá eficácia de coisa julgada *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão³² poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”. Dessa forma, a improcedência por deficiência de prova não produz coisa julgada material, impedindo-se, assim, a possibilidade de um conluio em detrimento do interesse público.

A Constituição de 1988 veio ampliar o alcance da ação popular, dispondo o inciso LXXIII do art 5º que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

A ação popular tem duas novidades: a impugnação de ato que viole a moralidade administrativa e que seja lesivo ao meio ambiente. O conceito de patrimônio público já abrigava os bens de valor histórico e em interpretação extensiva alcançaria o cultural (§ 1º do art. 1º da Lei 4.717/65).

Em relação à tutela ambiental, há um vazio em caso de ressarcimento pecuniário, pois a legislação infraconstitucional anterior a Constituição de 1988 não regula, evidentemente, tal situação. Poder-se-ia questionar sobre a aplicabilidade analógica da legislação referente à ação civil pública, o que permitiria reversão ao fundo destinado à recomposição ambiental³³.

³¹ Barbosa Moreira, *in* A Ação Popular..., p. 120, sustentando o professor que o preceito condenatório está endereçado ao juiz, devendo o mesmo condenar o réu ao ressarcimento mesmo sem pedido autoral. No mesmo sentido Rodolfo de Camargo Mancuso, *in* Ação Popular, ps. 171-172, com citação do primeiro e de José Afonso da Silva.

³² Inclusive o próprio (Barbosa Moreira, *in* A Ação Popular..., ob. cit., p. 123; Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação Popular*, ob. cit., p. 201).

³³ Parece não concordar com essa possibilidade Vera Lúcia Jucovsky, ao salientar: “É bem de ver que, em caso de dano ambiental, a ação popular não se presta adequadamente ao ressarcimento do bem ou interesse violado, porquanto inexistente na lei em tela dispositivo específico para tanto. Em certas circunstâncias será insuficiente a mera declaração de invalidade do ato impugnado (v.g., licença administrativa para edificação ou licitação de obra pública), via ação popular, porque o bem ambiental alterado ou destruído não será objeto de ressarcimento, dada a complexidade de sua valoração em moeda. Entretanto, terá dita ação maior eficácia se proposta em caráter preventivo e não repressivo” (*In*: Meios de defesa do meio ambiente. Ação popular e participação pública – Brasil/Portugal, *Revista da associação dos juizes federais*, n 62, p. 43).

Quanto à moralidade administrativa, a discussão toma outro giro, pois sabidamente a orientação dominante na doutrina e jurisprudência exige, genericamente, na ação popular, o binômio ilegalidade-lesividade.³⁴ O Supremo Tribunal Federal adotou tal entendimento, como se verifica, a título exemplificativo, do acórdão no RE n. 92.326, 1ª Turma, relatado pelo Min. Rafael Mayer, no sentido de que seria indispensável a “exigibilidade de um duplo requisito para se ter a possibilidade jurídica da ação popular, a saber a ilegalidade e a lesividade do ato a ser invalidado. Sem a conjugação dos dois pressupostos, ou seja, a *contrario sensu*, com a verificação de um só deles, não há viabilidade para esta ação constitucional”³⁵.

Diante dessa premissa, haveria ou não a necessidade de se exigir a prova da lesão ao erário para o acolhimento do pedido? Ou bastaria a demonstração de que o ato seria imoral? Há partidários das duas orientações³⁶. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito do assunto. No julgamento do RE n. 206.889-MG, 2ª Turma, ac. un., destacou o relator, Min. Carlos Mário Velloso, que “a Constituição de 1988 estabelece, no art. 5º, LXXIII, que mesmo que não tenha havido efetiva lesão ao patrimônio material público, ainda assim a ação popular poderá ser cabível, por isso que protege ela , também, a moralidade administrativa, que é também patrimônio, patrimônio moral da sociedade.”³⁷. Em outro precedente, a Suprema Corte, ao julgar o RE n. 170.768-SP, 1ª Turma, manteve a mesma orientação. Destacou o Min. Ilmar Galvão que a questão constitucional diria respeito ao “problema de se saber se só tem cabimento a ação popular quando o ato incriminado causou lesividade ao patrimônio material do Poder Público ou se basta que de sua prática se configure a ilegalidade ou a desconformidade com a moralidade administrativa para que se torne nulo (...). Ademais, o entendimento de que, para o cabimento da ação popular bastaria a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam a Administração Pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inc. LXXIII do art. 5º da CF, norma esta que abarca não só o patrimônio material da entidade pública, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico”³⁸.

³⁴Cf. Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação Popular*, ps. 66-70; Luiz Manoel Gomes Junior, *Ação Popular - Aspectos Polêmicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, ps. 09-10.

³⁵ Revista de Direito Administrativo, Renovar, n.143/127. O acórdão ainda se refere a anteriores precedentes, publicados na RTJ 54/95 e RTJ 72/421.

³⁶ Rodolfo de Camargo Mancuso sustenta ser dispensável a prova da lesividade, pois a moralidade administrativa seria fundamento autônomo da ação (*Ação Popular*, ob. cit., ps. 70-76), enquanto Luiz Manoel Gomes Junior salienta a obrigatoriedade da presença de tal prova (ob. cit., p. 24).

³⁷ Revista Trimestral de Jurisprudência (STF) n. 165/375.

³⁸ Revista dos Tribunais n. 769/147-148.

3.2. Das ações civis públicas

A expressão ação civil pública é objeto de exame pela doutrina, na medida em que, a rigor, toda ação é pública e contra o Estado, partindo-se da visão de que o direito de ação seria o direito público subjetivo de exigir do Estado a prestação jurisdicional. Por sua vez, não poderia ser “pública” em função dos legitimados ativos, pois há legitimados que têm natureza de pessoa jurídica de direito privado (v.g., associações). Vale observar que o tema não é tranqüilo, havendo quem defenda o emprego da terminologia, tecnicamente, apenas para as ações ajuizadas pelo Ministério Público³⁹. Por sua vez, o fato de a Constituição dispor que seria função institucional do *parquet* “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III), não significa que o constituinte estipulou exclusividade. Alguns apontam que o adjetivo pública decorreria do largo espectro social, abrigando interesses metaindividuais⁴⁰, apresentando-se como a orientação mais adequada. Finalmente, mister salientar que a terminologia encontra-se incorporada à tradição, mas rigorosamente ação não tem nome⁴¹.

A Lei 7.347/85 foi a pioneira em matéria de ação civil pública, dispondo atualmente seu art. 1º que se regeria pela Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais ao meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, infração da ordem econômica e da economia popular, à ordem urbanística, ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. O parágrafo único do dispositivo foi acrescentado por Medida Provisória para estabelecer obstáculo ao ajuizamento em matéria tributária, em tema de contribuições previdenciárias ou envolvendo FGTS, ou outro fundo de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. A jurisprudência já vinha restringindo a legitimação do Ministério Público em matéria de direitos individuais homogêneos não vinculados à tutela do consumidor, inclusive quanto ao tema tributário, como será visto adiante, optando o Governo pela generalização.

O art. 2º fixa o local do evento danoso como o competente, tratando-se de competência territorial de natureza absoluta, ou territorial funcional,

³⁹ Hugo Nigro Mazzilli, ob. cit., ps. 65-66.

⁴⁰ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação Civil Pública*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª edição, 1994, p. 18; José dos Santos Carvalho Filho, *Ação Civil Pública - Comentários por Artigo*; Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 3.

⁴¹ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Vocabulário de Direito Processual, Fundamentos do Processo Civil Moderno*, São Paulo: Forense, 2ª edição, 1987, itens 63 e 64, ps. 117-119.

sendo certo que o Superior Tribunal de Justiça revogou o inconstitucional verbete n. 183 de sua súmula, diante de manifestação da Suprema Corte no RE 228.955-9/RS, rel. Min. Ilmar Galvão (Informativo STF n. 182)⁴², na medida em que a Lei jamais delegou competência da justiça federal ao juiz estadual, nos termos do § 3º do art. 109 da Constituição da República. O novo parágrafo único inova em matéria de conexidade, pois inaplicáveis os artigos 219 e 106, ambos do CPC, eis que a prevenção seria do juízo onde foi proposta a primeira ação, nos termos do art. 263 do CPC⁴³.

O art. 3º estipula que seria possível pedido de condenação pecuniária, ou voltado ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, sendo certo que em virtude da Lei 8.078/90 o objeto passou a ser mais amplo, diante do art. 83 do CDC, aplicável por força do art. 21 da Lei 7.347/85⁴⁴.

Têm legitimidade ativa concorrente e disjuntiva o Ministério Público, a União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista ou associação constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, que inclua entre as suas finalidades institucionais a proteção aos interesses tutelados na Lei 7.347/85, podendo o requisito da pré-constituição ser dispensado pelo juiz quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido (art. 5º e seu § 4º), havendo a presença de conceitos jurídicos indeterminados⁴⁵, a conferir dose de subjetivismo ao magistrado.

Inaplicáveis, à ação civil pública, a exigência de autorização assemblear e as restrições do art. 2º-A da Lei 9.494, no que se refere às associações, pois não se tutela interesse exclusivo dos associados, como no caso do inciso XXI do art. 5º da Constituição da República⁴⁶, sendo certo que o legislador infraconstitucional pode ampliar a legitimação processual. Os sindicatos teriam

⁴² *Apud* Luiz Paulo da Silva Araújo Silva, ob. cit., ps. 123-125.

⁴³ Cassio Scarpinella Bueno, *O Poder Público em Juízo*, São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 138.

⁴⁴ Hugo Nigro Mazzilli, ob. cit., ps. 191-192; Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª edição, 2002, p. 1.339.

