

REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 11

Nº 1 - Março de 2009



Escola da
Magistratura
Regional Federal
da 2ª Região



**REVISTA
DA ESCOLA DA
MAGISTRATURA REGIONAL
FEDERAL DA 2ª REGIÃO
EMARF**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 11
Março de 2009

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 da 2ª Região. N. 1 (ago. 1999)

Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2009 - volume 11, 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 André Fontes

Diretor da Revista

Desembargador Federal Clélio Erthal

Diretor de Estágio

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretora de Relações Públicas

Desembargadora Federal Maria Helena Cisne

Diretora de Pesquisa

Desembargadora Federal Liliane Roriz

EQUIPE DA EMARF

Lenora de Beaurepaire Schwaitzer - Assessora Executiva

Carlos José dos Santos Delgado

Diana Cordeiro Franco

Edith Alinda Balderrama Pinto

Leila Andrade de Souza

Liana Mara Xavier de Assis

Lucia Helena de Souza Fernandes

Márcio Soares de Oliveira

Margarete de Castro Amaral

Maria de Fátima Esteves Bandeira de Mello

Reinaldo Teixeira de Medeiros Júnior

Presidente:

Desembargador Federal CASTRO AGUIAR

Vice-Presidente:

Desembargador Federal FERNANDO MARQUES

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal SERGIO FELTRIN CORRÊA

Membros:

Desembargador Federal PAULO FREITAS BARATA

Desembargadora Federal TANIA HEINE

Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA

Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS

Desembargador Federal CARREIRA ALVIM

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO

Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Desembargador Federal ANTÔNIO CRUZ NETTO

Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFÁCIO COSTA

Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ

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

Desembargadora Federal LILIANE RORIZ

Desembargadora Federal LANA REGUEIRA

Desembargadora Federal SALETE MACCALÓZ

Desembargador Federal GUILHERME COUTO

Desembargador Federal GUILHERME CALMON

Juiz Federal Convocado MARCELO PEREIRA DA SILVA

Juiz Federal Convocado ALUÍSIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

SUMÁRIO

CÓDIGO MODELO DE COOPERAÇÃO INTERJURISDICIONAL PARA IBERO-AMÉRICA	9
<i>Comissão de Revisão da Proposta de Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Ibero-América</i>	
SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL: LIMITES DA LEGITIMIDADE DO SINDICATO	49
<i>Luiz Norton Baptista de Mattos</i>	
PERSPECTIVAS PARA A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS DE CONSUMO	79
<i>Eduardo Antônio Klausner</i>	
OS MAFIOSOS FICARAM LOUCOS NO RIO?	127
<i>Cesar Caldeira</i>	
DECADÊNCIA DO DIREITO À REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO (UMA ANÁLISE DE DIREITO INTERTEMPORAL)	149
<i>Carlos Côrtes Vieira Lopes</i>	
RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO DO AUDITOR EXTERNO NO ÂMBITO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE O PODER DISCIPLINAR DO BANCO CENTRAL DO BRASIL, A CULPABILIDADE E A JUSTIÇA DA PENA	165
<i>Marlos Lopes Godinho Erling</i>	
AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS NA INVESTIGAÇÃO POLICIAL: DETENTORES DE PRERROGATIVA DE FUNÇÃO, COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS E GARANTIAS	179
<i>Rodrigo Carneiro Gomes</i>	
A POSSIBILIDADE DE RECURSO COMO UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CONSTITUCIONAL).	211
<i>Flávio Quinaud Pedron</i>	

A ATUAÇÃO INSTITUCIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL DURANTE O REGIME MILITAR	227
<i>Edson Medeiros Branco Luiz</i>	
NÃO CABIMENTO DE INCLUSÃO NA DÍVIDA ATIVA POR MULTA ADMINISTRATIVA SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL	255
<i>Hilda Leonor Cuevas de Azevedo-Soares</i>	
A REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA	283
<i>João Victor de Ataíde Silva</i>	
ASPECTOS DO REALISMO JURÍDICO	299
<i>André R. C. Fontes</i>	

CÓDIGO MODELO DE COOPERAÇÃO INTERJURISDICIONAL PARA IBERO-AMÉRICA¹

*Comissão de Revisão da Proposta de Código Modelo de
Cooperação Interjurisdicional para Ibero-América*

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

INTRODUÇÃO

A tutela judicial transnacional é uma exigência dos tempos atuais, em que constantemente as relações jurídicas, sob diversos aspectos, ultrapassam as fronteiras de um Estado. Assegurar a efetividade da tutela judicial sem fronteiras significa muito mais do que apenas reconhecer decisões judiciais estrangeiras transitadas em julgado, proferidas em processos de conhecimento. Tudo que for necessário para que seja assegurada a efetividade da jurisdição deve estar compreendido na idéia de tutela judicial transnacional, tais como os atos de urgência, os atos executórios, os atos destinados à comunicação processual ou mesmo os atos probatórios. Pouco importa tratar-se de direito público ou de direito privado; da mesma maneira, a jurisdição há de ser efetiva e estar pautada nos mesmos princípios e ideais da justiça transnacional.

Não obstante, o tratamento diferenciado, em cada Estado, dispensado à cooperação interjurisdicional é sério obstáculo à efetividade da tutela judicial transnacional. Embora partindo das mesmas preocupações – plenitude do acesso à Justiça transnacional e preservação da soberania

¹ Elaborado pela Comissão de Revisão da Proposta de Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Ibero-América: Ada Pellegrini Grinover, Brasil, Presidente; Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, Brasil, Secretário Geral; Abel Augusto Zamorano, Panamá; Angel Landoni Sosa, Uruguay; Carlos Ferreira da Silva, Portugal; Eduardo Vescovi, Uruguay; Juan Antonio Robles Garzón, Espanha; Luiz Ernesto Vargas Silva, Colômbia; Roberto Omar Berizonce, Argentina. Aprovado na Assembléia Geral do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, ocorrida no dia 17 de outubro de 2008, por ocasião das XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Lima, Peru.

estatal -, as regras internas de cada Estado, algumas de índole constitucional, acabam sendo contraditórias ou, ainda, sofrendo interpretações contraditórias. A busca pela uniformidade de regras sobre o tema, ideal imaginado por convenções e tratados no âmbito de organizações internacionais (Mercosul, OEA, HAIA, ONU), bem como a busca de um espaço judicial Iberoamericano pela Rede Iberoamericana de Cooperação Judicial (IberRED), dependem preliminarmente de um consenso principiológico. A finalidade de um código modelo de cooperação interjurisdicional reside, justamente, na compilação dos princípios fundamentais e regras gerais inerentes à jurisdição transnacional que, com as adaptações necessárias a cada Estado, sejam passíveis de aplicação em todos os sistemas jurídicos que consagrem o Estado de Direito.

A proposta de um Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Iberoamérica surgiu em julho de 2005, quando das Jornadas Especiais de Barcelona, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, cujo Presidente, Jairo Parra Quijano, em reunião com Ada Pellegrini Grinover, Angel Landoni Sosa e Ricardo Perlingeiro, designou-os, juntamente com Abel Augusto Zamorano, para participar de comissão destinada à elaboração de um pré-projeto. As atividades da Comissão, presidida por Ada Pellegrini Grinover e secretariada por Ricardo Perlingeiro, compreenderam discussões a distância (por *e-mail*) e duas reuniões presenciais. Com efeito, entre julho e dezembro de 2005, a Comissão discutiu o assunto via *Internet*, sendo que, nos dias 9 e 10 de fevereiro de 2006, na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, em Niterói, foi realizada a primeira reunião presencial, onde se discutiu e aprovou uma das versões da Proposta de Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Iberoamérica. Esta versão foi revista e complementada pela mesma Comissão, no decorrer do III Congresso Panamenho de Direito Processual, na Cidade de Panamá, realizado de 15 a 18 de agosto de 2006. O texto final foi submetido à Assembléia-Geral do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, nas XX Jornadas Iberoamericanas de Direito Processual, ocorridas entre 25 e 27 de outubro de 2006, em Málaga, quando foi constituída a Comissão de Revisão, destinada à elaboração do Projeto do Código Modelo, também presidida por Ada Pellegrini Grinover e secretariada por Ricardo Perlingeiro, e da qual

fizeram parte Abel Augusto Zamorano, Angel Landoni Sosa, Carlos Ferreira da Silva, Eduardo Véscovi, Juan Antonio Robles Garzón, Luís Ernesto Vargas Silva e Roberto Omar Berizonce. Sucederam-se discussões a distância (via *e-mail*) até que, no dia 15 de setembro de 2007, em Salvador, quando do XIII Congresso Mundial de Direito Processual, da Associação Internacional de Direito Processual, em reunião que contou com a participação do Presidente do Instituto, Jairo Parra, a Comissão de Revisão aprovou a versão final do Projeto de Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Iberoamérica.

A idéia de Códigos-modelo não é novidade no espaço Iberoamericano. Em 1967, nas Jornadas de Caracas e Valencia, na Venezuela, surgiu a idéia de confecção de dois projetos de normas processuais com o objetivo de servirem de orientação às reformas legislativas a serem promovidas nos países latino-americanos. Iniciava-se, então, com o trabalho de juristas e comissões organizadas, a elaboração dos Códigos Modelo de Processo Civil e Processo Penal. Recentemente, o Instituto Iberoamericano de Direito Processual, nas XIX Jornadas de Processo de Caracas, aprovou o Código Modelo de Processos Coletivos para Iberoamérica.

O Projeto de Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Iberoamérica é bastante arrojado, com uma sistematização absolutamente inédita, não obstante os seus princípios e regras tenham sido construídos a partir da experiência recente dos países Iberoamericanos e de suas normas em vigor (de fonte interna e externa), das quais permitimo-nos destacar exemplificadamente as que inspiraram alguns dos seus principais preceitos: a- *vínculo entre a concepção de ordem pública internacional e a dos princípios fundamentais do Estado requerido* / art. 2º, I (Código Civil Português; **Ato do Conselho CE 29 maio 2000**); b- *tradução e forma livres para os atos e documentos necessários à cooperação* / art. 2º, VI (Convenção Interamericana sobre restituição de menores); c- *submissão expressa e tácita para fixação da competência internacional condicionadas ao princípio da efetividade* / art. 7º, § 1º (Código Bustamante, Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual); d- *litispendência e conexão internacionais* / art. 9º (Código Civil Peruano, Código Bustamante, Convenção de Haia sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras em matéria civil

e comercial, Regulamentos CE 44/2001 e 2201/2003); e- *eficácia automática das decisões estrangeiras* / art. 10 (Regulamentos CE 44/2001 e 1346/2000); f- *investigação conjunta* / art. 20 (Lei Portuguesa de cooperação judiciária internacional em matéria penal, Convenção Internacional das Nações Unidas para a supressão do financiamento do terrorismo, Convenção da ONU sobre o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, **Ato do Conselho CE 29 maio 2000**); g- *comparecimento temporário de pessoas* / art. 22 (Convenção Interamericana sobre assistência mútua em matéria penal; Convenção Interamericana contra o terrorismo, Protocolo de São Luiz de assistência jurídica mútua em assuntos penais no Mercosul, Convenção Internacional das Nações Unidas sobre a supressão de atentados terroristas com bombas); h- *extensão da competência penal internacional nos casos de negativa de extradição* / art. 24, III (Convenção Interamericana contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, munições, explosivos e outros materiais correlatos, Convenção das Nações Unidas sobre a proteção física de materiais nucleares); i- *transferência de processo e de execução penal* / art. 25 (Convenção Interamericana sobre o cumprimento de sentenças penais no exterior, Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado internacional); j- *extradição de nacional* / arts. 30 e 31, IV (Constituição Política Colombiana, Código de Processo Penal da Bolívia, Tratado de Extradução Chile e Uruguai, Acordo de Extradução entre o Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, Convenção Interamericana sobre extradição).

O Projeto de Código Modelo está organizado da seguinte maneira. No capítulo primeiro, dispõe sobre o alcance e os princípios fundamentais da cooperação interjurisdicional; nos capítulos segundo e terceiro, sobre as regras gerais das espécies de cooperação interjurisdicional, distinguindo a cooperação civil da cooperação penal; no capítulo quarto, sobre os procedimentos de cooperação interjurisdicional; e, no capítulo quinto, as disposições finais.

ALCANCE E PRINCÍPIOS

Primeiramente, vale registrar que o Projeto não consiste em um modelo para a cooperação “na Iberoamérica”, mas sim de um “Código Modelo

de Cooperação Interjurisdicional *para Iberoamérica*”, isto para que não haja a falsa impressão de que a cooperação seria somente entre os Estados Iberoamericanos. O Projeto de Código Modelo não é uma proposta de tratado internacional a ser ratificado, mas sim uma proposta de normas nacionais a serem incorporadas internamente por países Iberoamericanos, e destinado à cooperação interjurisdicional com qualquer Estado, Iberoamericano ou não.

A expressão “cooperação interjurisdicional” é a mais adequada à tutela judicial transnacional. Os litígios transnacionais, alvo da tutela judicial transnacional, são aqueles que possuem elementos conectados em mais de um Estado. Nesses casos, a efetividade da jurisdição depende, sempre, da atuação conjunta de Estados soberanos. Daí a expressão “cooperação”. É bem verdade que não se trata exatamente de uma cooperação internacional, já que esta expressão é mais apropriada às relações de Direito Internacional Público e, portanto, à tutela judicial perante tribunais internacionais. Chega-se, assim, à expressão “cooperação interjurisdicional”.

Em compasso com a denominação “cooperação interjurisdicional”, o art. 1º aponta como objetivo do Projeto de Código Modelo o de assegurar a efetividade da prestação jurisdicional em um plano transnacional, a partir do intercâmbio dos atos de natureza administrativa ou jurisdicional, emanados por autoridades administrativas ou judiciárias, no âmbito do direito público e do direito privado. O art. 2º relaciona os princípios gerais da cooperação interjurisdicional, constando, do inciso I ao V, os princípios que dizem respeito ao cabimento da cooperação e, nos incisos VI, VII e VIII, os que se referem aos procedimentos da cooperação - ativa e passiva.

A cláusula da ordem pública está associada à observância dos princípios fundamentais do Estado em cujo território se pretenda a eficácia de qualquer ato estrangeiro ou se pretenda praticar ato em favor da prestação jurisdicional perante tribunal estrangeiro (art. 2º, I). Dessa maneira, o poder público de um Estado não deve emanar atos contrários aos seus próprios princípios fundamentais, e tampouco atos que sirvam à prestação jurisdicional, noutro Estado, que também seja incompatível com aqueles mesmos princípios. Em decorrência dessa cláusula, não se admite nem mesmo a prática de atos administrativos, tal como o registro de uma

certidão de divórcio estrangeiro, ou a prática de atos judiciais ordinatórios que visem a uma prestação jurisdicional incompatível com os princípios fundamentais do Estado do qual se reclama tais atos. A associação entre ordem pública internacional e princípios fundamentais, inspirada na legislação alemã, austríaca e portuguesa ², diminui o grau de imprecisão do conceito indeterminado de “ordem pública”, afasta da compreensão desta a simples contrariedade a leis infraconstitucionais ou constitucionais e a eleva ao patamar de princípio fundamental, expresso ou não em uma constituição.

O obstáculo à cooperação interjurisdicional em razão da falta de observância das garantias do devido processo legal no Estado requerente, tal como previsto no art. 2º, II, é desdobramento da cláusula da ordem pública internacional. Não respeitar as garantias do devido processo legal é o mesmo que negar o direito à tutela judicial efetiva e, conseqüentemente, ofender os princípios fundamentais de um Estado. Frequentemente citada nos diplomas legais, a falta de oportunidade de defesa no processo judicial em curso no Estado requerente é um exemplo – mas não o único – da necessidade da observância às garantias do devido processo legal. No mesmo sentido, a publicidade processual assegurada no art. 2º, V atua como garantia do devido processo legal e da ordem pública internacional, excetuada somente nos casos de interesse público que justifiquem o sigilo (art. 6º, III, 2ª parte).

O Projeto de Código Modelo, no art. 2º, III, rejeita qualquer diferença de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não residentes, inclusive quanto à possibilidade de extradição. O acesso à Justiça deve ser efetivo e as garantias correspondentes devem estar ao alcance dos nacionais e dos estrangeiros, indistintamente. A gratuidade de justiça – indispensável aos necessitados – deve incluir as despesas, em especial de tradutores.

No art. 2º, IV, estabelece-se como princípio a não dependência da reciprocidade de tratamento. O objetivo é assegurar, em um contexto transnacional, o exercício de direitos pertencentes a pessoas privadas, de modo a não sacrificá-los por culpa do Estado que se omite não

² Lei de Introdução ao Código Civil Alemão (EGBGB), art. 6º, Lei Austríaca de Direito Internacional Privado, §6º, e Código Civil Português, art. 22.

oferecendo reciprocidade. Desta omissão, deve resultar a restrição tão-somente a interesses do próprio Estado inerte, sob pena de caracterizar ofensa à tutela judicial transnacional, tal como está previsto nos casos de comparecimento temporário (art. 22), extradição (art. 30, I), e despesas processuais (art. 58).

O Projeto acolhe o princípio da instrumentalidade processual para o procedimento da cooperação ativa e passiva (art. 2º, VI), admitindo a tradução livre, que significa não haver necessidade de tradução juramentada ou oficial, sendo até mesmo dispensável, nos casos em que o tribunal e as partes litigantes dela não necessitarem, e admitindo também os meios eletrônicos e videoconferência. Operando em todas as modalidades de cooperação, há previsão expressa desse princípio no art. 5º, parágrafo único (prova por videoconferência) e no art. 6º, parágrafo único (intercâmbio de informações).

A respeito da autoridade central, é consenso de que este organismo deve servir à cooperação interjurisdicional, na medida em que facilite a sua realização (art. 2º, VII). A tramitação dos pedidos de cooperação perante uma autoridade central somente ocorrerá quando, a critério dos interessados, for considerada necessária. Dessa maneira, não obstante os Estados sejam obrigados a manter a estrutura administrativa de uma autoridade central, nos procedimentos de carta rogatória ou de auxílio mútuo, admite-se que as entidades interessadas se comuniquem diretamente. Também deve ser registrado que, diante do papel atribuído à autoridade central, não compete a esta valorar o cabimento do pedido de cooperação, impedindo o seu processamento ou o seu atendimento.

É admitida a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades do Estado requerente (art. 2º, VIII). Com efeito, existem situações em que não seria necessário – ou mesmo possível – esperar uma solicitação do Estado requerente. Trata-se das comunicações ou informações sujeitas ao procedimento do auxílio mútuo. Citem-se os exemplos das comunicações ao Estado requerente quanto à efetivação da medida de urgência (para os fins do prazo instituído no art. 18) ou quanto à ocorrência de procedimentos criminais superveniente (quando posterior ao atendimento de uma solicitação neste sentido).

MODALIDADES DE COOPERAÇÃO

A cooperação interjurisdiccional – afeta ao Direito Internacional Privado – alcança litígios transnacionais de direito privado e de direito público. A legislação nacional, europeia e internacional de cooperação interjurisdiccional que não reúne as matérias de direito privado com as de direito público assim procede porque, em razão do detalhamento em que se encontram, tal unificação não seria justificável nem viável. Porém, não é o que ocorre com o Projeto de Código Modelo, que contém somente princípios e regras gerais, todos compatíveis com as relações transnacionais afetas a ambos os ramos do direito. A diferença de tratamento foi prevista apenas quando considerada necessária, mesmo em se tratando de princípios e regras gerais, admitindo-se a cooperação penal como especial em relação à cooperação civil, residual. Por último, vale lembrar que não seria enfrentado o importante tema “imunidade à jurisdição” (art. 8º, parágrafo segundo), se não fosse incluída no Projeto a matéria de direito público (administrativo, tributário e previdenciário).

A cooperação interjurisdiccional compreende duas classes de modalidades, a de atos ordinatórios e probatórios que não reclamam uma medida jurisdiccional do Estado requerido e, por outro lado, a de atos que a reclamam. Na primeira classe, encontram-se a citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial (arts. 3º, I, e 19, I), a realização de provas e obtenção de informações (arts. 3º, II, e 19, II), o comparecimento temporário de pessoas (art. 19, IV) e a investigação conjunta (art. 19, III); na segunda, a eficácia e execução de decisão estrangeira (arts. 3º, III, e 19, VI), a medida de urgência (arts. 3º, IV, e 19, VIII), a extradição (art. 19, VII), a transferência de processo e execução penal (art. 19, V) e, eventualmente, também em alguns casos em que a realização de provas e obtenção de informações necessitam de medidas jurisdicionais (neste caso sujeita à carta rogatória – art. 41, I), como ocorre com a quebra de sigilo ou medidas constritivas, de acordo com a lei processual interna de cada Estado. As regras sobre competência internacional (arts. 7º, 8º e 24) estão situadas estrategicamente entre as duas referidas classes de modalidades de cooperação, pois a competência internacional se presta à jurisdição propriamente dita e não a atos ordinatórios ou desprovidos de conteúdo decisório.

COOPERAÇÃO CIVIL

O Capítulo II inclui modalidades de cooperação que se prestam à própria cooperação civil e, subsidiariamente, à cooperação penal. Referimo-nos às seguintes espécies de cooperação: a- citação intimação e notificação (art. 4º); b- realização de provas e obtenção de informações (arts. 5º e 6º); c- eficácia da decisão estrangeira (arts. 10 e 11); d- execução de decisão estrangeira (arts. 12-14); e- medida judicial de urgência (arts. 15-18).

Quanto aos atos de comunicação processual, estes não serão admitidos quando praticados em relação a processo - em curso noutro Estado - que não seja capaz de ensejar uma decisão final em condições de ser reconhecido pelo Estado requerido (art. 4º). Não faz sentido movimentar a máquina judiciária ou administrativa do Estado requerido, ainda que se trate de atos judiciais meramente ordinatórios, para contribuir com uma prestação jurisdicional que não seja compatível com os princípios fundamentais deste Estado. Além disso, implicitamente, admitem-se neste artigo os atos de comunicação processual pelo correio.

Em matéria probatória, são admitidos no âmbito da cooperação interjurisdicional todos os meios de prova em geral, desde que obtidos lícitamente e destinados a processo em curso noutro Estado em condições de gerar efeito no Estado requerido (art. 5º). Não obstante, além das duas modalidades específicas em matéria penal, sobre investigação conjunta (arts. 20 e 21) e comparecimento temporário de pessoas (arts. 22 e 23), o Projeto de Código Modelo destaca o intercâmbio de informações em três níveis: a- informações sobre o direito estrangeiro; b- informações acerca da existência de infrações penais; c- informações a respeito do andamento de processo administrativo ou judicial e das decisões neles proferidas. O pressuposto da licitude para a admissão da prova reafirma a cláusula da proteção da ordem pública internacional, sendo necessário que o meio de obtenção da prova esteja amparado nos princípios fundamentais, tanto do Estado requerido quanto do Estado requerente.

O parágrafo único do art. 6º, relacionado com o princípio da instrumentalidade, porém fundado especialmente no princípio probatório da livre convicção racional, é contrário à idéia de que algum meio de prova tenha valor absoluto. Tem a regra dupla finalidade. Não se exige a

tradução de documentos, tampouco uma tradução oficial, bastando que haja a compreensão dos mesmos - o que pode ser alcançado por diversos meios de prova. A tramitação perante autoridades centrais ou diplomáticas, de acordo com o papel destas entidades, deve facilitar a cooperação interjurisdicional gerando a presunção de autenticidade dos documentos sem que, contudo, tal presunção seja *ius et de iure*; admite-se prova em contrário.

As regras sobre competência internacional civil (arts. 7º e 8º) estão orientadas pelo princípio da efetividade, que, afinado com o princípio do juiz natural e do *forum non conveniens*, impõem limites ao princípio da submissão sempre que este levar ao *forum shopping*, sacrificando o acesso à Justiça, a ampla defesa, o conhecimento dos fatos, a observância dos direitos adquiridos ou a própria realização fática da tutela executiva ou de urgência (art. 7º, § 1º). De um modo geral, as regras sobre competência internacional acompanham a orientação do legislador interno, preferindo o tribunal do Estado que estiver mais próximo do litígio: mais próximo do demandado, assegurando a ampla defesa (art. 7º, I, 1ª parte); mais próximo do autor, assegurando o amplo acesso à Justiça (art. 7º, III); mais próximo dos fatos, assegurando uma eficaz instrução probatória (arts. 7º, I, 2ª parte, e 8º, I); mais próximo da lei material que regulamente o fato constitutivo do direito subjetivo *sub iudice* (art. 7º, II); ou, ainda, mais próximo do local da execução, assegurando a efetividade da tutela executiva ou da tutela de urgência (art. 8º, I e II). Nesse contexto, é competente o tribunal do Estado que mantiver algum vínculo efetivo com o litígio capaz de assegurar um processo justo (art. 7º, III); em caráter subsidiário, é competente o tribunal do Estado que for objeto de convenção, expressa ou tácita, pelas partes litigantes (art. 7º, § 1º).

No plano transnacional, dificilmente prevalece a regra segundo a qual compete ao tribunal do processo de conhecimento promover a execução do julgado. A execução de decisões judiciais é sempre de competência exclusiva do Estado em cujo território se materializa. A prática de atos jurisdicionais executórios – atos que expressam soberania – no território de outro Estado seria vista como uma interferência direta e indevida na soberania alheia. Portanto, não seria conveniente para a instrução do processo que a condução da execução fosse delegada a um outro Estado

que não o do local dessa execução, sob pena de serem expedidas tantas cartas rogatórias quantos atos executórios forem necessários, inviabilizando o processamento.

A submissão ou escolha dos foros no plano transnacional deve ser subsidiária à observância das regras de competência absoluta (concorrente e exclusiva), salvo se, no caso concreto, e também em nome do princípio da efetividade, nenhum outro tribunal estiver em condições de prestar uma jurisdição adequada (art. 7º, § 1º, segunda parte). No entanto, não se admite a prorrogação de competência diante da ausência do réu ou, ainda, a eleição de foro que contrarie regra de competência absoluta ou não autorizada pela própria norma processual internacional. No art. 7º § 1º propõe-se a submissão expressa ou a submissão tácita, somente nos casos em que o tribunal do Estado escolhido ou do Estado indicado for um dos legalmente previstos ou, ainda, não houver ofensa à regra de competência absoluta, de acordo com o caso concreto. Portanto, não se admite submissão (expressa ou tácita) a tribunais de Estados estrangeiros ou que sejam absolutamente incompetentes. Tampouco se admite submissão tácita sem que haja presença do réu; o Projeto preocupa-se com a certeza de que esteja sendo assegurado o direito de defesa, o que no plano transnacional passa a ser da maior relevância, não se extraindo da revelia a renúncia ou submissão tácita ao foro escolhido pelo demandante. É necessário que o demandado compareça e, contestando o pedido, nada diga a respeito da incompetência (art. 7º § 3º).

A imunidade estatal à jurisdição de outro Estado – prevista na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas – está relacionada diretamente com o tema da competência internacional. Decorre da não incidência de leis estrangeiras sobre relações jurídicas de direito público, sendo causa excludente da competência internacional e fixada em favor dos Estados e, portanto, sujeita a renúncia expressa ou tácita, por parte do Estado demandado, como autorizado no art. 7º § 3º.