⁴⁵ José Carlos Barbosa Moreira, Os Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro, *Temas de Direito Processual*, São Paulo: Saraiva, 1997, 6ª série, p. 70.

⁴⁶ Pedro Dinamarco, ob. cit., ps. 245-246; Nelson Nery Junior e Rosa Maria de A. Nery, ob. cit., p. 1.367. No julgamento do REsp n. 132.724-RS, a 3ª Turma deliberou que a coisa julgada era *erga omnes*, não se limitando a atingir os litisconsortes, e o Min. relator, Ari Pargendler, citou precedente (REsp 157.713-RS) no qual a Corte tinha deliberado no sentido de que as associações teriam legitimação para “pleitear em juízo a favor de quantos se encontrem na situação alcançada por seus fins institucionais, **ainda que não sejam associados**” (negrito nosso, Revista do Superior Tribunal de Justiça, junho de 2001, n. 142/232-233).

legitimação, pois se enquadrariam no conceito de entidade associativa⁴⁷, havendo, no entanto, quem entenda pela limitação de sua legitimidade à tutela de interesse da categoria, por força do art. 8º, III, da Constituição da República⁴⁸.

Questionável a viabilidade de uma legitimação ampla em favor de todos aqueles que estão previstos no art. 5º da Lei, diante da diversidade de interesses tuteláveis por ação civil pública. Poderia uma sociedade de economia mista proteger interesse de qualquer grupo de consumidores? Detém representatividade para tanto?⁴⁹

A Lei prevê a viabilidade do Ministério Público instaurar inquérito civil, procedimento administrativo inquisitivo com a finalidade de se colher provas idôneas a dar suporte seguro à futura ação civil pública, evitando-se ajuizamento temerário (art. 8º, § 1º), sendo certo que o membro do *parquet* que não visualizar fundamento para a propositura da ação, após todas as diligências, promoverá o arquivamento do inquérito *ad referendum* do Conselho Superior da Instituição. Há a possibilidade dos órgãos públicos legitimados tomarem compromisso de ajustamento de conduta, mediante cominações, com eficácia de título executivo extrajudicial (art. 5º, § 6º), havendo quem sustente ter natureza de acordo, enquanto outros salientam ser ato assimilável ao reconhecimento da pretensão⁵⁰. A Lei 7.347/85 estipula a viabilidade de medida liminar, podendo ser fixada multa como meio de coerção, com sua exigibilidade condicionada ao trânsito em julgado, o que lhe retira parte de sua efetividade (art. 12 e § 2º). Há a previsão de um fundo destinado à recomposição dos danos causados, o *fluid recovery* (art. 13). O recurso de apelo terá em princípio efeito devolutivo apenas, podendo o magistrado conceder o suspensivo em caso de ameaça de dano irreparável (art. 14).

O art. 16 da Lei trata da coisa julgada *erga omnes*, salvo improcedência por deficiência de provas, podendo qualquer legitimado, munido de nova prova, ajuizar nova ação com idêntico fundamento, à semelhança do que ocorre na ação popular. A Lei 9.494/97, fruto de conversão de Medida Provisória, restringiu o alcance da coisa julgada aos “limites da competência do órgão prolator”, em dispositivo inconstitucional, pois inviável limitar interesses difusos, cujo objeto é indivisível, com restrição inconcebível da tutela coletiva autorizada na Constituição. Ademais, confunde eficácia da

⁴⁷ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de A. Nery, ob. cit., p. 45

⁴⁸ Pedro Dinamarco, ob. cit., ps. 253-254.

⁴⁹ Leonardo Greco responde que não, com relevantes observações sobre o tema da legitimação em razão do interesse lesado. In: *A Titularidade da Ação Civil Pública*, Coleção Ensaios Acadêmicos, UGF, 1988, ps. 15-23.

⁵⁰ Cf. José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit., p. 137.

sentença e competência do órgão prolator⁵¹. Fica patente a falta de razoabilidade da modificação diante de sua aplicação restrita aos interesses difusos, pois a coisa julgada nos interesses coletivos é *ultra partes* (Lei 8.078/90, art. 103, II) e não *erga omnes*, e nos interesses individuais homogêneos a disciplina da coisa julgada é distinta, inexistindo a ressalva “salvo improcedência por deficiência de provas” (Lei 8.078/90, art. 103, III)⁵².

A sistemática da coisa julgada do art. 16 não prejudicará as ações indenizatórias por danos pessoais (*res iudicata in utilibus*), ajuizadas individualmente ou na forma do Código do Consumidor, mas, se houver procedência na ação coletiva, beneficiará vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e execução (§3º do art. 103 da Lei 8.078/90).

Foram editadas as Leis 7.853/89, 7.913/89 e 8.069/90 que tratam, respectivamente, de ações civis públicas para tutela dos interesses das pessoas portadoras de deficiências, de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários e dos interesses das crianças e adolescentes (arts. 208 a 223), sendo certo que todas prevêm a aplicação subsidiária da Lei 7.347/85 (respectivamente, arts. 7º, 3º e 224).

A Lei 8.078/90 é um marco importante em matéria de tutela coletiva em nosso direito, sendo certo que a “ação coletiva prevista no Código de Defesa do Consumidor é freqüentemente utilizada como sinônimo de ação civil pública”⁵³.

O Código do Consumidor (CDC) resolveu definir interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, I a III), como já visto no início deste trabalho, delimitando os legitimados concorrentes para a ação coletiva, com a novidade de que consigna que as associações estão dispensadas de “autorização assemblear” (art. 82, IV), até porque não detém legitimação apenas para proteger interesses de seus associados, como já mencionamos. Confere capacidade de ser parte e legitimação a órgãos despersonalizados especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC (art. 82, III).

No que se refere à legitimidade, o maior dissenso jurisprudencial envolveria o Ministério Público, sendo certo que em grande parte decorreria da insegura delimitação do que seria interesse difuso, coletivo e individual homogêneo.

⁵¹ Cf. Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, *Ações Coletivas: A Tutela Jurisdicional dos Direitos Individuais Homogêneos*, Rio de Janeiro: Forense, 2000, ps. 164-167; Nelson Nery Junior e Rosa Maria de A. Nery, *ob. cit.*, ps. 1.366-1.367.

⁵² Luiz Paulo, *Ações Coletivas*, ps. 163-164.

⁵³ Pedro Dinamarco, *ob. cit.*, p. 17.

Em caso de tutela de interesse individual homogêneo, o próprio Superior Tribunal de Justiça tem julgamentos conflitantes. No julgamento do REsp n. 108.249-SP, a 2ª Seção reconheceu a viabilidade da legitimação, ressaltando o relator, Min. Peçanha Martins: “Como destaca o bem lançado parecer, a jurisprudência do STF (RE n. 163.231-3, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 17.9.96) e do STJ (REsp. 98.648-MG, DJ de 28.4.1997; REsp n. 34.155-MG, DJ de 11.11.1996; REsp n. 169.876-SP, DJ de 21.9.1998; REsp. n. 159.021-MG, DJ de 3.8.1998), vêm reconhecendo legitimidade ao Ministério Público na defesa dos interesses individuais homogêneos”⁵⁴ ⁵⁵. No julgamento do REsp n 207.336-SP, a 3ª Turma entendeu que o Ministério Público teria legitimação para proteger em juízo direito individual homogêneo, em matéria não vinculada a consumidor, com base no art. 21 da Lei 7.347/85, que manda aplicar o título III do CDC àquela Lei subsidiariamente, quando houvesse interesse social relevante. Mencionou o relator, Min. Pádua Ribeiro: “**In casu**, a ação civil pública foi proposta com o objetivo de afastar danos físicos a empregados do Recorrente, pois cerca de 30 deles já ostentam lesões decorrentes de esforços repetitivos. (...) Esta egrégia Turma, ao julgar o REsp n. 58.682-MG, da relatoria do eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, entendeu ter o Ministério Público legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante”⁵⁶.

⁵⁴ Revista do Superior Tribunal de Justiça, outubro de 2000, n. 134/186.

⁵⁵ Vale observar que o Supremo Tribunal Federal, no precedente citado (RE 163.231—SP), foi infeliz na abordagem do problema em seu aspecto técnico, tendo o relator, Min. Maurício Corrêa, mencionado que se “o universo dos alunos e de seus pais é indeterminado, mas determinável, porque basta a coleta dos dados perante a instituição recorrida para se levantar a nominata respectiva, nem por isso se retira o caráter de interesses coletivos (...) E é exatamente o que ocorre nestes autos, em que há **um objeto comum que os une, consubstancia no aumento que a todos atingiu; há um grupo, objeto dos mesmos interesses e interligados pela mesma causa e uma parte contrária**, no caso a Associação Notre Dame de Educação e Cultura, **que atrai a legitimidade da postulação pela relação jurídica-base**. (...) Evidencia-se, **quantum satis**, que os interesses defendidos neste recurso são nitidamente homogêneos porquanto **nascidos de uma mesma origem**, ou seja, mensalidades escolares cobradas abusivamente, **com mesmo índice de aumento, aplicado a todos os usuários da escola**; por conseguinte **homogêneos**, porque na verdade **todos da mesma natureza**; e como homogêneos são uma **subespécie de interesses coletivos**, como antes abordei, **legítima é a capacidade postulatória do recorrente**.” (grifo no original, voto transcrito no Informativo STF n 62/4). O acórdão não delimitou a diferença entre interesses coletivos e individuais homogêneos e ao afirmar, pura e simplesmente, que os individuais homogêneos seriam subespécie dos primeiros concluiu por uma ampla legitimação ministerial, o que não foi admitido posteriormente pela Suprema Corte em matéria tributária.