A litispendência e a conexão entre causas pendentes acarretam a suspensão e não a extinção do processo, para que não haja risco de ofensa à garantia do acesso à Justiça, conforme previsto no art. 9º. Essa suspensão, no entanto, deve perdurar até que haja uma decisão final no processo originário ou, então, durante um prazo razoável. Isto porque, mais grave

do que admitir decisões conflitantes e insegurança jurídica, seria suspender um processo por prazo indefinido. Além disso, a litispendência e a conexão somente devem surtir algum efeito se, a critério do tribunal do Estado responsável pela suspensão, o processo originário estiver em condições de ensejar uma decisão final compatível com os princípios fundamentais daquele Estado. Daí a referência a “tribunal internacionalmente competente”.

A eficácia - coisa julgada, exequibilidade e efeitos meramente materiais - transnacional de uma decisão judicial estrangeira é uma das principais modalidades de cooperação interjurisdicional (art. 3º, III). Prefere-se a expressão “decisão”, que é gênero, em detrimento das expressões “sentença” ou “acórdão”, que são espécies. A eficácia da decisão judicial estrangeira automática e independente de reconhecimento judicial prévio, constante do art. 10, na prática, significa admitir a retroatividade da coisa julgada estrangeira (à data do trânsito em julgado na origem) e a valoração imediata das decisões estrangeiras junto a órgãos administrativos ou em uma relação jurídica qualquer. Apenas a execução de decisão judicial estrangeira - por reclamar exercício de jurisdição pelo Estado requerido - é que pressupõe um reconhecimento judicial prévio, ainda que implícito (art. 49). Convém registrar que, indiretamente, a eficácia automática da decisão estrangeira legitima a admissão da litispendência e conexão internacionais.

A eficácia da decisão estrangeira depende da observância de requisitos compreendidos entre os princípios fundamentais do Estado requerido e as regras sobre competência internacional (art. 11, I, II e III). Consideram-se, também, os requisitos meramente procedimentais, tais como o de a decisão estrangeira estar provida de efeitos na origem (art. 11, IV) ou o da compatibilidade com as decisões proferidas no Estado requerido ou em outro Estado, desde que em condições de produzir efeitos no Estado requerido (art. 11, V).

A execução de decisão estrangeira está sujeita à observância dos requisitos necessários à eficácia das decisões estrangeiras (art. 12). Porém, apenas para frisar, a execução não se enquadra dentre os efeitos automáticos da decisão estrangeira. Aqui, deve-se consignar “a observância aos requisitos”, pois o processo de execução depende de

“reconhecimento prévio” incidental pelo ato judicial que autoriza o início da execução e declara a executoriedade do título estrangeiro. Anote-se que não impede a execução de decisão estrangeira haver recurso pendente no tribunal de origem; em outras palavras, admite-se execução de decisão estrangeira não transitada em julgado (art. 14), desde que o recurso lá interposto não tenha efeito suspensivo (art. 11, IV), sendo facultada a exigência de caução, se possível ao demandante (art. 14). Acrescente-se, no caso de execução de decisão de uma medida judicial de urgência, a necessidade de o processo principal, em curso ou futuro, no qual será decidida a questão de fundo, estar em condições de ensejar uma decisão que reúna os requisitos para ter eficácia no Estado requerido, nos termos do art. 13. Aplicam-se à execução de laudo arbitral estrangeiro as mesmas regras da execução de decisão estrangeira (art. 57).

Como regra geral, as medidas de urgência são processadas e decididas pelo tribunal da causa principal. Porém, como o procedimento da execução de decisão estrangeira nem sempre é apropriado à tutela de urgência, tem sido comum autorizar o aforamento destas medidas diretamente no tribunal do Estado em cujo território se pretende sua execução. Esse fenômeno de dissociação entre processo de conhecimento e processo cautelar no plano transnacional está sujeito a alguns limites devidos aos seguintes princípios: 1- princípio do juiz natural – o tribunal da causa cautelar ou de urgência é sempre o tribunal do processo principal, sendo possível atribuir a competência a outro tribunal somente em situações extremas nas quais ficar demonstrado que o procedimento de reconhecimento ou de *exequatur* de medidas de urgência for capaz de inviabilizar a realização do direito alegado (art. 16, I); 2- princípio da ordem pública e da competência internacional – o deferimento da tutela de urgência transnacional diretamente pelo tribunal do Estado em cujo território seria executada, além da presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (art. 17), depende ainda: (a) da demonstração de que o direito material reclamado é compatível com os princípios fundamentais daquele Estado e (b) de que a futura e definitiva declaração judicial do direito no exterior será conseqüência de processo que observe as garantias do devido processo legal perante tribunal que seja competente segundo as regras de competência internacional vigentes naquele Estado (art. 16, II). A natureza provisória de qualquer medida jurisdicional de urgência

condiciona a sua eficácia ao advento, em tempo razoável, de decisão final no processo principal (art. 18).

COOPERAÇÃO PENAL

As modalidades de cooperação interjurisdicional penal que reclamam um procedimento especial em relação à cooperação civil são as seguintes: a- investigação conjunta (arts. 20 e 21); b- comparecimento temporário de pessoas (arts. 22 e 23); c- transferência de processo e de execução penal (arts. 25 e 26); d- extradição (arts. 30 e 31). As regras sobre competência internacional também possuem especificidades (art. 24). Não obstante, a eficácia e execução de decisão penal estrangeira segue a mesma orientação prevista para as decisões civis (arts. 27, 28 e 29).

A investigação conjunta e o comparecimento temporário de pessoas são modalidades de cooperação em matéria de prova que não reclamam uma medida jurisdicional do Estado requerido (art. 19, parágrafo único).

A investigação conjunta entre autoridades policiais e os órgãos de persecução penal de Estados diversos, para apurar crimes transnacionais, é justificável diante da necessidade de realização de investigações difíceis e complexas com implicações em outros Estados (art. 21, I) e da necessidade de ação coordenada nos Estados envolvidos (art. 21, II). É promovida mediante autorização prévia, com objetivos e prazo de duração fixados de comum acordo (art. 20), razão pela qual não há que se falar em ofensa à soberania, especialmente porque na investigação conjunta os atos que reclamarem jurisdição serão levados aos órgãos judiciais competentes do Estado requerido.

O comparecimento temporário de pessoas - presas ou não - objetiva a produção de provas em processo em curso em outro Estado e tem assento nos artigos 22 e 23 do Projeto de Código Modelo. São condições para o comparecimento: a- consentimento da pessoa a ser transferida; b- reciprocidade de tratamento; c- dispensabilidade da pessoa no processo eventualmente em curso no Estado requerido; d- no caso de pessoa presa, o compromisso do Estado requerente de que ela continuará presa; e- compromisso do Estado requerente de promover o retorno da pessoa no

prazo fixado; f- compromisso do Estado requerente de que a pessoa transferida não será presa ou sofrerá outras restrições do seu direito de liberdade, por fatos anteriores à sua saída, e, conseqüentemente, não se sujeite a uma extradição indireta e sem o controle prévio do Estado requerido.

No tocante à competência penal internacional, a primeira das suas especificidades é que, ao contrário da competência civil, ela só comporta a modalidade de competência exclusiva (art. 24). Não se admite a concorrência entre Estados para o julgamento da mesma questão. Em direito penal internacional, em regra, não se aplica lei estrangeira para definir tipo penal. Portanto, a competência internacional está vinculada à incidência da norma penal do Estado ao fato (art. 24, I), o que normalmente ocorre quando o ilícito é no território desse Estado. As exceções ficam por conta de situações extremas, em que a dignidade do acusado ou condenado está em jogo, justificando a modificação de competência, tal como previsto no art. 25 que dispõe sobre a transferência de processo e de execução penal. Além disso, prevê-se a extensão da competência penal internacional a um Estado - que em condições normais não seria o mais adequado - em situações em que a negativa ou impossibilidade de extradição geraria a impunidade caso não houvesse a extensão da competência internacional (art. 24, III).

A extradição objetiva assegurar a eficácia transnacional de decisão penal estrangeira restritiva de liberdade (art. 30, *caput*). A proibição da extradição de nacionais não foi acolhida pelo Projeto, com fundamento no princípio da igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, previsto no art. 2º, III. Na verdade, proibir extradição de nacionais é assegurar-lhes um privilégio injustificável, no passado arraigado a uma concepção nacionalista extremada. Se a razão de preocupação reside em não submeter o nacional a um tribunal parcial ou a um tribunal que não assegure as garantias do devido processo, tal preocupação deveria se estender a todos, nacionais ou estrangeiros, mas somente em função daquelas circunstâncias - as de não observância às garantias do devido processo legal. Nesse contexto, a regra em questão, partindo da premissa de que é possível a extradição de nacional, autoriza que, neste caso, o nacional retorne à sua pátria para o cumprimento da pena. Presume-se que o condenado, na sua pátria, terá melhores condições de reintegração social. Trata-se de uma causa adicional e específica de modificação de competência para execução da pena.

O Projeto de Código Modelo, a partir de diversas normas nacionais e internacionais em vigor em grande parte dos Estados Iberoamericanos, estabelece as seguintes condições para a extradição (art. 30): a- estar fundada em tratado ou promessa de reciprocidade; b- ser o fato considerado crime, ainda não prescrito, no Estado requerido e no Estado requerente, e ser punível pela lei de ambos os Estados com pena privativa de liberdade de duração máxima não inferior a 12 meses ou, se a extradição tiver por finalidade o cumprimento de pena, o tempo de pena por cumprir não pode ser inferior a seis meses; c- não se revestir o processo ou a condenação no Estado requerente de caráter político ou não ser consequência de considerações racistas, de religião, nacionalidade, ou outra espécie de discriminação, nem existirem razões sérias para supor que o pedido foi efetuado por alguma dessas razões ou que a satisfação do pedido provocaria um prejuízo à pessoa requisitada por qualquer dessas razões; d- não ser o litígio de competência do tribunal do Estado requerido, salvo se, na extradição consentida, se verificar em relação ao Estado requerente uma das condições estabelecidas no art. 25; e- ser o tribunal do Estado requerente internacionalmente competente para o litígio nos termos do disposto no art. 24. Se o crime tiver sido cometido em terceiro Estado, pode exigir-se ainda que a lei do Estado requerido dê competência à sua jurisdição em identidade de circunstâncias ou que o Estado requerente comprove que aquele Estado não reclama a pessoa; f- não haver risco à pessoa requisitada de ser submetida a processo injusto no Estado requerente, sem garantias indispensáveis à salvaguarda dos direitos humanos ou de cumprir pena em condições degradantes ou de vir a ser submetida a tortura ou outro tratamento desumano ou cruel; g- não haver risco à pessoa requisitada, por motivos humanitários que digam respeito à sua idade ou saúde; h- o processo não ter ocorrido no Estado requerente à revelia, quando o acusado não tiver sido encontrado para responder à ação penal, a menos que lhe seja garantida a possibilidade de requerer um novo julgamento e de estar nele presente; i- não haver ofensa a princípios fundamentais do Estado requerido.

No mesmo sentido, determina-se, como condição para a execução da extradição, que o Estado requerente assumo o compromisso de que (art. 31): a- computará o tempo de prisão que, no Estado requerido, foi imposta como consequência da cooperação internacional entre tribunais

jurisdicionais; b- não será o extraditado preso nem processado por fatos anteriores à requisição; c- não será o extraditado entregue a outro Estado que o reclame pelo mesmo fato; d- será garantida a devolução do extraditado, tratando-se de nacional do Estado requerido, para execução da pena que tenha sido ou venha a ser aplicada, salvo se houver recusa expressa dessa pessoa. Registre-se por oportuno que o princípio da dupla incriminação opera tão-somente na extradição, não alcançando as demais espécies de cooperação penal.

PROCEDIMENTOS

Os procedimentos da cooperação interjurisdicional consideram, primeiramente, a natureza – administrativa ou jurisdicional - do ato objeto do intercâmbio; se reclama ou não uma medida jurisdicional perante o Estado requerido e, conseqüentemente, se necessita ou não de um juízo de delibação.

Não reclamando jurisdição ou delibação no Estado requerido, o procedimento da cooperação será o do auxílio mútuo, de natureza voluntária – não contenciosa. Entre tribunais será um procedimento judicial de jurisdição voluntária; nos demais casos, um procedimento administrativo, de acordo com a legislação administrativa do Estado requerido. Trata-se do auxílio mútuo judicial e do auxílio mútuo administrativo (art. 34). Estão compreendidas no procedimento do auxílio mútuo as seguintes modalidades de cooperação (art. 35): 1. citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial, quando não for possível ou recomendável a utilização do correio; 2. informação sobre direito estrangeiro; 3. informação sobre processo administrativo ou judicial em curso no Estado requerido, salvo no caso de sigilo; 4. investigação conjunta entre autoridades policiais e órgãos de persecução penal, salvo se a medida reclamar jurisdição no Estado requerido, a qual deverá ser objeto de medida judicial de urgência; 5. realização de provas.

Em um segundo plano, exigindo-se jurisdição ou delibação do Estado requerido, os procedimentos – necessariamente contenciosos de cognição exauriente - consideram a quem compete a iniciativa pela cooperação interjurisdicional. Tratando-se de iniciativa direta dos tribunais, adota-se

a carta rogatória; porém, quando for a cooperação interjurisdicional de iniciativa e responsabilidade das partes, os procedimentos variam de acordo com a pretensão a ser deduzida no Estado requerido (medida de urgência, ação e incidente de impugnação de decisão estrangeira, execução de decisão estrangeira, extradição). O que distingue basicamente a carta rogatória desses procedimentos diversos é o seu caráter *ex officio*. A carta rogatória compreende a “informação sobre processo administrativo ou judicial” e a “realização de provas” que reclamem atos jurisdicionais no Estado requerido, a “transferência temporária de pessoas”, a “transferência de processo penal e de execução penal”, e a “execução de medidas judiciais de urgência”, decretadas por tribunal do Estado requerente (art. 41).