⁵⁶ Revista do Superior Tribunal de Justiça, outubro de 2001, n. 146/284. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro se alinha a esse entendimento, salientando que esses interesses agrupados devem ter “uma dimensão social, que a sua resolução coletiva possa consubstanciar-se em interesse público”

Já no REsp n 59.164, a 1ª Turma decidiu que o *parquet* não teria legitimação para ação ressarcitória em benefício de um grupo de pessoas, tendo em vista a disponibilidade do interesse, incompatível com a função institucional do MP⁵⁷. Encontramos, outrossim, no STJ orientação no sentido de inviabilizar tutela do contribuinte em matéria tributária, na medida em que não se enquadraria como consumidor. Nesse sentido, julgado da 1ª turma, no REsp 57.465-0/PR, no qual o relator Demócrito Reinaldo destacou que de “certo que o contribuinte do IPTU não é *consumidor*, no sentido da lei, desde que, nem adquire, nem utiliza produto ou serviço, como destinatário (consumidor) final e não intervém em qualquer relação de consumo. (...) Diante de tantos instrumentos legais à disposição do contribuinte, que é titular (em caso de pagamento indevido) de direito *individual, certo, identificável, divisível*, não me parece conveniente, na hipótese, o uso da ação coletiva”⁵⁸.

O Supremo Tribunal Federal veio a adotar esse posicionamento, em manifestação plenária, no julgamento do RE 213.631-0, rel. Min. Ilmar Galvão, mencionando o mesmo que, sem dúvida, “não se configura, aí, a hipótese de que, acima, se cuidou, seja, de situação de que decorre, a um só tempo, direitos individuais homogêneos e interesse social, de natureza difusa, posto nela não afetado interesse da sociedade como um todo, mas apenas de parcela dessa, representada pelos titulares de domínio ou posse sobre imóveis urbanos. Por isso mesmo, não tem legitimidade o Ministério Público para pleitear, em ação civil pública, a exoneração do pagamento de tributos, hipótese em que não se estaria diante de interesse difuso, mas de interesse de parcela determinada da sociedade, a dos contribuintes, sendo fora de dúvida que, no plano fiscal, o interesse social, a rigor, coincide com o de arrecadar o tributo e não com o de conjurá-lo”.

(Acesso à Justiça- Juizados Especiais e Ação Civil Pública, Rio de Janeiro: 2000, 2ª edição, Forense, p. 117, nota 5) e mais adiante ressalta que é “muito difícil, praticamente impossível, imaginar direitos individuais homogêneos indisponíveis. Em regra, pela própria natureza deles, são disponíveis, salvo se os seus titulares forem todos hipossuficientes: menores, loucos, etc.” (ob. cit., p. 203). Há, por sua vez, quem sustente a indisponibilidade de tais direitos ou interesses quando tutelados em juízo (Humberto Dalla Bernardina de Pinho, A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 240).

⁵⁷ Ressaltou o relator, Min. Asfor Rocha, que o interesse coletivo no caso dos autos ocorreria “somente no conceito comum do léxico: um grupo de pessoas lesadas que buscam cobertura indenizatória. Do ponto de vista jurídico e legal, no entanto, o interesse é de estrita ordem individual. Não há, pois, senão uma ação indenizatória *plúrima*” (Revista do Superior Tribunal de Justiça, fevereiro de 1996, n.78/118).

⁵⁸ Revista do Superior Tribunal de Justiça, fevereiro de 1996, n. 78/109-110. Vale observar, na mesma orientação, decisão no AgReg na Medida Cautelar n 1.853-SP, do Min. José Delgado, com citação de diversos precedentes na mesma linha de raciocínio (*in* Revista de Direito Administrativo, Renovar, out/dez de 1999, n.218/288-291).

Em apertada síntese, o Código do Consumidor veio a possibilitar qualquer modalidade de ação para tutela dos interesses protegidos pela aludida Lei (art. 83), propiciou maior efetividade no caso da tutela específica ligada à obrigação de fazer ou de não fazer (art. 84), deixou de exigir adiantamento de custas, honorários e quaisquer despesas, impediu a condenação da associação autora em honorários, custas e despesas, salvo comprovada má-fé, no intuito de fomentar os ajuizamentos, e puniu a litigância de má-fé (art. 87), determinou a aplicação subsidiária da Lei 7.347/85, mantendo a interligação entre as Leis que tratam de ação civil pública (art. 90), tratou da competência, especificando que seria do local do dano, quando de âmbito local, e da Capital do Estado ou Distrito Federal, para os danos regionais ou nacionais, havendo divergência quanto ao dano nacional, existindo quem sustente a exclusividade do foro do Distrito Federal⁵⁹, enquanto outros entendem pela competência concorrente (art. 93). Outrossim, o CDC fixou a exigência da publicidade nas ações que tutelam direitos individuais homogêneos, com publicação de edital e divulgação nos meios de informação, o que não vem sendo cumprido satisfatoriamente (art.94), há previsão de liquidação e execução individual ou coletiva, com base na sentença ou acórdão condenatório do processo coletivo (arts. 95 a 100), há delimitação da coisa julgada *secundum eventum litis* ou *in utilibus*, com referência à extensão *erga omnes* ou *ultra partes* (art. 103) e o Código afastou a litispendência para as ações individuais, prevendo suspensão do processo individual, por vontade do interessado, para que possa se beneficiar do julgamento da ação coletiva (art. 104).

Salienta Ada Pellegrini Grinover, com razão, que a disciplina da coisa julgada (art. 103) “rege as sentenças proferidas **em qualquer ação coletiva**, pelo menos até a edição de disposições específicas que venham disciplinar diversamente a matéria. Assim, por exemplo, a coisa julgada na ação coletiva a que foi legitimado o sindicato, nos termos do art. 8º, inc. III da CF, que ainda não encontrou assento próprio na legislação específica, deverá reger-se pelo estatuído no Cap. IV do Título III do Código. O mesmo ocorre com as ações promovidas por entidades associativas em defesa dos interesses coletivos de seus filiados (art. 5º, inc. XXI da CF) e com as ações das comunidades e organizações indígenas em defesa dos interesses dos índios (art. 232 da CF). Pensamos que também o mandado de segurança coletivo, ainda dependente de tratamento legislativo próprio, reger-se-á, até eventual norma em contrário, pelos dispositivos do Código sobre a coisa julgada, que não colidem com a ordenação constitucional e legislativa, mas a complementam”⁶⁰.

⁵⁹ Luiz Paulo, *Comentários ao Código do Consumidor*, ob. cit., p. 126; Ada Pellegrini Grinover, ob. cit., p. 779.

⁶⁰ Ob. cit., ps. 813-814, negrito nosso.

2.3. Das ações coletivas com base no inciso XXI do artigo 5º e inciso III do artigo 8º, ambos da Constituição Federal

O inciso XXI do art. 5º da Constituição da República dispõe que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;”. Trata-se de previsão relativa a viabilidade de tutela coletiva no interesse dos associados, com alcance menor que a legitimação prevista na legislação infraconstitucional para ação civil pública, como destacado alhures.

A primeira dúvida para o interprete envolveria o uso das expressões “legitimidade” e “representar”, existentes no texto, na medida em que, se a hipótese fosse de legitimidade para agir, o autor seria a entidade associativa, que em nome próprio tutelaria eventual direito alheio, dos associados (art.6º do CPC), enquanto que, na representação, o representante viria em nome alheio defender direito alheio. Os autores seriam os associados.

Há defensores tanto da legitimação extraordinária⁶¹, posicionamento que nos parece o mais correto, como da representação. O Supremo Tribunal Federal vem encampando a segunda orientação, na tentativa de diferenciar essa situação da existente no mandado de segurança coletivo. No julgamento do RE n 181.438-SP, Pleno, ac. un., mencionou o relator, Min. Carlos Mário Velloso, que cumpriria “distinguir a hipótese do art. 5º, XX- caso de representação, em que se exige a autorização expressa dos filiados (...) do mandado de segurança coletivo do inciso LXX do art. 5º da Constituição. Neste, tem-se substituição processual”.⁶² ⁶³

Após dissenso interno, o Supremo Tribunal Federal veio a interpretar a exigência de autorização no sentido de que poderia ser meramente assemblear, sendo inexigíveis procurações ou autorizações individualizadas, eis que haveria descaracterização da tutela como coletiva. No julgamento do RE n. 192.305-SP, 2ª turma, ressaltou o relator, Min. Marco Aurélio, que o “alcance respectivo há de ser buscado ante o fato de estar voltado à viabilização de direitos em conjunto, de direitos que se afigurem coletivos. Por outro lado, tratando-se de ato a ser praticado por associação, tem-se a prevalência do

⁶¹ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de A. Nery observam que “embora o texto constitucional fale em representação, a hipótese é de legitimação das associações para a tutela de direitos individuais de seus associados, configurando verdadeira *substituição processual* (CPC 6º) (Barbosa Moreira, RP 61/190) “ (ob. cit., p. 19). Assim, ainda: Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, *Ações Coletivas*, ob. cit., p. 85 e, aparentemente, Aluisio Mendes, ob. cit., ps. 251-252.

⁶² Revista Trimestral de Jurisprudência n. 162/1.110.