A lide perante o Estado requerido, de acordo com o sentido da expressão “deliberação”, está adstrita aos princípios fundamentais daquele Estado e à observância das normas sobre competência internacional. Isto não significa exatamente que o tribunal do Estado requerido não adentre no mérito da decisão estrangeira, porém somente o fará na proporção em que for necessário à luz dos princípios fundamentais do Estado requerido. Lembre-se que o tribunal do Estado requerido não é uma instância recursal do tribunal do Estado requerente (art. 44, segunda parte), mas negará efeito à decisão que colidir ou à parte da decisão que colidir com seus princípios fundamentais. A possibilidade desse controle judicial deliberatório – sem o qual seguramente haveria ofensa à soberania - está previsto nos procedimentos de carta rogatória (art. 40), ação e incidente de impugnação da eficácia de decisão estrangeira (art. 44), execução de decisão estrangeira (art. 49), medida judicial de urgência (arts. 16, II, e 51) e extradição (art. 52).

Nos procedimentos de extradição, de execução de decisão estrangeira e de medida judicial de urgência, o tribunal do Estado requerido é instado a manifestar-se prévia e sumariamente para que a decisão estrangeira seja considerada, sem prejuízo de uma fase de cognição exauriente a *posteriori* (arts. 49, segunda parte, 51, primeira parte, e 52). Não se promove a citação no procedimento de execução sem que antes o tribunal profira uma decisão equivalente a um ato declaratório de executoriedade; da mesma forma, não se decreta a prisão preventiva do extraditando nem se concede uma medida de urgência sem que haja um juízo deliberatório

prévio e sumário. Não obstante, conforme previsto no parágrafo único do art. 51, o juiz poderá conhecer a medida de urgência sem escutar a parte contrária e, neste caso, o contraditório se realizará posteriormente. No procedimento de carta rogatória e de ação e incidente de impugnação da eficácia de decisão estrangeira, o juízo de delibação é de cognição exauriente e sempre *a posteriori* ao início dos efeitos da decisão estrangeira (arts. 39 e 43).

O Projeto de Código Modelo afasta-se da competência concentrada em um único tribunal do Estado requerido para exercer o juízo de delibação; adota-se o critério de competência difusa, entre os tribunais que seriam competentes para decidir a questão de fundo, de acordo com as normas de competência em vigor no Estado requerido. Além de tornar mais célere o processamento, unificando perante o mesmo tribunal a competência para a delibação e execução da decisão estrangeira, propicia um grau de qualidade da jurisdição na medida em que entrega o feito a um tribunal especializado. Essa regra é adotada para o procedimento de carta rogatória (art. 38, § 2º), ação e incidente de impugnação da eficácia da decisão estrangeira (arts. 42, parágrafo único, e 46, parágrafo único), execução de decisão estrangeira (art. 48) e medida judicial de urgência (art. 50). A exceção fica por conta da extradição, que deverá ser decidida por um único tribunal do Estado requerido, sem que haja a possibilidade de a autoridade central ou outro órgão impedir ou obstar o processamento ou execução, da mesma maneira que ocorre nas demais modalidades de cooperação (art. 2º, VII).

Os procedimentos de auxílio mútuo e de carta rogatória – ambos de iniciativa de tribunais ou órgãos administrativos – quando a cargo no Estado requerido, também devem ser processados e executados com brevidade, nos termos do art. 56.

Quanto à denominação “ação e incidente de impugnação da eficácia da decisão estrangeira”, o Código Modelo não se refere a “reconhecimento” de decisão estrangeira; mas à “impugnação da eficácia”, partindo da premissa de que as decisões estrangeiras surtem efeito automático no território de outro Estado e não dependem de reconhecimento prévio. Na verdade, corrige-se uma contradição existente

no Regulamento (CE) 44/2001. Logo, o que eventualmente será discutido judicialmente é a impugnação dos efeitos automáticos da decisão estrangeira. Essa impugnação pode ser apresentada por via direta ou incidental. A legitimidade *ad causam* para a ação de impugnação será daquele que se sentir prejudicado com os efeitos automáticos da decisão estrangeira; não somente as partes envolvidas no litígio originário, mas também todos os que, direta ou indiretamente, se sentirem prejudicados pelos efeitos da decisão estrangeira no Estado requerido (arts. 42, 46 e 47). A propósito, será no incidente de impugnação da eficácia de decisão estrangeira que se decidirá sobre coisa julgada estrangeira (art. 46) e litispendência internacional (art. 47). A retroatividade dos efeitos da decisão que acolhe a impugnação, prevista no art. 45, é conseqüência natural da eficácia das decisões estrangeiras independerem de um reconhecimento prévio. A incompatibilidade entre a decisão estrangeira e a ordem pública existe, naturalmente, desde o início da sua eficácia no Estado requerido. Com isto, o reconhecimento desta incompatibilidade terá efeito retroativo.

A propósito da extradição, os fundamentos que a justificam são os mesmos que autorizam a prisão preventiva, preparatória ou incidental, porém perante a ordem jurídica do Estado requerente. Não se exige que a prisão preventiva seja necessária à instrução do processo de extradição passiva, pois a prisão é da essência deste; a prisão deve ser necessária no processo que corre no Estado requerente, segundo os pressupostos de prisão preventiva compatíveis com os princípios fundamentais do Estado requerido. Em outras palavras, deferir a prisão preventiva do extraditando é o mesmo que reconhecer, provisoriamente, a procedência do pedido de extradição. Daí a necessidade, tal como imposto pelo art. 54, da decisão de prisão ser fundamentada. A natureza jurídica da prisão preventiva no processo de extradição é de medida de urgência que, contudo, não autoriza a entrega do extraditando ao Estado requerente, porque aí se geraria uma situação material e processualmente irreversível.

São essas as linhas gerais do Projeto de Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Iberoamérica que submetemos à apreciação desse Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Estamos convencidos de que o Projeto de Código Modelo constituirá uma ferramenta poderosa no

processo de reforma legislativa dos sistemas nacionais Iberoamericanos de cooperação interjurisdicional, por reunir princípios e regras atuais e modernas, capazes de orientar o legislador de cada país na elaboração de leis nacionais.

Lima, 15 de outubro de 2008

A COMISSÃO REVISORA

Ada Pellegrini Grinover - Presidente

Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva - Secretário Geral

Abel Augusto Zamorano

Angel Landoni Sosa

Carlos Ferreira da Silva

Eduardo Vescovi

Juan Antonio Robles Garzón

Luís Ernesto Vargas Silva

Roberto Omar Berizonce

CAPÍTULO I

Parte Geral

Art. 1.- Âmbito de aplicação.

Este Código dispõe sobre a cooperação entre Tribunais, órgãos administrativos, órgãos administrativos e tribunais de Estados diversos, com o objetivo de assegurar a efetividade da prestação jurisdicional transnacional.

Art. 2.- Princípios gerais.

A cooperação interjurisdicional de que trata este Código está sujeita aos seguintes princípios:

I. cláusula da ordem pública internacional: não será admitida a cooperação que se refira a atos contrários aos princípios fundamentais do Estado requerido ou que seja suscetível de conduzir a um resultado incompatível com esses princípios;

II. respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente;

III. igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não, tanto no acesso aos tribunais quanto na tramitação dos processos nos Estados requerente e requerido, assegurando-se a gratuidade de justiça aos necessitados;

IV. não-dependência da reciprocidade de tratamento, salvo previsão expressa neste Código;

V. publicidade processual, exceto nos casos de sigilo previstos na lei do Estado requerente ou do Estado requerido;

VI- tradução e forma livres para os atos e documentos necessários à prestação jurisdicional transnacional, incluindo-se os meios eletrônicos e videoconferência;

VII. existência de uma autoridade central para a recepção e transmissão dos pedidos de cooperação, ressalvada a convalidação da recepção ou transmissão que não tenham sido perante essa autoridade;

VIII- espontaneidade na transmissão de informações a autoridades do Estado requerente.

CAPÍTULO II

Cooperação Interjurisdicional em Matéria Civil

Seção I

Conceito e alcance da cooperação civil

Art. 3.- Âmbito e modalidades de cooperação em matéria civil.

Esta Seção dispõe sobre a cooperação em matéria civil, que compreende a civil propriamente dita, a comercial ou mercantil, a de família, a do trabalho, a da previdência social, a tributária, a financeira e a administrativa.

Parágrafo único. São modalidades desta cooperação interjurisdicional:

- I- citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial;
- II- realização de provas e obtenção de informações;
- III- eficácia e execução de decisão estrangeira;
- IV- medida judicial de urgência.

Seção II

Citação, intimação e notificação

Art. 4.- Pressupostos da comunicação.

A citação, intimação e notificação, que não sejam pelo correio, dependem da possibilidade de o processo em curso no Estado requerente estar em condições de ensejar sentença que seja eficaz no Estado requerido.

Seção III

Realização de provas e obtenção de informações

Art. 5.- A licitude como pressuposto de admissão da prova.

Serão admitidos, na cooperação interjurisdicional, todos os meios de prova obtidos licitamente, observada a condição estabelecida no artigo anterior.

Parágrafo único. É admitida a prova por videoconferência.

Art. 6.- Intercâmbio de informações.

Será admitido o intercâmbio de informações:

- I- sobre o direito estrangeiro;
- II- acerca da existência de infrações penais;
- III- a respeito do andamento de processo administrativo ou judiciais e

das decisões neles proferidas, salvo os casos de sigilo.

Parágrafo único. Não necessitam de tradução os documentos que podem ser compreendidos, presumindo-se autênticos, salvo prova em contrário, os documentos tramitados por meio de autoridades centrais ou por via diplomática.

Seção IV

Competência e litispendência internacional

Art. 7.- Competência internacional concorrente.

Possui competência internacional concorrente o tribunal do Estado:

I- em cujo território tiver domicílio o demandado ou tiver ocorrido o fato;

II- cuja lei regule o fato de acordo com suas normas de conflito;

III- com o qual o litígio tenha vínculo efetivo capaz de assegurar um processo justo.

§ 1º - É facultada a submissão expressa (eleição de foro) ou tácita a tribunais de um dos Estados que seja concorrentemente competente, de acordo com os incisos anteriores, ou ainda nos casos em que for demonstrada a impossibilidade ou ineficácia de acesso a outro tribunal estrangeiro.

§2º. Tratando-se de imunidade de jurisdição, a competência dependerá ainda de submissão expressa ou tácita do Estado demandado.

§3º. Considera-se submissão tácita o comportamento do demandado que demonstre inequivocamente aquiescência com a competência do tribunal do Estado indicado

Art. 8.- Competência internacional com caráter excludente.

Possui competência internacional, com exclusão de qualquer outro, o tribunal do Estado:

I- em cujo território estiver situado o imóvel, nas causas de direito real imobiliário, ou estejam localizados os bens hereditários registráveis e transmitidos por sucessão;

II- do local da execução, na execução de decisões.

Art. 9.- Litispendência e conexão.

Quando, no curso do processo, se verificar a prévia pendência, em outro Estado, perante tribunal internacionalmente competente, de demanda entre as mesmas partes, com iguais pedido e causa de pedir, ou que seja capaz de levar a decisões incompatíveis, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, suspenderá o processo, por prazo razoável ou até a comprovação da coisa julgada, desde que a decisão no Estado estrangeiro possa produzir eficácia extraterritorial.

Seção V

Eficácia da decisão estrangeira

Art. 10.- Efeito automático da decisão estrangeira.

Os efeitos da decisão estrangeira são automáticos e independem de reconhecimento judicial prévio.

Art. 11.- Requisitos para a eficácia da decisão estrangeira.

A eficácia da decisão judicial estrangeira no Estado requerido dependerá da observância dos seguintes requisitos:

I- não ser incompatível com os princípios fundamentais do Estado requerido.

II- haver sido proferida em processo em que tenham sido observadas as garantias do devido processo legal;

III- haver sido proferida por tribunal internacionalmente competente segundo as regras do Estado requerido ou as estabelecidas na Seção IV precedente;

IV- não estar pendente de recurso recebido no efeito suspensivo;

V- não ser incompatível com outra decisão proferida, no Estado requerido, em ação idêntica ou, em outro Estado, em processo idêntico que reúna as condições para ter eficácia no Estado requerido.

Parágrafo único. A eficácia da decisão estrangeira poderá ser aferida de ofício, pelo juiz, em um processo em curso, observado o contraditório, ou mediante impugnação, nos termos dos artigos 42 a 47.

Seção VI

Execução de decisão estrangeira

Art. 12.- Execução.

A execução de decisão estrangeira está sujeita à observância dos requisitos previstos no artigo anterior.

Art. 13.- Requisito para a execução de medida judicial de urgência.

A execução de decisão de uma medida judicial de urgência, decretada por tribunal do Estado requerente, depende de o processo principal, em curso ou futuro, no qual será decidida a questão de fundo, estar em condições de ensejar uma decisão que reúna os requisitos para ter eficácia no Estado requerido.

Art. 14.- Provisoriedade da execução de decisão estrangeira não transitada em julgado.

Não havendo coisa julgada, a execução da decisão judicial será provisória, facultada a exigência de caução.

Seção VII

Medida judicial de urgência

Art. 15.- Adoção de medida judicial de urgência por tribunal do Estado requerido.

É cabível o aforamento de medida judicial de urgência, conservativa

ou antecipatória, perante tribunal do Estado requerido, ainda que a questão de fundo seja da competência de tribunal de outro Estado.

Art. 16.- Admissibilidade da medida judicial de urgência.

Admite-se a medida judicial de urgência nos seguintes casos:

I- ser impossível ou ineficaz o seu aforamento perante tribunal do Estado competente para conhecer a questão de fundo;

II- estar o processo principal, em curso ou futuro, no qual será decidida a questão de fundo, em condições de ensejar uma decisão que tenha eficácia no Estado requerido.

Art. 17.- Aplicação de normas processuais internas do estado requerido.

A concessão da medida judicial de urgência no Estado requerido obedecerá aos requisitos previstos em suas normas processuais, podendo ser deferida liminarmente ou após ouvir a parte contrária.

Art. 18.- Eficácia da medida judicial de urgência.

A eficácia da medida judicial de urgência estará condicionada ao advento, em tempo razoável, de decisão final no processo principal.