⁶³ Cf., ainda, o MS 21.514, 2 turma, rel. Min. Marco Aurélio, *in*: Revista Trimestral de Jurisprudência n. 150/108.

que deliberado pela maioria. Em última análise, sobrepõem-se os interesses coletivos aos individuais. Há de se conferir à norma constitucional interpretação que lhe empreste a maior eficácia possível. Conclui-se, assim, que a representação versada no preceito pode surgir com deliberação de associados, cumprindo o **quorum** regimental, o do estatuto, em assembléia”.⁶⁴

A Lei 9.494/97 veio a ser alterada por Medida Provisória (última reedição foi a de nº 2.180/2001), havendo o acréscimo do art. 2º-A, que dispõe: “A sentença civil prolatada em caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.”⁶⁵ Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.”⁶⁶. Trata-se de odiosa restrição à tutela coletiva.

O inciso III do art. 8º da Constituição da República estipula que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

Estamos diante de uma legitimação extraordinária do sindicato, com possibilidade de defesa dos interesses coletivos da categoria, sendo certo que a expressão *categoria* é mais ampla do que a terminologia *sindicalizados*.⁶⁷

Vale observar que, diversamente do inciso XXI do art. 5º da Constituição, o sindicato não depende de autorização de seus sindicalizados, tendo legitimação autônoma.

⁶⁴ Revista Trimestral de Jurisprudência n. 173/260-261. Vale conferir: Aluisio Mendes, ob. cit., ps. 252-253.

⁶⁵ O dispositivo volta a confundir competência do órgão julgador e limites subjetivos da coisa julgada, do mesmo modo que o art. 16 da Lei 7.347/85 (vide observações de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de A. Nery, ob. cit., ps. 1.366-1.367). A norma poderia gerar situações absurdas, deixando poucos associados, que mudaram de domicílio após a inatividade, v.g., fora da proteção obtida na ação coletiva.

⁶⁶ Salienta Kazuo Watanabe que tal exigência, “que representa um obstáculo para o acesso das associações à justiça e que é limitada às demandas intentadas contra o Estado e suas entidades autárquicas e fundacionais, é uma clara demonstração de privilégio que não se coaduna com o princípio da igualdade processual, decorrente da isonomia garantida pela Constituição” (ob. cit., p. 739).

⁶⁷ “O sindicato pode agir na defesa dos direitos dos membros da categoria, sejam ou não sindicalizados” (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de A. Nery, ob. cit., p. 45).

O Ministro Carlos Mário Velloso, ao relatar o RE 181.438-SP, que envolvia mandado de segurança coletivo, destacou: “Neste, tem-se substituição processual, o que parece ocorrer, também, na hipótese do artigo 8º, III, da Lei Maior.”. A relevância decorre do aspecto que a Suprema Corte entende que o inciso XXI do art. 5º trata de representação, razão pela qual seria exigível a autorização, mencionando o relator que as entidades associativas do aludido inciso do art. 5º “não compreendem organizações sindicais”⁶⁸.

3.4. Do mandado de segurança coletivo

Além do conhecido mandado de segurança individual, o constituinte de 1988 resolveu permitir tutela coletiva pela via do *writ*, dispondo no inciso LXX que “o mandado de segurança coletivo poderá ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

No que se refere à legitimação ativa, a jurisprudência vem interpretando restritivamente em relação aos partidos políticos, entendendo que seria inadequado admitir que pudessem defender os mais diversos direitos existentes na sociedade.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do MS n. 197/DF, veio a fixar o entendimento de que o partido político só poderia defender os seus filiados e em questões políticas, ainda assim quando autorizado por Lei ou pelo estatuto, sendo ilegitimado para defender os interesses de 50 milhões de aposentados.⁶⁹ Havia evidente excesso na orientação quanto a autorização estatutária ou legal, até porque posteriormente consolidou-se o entendimento de que não se exige autorização em sede mandamental. Em outra oportunidade, no julgamento do MS 1.252-DF, a Corte manteve a orientação, mencionando o Min. Pádua Ribeiro que tal “pedido consubstancia, segundo se depreende de seus termos, direitos subjetivos individuais homogêneos de beneficiários da previdência social. Não se trata, pois, de direitos subjetivos ou interesses atinentes à finalidade partidária. Daí que, a meu ver, o impetrante não tem legitimação *ad causam* para requerer esta impetração”⁷⁰.

⁶⁸ Revista Trimestral de Jurisprudência n. 162/1.110.

⁶⁹ Revista do Superior Tribunal de Justiça n. 12/215-225.

⁷⁰ Revista do Superior Tribunal de Justiça n. 31/260. No mesmo sentido, julgado no MS n. 1.235-DF, publicado na Revista do Superior Tribunal de Justiça n. 32/159-169.

A jurisprudência veio a firmar entendimento de que não se exige autorização para impetração do mandado de segurança coletivo, notadamente em relação às associações. Decidiu o Superior Tribunal de Justiça ser dispensável a autorização para ajuizamento do *mandamus*, no MS n. 4.126-DF, tendo o relator, Min. Demócrito Reinaldo, observado: “a verdade é que a abalizada opinião da maioria dos autores considera desnecessária a autorização expressa dos filiados das entidades associativas, de que trata o artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, quando se trata do mandado de segurança coletivo a que alude o inciso LXX, letra **b**, do mesmo dispositivo constitucional.”.⁷¹ No RMS n. 3298-PR, o Min. José Arnaldo destacou que decorridos “esses anos, vê-se que se pacificou a orientação de conceber dotado de legitimidade ativa a entidade representativa de classe para postular, com fulcro na Constituição Federal, art. 5º, LXX, segurança coletiva, sem a exigência de autorização, dado o caráter de substituição processual, extraordinária. Sejam exemplos: STJ, MS 3.901-6, Rel. Adhemar Maciel, 3ª Seção, julgado em 27.03.96 e RE 141.733-SP, 1ª Turma do STF, unânime, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 07.03.95, pág. 27.384”.⁷² Como mencionado no voto, a Suprema Corte adota a mesma orientação: “Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inciso XXI do art. 5º da Constituição, que contempla hipótese de representação”⁷³.

Outro tema que foi ventilado nos tribunais refere-se ao interesse que poderia viabilizar o ajuizamento pela entidade associativa, de classe ou sindical, na medida em que houve orientação no sentido de que essas entidades somente poderiam defender os interesses peculiares, específicos, dos associados, da classe ou da categoria. Dessa forma, p. ex., apenas um interesse peculiar à atividade dos metalúrgicos poderia ser protegido pelo sindicato respectivo no *mandamus* coletivo. O Supremo Tribunal Federal veio a entender que tal interpretação restritiva não se ajustava à vontade do constituinte. No RE n. 181.438, em sessão plenária e por unanimidade, foi acolhido o voto do relator no seguinte sentido: “O que deve ser salientado é que o objeto do mandado de segurança coletivo poderá ser um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade. O que se exige é que esse direito esteja compreendido na titularidade dos associados e que exista ele em razão das atividades exercidas pelos associados, não se exigindo, todavia, que esse direito ou interesse seja peculiar,

⁷¹ Revista do Superior Tribunal de Justiça n. 84/66.

⁷² Revista do Superior Tribunal de Justiça n. 96/365.

⁷³ Revista Trimestral de Jurisprudência n. 162/1.108.

próprio da classe, ou exclusivo da classe ou categoria representada pela entidade sindical ou de classe.”⁷⁴.

Ante a ausência de regulamentação específica, aplica-se o procedimento do mandado de segurança individual, previsto na Lei 1.533/51, cabendo lembrar que a coisa julgada é *in utilibus*, como mencionado no item 2.2 deste trabalho.

3.5. Do mandado de injunção coletivo

O mandado de injunção foi inserido em nosso sistema pela Constituição da República de 1988, dispondo o inciso LXXI do art. 5º que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”.

A ausência de norma regulamentadora inviabiliza o exercício de direitos ou liberdades constitucionais, ou, ainda, das prerrogativas mencionadas acima, sendo certo que no início da vigência da Constituição algumas orientações interpretativas surgiram quanto aos contornos da tutela jurisdicional nesta via.⁷⁵ O Supremo Tribunal Federal veio a fixar o entendimento de que caberia ao Poder Judiciário dar ciência ao Poder ou órgão quanto a sua inércia lesiva. No julgamento do MI n. 20-DF, o relator, Min. Celso de Mello retrata esse entendimento da Suprema Corte ao concluir: “tendo em vista as razões expostas, **defiro** o presente mandado de injunção, para, reconhecendo a mora do Congresso Nacional no adimplemento da prestação legislativa que lhe foi imposta pelo art. 37, VII, da Constituição, ordenar a formal comunicação desse estado de inércia legiferante ao Poder Legislativo da União, com o objetivo de editar a lei complementar necessária à viabilização do exercício, pelos servidores públicos civis, do direito de greve”.⁷⁶ Por sua vez, a Corte veio a entender pela fixação de prazo para a sanatória em alguns casos, como destaca o Min. Sepúlveda Pertence, em voto condutor, no julgamento do MI n.361-RJ: “Do voto do eminente Relator, peço vênia para dissentir apenas no ponto, em que S. Exa. fixa um prazo determinado de 120 dias para a edição da norma reclamada. A mim me parece que o prazo só é adequado, no dispositivo do mandado de injunção, quando seja possível cominar conseqüências à sua superação **in albis**, como fizemos no Mandado de

⁷⁴ *Idem*, p. 1.112.

⁷⁵ José da Silva Pacheco, ob. cit., ps. 290-291.

⁷⁶ Revista Trimestral de Jurisprudência n. 166/763.

Injunção n. 283, Caso Daudt, porque se tratava de obrigação imputável à União, vale dizer, à pessoa jurídica responsável pela mora legislativa”.^{77 78}

Envolvendo mora legislativa em regulamentar a indenização prevista no § 3º do art. 8º do ADCT, veio o Supremo Tribunal Federal a assegurar o direito de ir a juízo buscar a indenização pretendida. No julgamento do MI n. 384, ressaltou o Min. Celso de Mello que “em pelo menos dois precedentes - MI 283-DF, Rel Min. Sepúlveda Pertence; MI 284, Rel para o acórdão Min. CELSO DE MELLO - o Supremo Tribunal *deferiu* mandado de injunção para reconhecer aos interessados o exercício do direito contemplado no art. 8º, §3º, do ADCT/88. O Plenário desta Corte, ao apreciar a pretensão ora renovada nesta sede injuncional reconheceu o estado de inércia do Congresso Nacional, e, em consequência, assinou-lhe o prazo de 45 dias para que adimplisse a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, sob pena de, em não o fazendo ensejar-se ao impetrante o direito de postular, *com fundamento no direito comum*, a indenização garantida pelo art. 8º, § 3º, do ADCT/88 (MI n. 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). Considerando, no entanto, que, embora previamente cientificado, o órgão estatal inadimplente absteve-se de suprir a omissão apontada, veio o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do MIN n. 284, Rel. para acórdão o Min. Celso de Mello (RTJ 139/712), a proclamar a *prescindibilidade* de nova comunicação ao Poder Legislativo da União, assegurando-se aos impetrantes, *desde logo*, a possibilidade de ajuizarem, *imediatamente*, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório.”⁷⁹.

Finalmente, a Suprema Corte veio a admitir a utilização do mandado de injunção pela forma coletiva, entendendo pela aplicação analógica do inciso LXX do art. 5º da Constituição da República.⁸⁰ No MI 73-DF, destacou

⁷⁷ Revista Trimestral de Jurisprudência n. 158/385

⁷⁸ “A estipulação de prazo para o adimplemento da prestação legislativa só se justificará, portanto, quando o Estado, também dele, qualificar-se como sujeito passivo da relação obrigacional fundada na regra da Constituição que simultaneamente lhe impôs o dever de editar o provimento normativo necessário ao exercício do direito nela contemplado” (MI nº 335, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, *in* Revista de Direito Administrativo, abril-junho de 1995, n. 200/237-238).

⁷⁹ Revista de Direito Administrativo, Renovar, abril/junho de 1994, n. 196/238. Confira, ainda, no mesmo sentido, acórdão no MI 355, *in* Revista de Direito Administrativo, Renovar, abril/junho de 1995, n. 200/234-237.

⁸⁰ “*Mandado de injunção coletivo*: admissibilidade, por aplicação analógica do art. 5º, LXX, da Constituição; legitimidade, no caso, de entidade sindical de pequenas e médias empresas, as quais, notoriamente dependentes do crédito bancário, têm interesse comum na eficácia do art. 192, § 3º, da Constituição, que fixou limites aos juros reais” (MI n. 361-RJ, rel. p/ac. Min. Sepúlveda Pertence, Revista Trimestral de Jurisprudência n. 158/375).

o Min. Moreira Alves: “a autora é, na realidade, uma confederação de associações sem natureza sindical. Trata-se, porém, de associação legalmente constituída e em funcionamento há mais de um ano, razão por que, ao lado das organizações sindicais e das entidades de classe, pode propor mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, **b**, da Constituição). E, admitindo esta Corte - ressalvo novamente meu entendimento em contrário - a existência, em nosso ordenamento jurídico, do mandado de injunção coletivo por extensão do mandado de segurança coletivo, a autora, que tem legitimidade ativa **ad causam** para este, a tem também para aquele”⁸¹.

2.6. Da ação de improbidade administrativa

A rigor, a denominada ação de improbidade administrativa poderia perfeitamente ser tratada no item referente às ações civis públicas, como defendem certos autores⁸². Todavia, há quem faça diferença entre ação civil pública e ação de improbidade administrativa.⁸³ Não é objetivo deste trabalho enfrentar a polêmica, mas apenas dar uma visão geral dessa ação coletiva⁸⁴.

O § 4º do art. 37 da Constituição da República estipula que os “atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”. A Lei 8.429/92 veio a regulamentar o dispositivo constitucional, definindo quem seria agente público para os fins da Lei (art. 2º), os atos de improbidade (arts. 9º, 10 e 11), as penas ou sanções aplicáveis (art. 12), a viabilidade de uma indisponibilidade e de um seqüestro cautelar dos bens do agente ou de terceiro responsável, que algumas vezes assume contornos de

⁸¹ Revista Trimestral de Jurisprudência n. 160/745-746. Assim, ainda, acórdão no MI n. 20-DF, rel. Min. Celso de Mello, *in* Revista Trimestral de Jurisprudência n. 166/751-754.

⁸² Hugo Nigro Mazzilli, *ob. cit.*, p. 162; Wallace Paiva Martins Júnior, *Probidade Administrativa*, São Paulo: Saraiva, 2001, ps. 299-304.

⁸³ Marcelo Figueiredo, *Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e inovações, in Improbidade Administrativa - questões polêmicas e atuais*, coordenação de Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, São Paulo: Malheiros, 2001, ps. 287-299; Aristides Junqueira Alvarenga, *Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro, in Improbidade Administrativa - questões polêmicas e atuais*, coordenação de Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, São Paulo: Malheiros, 2001, ps. 89-91.

⁸⁴ Sobre o tema, remeto o leitor à obra *Improbidade administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar*, Impetus, 2005, de minha autoria.

arresto (arts. 7º e 16)⁸⁵, o afastamento temporário do agente pela autoridade judicial ou administrativa, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual (parágrafo único do art. 20), entre outros aspectos.

O art. 17 da Lei confere legitimação ativa apenas à pessoa jurídica interessada e ao Ministério Público, em enumeração extremamente reduzida. No pólo passivo, há entendimento no sentido de que os agentes sujeitos aos denominados crimes de responsabilidade, por sua natureza político-administrativa, não estariam submetidos à ação de improbidade pelo mesmo fato⁸⁶.

A ação tem natureza coletiva, pois não se protege exclusivo interesse da Fazenda, mas, por envolver o patrimônio público e a probidade administrativa, tutela-se interesse transindividual da coletividade.⁸⁷ O art. 129, III, da Constituição da República legitima o *parquet* a defender o patrimônio público e outros interesses coletivos e difusos, razão pela qual não incidiria a proibição constitucional da parte final do inciso IX do mesmo artigo, eis que não estaria representando judicialmente a Administração. O Min. Milton Luiz Pereira, no julgamento do REsp n. 154.128-SC, ressaltou que “legitima-se o Ministério Público para mover ação civil pública, na espécie, como representante legal para a defesa e preservação do patrimônio público e moralidade administrativa.”⁸⁸. No julgamento do RE n. 208.790-SP, Pleno,

⁸⁵ Evane Beiguelman Kramer, Considerações acerca do seqüestro de bens de que trata a Lei 8.429/92: enfoque da questão sob a ótica da execução da sentença condenatória, *Improbidade Administrativa - questões polêmicas e atuais*, coordenação de Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 171.

⁸⁶ Vale observar que o Supremo Tribunal Federal iniciou julgamento de reclamação oferecida pela União em razão de ação de improbidade administrativa em face de Ministro de Estado, em tramitação na 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, votando o Ministro relator, Nelson Jobim, no sentido de que os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não responderiam por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade, sendo certo que, naquela hipótese, o processamento e julgamento do crime de responsabilidade seria da competência do STF (art. 102, I, c, da CF), razão pela qual o processo em tramitação em primeiro grau de jurisdição deveria ser extinto. Acompanharam o relator os Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Mauricio Corrêa e Ilmar Galvão. O Min. Carlos Velloso pediu vista. (Reclamação 2.138, Informativo STF n. 291, Brasília: STF, 18 a 22 de novembro de 2002).

⁸⁷ Wallace Paiva Martins Júnior, ob. cit., ps. 298-299.

⁸⁸ Revista do Superior Tribunal de Justiça n. 115/137. A ementa do acórdão é a seguinte: “Ação civil pública - Atos de improbidade administrativa - Defesa do patrimônio público - Legitimação do Ministério Público - Constituição Federal, arts. 127 e 129, III - Lei nº 7.347/85 (arts. 1º, IV, 3º, II, e 13) - Lei nº 8.429/92 (art. 17) - Lei nº 8.625/93 (arts. 25 e 26). 1. Dano ao Erário municipal afeta o interesse coletivo, legitimando o Ministério Público para promover o inquérito civil e a ação civil pública objetivando a defesa do patrimônio público. A Constituição Federal (art. 129, III) ampliou a legitimação ativa do Ministério Público para propor ação civil pública na defesa dos interesses coletivos. 2. Precedentes jurisprudenciais. 3. Recurso não provido.” (Revista citada, p. 124).

unânime, destacou o relator, Min. Ilmar Galvão, que na “verdade, o art. 129, III, da CF, ao legitimar o Ministério Público para agir na proteção do patrimônio público, por via da ação civil pública, não fez senão instituí-lo substituto processual de toda coletividade, posto que agirá na defesa de um interesse que toca a todos, indistintamente, revestindo, conseqüentemente, a natureza de interesse difuso. Essa legitimação, de caráter extraordinário, exercitada nos termos dos artigos. 17 e 18 da Lei nº 8.429, de 2-6-92, não afasta a iniciativa do próprio ente público interessado”.⁸⁹

O *caput* do art. 17 da Lei 8.429/92 estipula que o rito seria o ordinário, mas os parágrafos 7º, 8º e 12, acrescentados por Medida Provisória, deram contorno de procedimento especial.⁹⁰ Prevista na Lei, agora, notificação prévia do requerido para manifestação em 15 (quinze) dias. Recebida a manifestação (ou não), o juiz em 30 dias poderá rejeitar “a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.”. As duas primeiras hipóteses ensejam modalidade de julgamento antecipado da lide, com exame de mérito.⁹¹ No que se refere aos depoimentos e inquirições, aplicável o art. 221, *caput*, e seu §1º, do Código de Processo Penal. A Lei é expressa no sentido de que não cabe transação, acordo ou conciliação (§ 1º do art. 17).