CAPÍTULO III

Cooperação Interjurisdicional em Matéria Penal

Seção I

Conceito e alcance da cooperação penal

Art. 19.- Âmbito da cooperação interjurisdicional penal.

São modalidades de cooperação interjurisdicional em matéria penal:

I- citação, intimação e notificação judicial;

II- realização de provas e obtenção de informações;

III- investigação conjunta;

- IV- comparecimento temporário de pessoas;
- V- transferência de processo e de execução penal;
- VI- eficácia e execução de decisão penal estrangeira;
- VII- extradição;
- VIII- medida judicial penal de urgência.

Parágrafo único. Aplicam-se às modalidades de cooperação constantes dos incisos anteriores, salvo as dos incisos “V”, “VI” e “VII”, as disposições do Capítulo II, no que forem compatíveis.

Seção II

Investigação conjunta

Art. 20.- Cooperação na investigação penal.

As autoridades policiais e os órgãos de persecução penal de Estados diversos, contando com as autorizações prévias pertinentes, podem criar, de comum acordo, uma equipe de investigação conjunta para um objetivo específico e por prazo determinado, para efetuar investigações penais no território dos Estados que a criaram.

Art. 21.- Justificação da investigação comum.

São fundamentos da investigação conjunta:

I- necessidade de realização de investigações difíceis e complexas com implicações em outros Estados;

II- necessidade de ação coordenada nos Estados envolvidos.

Seção III

Comparecimento temporário de pessoas

Art. 22.- Comparecimento temporário.

Poderá ser solicitado o comparecimento de pessoas no Estado requerente, presas ou não, com o objetivo de permitir a prática de atos processuais, quando a solicitação se fundar em tratado ou promessa de reciprocidade e quando a presença da pessoa transferida for dispensável no processo em curso no Estado requerido.

§1º- O comparecimento de pessoas perante o Estado requerente, na condição de vítima, testemunha, perito ou acusado, dependerá do seu consentimento.

§2º- O comparecimento no Estado requerente de pessoa presa no Estado requerido somente será concedido, se houver compromisso do Estado requerente em mantê-la presa durante o tempo em que permanecer sob sua custódia.

§3º- O Estado requerente assumirá a obrigação de promover o retorno de pessoa transferida no prazo assinalado pelo Estado requerido.

Art. 23.- Compromissos do Estado requerente.

O comparecimento de pessoas no Estado requerente somente será autorizado se houver compromisso deste de não submeter a pessoa a prisão, medida de segurança ou outras medidas restritivas de liberdade ou de direito, por fatos anteriores à sua saída do Estado requerido, diferentes dos que motivaram o pedido de cooperação.

Seção IV

Competência penal internacional

Art. 24.- Critérios de competência penal internacional.

Tem competência penal internacional o tribunal do Estado:

I- cuja lei penal seja aplicável ao ilícito;

II- em cujo território houver ocorrido o ilícito;

III- que não seja o do local do ilícito ou o da lei aplicável a esse ilícito, desde que haja falta, negativa ou impossibilidade de extradição fundada no artigo 30, I, IV, VI, VII e VIII, e no art 31.

Seção V

Transferência de processo e de execução penal

Art. 25.- Requisitos para a transferência do processo de conhecimento e de execução penal.

A competência penal para o processo de conhecimento e para o processo de execução, havendo consentimento do acusado ou do condenado, pode ser transferida a outro Estado, considerado requerido, se observada uma das seguintes condições:

I- possuir o acusado ou condenado residência no Estado requerido ou neste concentrar suas atividades econômicas;

II- haver aumento das possibilidades de reintegração social do acusado ou condenado, com a transferência para o Estado requerido;

III- encontrar-se a pessoa a cumprir, no Estado requerido, outra pena privativa de liberdade por fato distinto do estabelecido na sentença cuja execução é ou poderá ser pedida;

IV- sendo o Estado requerido o de origem do acusado ou condenado e ter-se declarado disposto a encarregar-se da execução;

V- não estar o Estado requerente em condições de executar a sanção, mesmo com recurso à extradição, possuindo-as, entretanto, o Estado requerido.

Parágrafo único. Ainda que se verifique uma das condições previstas nos incisos I, III, IV e V, não haverá lugar à transferência para o Estado requerido se houver razões para crer que a mesma não favorece a reintegração social do acusado ou condenado.

Art. 26.- Compromisso do Estado requerido de não agravar a pena.

A transferência de competência dependerá do compromisso do Estado requerido de que não haverá agravamento da pena.

Seção VI

Eficácia e execução de decisão penal estrangeira

Art. 27.- Efeitos automáticos de pronunciamentos de natureza patrimonial.

Sem prejuízo do disposto nos artigos 28 e 29, os efeitos civis e penais de caráter patrimonial de decisão penal estrangeira são automáticos e independem de reconhecimento judicial prévio

Art. 28.- Requisitos de eficácia.

A eficácia da decisão penal estrangeira está sujeita aos requisitos previstos no artigo 11 e nos incisos do artigo 30, no que couberem.

Art. 29.- Requisitos da execução.

A execução de decisão penal estrangeira e de medida judicial penal de urgência, decretada por tribunal do Estado requerente, com efeito civil ou penal de caráter patrimonial, está sujeita às regras dos artigos 12 a 18.

Seção VII

Extradição

Art. 30.- Condições da extradição.

A eficácia de decisão penal estrangeira restritiva de liberdade, para os fins de entrega ao Estado requerente, depende do reconhecimento prévio perante tribunal do Estado requerido e da observância das seguintes condições:

I- estar fundada em tratado ou promessa de reciprocidade;

II- ser o fato considerado crime, ainda não prescrito, no Estado requerido e no Estado requerente, e ser punível pelas leis de ambos os Estados com pena privativa de liberdade de duração máxima não inferior a 12 meses ou, se a extradição tiver por finalidade o cumprimento de pena, o tempo de pena por cumprir não ser inferior a seis meses;

III- não se revestir o processo ou a condenação no Estado requerente de caráter político ou não ser consequência de considerações racistas,

de religião, nacionalidade ou outra espécie de discriminação, nem existirem razões sérias para supor que o pedido foi efetuado por alguma dessas razões ou que a satisfação do pedido provocaria um prejuízo à pessoa requisitada por qualquer dessas razões;

IV- não ser o litígio de competência de tribunal do Estado requerido, salvo se, na extradição consentida, se verificar em relação ao Estado requerente uma das condições estabelecidas no artigo 25;

V- ser o tribunal do Estado requerente internacionalmente competente para o litígio nos termos do disposto no artigo 24. Se o crime tiver sido cometido em terceiro Estado, pode exigir-se ainda que a lei do Estado requerido dê competência à sua jurisdição em identidade de circunstâncias ou que o Estado requerente comprove que aquele Estado não reclama a pessoa;

VI- não haver risco à pessoa requisitada de ser submetida a processo injusto no Estado requerente, sem garantias indispensáveis à salvaguarda dos direitos humanos ou de cumprir pena em condições degradantes ou de vir a ser submetida a tortura ou outro tratamento desumano ou cruel;

VII- não haver risco à pessoa requisitada, por motivos humanitários que digam respeito à sua idade ou saúde;

VIII- o processo não ter corrido no Estado requerente à revelia, quando o acusado não tiver sido encontrado para responder à ação penal, a menos que lhe seja garantida a possibilidade de requerer um novo julgamento e de estar presente nele presente;

IX- não haver ofensa a princípios fundamentais do Estado requerido.

Art. 31.- Compromissos do Estado requerente.

A execução da decisão de extradição depende de compromisso do Estado requerente de que:

I- computará o tempo de prisão que, no Estado requerido, foi imposta como consequência da cooperação internacional entre tribunais jurisdicionais;

II- não será o extraditado preso nem processado por fatos anteriores à requisição;

III- não será o extraditado entregue a outro Estado que o reclame pelo mesmo fato;

IV- será garantida a devolução do extraditado, tratando-se de nacional do Estado requerido, para execução da pena que tenha sido ou venha a ser aplicada, salvo se houver recusa expressa dessa pessoa.

CAPÍTULO IV

Procedimentos de Cooperação Interjurisdicional

Seção I

Auxílio mútuo

Art. 32.- Conceito e extensão.

Entende-se por auxílio mútuo:

I- o procedimento destinado à cooperação entre órgãos administrativos de Estados diversos, no intercâmbio de atos ou diligências que objetivem prestação jurisdicional perante o Estado requerente;

II- a cooperação entre órgãos administrativos e tribunais, ou entre tribunais, de Estados diversos, no intercâmbio de atos ou diligências que não reclamem jurisdição ou não detenham natureza jurisdicional no Estado requerido.

Art. 33.- Via direta entre órgãos interessados.

A solicitação de auxílio mútuo poderá ser encaminhada, pelo órgão ou tribunal interessado, diretamente àquele que for responsável pelo seu atendimento, competindo-lhe, ainda, assegurar sua autenticidade e compreensão, no Estado requerido e no Estado requerente.

Parágrafo único. São facultados o registro e encaminhamento da solicitação ao órgão ou tribunal competente do Estado requerido por uma autoridade central.

Art. 34.- Procedimentos do auxílio.

O procedimento do auxílio mútuo, quando envolver unicamente tribunais, é denominado auxílio mútuo judicial e está sujeito ao procedimento de jurisdição voluntária, de acordo com as normas processuais do Estado requerido; os demais, denominados auxílio mútuo administrativo, estarão sujeitos a procedimentos da legislação administrativa.

Art. 35.- Modalidades admitidas de auxílio.

É admissível o auxílio mútuo nas seguintes modalidades de cooperação:

I- citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial, quando não for possível ou recomendável a utilização do correio;

II- informação sobre direito estrangeiro;

III- informação sobre processo administrativo ou judicial em curso no Estado requerido, salvo no caso de sigilo;

IV- investigação conjunta entre autoridades policiais e órgãos de persecução penal, salvo se a medida reclamar jurisdição no Estado requerido, a qual deverá ser objeto de medida judicial de urgência;

V- realização de provas.

Art. 36.- Normativa do Estado requerido.

O tribunal ou órgão administrativo requerido executarão o pedido de acordo com a legislação do Estado a que pertencem.

Parágrafo único. Poderão, porém, a pedido do Estado requerente, adotar um procedimento especial previsto pela legislação desse Estado a menos que tal procedimento contrarie a ordem pública do Estado requerido ou ocorram relevantes dificuldades de ordem prática na sua execução.

Seção II

Carta rogatória

Art. 37.- Conceito e alcance.

Entende-se por carta rogatória o pedido de cooperação entre tribunais

de Estados diversos, no intercâmbio de atos de impulso processual e caráter executório, que reclamem jurisdição ou detenham natureza jurisdicional no Estado requerido, considerados essenciais à medida decretada, de ofício ou por provocação das partes, pelo tribunal do Estado requerente, em incidente processual próprio.

Art. 38.- Sujeitos legitimados e formas de remessa.

A carta rogatória poderá ser encaminhada pelo tribunal interessado diretamente àquele que for responsável pelo seu cumprimento, competindo-lhe, ainda, assegurar sua autenticidade e compreensão, no Estado requerido e no Estado requerente.

§1º. Aplica-se à carta rogatória o disposto no parágrafo único do artigo 33.

§2º. O tribunal competente do Estado requerido será o mesmo para aferir a eficácia e executar o ato estrangeiro objeto da carta rogatória, observadas as regras de competência interna que seriam aplicáveis à questão de fundo caso fosse o tribunal do Estado requerido originariamente competente.

Art. 39.- Tramitação da carta rogatória.

O procedimento da carta rogatória perante o tribunal do Estado requerido é de jurisdição contenciosa e deve assegurar às partes as garantias do devido processo legal, podendo o contraditório ser diferido em razão da urgência.

Art. 40.- Limites à defesa.

A defesa estará adstrita à observância dos requisitos previstos no artigo 11, não podendo a decisão estrangeira, em caso algum, ser objeto de revisão de mérito.

Art. 41.- Modalidades admissíveis de carta rogatória.

É admissível a carta rogatória nas seguintes modalidades de cooperação:

I- informação sobre processo administrativo ou judicial e realização de provas que reclamem atos jurisdicionais no Estado requerido;

II- transferência temporária de pessoas;

III- transferência de processo penal e de execução penal;

IV- execução de medidas judiciais de urgência, decretadas por tribunal do Estado requerente.

Seção III

Ação e incidente de impugnação da eficácia de decisão estrangeira

Art. 42.- Legitimação ativa para o exercício da ação de impugnação.

A ação de impugnação da eficácia de decisão estrangeira será proposta por aquele que tenha interesse jurídico no afastamento de seus efeitos no Estado requerido.

Parágrafo único. A ação de impugnação é de competência do tribunal que, segundo as normas processuais do Estado requerido, seria competente para decidir a questão de fundo.

Art. 43.- Garantias do devido processo.

O procedimento da presente ação, de jurisdição contenciosa, assegurará às partes as garantias do devido processo legal.

Art. 44.- Motivos para o exercício da ação de impugnação.

A impugnação estará adstrita à observância dos requisitos previstos no artigo 11, não podendo a decisão estrangeira, em caso algum, ser objeto de revisão de mérito.

Art. 45.- Efeitos retroativos da decisão sobre a ação.

Os efeitos da decisão que acolher a impugnação retroagirão à data do início de sua eficácia no Estado requerido.

Art. 46.- Incidente sobre coisa julgada estrangeira.

Observado o disposto nos artigos 42 a 44, cabe incidente de impugnação da eficácia de decisão estrangeira sempre que, invocada por uma das partes a coisa julgada estrangeira, a outra, ou o terceiro juridicamente interessado, quiser discutir a observância dos requisitos previstos no artigo 11.

Parágrafo único. Compete ao tribunal do processo principal processar e julgar o incidente de impugnação.

Art. 47.- Legitimação passiva no incidente de impugnação.

O incidente de impugnação poderá ser instaurado em face daquele que for favorecido pela litispendência internacional.