Quanto à competência de foro, parece adequado aplicar o art. 2º da Lei 7.347/85 em virtude do caráter coletivo da ação, rotulada inclusive, por alguns, como ação civil pública⁹², salvo se houver regra constitucional dando outro tratamento⁹³. Há, por sua vez, polêmica envolvendo a aplicabilidade da regra do foro por prerrogativa de função, diante da possibilidade de perda do cargo ou função pública por membros do Judiciário, parlamentares, entre outros agentes. Há na doutrina quem seja contra demandas propostas diretamente nos tribunais, pois a ação teria natureza cível e não penal⁹⁴, enquanto outros defendem a denominada competência originária por prerrogativa de função diante da configuração punitiva⁹⁵. O Superior Tribunal

⁸⁹ Revista Trimestral de Jurisprudência n. 176/958.

⁹⁰ Cassio Scarpinella Bueno, O procedimento especial da ação de improbidade administrativa (Medida Provisória 2.088), *Improbidade Administrativa - questões polêmicas e atuais*, coordenação de Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, São Paulo: Malheiros, 2001, ps. 140-159.

⁹¹ Cassio Scarpinella Bueno, ob. cit. na nota anterior, ps. 151-152.

⁹² Wallace Paiva Martins Júnior, ob. cit., p. 318.

⁹³ *V.g.*, os parágrafos 1º e 2º do art. 109 da Constituição da República.

⁹⁴ Wallace Paiva Martins Júnior, ob. cit., ps. 318-321; Marcelo Figueiredo, *Probidade Administrativa*, São Paulo: 2000, Malheiros, 4ª edição, p. 187; Álvaro Lazzarini, *Improbidade administrativa, Temas de Direito Administrativo*, São Paulo: RT, 1999, ps. 65-67.

⁹⁵ Sebastião Botto de Barros Tojal e Flávio Crocce Caetano, *Competência e prerrogativa de foro em ação civil de improbidade administrativa*, *Improbidade Administrativa - questões polêmicas*

de Justiça decidiu na Reclamação n. 591-SP, Corte Especial, que a ação de improbidade seria da competência de juiz de 1º grau, tendo em vista a natureza cível da ação, em votação apertada, com desempate pelo Presidente da Corte, Min. Pádua Ribeiro, tendo o mesmo rejeitado a reclamação nos seguintes termos: “**A UMA**, porquanto a ação civil pública de ressarcimento por ato de improbidade tem natureza **civil** (...) Seu desiderato primordial é a reparação, o ressarcimento do erário. As sanções político-administrativas que podem (ressalto, podem) decorrer da aplicação da Lei nº 8.429, são acessórias daquele escopo central (...). **A DUAS**, porque a parte final do art. 37, § 4º, do texto constitucional ressalva, expressamente, o cabimento de ações penais independentemente das ações tendentes à aplicação das sanções decorrentes dos atos de improbidade administrativa. A distinção efetuada pela norma constitucional reforça a tese da dessemelhança de índole da ação civil pública de ressarcimento e as ações previstas no art. 105, I, “a”, da Carta Política. **A TRÊS**, porque o Reclamante goza de foro privilegiado somente para as ações criminais descritas no art. 105, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal, inexistindo qualquer referência, no âmbito da competência originária desta Corte, às ações civis públicas (como a da espécie).”. No julgamento da reclamação nº 580-GO, foi reiterado o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.⁹⁶

O Supremo Tribunal Federal, no AgRg em Reclamação 1.110-1/DF, decidiu pela inexistência de foro por prerrogativa a ensejar competência de tribunal, destacando o Min. Celso de Mello “é por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, em sucessivas decisões, firmou entendimento jurisprudencial no sentido de que não possui competência originária para processar e julgar determinadas causas - tais como ações populares (...) ações civis públicas (RTJ 159/28, Rel. Min. Ilmar Galvão - Pet. 240-DF, Rel. Néri da Silveira) ou ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares (RTJ 94/471, Rel. Min. Djaci Falcão - Pet. 240-DF, Rel. Min. Néri da Silveira) - não obstante promovidas contra o Presidente da República, ou contra o Presidente da Câmara dos Deputados, ou, ainda, contra qualquer dos agentes políticos ou autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, b e c), dispõem de prerrogativa de foro perante esta Corte ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata deste Tribunal”⁹⁷.

e atuais, coordenação de Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, São Paulo: Malheiros, 2001, ps. 350-363.

⁹⁶ “RECLAMAÇÃO. Inquérito Civil Público instaurado pelo Ministério Público para apurar atos de improbidade administrativa cuja prática é atribuída a agentes políticos que, em instância penal e em sede de mandado de segurança, são jurisdicionados originariamente do Superior Tribunal de Justiça. A competência originária do STJ está arrolada no art. 105, I, da Constituição Federal, não comportando extravasamento que ultrapasse os rígidos limites nele fixados. Inexistência de usurpação da competência. Reclamação que se julga improcedente”

⁹⁷ In Wallace Paiva Martins Júnior, ob. cit., p. 319.

Recentemente, no afã de instituir competência originária de tribunal para o conhecimento de demanda relacionada à improbidade administrativa, o legislador infraconstitucional aprovou a Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, e alterou o artigo 84 do Decreto-Lei nº 3.689/41 (CPP), passando o mesmo a ter a seguinte redação:

“Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º”.

A alteração atende aos anseios daqueles que sustentavam a viabilidade do denominado foro por prerrogativa de função no âmbito da ação de improbidade administrativa. Por sua vez, diante da inviabilidade de se estipular competência por prerrogativa de função por lei, eis que matéria reservada à Constituição, cumpre ressaltar que foram ajuizadas ações declaratórias de inconstitucionalidade perante a Suprema Corte (nº 2.797 e 2.860) questionando as modificações introduzidas pela Lei 10.628/02, encontrando-se a mesma sem resultado final⁹⁸.

3.7. Da ação de usucapião coletiva com base no Estatuto da Cidade.

A Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, veio, entre outras coisas, regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição da República e estabelecer

⁹⁸ Cf. No aludido tribunal há manifestação no sentido de que, enquanto não resolvida no controle concentrado a constitucionalidade da Lei 10.628/02, deve ser aplicada a norma que prevê o foro por prerrogativa de função. Cf. Reclamação nº 2.381-Agr/MG, Pleno, relator Min. Carlos Britto, ac. por maioria, julgado em 06.11.2003, Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 09 jul. 2003; Reclamação nº 2657 MC/PR, relator Min. Celso de Mello, decisão monocrática publicada no DJU em 25.6.2004 e inteiro teor no Informativo STF nº 353, a despeito de ter ressaltado o Min. Celso de Mello sua “pessoal convicção em torno da questionável constitucionalidade da Lei nº 10.628/2002”. Em sentido contrário, por sua vez, decisão mais recente na reclamação 2810, Agr/MG, relator Min. Marco Aurélio, com notícia no Informativo STF nº 370, de 15 a 19 de novembro de 2004.

diretrizes da política urbana, intitulando-se Estatuto da Cidade (parágrafo único do art 1º).

O art. 10 consigna a admissibilidade de ação de usucapião de natureza coletiva, nos seguintes termos:

“ Art. 10. As áreas urbanas com mais de 250 m2 (duzentos e cinquenta metros quadrados), ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por 5 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º. O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 2º. A usucapião especial coletiva de imóvel urbano serpa declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.

§ 3º. Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão de terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo fações ideais diferenciadas.

§ 4º. O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, 2/3 (dois terços) dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.

§ 5º. As deliberações relativas á administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também od demais, discordantes ou ausentes.”

Trata-se de instrumento de evidente alcance social, sendo certo que o dispositivo não autoriza apenas a obtenção da declaração de propriedade em decorrência de cúmulo subjetivo entre os possuidores de baixa renda enquadrados no aludido artigo 10 (art. 12, I). Possibilita ação de legitimado em prol do grupo de pessoas que possui a área usucapienda.

Dispõe o art. 12, III, da Lei:

“Art. 12. São partes legítimas para a propositura da ação de usucapião especial urbana:

.....
III- como substituto processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica, desde que explicitamente autorizada pelos representantes.”

O legislador mostrou-se confuso, sem saber se assumia posição no sentido de que haveria representação, ou se existiria legitimação extraordinária

(a justificar o termo substituto processual). Preferiu usar as duas, abrindo mão da técnica, para agradar gregos e troianos.

Em relação à autorização explícita, a norma deve ser interpretada como mera outorga em assembléia, não sendo exigível a concordância e a concessão individualizada de poderes, em descompasso com o entendimento fixado pela Suprema Corte em relação ao inciso XXI do art. 5º da CF.

A Lei exige a participação do Ministério Público no processo (§ 1º do art. 12), concede os benefícios da gratuidade, inclusive alcançando o registro imobiliário (§ 2º do art. 12), autoriza a alegação de usucapião como defesa, valendo a sentença como título para registro (art. 13) e estabelece o procedimento sumário para a ação (art. 14).

DISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO ENVOLVENDO AS CAUSAS DE COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

***Liliane do Espírito Santo Roriz de Almeida - Juíza Federal
Convocada do TRF da 2ª Região***

1. INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos do Homem contém os princípios básicos aos quais os Estados nacionais devem obedecer para que seja viabilizado o eficaz acesso à Justiça. A observância de tais princípios caracteriza o primeiro passo da atuação estatal, a anteceder outras atividades igualmente importantes, no sentido de que o cidadão, habitante de um Estado Democrático de Direito, possa vivenciar a presença da democracia e da justiça, seus valores primordiais, assegurando, assim, os direitos do homem.

Segundo o art. VII do mencionado Estatuto, *“todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei”*. Para que esse princípio cumpra as suas finalidades, deve ele ser considerado juntamente com o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, resultando no princípio da igualdade aristotélica, que consiste em igualar os iguais e desigualar os desiguais (igualdade em sentido geométrico).

Além de garantir o direito de igualdade, a Declaração Universal dos Direitos do Homem ainda estabelece que: *“todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”* e que *“todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”* (arts. VIII e X).

Também o princípio do devido processo legal se presta a assegurar proteção ao indivíduo, na medida em que atua tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao garantir paridade total de condições entre o Estado-acusador e a plena defesa do réu.

Assim, compete ao Estado a primordial responsabilidade de assegurar a obediência aos princípios da igualdade e do devido processo legal.

A forma de atuação do Estado, para que seja atingido esse fim, deve se dar através de uma ação regulatória, disponibilizando o acesso ao Poder Judiciário, por meio de lei, em qualquer caso.

É necessário, porém, que, eventualmente, as barreiras limitadoras da atuação estatal - por vezes presentes nos países não classificados como de primeiro mundo - sejam superadas, com o conseqüente alcance da democracia e maior efetividade dos direitos humanos, como, aliás, destacava Norberto Bobbio:

“nestes últimos anos, falou-se e continua a se falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente, ou seja, para transformar aspirações (nobres, mas vagas), exigências (justas, mas débeis), em direitos propriamente ditos (isto é, no sentido em que os juristas falam de ‘direito’).”¹

2. O ACESSO À JUSTIÇA

Capelletti relacionou as principais barreiras para o efetivo acesso à Justiça:

- Custas judiciais;
- Pequeno valor das causas (às vezes os custos excedem o montante da controvérsia);
- Tempo
- Pequenas possibilidades, por parte da população em geral, para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa;
- Dificuldades do litigante eventual perante o habitual (normalmente grandes empresas);
- Dificuldades na defesa dos interesses difusos.²

¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Ed. Campos, 1992, p. 67.

² CAPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1968, p. 168.

A realidade brasileira, adequando-se aos ensinamentos de Capelletti, mostra que o acesso à Justiça não é amplo, seja pela dificuldade de obter a prestação jurisdicional, seja pela delonga desmedida na solução dos litígios.

Ainda na visão de Capelletti, soluções podem ser obtidas para que tais dificuldades sejam ao menos amenizadas, ampliando-se o acesso à Justiça:

“a primeira solução para o acesso é a assistência judiciária; a segunda diz respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses ‘difusos’; e a terceira é o que se denomina ‘ênfase de acesso à Justiça’, representando uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo, além de medidas de caráter geral, com reformas no campo dos direitos material e processual, além das estruturas dos órgãos jurisdicionais.”

Foi nesse contexto que nasceu a idéia dos Juizados Especiais, que foram criados com o objetivo de eliminar, ou pelo menos diminuir, alguns dos obstáculos ao efetivo acesso à Justiça, assegurando, assim, a observância dos direitos esculpidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

O surgimento dos rudimentos dos Juizados Especiais remonta à Inglaterra do século XI, passando pela legislação austríaca, em 1873. Na Noruega, instituiu-se um sistema, nos fins do século XIX, tendo por objetivo proteger os camponeses que não podiam pagar advogado. Nos EUA, a experiência pôde ser observada já a partir de 1912, com a instituição da Poor Man’s Court. Em 1934, apareceu, em Nova York, as Small Claims Courts, destinadas a julgar causas com valor inferior a US\$50.00.

Mas foi na Alemanha, através do denominado Stuttgarter Modell, criado em 1965, que o Brasil foi buscar inspiração para os Juizados Especiais.

As bases de funcionamento do Stuttgarter Modell eram a simplicidade, a informalidade, a oralidade, a especialização, a concentração e a ativa participação do juiz.

Assim, em 7/11/84, foi publicada a Lei n. 7.244, criando o Juizado Especial de Pequenas Causas, precursor dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

A CF/88, reconhecendo o grande sucesso desses Juizados, previu-os no art. 98, I, passando a denominá-los Juizados Especiais. Os Juizados Especiais nos Estados foram instituídos pela Lei n. 9.099, de 26/9/95. Os Juizados Especiais Federais, pela Lei n. 10.259, de 12/07/01.

O processo nesses juízos valoriza os critérios da oralidade, da simplicidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação das partes.

O que se observa nos JEF's, porém, é que essa conciliação das partes não vem sendo alcançada, vez que os representantes judiciais dos órgãos públicos federais, via de regra, não se encontram dispostos a conciliar, por entenderem que se trata de direito indisponível e que o interesse público se sobrepõe ao interesse privado, princípios fundamentais do regime jurídico-administrativo que representam.

3. OS PRINCÍPIOS BÁSICOS QUE FUNDAMENTAM O REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

É sabido que uma disciplina jurídica somente vem a ganhar autonomia quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe dão identidade e a diferenciam dos demais ramos do Direito.

Assim, para que se possa falar em Direito Administrativo, é necessário aceitar que este corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe são próprios e peculiares, e que guardam entre si uma relação lógica de coerência e unidade, compondo o regime jurídico-administrativo.

Relativamente ao Direito Administrativo, pois, esse regime jurídico-administrativo, que dá autonomia ao ramo, consiste, fundamentalmente, na consagração de dois princípios:

- Supremacia do interesse público sobre o privado
- Indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos

São eles considerados pela doutrina como fonte matriz do sistema jurídico-administrativo brasileiro, proclamando a superioridade do interesse da coletividade sobre o particular, não podendo o administrador dele dispor.

Com efeito, é o binômio *“prerrogativas da Administração” / “direitos dos administrados”* que termina por orientar a aplicação do Direito Administrativo, nos diversos sistemas jurídico-positivos existentes, mostrando, eventualmente, uma feição mais autoritária ou, ao contrário, mais democrática, conforme a prevalência de um ou de outro aspecto.

São esses dois elementos que se expressam nos dois princípios fundamentais de Direito Administrativo que passaremos agora a ver.

3.1. Supremacia do interesse público sobre o privado

De acordo com a mais abalizada doutrina administrativista brasileira, decorre desse princípio, em regra, a posição privilegiada do órgão

administrativo nas relações com os particulares, sendo defeso ao Administrador Público representar interesses meramente pessoais, devendo atuar sempre sob o influxo da finalidade pública instituída por lei.

3.2. Indisponibilidade do interesse público

Já esse princípio significa que sendo o interesse público qualificado como próprio da coletividade, não se encontra ao livre dispor de quem quer que seja, por ser inapropriável.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“o necessário é encarecer que na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela”.³

4. REPENSANDO ESSES PRINCÍPIOS

Só a um primeiro olhar, entretanto, é adequada essa descrição desses dois princípios.

O problema, entretanto, não é propriamente da descrição, mas sim do modo como é feita sua implementação pelos diversos setores da Administração Pública, especialmente em face dos recém-criados e implementados Juizados Especiais Federais.

Não se pretende aqui advogar o fim da prevalência do interesse público sobre o particular ou a total disponibilidade do interesse público, mas sim que a importância de ambos os princípios deve relativizar-se, cedendo, por vezes, espaço ao bem comum, como meio de composição harmônica do bem de cada um com o de todos.

Em outras palavras, os princípios da supremacia e da indisponibilidade explicam, antes, uma **regra de preferência**, que prevalecerá ou não, dependendo do caso concreto que se está a examinar, e não uma regra absoluta.

Ou seja: a exata compreensão desses princípios, no sentido de regra de preferência, significa que, diante de um caso concreto, o administrador assume o encargo de eleger a solução que melhor se ajuste às finalidades da norma, avaliando critérios de conveniência e oportunidade.

³ CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Malheiros, 8ª ed., 1996, p. 31.

Tendo-se em conta o caráter genérico que é próprio da lei, ao administrador cabe, ante a hipótese fática que se lhe apresenta, a faculdade e o dever de apreciar discricionariamente a situação, implementando a finalidade legal a que está jungido, pelo princípio da legalidade, não olvidando, entretanto, que o fim legal é sempre o termo a ser atingido pela lei.

É evidente que tal faculdade não significa que o administrador possa agir desarrazoadamente. O princípio da razoabilidade está também implícito nessa nova leitura dos princípios da supremacia e da indisponibilidade.

Assim, sempre que, atuando com razoabilidade e proporcionalidade, o administrador ponderar aqueles dois princípios, estará cumprindo seu papel e a atribuição que lhe deferiu o parágrafo único do art. 10 da Lei n.10.259, de 12/07/01, *verbis*:

“Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.”

Por conseguinte, pode-se afirmar que essa faculdade atribuída ao administrador - no caso ao procurador - de conciliar, transigir ou desistir, se encontra dentro da finalidade de celeridade processual, fixada pela lei que instituiu os JEF's, donde não será a lei corretamente aplicada se o ato de sua aplicação não corresponder a essa sua finalidade.

5. A IMPORTÂNCIA DO INTERESSE PRIVADO NOS JEF'S

Nos JEF's, o interesse privado assume especial importância, vez que se trata de particular litigando com o Poder Público.

Aqueles que se posicionam contrariamente à conciliação defendem que não é possível conciliar, nesse caso, por se encontrarem presentes o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e o princípio da indisponibilidade do interesse público, de forma insuperável.

Será essa uma regra absoluta?