Seção IV

Procedimento de Execução de decisão estrangeira

Art. 48.- Competência para executar uma decisão estrangeira.

A execução de decisão estrangeira será proposta perante o tribunal que, segundo as normas processuais do Estado requerido, seria competente para executar o título.

Art. 49.- Causas de oposição à execução.

É facultado ao executado discutir a existência dos requisitos previstos nos artigos 11, 16, 17 e 18, observadas as garantias do devido processo legal.

Seção V

Procedimento de Medida judicial de urgência

Art. 50.- Competência para a adoção de uma medida judicial de urgência.

A medida judicial de urgência, no interesse de processo em curso ou futuro no Estado requerente, será proposta perante o tribunal que, segundo as normas processuais do Estado requerido, seria competente para decidir a questão de fundo.

Art. 51.- Causas de oposição à adoção da medida.

É facultado ao demandado discutir os requisitos para o cabimento da medida de urgência em procedimento incidental, observadas as garantias do devido processo legal.

Parágrafo único. O juiz poderá conceder a medida de urgência sem ouvir a parte contrária, caso em que o contraditório previsto no caput deste artigo será posterior.

Seção VI

Procedimento de Extradicação

Art. 52.- Garantia do devido processo no procedimento de extradição.

A extradição está sujeita a procedimento de jurisdição contenciosa em que sejam asseguradas as garantias do devido processo legal.

Art. 53.- Motivos de oposição.

A defesa estará adstrita aos requisitos previstos nos artigos 30 e 31, não podendo a decisão estrangeira, em caso algum, ser objeto de revisão de mérito.

Art. 54.- Condição para a efetividade da ordem de detenção e entrega.

A ordem de prisão preventiva preparatória ou incidental será fundamentada, vedada a entrega enquanto não houver decisão final da extradição.

Art. 55.- Comunicação da decisão do Estado requerido sobre a solicitação de extradição.

A decisão final relativa à extradição é comunicada de imediato ao Estado requerente devendo essa comunicação, em caso de recusa, conter os fundamentos da mesma.

CAPÍTULO V

Disposições Finais

Art. 56.- Compromisso de celeridade na cooperação.

No que concerne aos procedimentos de auxílio mútuo e carta rogatória e, em geral, sempre que esteja em causa a prática de um ato por parte de tribunal ou órgão administrativo requeridos, estes executarão o pedido do Estado requerente com brevidade.

Parágrafo único. No caso de o pedido não ser satisfeito no prazo de 90 dias, será oferecida justificacão para a demora.

Art. 57.- Laudo arbitral estrangeiro.

A execuçãõ de laudo arbitral estrangeiro está sujeita às regras dos artigos 12, 48 e 49.

Art. 58.- Reciprocidade em matéria de despesas processuais.

A isençãõ de custas ou a responsabilidade do Estado requerido pelas despesas processuais dependerãõ de reciprocidade de tratamento.

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL: LIMITES DA LEGITIMIDADE DO SINDICATO

Luiz Norton Baptista de Mattos - Juiz Federal na 2ª Região

Resumo: O presente artigo investiga o alcance da substituição processual das categorias profissional e econômica, e de seus integrantes pelos sindicatos, conforme o artigo 8º, inciso III, da Carta Magna. O autor, na busca desse propósito, conceitua a substituição processual, define os sindicatos, aponta as suas prerrogativas institucionais e discorre sobre o quadro normativo existente antes do advento da Constituição de 1988 e a controvérsia de interpretação da citada norma constitucional.

Palavras-chave: Sindicatos; Substituição processual; Supremo Tribunal Federal.

Sumário: 1. Introdução. 2. Legitimidade ad causam, representação e substituição processual. 3. Sindicato: conceito, funções e prerrogativas. 4. A legitimidade extraordinária dos sindicatos: ações individuais e coletivas. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

1 Introdução

A doutrina processual moderna orienta-se pela busca de instrumentos capazes de expandir o acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional. Almeja-se possibilitar que um número cada vez maior de indivíduos possa apresentar em juízo a sua pretensão de maneira satisfatória e apropriada, e que a prestação jurisdicional tenha a aptidão para produzir resultados no mundo dos fatos e assegurar o real recebimento e gozo do bem jurídico pela parte vitoriosa.

O Brasil é uma nação que ainda não conseguiu materializar todas as expectativas de seu povo e todas as suas potencialidades de desenvolvimento, apresentando vastos estratos sociais que não desfrutam das condições mínimas de sobrevivência e bem-estar. As relações de

trabalho são marcadas por gritante desigualdade, notadamente em virtude da enorme taxa de desemprego e subemprego, bem como da precariedade, da informalidade e da efemeridade dos vínculos trabalhistas. Esses fatores representam um empeco ao ingresso em juízo por grande parte dos trabalhadores, não só em razão da falta de informação sobre os seus direitos e da carência de condições financeiras para a defesa judicial adequada, como também devido ao receio da perda do emprego.

Por outro lado, a Carta Magna de 1988 propiciou o retorno do Estado de Direito, consolidou e expandiu os direitos sociais e as garantias fundamentais, e prometeu uma alteração drástica da realidade social, que até hoje ainda não se verificou.

Um dos mecanismos mais importantes e interessantes para a viabilidade do acesso à justiça na seara trabalhista, cível e fazendária consiste na substituição processual da categoria e dos seus integrantes pelo respectivo sindicato, nos termos do artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal.

O instituto foi objeto de incompreensão por grande parte da doutrina e da jurisprudência, que, agrilhoando-se a certos ranços de nossa tradição processual excessivamente individualista, procurou amesquinhá-lo. A controvérsia acadêmica persistiu durante muito tempo e veio a prevalecer no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Superior do Trabalho uma visão mais adequada e efetiva da substituição processual.

Assim, este singelo e sucinto trabalho tem como escopo definir as feições e os contornos da substituição processual ou legitimidade extraordinária dos sindicatos, sobretudo no âmbito do Processo do Trabalho. O seu estudo tem relevância na seara da Justiça Federal em razão da competência desse ramo do Poder Judiciário pátrio para processar e julgar o acervo remanescente de ações trabalhistas ajuizadas por empregados públicos federais até 04 de outubro de 1988, nos termos da regra de perpetuação da jurisdição insculpida no artigo 27, § 10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Ademais, conforme demonstração no curso desta investigação, a substituição processual em análise é ampla, ou seja, abrange toda e qualquer demanda referente a interesses e direitos dos membros da categoria vinculados à sua qualidade de membros de determinada categoria, o que pode incluir ações da

competência da Justiça Federal, como aquelas pertinentes a contribuições previdenciárias e outros tributos incidentes sobre a remuneração dos integrantes da categoria, e à correção dos saldos existentes em contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

No capítulo 2, será conceituada a legitimidade extraordinária, com a exposição dos seus fundamentos jurídicos, a indicação do seu caráter excepcional e dependente de previsão legal, e a definição dos limites da atuação do legitimado extraordinário. Serão apresentadas as suas diferenças relativamente à representação, bem como as suas espécies e as várias acepções do termo “substituição processual”.

No capítulo 3, ocorrerá a definição de sindicato, dos seus propósitos institucionais, bem como a indicação das prerrogativas asseguradas pela Constituição para o correto desempenho da substituição processual.

No capítulo 4, será apresentado o quadro da substituição processual do sindicato antes da entrada em vigor da Constituição de 1988. Apontar-se-ão as correntes que se formaram após o novo diploma constitucional até a consolidação do entendimento atualmente reinante, assim como os motivos, os requisitos e os limites da substituição processual do sindicato.

2 Legitimidade *ad causam*, representação e substituição processual.

O direito de ação é concebido, atualmente, como direito subjetivo, público, autônomo, abstrato e incondicionado à tutela jurisdicional sobre a pretensão deduzida em juízo, pouco importando o conteúdo da manifestação do Poder Judiciário e a existência ou a inexistência do direito material pleiteado.

O exercício do direito de ação não pode ocorrer de maneira abusiva e irrestrita. Se há o direito do autor de demandar, há também, como assinala Greco (2003, p. 22), o dever de não molestar o réu com processos infundados, fadados ao insucesso, uma vez que o mero processo, em virtude da litigiosidade dele decorrente, já limita o exercício de direitos, notadamente quanto à eficácia dos atos de alienação de bens. Assim, o exercício regular do direito de ação está sujeito a condições estabelecidas

pelo legislador, que não subordinam a existência do direito de ação em si mesmo, que delas prescindem. Entretanto, essas condições são uma das premissas para que seja possível o exame do mérito. Elas consistem no interesse de agir, na possibilidade jurídica do pedido e na legitimidade para a causa (*ad causam*), a última de relevância para os propósitos do presente trabalho.

A legitimidade *ad causam*, também conhecida como pertinência subjetiva da ação ou qualidade para agir, é estabelecida pela relação existente entre o interesse ou bem jurídico discutido no processo e as partes. A sua análise se dá pelo cotejo dos sujeitos da relação processual com os sujeitos da relação material litigiosa afirmada na petição inicial.

A legitimidade *ad causam* não se confunde com a capacidade processual, também denominada de capacidade de estar em juízo, que é pressuposto de constituição válida da relação processual, e não condição para o exercício regular do direito de ação como a primeira. A legitimidade para causa é sempre relativa ou circunstancial, ou seja, deve ser examinada tão somente em face da relação jurídica material litigiosa, de maneira que uma parte jamais poderá ser considerada genericamente ilegítima. A capacidade de estar em juízo é um atributo da parte, e é sempre investigada sob um prisma geral, pois diz respeito a todo e qualquer processo, e não apenas a uma demanda determinada. Essa distinção será retomada mais adiante, quando for feita a diferenciação entre o legitimado extraordinário e o representante legal da parte que não ostenta capacidade de estar em juízo por si própria, figura afeta ao estudo dos pressupostos processuais, e não ao das condições para o exercício regular do direito de ação.

A regra geral, nos termos do artigo 6º do Código de Processo Civil, é que apenas o suposto titular do direito material deduzido na petição inicial tem qualidade, legitimidade ou autorização legislativa para propor ação destinada à sua defesa, como também o suposto devedor da prestação ou sujeito passivo da relação jurídica material é o único legitimado a figurar como réu na ação. Assim, a legitimidade para a causa estriba-se na coincidência entre os sujeitos ativo e passivo da relação processual e da relação material afirmada, isto é, na coincidência entre as pessoas que figuram concretamente como autor e réu na ação e aquelas apontadas

na petição inicial como sujeitos da relação de direito material afirmada, independentemente da veracidade das alegações.

O escrutínio da legitimidade ativa e passiva no caso concreto é realizado *in statu assertionis*, ou seja, com base exclusivamente nas alegações apresentadas na petição inicial, partindo-se do pressuposto de que sejam verdadeiras. Não se discute, nessa etapa da cognição judicial, se o direito existe ou não, se os fatos narrados pelo autor são verídicos ou não, se existe a relação jurídica material ou não, se o pedido é procedente ou improcedente. O raciocínio do magistrado consiste em verificar, em um juízo hipotético, se o titular do direito material postulado seria o autor da ação, caso sejam verdadeiros os fatos afirmados na petição inicial. Está ausente a condição da ação ora em análise caso seja constatado que o titular do direito material seria terceira pessoa, partindo-se da premissa da veracidade dos fatos descritos na peça inaugural do processo. Logo, a legitimidade para a causa prescinde da existência do direito material ou mesmo da existência efetiva de qualquer relação material entre as partes da relação processual. É necessária apenas a afirmação da titularidade de um direito para que uma pessoa seja parte ativa legítima em uma determinada demanda.

A situação descrita acima configura o que a doutrina denomina de legitimidade ordinária, que independe de qualquer previsão normativa expressa. A vedação geral a que terceiros estranhos à lide venham a propor a ação para a defesa de direitos de outrem advém da noção individualista de que o interesse é requisito para demandar. Destarte, somente o suposto titular do direito material violado é quem presumivelmente ostenta as condições psíquicas, a vinculação ao bem jurídico disputado e a motivação interior para avaliar a conveniência, a oportunidade e as vantagens da perseguição judicial da sua reparação. O legislador pressupõe que a melhor defesa do interesse ou direito do sujeito é feita por ele próprio na sua ação individual. Presume-se que a atuação processual do titular do direito, por estar em jogo algo que lhe concerne diretamente e pelo fato de eventual insucesso só acarretar, em regra, malefícios a ele próprio, será sempre qualitativamente superior ou levada a efeito em níveis mais aceitáveis do que a conduzida por outro sujeito, que, geralmente, em nada será afetado pelo deslinde do processo. Ademais, deve-se preservar a liberdade do indivíduo, que deve poder

sempre escolher o que é melhor para a sua vida e a sua esfera jurídica, sem a interferência dos outros. Segundo Barbi (1988, p. 109), “é mais conveniente que o legislador deixe a cada pessoa a iniciativa de reclamar em juízo os seus direitos” já que “o titular de um direito é que melhor sabe se lhe convém reclamá-lo e o momento em que deve fazê-lo”.

Excepcionalmente, apenas em hipóteses previstas de maneira expressa no texto legal, o ordenamento jurídico rompe aquela superposição ou coincidência das relações processual e material para admitir que uma terceira pessoa possa propor a ação, em nome próprio, como autor, para defender interesse ou direito alheio. Ocorre o fenômeno da legitimidade extraordinária ou substituição processual, pelo qual aqueles que figuram concretamente como autor ou réu, ora chamados de substitutos processuais, não integram o pólo ativo ou passivo da relação material litigiosa, sem que essa circunstância importe exercício abusivo do direito de ação e impedimento ao julgamento do mérito. A sentença vai dispor, regular, produzir efeitos sobre uma relação jurídica material da qual a titularidade é do substituído, pessoa diversa do autor ou do réu da ação.