Para que a resposta a essa pergunta seja afirmativa, é necessária a verificação de três vertentes:

- que o interesse público seja dissociável do interesse privado, como forma de permitir, ainda que abstratamente, uma posição de supremacia em favor do primeiro;
- que haja uma relação bipolar entre os citados interesses;

· que o interesse público seja objetivamente determinável, no caso concreto, sob pena de ser insustentável uma supremacia dele sobre o interesse privado.

Ora, se nem sempre esses interesses podem ser verificados separadamente; se uma relação bipolar entre ambos nem sempre é possível; e se há dificuldades em se identificar o interesse público, diante de um caso concreto, pode-se afirmar que nem sempre ter-se-á uma primazia *ipso facto* e *a priori* do interesse público sobre o privado. Pelo contrário, ousou dizer que não há uma supremacia automática, preliminar e geral do interesse público.

5.1. A relação do interesse privado com o interesse público

Qual é, então, o significado geral que o interesse público possui para um Estado de Direito?

Trata-se de um postulado ético-político, referindo-se ao bem comum, no sentido de princípio fundamental da ética de uma comunidade determinada.

E é evidente que o bem comum engloba também o bem de cada um dos particulares que compõem a coletividade. Os interesses privados podem, sim, transformar-se em interesse público, dependendo de uma série de fatores.

Deve, assim, haver uma ponderação de valores, tanto dos interesses público e privado reciprocamente considerados, quanto do interesse público em si, podendo eventualmente prevalecer ora um, ora outro.

6. O INTERESSE PRIVADO VISTO COMO COMPONENTE DO INTERESSE PÚBLICO

Aquela mencionada relação bipolar 'interesse público X interesse privado' é uma forma de interpretação já ultrapassada desses dois princípios, e deve ceder frente a uma nova leitura, que incorpore a multiplicidade de interesses privados que compõem o interesse público, que não envolve necessariamente uma contraposição bipolar entre interesse público e privado.

O Poder Judiciário, especialmente a Justiça Federal, vem atuando à frente dessa nova leitura, a cada vez que privilegia o interesse privado, em uma ponderação diferenciada de valores, operada em cada caso concreto. Ou, nos dizeres de Peter Häberle, "a '*jurisprudência do bem particular*' torna-se uma parte - indireta - da '*jurisprudência do bem comum*'".⁴

⁴ ÖFFENTLICHES INTERESSE ALS JURISTISCHES PROBLEM. Apud Revista Diálogo Jurídico, ano I, vol. 1, n. 7, outubro de 2001, p. 26.

A essa altura, não é demais afirmar que o interesse privado, no final das contas, também serve, indiretamente, ao interesse público, sendo também digno de sujeitar-se a uma ponderação de valores.

Em outras palavras: a motivação explicaria a prevalência do interesse privado no caso concreto, em vez de adotar-se um princípio de prevalência absoluta do interesse público. Valorar-se-ia, isto sim, a importância do bem comum.

Não é isso, entretanto, que estamos acompanhando nos JEF's.

7. O PRECONCEITO CONTRA A CONCILIAÇÃO NOS JEF'S

É notório o preconceito que existe contra a possibilidade de conciliação e transação nos JEF's, com base na indisponibilidade dos interesse público.

Como já visto, entretanto, o princípio da indisponibilidade do interesse público não significa proibição de qualquer transação, mas tão-somente da transação que seja desvantajosa para o órgão público.

Uma conciliação/transação pode resultar em economia extremamente útil para os cofres públicos, na medida em que economiza uma parte do valor da condenação, além de, eventualmente, economizar também verbas sucumbenciais, o custo/hora de cada um dos profissionais envolvidos, pagos pelo Erário Público, evitando ainda o entulhamento desnecessário dos JEF's, o que terminaria por eliminar seu princípio básico de celeridade, contrariando o que determina a Lei n. 10.259/01. Assim, impedir a transação é que é o comportamento contrário ao interesse público, vulnerando o interesse coletivo.

Destaque-se que já têm sido editados atos normativos que indicam que o Poder Público vem avaliando essa relação custo/benefício e considerando mais proveitoso desistir de litigar pelo simples hábito de litigar, como aquele que:

- dispensa a execução de honorários de sucumbência abaixo de R\$1.000,00;
- dispensa a execução fiscal de débitos inferiores a R\$1.000,00;
- dispensa o recurso voluntário, pelo órgão público, em causas já decididas em definitivo pelos tribunais superiores.

É a própria Administração Pública, por suas mais altas autoridades, que não considera proveitoso prosseguir na lide, abrindo, com isso, as portas para uma visão mais pragmática e objetiva do interesse público, divorciada de conceitos já superados.

Por outro lado, o medo de fraudes tampouco deve impedir a conciliação, “até porque a inexistência desta não impediu a ocorrência daquelas”⁵.

É evidente que um Judiciário mais rápido, menos entulhado e mais eficiente contribui sobremaneira para dificultar a ocorrência de fraudes.

Além disso, a própria limitação de alçada dos Juizados contribui para dissuadir os fraudadores que, como demonstra a história, têm particular afeto com as causas de grande valor.

Por outro lado, ao moldar o procedimento do rito do Juizado Especial, o legislador teve em mente, como seu elemento principal, o princípio da celeridade, pelo que simplificou-o bastante e iniciou-o pela conciliação.

Como destaca Carreira Alvim:

*“a conciliação nunca deve ser vista como uma mera formalidade processual, mas como uma forma de desarmar e apaziguar espíritos contraditores, em benefício deles próprios e da paz social. Quando se tem uma conciliação bem conduzida, os contendores saem da audiência dispostos a cumprir o acordo, deixando para trás as mágoas alimentadoras de novos conflitos; quando se tem uma conciliação mal conduzida, não só os contendores se mostram predispostos a não cumprir o acordo, como saem alimentados do propósito de conduzir seu adversário às barras do tribunal, na primeira oportunidade que tiver”*⁶.

É importante destacar, também, que o conciliador não é juiz **do** fato, mas sim juiz **de** fato, buscando simplesmente conciliar as partes.

A natureza jurídica da conciliação é a de jurisdição voluntária, inserida no decorrer do procedimento, com vistas a alcançar um resultado melhor, ou ao menos mais célere, do que aquele que se poderia obter com a jurisdição contenciosa. Observe-se, também, que esta somente atende aos interesses do autor, enquanto aquela atende ao de ambas as partes.

8. CONCLUSÃO

Como já visto, a conciliação e a transação são hoje legalmente possíveis. As dificuldades administrativas para sua concretização é que vêm tornando essas eficientes figuras em institutos de pouca utilidade prática.

⁵ JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS, William Douglas Resinente dos Santos, www.juristantum.hpg.ig.com.br.

⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Juizados Especiais Federais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 33/4.

Por um lado, *habemus lex* que autoriza a conciliação.

Por outro, os princípios da supremacia e da indisponibilidade não podem mais ser compreendidos no sentido de que os interesses privados ocupam uma posição de contraposição ao interesse público, uma vez que aqueles consistem em uma parte deste. Não podem, tampouco, ser descritos como uma regra absoluta de supremacia do interesse público sobre o privado, mas sim como regra de prevalência, diante de um caso concreto, de acordo com as variáveis em análise.

Dessa nova leitura, advêm duas importantes constatações:

- O órgão demandado deve sempre avaliar, casuisticamente, se cabe ou não conciliação, em um dado processo, levando em conta os pedidos e, dentre eles, quais têm grandes chances de sucesso, isso considerando a jurisprudência das Turmas Recursais, da Turma de Uniformização de Jurisprudência, dos Tribunais Superiores e, eventualmente, dos próprios Juizados. Devem ser considerados também o custo/hora do trabalho do Procurador e dos membros dos JEF's, eis que toda a despesa é suportada, em última análise, pelos cofres públicos.
- Uma vez ponderados os interesses reciprocamente considerados, fundamentadamente, deve o órgão propor a conciliação, por meio de transação.

A repetição de tributos já definida pelos Tribunais Superiores, a concessão de benefício à companheira com filhos comuns com o instituidor da pensão, a indenização por danos materiais e morais amplamente comprovados, a correção monetária do FGTS, são exemplos de pedidos cuja ponderação de interesses certamente vai indicar o acerto da proposta de transação, favorecendo, a um só tempo, o interesse privado e o interesse público.

Assim, a ponderação deve, primeiro, determinar se a transação é vantajosa para a Administração para, depois, procurar proteger ao máximo ambos os interesses em jogo, propondo uma transação.

Esse caminho é bem diverso daquele que, *a priori*, direciona a interpretação das regras administrativas em favor do interesse público, no sentido de inviabilizar a conciliação.

Não se está negando a importância jurídica do interesse público. O que deve ficar claro, porém, é que deve haver uma ponderação dos interesses privado e público, em cada caso examinado.

É essa ponderação - que vai dar máxima aplicabilidade aos interesses envolvidos - que é o critério decisivo para a atuação administrativa, e não a

simples recusa de conciliar, com base na supremacia do interesse público sobre o particular e na indisponibilidade do interesse público.

Já se encontra na jurisprudência da mais alta Corte deste país julgados nesse sentido, como faz ver a seguinte ementa, da lavra da eminente Ministra Ellen Gracie Northfleet, publicado no Diário de Justiça 1, de 21/06/02, *verbis*:

“PODER PÚBLICO. TRANSAÇÃO. VALIDADE.

Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimização deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.” (RE-253.885/MG).

Cabe, portanto, a cada um de nós, envolvidos nesse processo de modernização do Poder Judiciário, contribuir para viabilizar e tornar a conciliação e a transação figuras efetivas e presentes no dia-a-dia dos Juizados Especiais Federais.