A substituição processual é um consectário da autonomia do direito de ação em relação ao direito material (MOURA, 1987, p. 243). Se o direito de ação ainda fosse vislumbrado como mero desdobramento ou aspecto do direito material, não seria viável ao ordenamento jurídico cometer a legitimidade ativa ao substituto processual, porquanto seria inconcebível que a titularidade do direito material fosse distinta da titularidade do direito de ação, já que haveria um único e idêntico direito.

Cintra (1972, p. 26-27) e Delgado (1987, p. 8) sustentam que a previsão pontual da legitimidade extraordinária pelo legislador decorre da interdependência ou conexidade de interesses, ou seja, da existência de um interesse material do substituto processual cuja satisfação depende da satisfação do interesse material litigioso do substituído, de sorte que a ação ajuizada pelo legitimado extraordinário, mesmo tendo o seu objeto restrito ao direito do substituído, vai beneficiar, ainda que de modo reflexo, o seu interesse ou direito. São exemplos a legitimidade do marido para a defesa dos direitos referentes aos bens dotais da mulher, consoante o artigo 289, inciso III do Código Civil de 1916; e a legitimidade de qualquer condômino para a reivindicação da coisa em comum em poder de

terceiros, nos termos do artigo 623, inciso II do Código Civil de 1916, e, atualmente, nos termos do artigo 1.314 do Código Civil de 2002.

As justificativas para a admissão da legitimidade extraordinária, todavia, não se limitam ao eventual proveito que a tutela do direito material do substituído possa acarretar para o direito material do substituto processual.

Hodiernamente, a substituição processual é instituto intensamente conectado ao acesso à justiça e representa instrumento para a promoção e operacionalização da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, consagrada, em nosso país, no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna.

Nem sempre a melhor defesa do interesse ou direito do sujeito é feita por ele próprio na sua ação individual. A experiência cotidiana revela que, em parcela significativa das ações individuais, principalmente aquelas nas quais os titulares dos direitos são pessoas carentes, a defesa do demandante também será marcada por essa carência ou fraqueza, haja vista a dificuldade, enraizada na escassez de recursos financeiros, na desinformação e na falta de defensorias públicas organizadas, para a contratação de advogados com os requisitos mínimos de conhecimento técnico-jurídico e, algumas vezes, de decência ética. Sobre o tema, Carneiro (2003, p. 58-59) assenta que a garantia do acesso à justiça está relacionada à escolha, à indicação das pessoas mais adequadas para a defesa efetiva de direitos, porventura existentes, pois a legitimação das pessoas mais adequadas para a defesa de um direito possibilitará que ele possa ser efetivamente reclamado da melhor forma e com o melhor desempenho; e a legitimação inadequada poderá impedir que uma possível lesão de direito seja apreciada pelo Poder Judiciário, ou que essa apreciação seja valiosa pela falta de desempenho adequado. A definição do legitimado mais conveniente independe da indagação de quem seria o titular do direito material. Nesse contexto, o efetivo contraditório, a real ampla defesa, a satisfatória possibilidade de oferecer argumentos e produzir provas na tutela da sua pretensão somente se materializam, no plano individual ou coletivo, por intermédio de um representante adequado, que não deve ser entendido no sentido estrito de representante processual discutido anteriormente.

Cappelletti (1991, p. 304) defende, na mesma linha de raciocínio, que o devido processo tradicional, de natureza individual, deve ceder lugar

para um devido processo legal social ou coletivo, no qual o direito de ser citado, ouvido e apresentar defesa em juízo é substituído pelo direito de ser citado, ouvido e defendido através de um representante, não um representante qualquer, mas um representante adequado.

Logo, a atribuição da qualidade para agir a um sujeito dotado de melhores condições financeiras e organizacionais, e representatividade adequada de grupos e segmentos sociais marginalizados, carentes e frágeis representa uma tentativa de eliminação daqueles obstáculos de natureza econômica e organizacional ao acesso à jurisdição, tão bem delineados por Cappelletti (1994, p. 83-85), sobretudo nos conflitos de massa, que envolvem direitos individuais homogêneos, em relação aos quais se constata que o lesado individual carece de informação, poder econômico, patrocínio jurídico apropriado e, em muitos casos devido à insignificância da lesão individual, motivação para recorrer ao Poder Judiciário em nome próprio. Sem a substituição processual, o substituído teria o seu acesso à justiça tolhido ou debilitado, porque não pode arcar com as despesas do processo e os honorários advocatícios, ou porque a natureza da relação jurídica material travada com a parte adversa é de tal forma complexa e desequilibrada que ele se depara com uma série de temores e ameaças dissuasórios do ingresso em juízo. A lei reconhece, nessas situações, que “o próprio titular da relação jurídica material pode não estar em condições de exercer a sua postulação ou defesa em juízo” (GRECO, 2003, p. 41), e presume que o seu interesse será adequadamente defendido pelo substituto processual.

É o que ocorre com a legitimidade extraordinária conferida pelo Texto Constitucional, no artigo 8º, inciso III, aos sindicatos para a postulação, judicial ou administrativa, dos direitos e interesses individuais e coletivos dos integrantes da categoria, objeto deste estudo; com a legitimidade extraordinária para a defesa dos direitos individuais homogêneos cometida pelo artigo 82 da Lei nº. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) ao Ministério Público, às pessoas jurídicas de direito público e às associações legalmente constituídas há pelo menos um ano desde que haja a devida pertinência da demanda com os seus fins institucionais; e com a legitimidade extraordinária atribuída pelo artigo 68 do Código de Processo Penal ao Ministério Público para a ação civil *ex delicto*, quando o titular do direito à reparação for pobre e houver o seu requerimento.

Percebe-se, pois, que é a existência de um interesse de maior magnitude e relevância que a preservação da liberdade e da individualidade humanas que levam o legislador a prever a legitimidade extraordinária.

A legitimidade extraordinária, em consonância com o artigo 6º do Estatuto Processual Civil, é sempre legal, de direito estrito, ou seja, somente será admitida a figura do substituto processual se houver disposição legislativa que a prescreva explicitamente. Sem a existência de norma legal expressa, não há legitimidade extraordinária. Outrossim, é vedada a substituição processual voluntária, isto é, aquela oriunda exclusivamente da vontade unilateral ou conjunta do titular do direito material e do pretense substituto processual.

A legitimidade extraordinária, conforme destaque anterior, não se confunde com a representação processual.

O legitimado extraordinário ou substituto processual está em juízo em nome próprio defendendo direito alheio, ao passo que o representante legal atua em nome alheio para a defesa de direito alheio.

O substituto é o autor da ação, é ele que ocupa o pólo ativo da relação processual. O substituído não integra o processo. Os pressupostos processuais subjetivos, como a capacidade de ser parte e a capacidade postulatória, são avaliados em face do legitimado extraordinário (DIAS, 1989, p. 25). Igualmente, as qualificações do artigo 282, inciso II, do Código de Processo Civil, na petição inicial, são as do substituto (MOURA, 1987, p. 245). O substituto exerce ação própria, e não a ação do substituído, de maneira que todos os direitos, poderes, obrigações e ônus que defluem da posição processual ativa se referem ao primeiro. Tanto é assim que, na hipótese de extinção do processo sem julgamento do mérito ou de improcedência do pedido, é o substituto, por ser parte processual, que vai ser condenado ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

Já o representante não é parte da relação processual. É o representado que figura, de fato, como autor ou réu. Contudo, por não ter a plena capacidade de discernimento ou por constituir uma pessoa jurídica ou um ente formal sem personalidade jurídica, e, portanto, sem existência física e psíquica, ele manifesta a sua vontade e exerce os seus direitos e

poderes processuais através do representante. Os atos processuais são imputáveis ao representado, que, na hipótese de insucesso na demanda, terá de arcar com as verbas de sucumbência. O representado sofre todas as conseqüências decorrentes do processo.

A representação, segundo a lição de Santos, M. (2004, p. 363), pode ser legal, quando decorrente da falta de capacidade de estar em juízo. Deriva, assim, da lei, que aponta os representantes dos incapazes. Também pode ser voluntária ou convencional, quando a parte, com plena capacidade civil, através de um contrato de mandato, confere a um mandatário os poderes para praticar os atos processuais em seu nome, inclusive, o ato de constituição de um advogado.

Infere-se, portanto, que a representação, diversamente da substituição processual, pode dimanar de ato de vontade do representado.

O legitimado extraordinário, em virtude da titularidade de todos os poderes e direitos resultantes da sua posição processual ativa, pode praticar atos de disposição atinentes exclusivamente ao desenvolvimento do processo (CINTRA, 1972, p. 30), como a desistência da ação e a desistência do recurso. Não pode, entretanto, praticar atos de disposição do direito material, que não lhe pertence, tais como a renúncia ao direito material, o reconhecimento da procedência do pedido e a transação, uma vez que o artigo 6º do Código de Processo Civil não contém autorização com tal elasticidade, e é necessária manifestação de vontade do substituído para aqueles propósitos.

A legitimidade extraordinária, de acordo com a sintética classificação proposta por Mendes (2002, p. 241), pode ser dividida em subordinada ou autônoma, conforme a atuação do substituto processual esteja condicionada ou não à presença do substituído no processo. A legitimidade extraordinária autônoma, que corresponde à maioria dos casos de substituição processual, se divide em legitimidade exclusiva, quando apenas o substituto processual pode vir a juízo e falta legitimidade ao substituído para ajuizar a ação; e concorrente, quando tanto o legitimado ordinário quanto o legitimado extraordinário ostentam a autorização legal para demandar. Há legitimidade disjuntiva quando a ordem normativa prevê mais de um legitimado extraordinário e todos

eles estão em posição de igualdade, sem que a atuação de um exclua a do outro, admitindo-se o litisconsórcio entre eles, o que se verifica na hipótese prescrita no artigo 5º, § 2º, da Lei nº. 7.347/85. A legitimidade autônoma, por fim, pode ser classificada em primária, sempre que a atuação processual do substituto prescindir da inércia do legitimado ordinário; e subsidiária, quando o legitimado extraordinário somente está autorizado a agir se há omissão ou falta de iniciativa do legitimado ordinário no prazo estabelecido pela lei, o que se passa com a ação penal privada subsidiária da ação penal pública.

Encerrando este tópico, impende enfatizar que embora a doutrina, majoritariamente, conceba a substituição processual como expressão sinônima da legitimidade extraordinária e, neste trabalho, as duas expressões sejam empregadas para designar o mesmo fenômeno processual, alguns autores distinguem os institutos. É o caso de Câmara (1995, p. 109), que preconiza que a substituição processual só se caracteriza “quando, num processo, o legitimado extraordinário atua em nome próprio, na defesa de interesse alheio, sem que o legitimado ordinário atue em conjunto com ele”, de sorte que ela não está caracterizada se os dois estiverem atuando em litisconsórcio. Moreira (1991, p. 61-62), por sua vez, leciona que a denominação é unicamente adequada aos casos de legitimidade extraordinária autônoma exclusiva, isto é, às hipóteses em que a atuação do legitimado extraordinário independe da presença do legitimado ordinário no processo, como também exclui o direito de ação do último, porque “só, nesses, com efeito, é que a lei na verdade substitui o legitimado ordinário pelo legitimado extraordinário, se por substituir se entender retirar a coisa ou pessoa de determinado lugar para aí colocar outra”.

3 Sindicato: conceito, funções e prerrogativas.

Os sindicatos estão relacionados à idéia de gestão, de administração de interesses comuns de uma determinada coletividade.

Segundo Santos, R. (2003, p. 30), o sindicato está associado a três idéias básicas: “associação, representação e defesa do grupo profissional ou econômico”.

Prado (1991, p. 102) conceitua o sindicato como “a associação que tem por objeto a representação dos interesses gerais da correspondente categoria profissional ou econômica e, supletivamente, dos interesses individuais de seus membros”.

Assim, pode-se afirmar que o sindicato é uma pessoa jurídica de direito privado, que não se confunde com as associações - ainda que apresente vários pontos de contato com ela -, voltada para a representação e a defesa dos interesses de determinada categoria profissional ou econômica, cuja criação resulta da união e da vontade dos seus integrantes, que vislumbram na atuação e na reivindicação conjuntas um meio ou um canal mais adequado e vigoroso para a tutela e a promoção dos seus propósitos comuns. As categorias profissional e econômica, por sua vez, têm formação espontânea, derivada de fatos verificados no meio social, ou seja, o desenvolvimento de atividades econômicas, produtoras de bens e serviços, que fazem emergir uma solidariedade de interesses, objetivos e aspirações comuns, tanto das empresas que realizam atividades idênticas ou conexas como do grupo de trabalhadores que prestam trabalho a essas empresas que empreendem atividades idênticas ou conexas, em razão da similitude das suas condições de vida. É a atividade econômica o referencial indispensável para a definição e a delimitação da categoria. Daí, a categoria abrange os trabalhadores de determinado ramo de atividade econômica, não necessariamente da mesma profissão. Outrossim, trabalhadores que desempenham a mesma atividade profissional podem estar inseridos em categorias diferentes, desde que realizem a prestação de serviço em ramos de atividade econômica distintos. A representação dos sindicatos não se dá por empresa, empregador ou profissão.

O angusto e modesto âmbito deste artigo impede uma análise da evolução histórica dos sindicatos.

A Constituição Federal, em seu artigo 8º, dispõe sobre a organização sindical no país, traçando alguns princípios e regras que devem nortear a sua criação e a sua atuação.

Os incisos I e V do indigitado dispositivo constitucional consagram o princípio genérico da liberdade sindical, que, numa acepção ampla, abarca, consoante o magistério de Sussekind (2004, p. 364), a liberdade

sindical coletiva, que corresponde ao direito dos grupos de empresários e trabalhadores, vinculados por uma atividade comum, de constituir o sindicato de sua escolha, com a estruturação que lhes convier; a liberdade sindical individual, que corresponde ao direito de cada trabalhador ou empresário, das respectivas categorias profissional ou econômica, de acordo com o seu exclusivo alvedrio, filiar-se ao sindicato, sem a obrigação de a ele permanecer filiado, haja vista a possibilidade de desvinculação a qualquer tempo; e a autonomia sindical, que se relaciona à liberdade de organização interna e de funcionamento do sindicato, que não pode sofrer ingerências indevidas do Estado.

Nos termos do inciso I do artigo 8º, não é cabível a exigência de autorização do Estado para que o sindicato possa atuar, ressalvado o registro no órgão competente, que não pode ser considerado como interferência ou intervenção estatal na constituição e no funcionamento do sindicato. O registro visa tão somente à verificação dos requisitos formais de constituição, e é efetuado pelo Ministério do Trabalho com a finalidade de fiscalizar a observância da norma constitucional, a ser detalhada mais adiante, que proíbe a superposição, na mesma base territorial, de organização sindical de mesmo grau (MORAES, 2005, p. 183). O ato, que se coaduna com o sistema pátrio que exige sempre o registro ou a averbação, em órgão público, dos atos constitutivos da pessoa jurídica de direito privado para que ela possa adquirir personalidade jurídica, é estritamente vinculado, uma vez que não cabe qualquer juízo discricionário por parte do Poder Público quanto à conveniência e à oportunidade do funcionamento da entidade sindical.

A liberdade sindical é complementada pela independência financeira relativamente ao patronato e ao Poder Público, com a autorização, albergada no inciso IV, do artigo 8º da Constituição, para que a assembléia geral fixe a contribuição, que, no caso de categoria profissional, será descontada em folha para o custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei.

A liberdade sindical e a autonomia financeira, por colocarem o sindicato a salvo, ao menos em tese, de ingerências e da intromissão do Estado e das empresas, no caso de sindicato de categoria profissional na

segunda hipótese, são de suma importância para que seja assegurada plenamente a sua atuação como substituto processual dos integrantes da categoria. De fato, de nada adiantaria o ordenamento jurídico reconhecer a fragilidade, a posição inferior e os diversos cerceamentos de índole econômica e profissional ao trabalhador, se fosse outorgar legitimidade extraordinária a um substituto processual também manietado por aquela ordem de limitações e ameaças. O acesso à justiça estaria mitigado da mesma maneira e os propósitos da substituição processual não seriam atingidos. Logo, a liberdade e a autonomia sindicais estão intimamente associadas e são condições *sine qua non* para a substituição processual dos membros da categoria pelos sindicatos.

O inciso II do artigo constitucional em comento consagra a unidade sindical, pela qual não pode haver mais de um sindicato da mesma categoria profissional ou econômica em uma mesma base territorial, que não pode ser inferior à área de um município, a ser definida pelos trabalhadores e empregadores interessados. É óbvio que, como o país conta com diversos municípios em razão da sua própria dimensão territorial, é lícita a existência de vários sindicatos para a mesma categoria profissional ou econômica em bases territoriais distintas. Não cabe, neste trabalho, a investigação das razões que levaram o legislador constituinte a adotar tal modelo, nem a perquirição das suas vantagens, das suas desvantagens e da conveniência da sua adoção no atual estágio histórico, político, cultural e econômico da sociedade brasileira.

O registro no Ministério do Trabalho é imprescindível para que a entidade constituída pela categoria profissional ou econômica adquira personalidade jurídica própria de sindicato, com todas as prerrogativas a ela inerentes. O mero registro da entidade no Cartório do Registro Civil das Pessoas Jurídicas confere-lhe o *status* de associação, regulada pelo Direito Civil, que não pode agir amplamente, em sede administrativa ou judicial, em favor dos integrantes da categoria econômica ou profissional, participar de negociações coletivas de trabalho e celebrar convenções e acordos coletivos, eleger ou designar representantes da respectiva categoria, e impor contribuições a todos que participam das categorias profissionais e econômicas representadas (SILVA, 2002, p. 300; SANTOS, R., 2003, p. 54-57).

A mais relevante de todas essas prerrogativas, ao menos para os escopos desta investigação, corresponde à defesa dos interesses individuais e coletivos da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas, nos termos do artigo 8º, inciso III, da Carta Magna, o que será esmiuçado no capítulo seguinte.

4 A legitimidade extraordinária dos sindicatos: ações individuais e coletivas.

Antes do exame do quadro atual da legitimidade extraordinária dos sindicatos resultante do advento da Constituição Federal de 1988, e, em especial do artigo 8º, inciso III, é mister examinar a situação anterior ao início da vigência da atual Carta Magna. A sua compreensão é fundamental para o discernimento das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do dispositivo constitucional em destaque e das resistências de certos setores do universo jurídico nacional em atribuir-lhe uma interpretação mais elástica e consentânea com as aspirações da sociedade brasileira moderna.

A Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional n.º. 01, de 1969, não consagrava qualquer dispositivo com a previsão da substituição processual dos integrantes da categoria pelos sindicatos.

Destarte, a atuação processual dos sindicatos em favor dos seus associados e dos componentes da categoria era regulada pela legislação infraconstitucional, e somente podia se operar nas estritas situações previstas em lei, por força da regra geral insculpida no artigo 6º do Código de Processo Civil no sentido de que a legitimidade extraordinária só pode derivar de autorização legal explícita.

O artigo 513, alínea “a”, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), confere aos sindicatos a prerrogativa de representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou os interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida.

O caso é representação judicial, e não de substituição processual (LEITE, 2005, p. 240). Tratando-se de representação, a atuação do sindicato, nas

ações individuais, estava condicionada à manifestação de vontade do trabalhador, que deveria autorizar, por escrito, a propositura da ação. Em verdade, a situação é de representação voluntária, conforme a exposição efetuada no capítulo 2, pela qual a parte pode, através de um contrato de mandato, outorgar poderes a uma pessoa capaz para representá-la em juízo, e, conseqüentemente, constituir advogado em seu nome, o que costuma acontecer, com certa freqüência, na prática forense.

Note-se que a representação, nos dissídios individuais, era restrita aos associados do sindicato, e não abrangia os integrantes da categoria que não estivessem filiados à entidade.

O artigo 195, § 2º, da CLT, prevê a atuação do sindicato como substituto processual do associado na reclamação trabalhista destinada ao pagamento de adicional de insalubridade ou periculosidade. A hipótese, diversamente da anterior, é de legitimidade extraordinária, e não de simples representação. Prescinde de autorização expressa e está circunscrita aos associados.

O artigo 857 da Consolidação das Leis do Trabalho consagra a legitimidade do sindicato para, em favor de toda a categoria, propor o dissídio coletivo, que é uma ação de índole coletiva que visa a estabelecer normas e condições de trabalho não pactuadas livremente, e resulta numa sentença constitutiva, com a criação de norma jurídica a ser aplicada aos casos concretos.

O artigo 872, parágrafo único, da CLT, prescreve a legitimidade extraordinária do sindicato para propor, individual ou coletivamente, em favor dos associados, ação de cumprimento destinada ao pagamento de salários fixados em sentença normativa. A substituição processual, novamente, é restrita aos associados da entidade.

As Leis nº. 6.708/79, no artigo 3º, § 2º, e a Lei nº. 7.238/84, no artigo 3º, § 2º, previram a legitimidade extraordinária do sindicato para propor, em favor de todos os integrantes da categoria, ação trabalhista com o escopo de propiciar-lhes o pagamento das correções automáticas dos salários. A substituição processual, na espécie, alcançava todos os integrantes da categoria, sindicalizados ou não.

Até o advento da Carta Magna de 1988, o tratamento normativo da

questão era pontual e limitava-se a algumas demandas trabalhistas que o legislador concebia como de maior relevância. Não havia tratamento uniforme, já que, em certas circunstâncias, a substituição processual estava circunscrita aos associados, ao passo que, em outras, ela incluía toda a categoria.

A Constituição de 1988, no artigo 8º, inciso III, conforme menção anterior, determinou que cabe ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas. Nos artigos 5º, inciso XXI e LXX, alínea “b”, prescreveu, respectivamente, que as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar os seus filiados, judicial ou extrajudicialmente; e que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses dos seus membros ou associados.

Em seguida, a Lei n.º. 7.788/89, no artigo 8º, autorizou as entidades sindicais a atuarem como substitutos processuais da categoria de maneira genérica, sem limitações quanto a uma espécie determinada de demanda ou pretensão, nem quanto aos seus associados. Ao mesmo tempo, contrariando a princípio da titularidade do direito, tornou ineficaz a desistência, a renúncia e a transação individual.

Posteriormente, a Lei n.º. 8.036/90, através do artigo 25, concedeu legitimidade extraordinária ao sindicato para ajuizar ação trabalhista em face do empregador para compeli-lo a depositar, em favor dos empregados a ele associados, quantias devidas ao FGTS.

Por fim, a Lei n.º. 8.073/90, no artigo 3º, previu, genericamente, que as entidades sindicais poderão atuar como substitutos processuais da categoria. A regra abarca o empregado associado, bem como o empregado que não lhe seja associado, independentemente de qualquer autorização específica do substituído. Ademais, não repetiu a regra da Lei n.º. 7.788/89 que condicionava a renúncia, a transação e a desistência individual à concordância do sindicato.

Assim, ao longo da década de 1990, estabeleceu-se intensa divergência jurisprudencial e doutrinária a respeito dos limites da substituição processual pelo sindicato.

Nascimento (1994, p. 181-184) expõe, de modo sintético, as duas correntes que se formaram sobre o tema.

A corrente restritiva negava a substituição processual com fundamento no artigo 6º, do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária ao processo trabalhista, por força do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho. Preconizava-se que o artigo 8º, inciso III, da Carta Magna não prevê legitimização extraordinária, mas simples caso de representação processual do trabalhador pela entidade sindical, e não é viável interpretação em sentido contrário, sob pena de se transformar a legitimidade extraordinária em ordinária e de se consagrar a indisponibilidade de todos os direitos de ação dos empregados, que seriam, de alguma maneira, monopolizados pelos sindicatos com a supressão da liberdade individual (OLIVEIRA FILHO, 1990, p. 1093-1094). Logo, só nas hipóteses expressamente previstas na legislação infraconstitucional seria possível a substituição processual, de maneira que a Constituição de 1988 não teria alterado, absolutamente, o quadro que vigia antes da sua promulgação.

Uma subdivisão dessa corrente reconhece a substituição processual restrita aos sócios, sem contemplar os componentes da categoria não filiados à entidade. O seu fundamento é o aludido artigo 5º, inciso XXI, da CF/88, que permite que as entidades associativas, desde que expressamente autorizadas, representem os seus filiados judicial e extrajudicialmente. Essa corrente, com a devida vênia, confundia os institutos da representação voluntária – que prescinde, conforme a análise no capítulo 2, de previsão constitucional e exige apenas a mera vontade do representado – com a substituição processual, e tornava inócuo e supérfluo o inciso III do artigo 8º do Texto Fundamental.

A corrente ampliativa vislumbra no artigo 8º, inciso III, da Constituição, o fundamento para a legitimidade extraordinária irrestrita dos sindicatos, que compreende toda e qualquer demanda, individual ou coletiva, bem como a totalidade dos integrantes da categoria profissional ou econômica, inclusive aqueles que não são filiados (LEITE, 2005, p. 240; MELO, 2004, p. 224; SILVA, 2002, p. 304-305; SANTOS, R., 2003, p. 346).

Nascimento (1994, p. 182-183) filia-se à última posição e estriba o seu entendimento não no artigo 8º, inciso III, da Carta Magna, que, na sua

visão, não esclarece se a defesa se faz através de representação ou de substituição processual, mas na Lei n° 8.073/90, que aclarou a questão, revogando a legislação anterior e fixando novos princípios.

Sussekind (2004, p. 410), afirmando inexistir alguma legislação estrangeira que confira aos sindicatos, com caráter geral, a qualidade de substituto processual, também se posiciona no sentido de que a substituição processual prevista no texto constitucional, embora atinja todos os membros da categoria, não tem a amplitude para incluir todas as demandas trabalhistas porque a expressão “substituto processual” foi suprimida pelo Plenário da Assembléia Constituinte no primeiro turno de votação, de maneira que cabe à lei ordinária enumerar os casos em que ocorrerá e assegurar aos substituídos o direito de transigir e opor-se à ação em seu nome ajuizada.

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, vigorava até pouco tempo a doutrina restritiva, cristalizada no Enunciado n° . 310, *verbis*:

“I) O artigo 8°, inciso III, da Constituição da República, não assegura a substituição processual ao sindicato.

II) A substituição processual assegurada ao sindicato pelas Leis n°. 6.708, de 30.10.79 e 7.238, de 29.10.84, limitada aos associados, restringem-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 3 de julho de 1989, data em que entrou em vigor a Lei n°. 7.788/89.

III) A Lei n°. 7.889/89, em seu artigo 8°, assegurou, durante a sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria.

IV) A substituição processual autorizada pela Lei n°. 8.073, de 30 de julho de 1990, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial.

V) Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para início de execução, devidamente identificados, pelo número da carteira de trabalho e previdência social ou de qualquer outro documento de identidade.

VI) É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto.

VII) Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento.

VIII) Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios.”

Todavia, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE n° 202.063-PR, 1ª Turma, relator Min. Octávio Gallotti, ocorrido em 27/06/97, manifestou-se em sentido contrário, reconhecendo a ampla substituição processual dos integrantes da categoria pelo sindicato, independentemente de autorização específica ou de mandato, bem como de previsão em norma ordinária expressa. Essa interpretação vem sendo reiterada recentemente, conferindo-se a respeito os seguintes acórdãos: RE n° 193.503-SP, Tribunal Pleno, relator p/acórdão Min. Joaquim Barbosa, j. 12/06/2006; AI-AgR n° 672.406-BA, 2ª. Turma, rel. Min. Eros Grau, j. 13/11/2007; AI-AgR n° 566.805-SP, 1ª. Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20/11/2007.

O entendimento do STF levou o Tribunal Superior do Trabalho a cancelar o Enunciado n° 310 através da Resolução n° 119, de 25 de setembro de 2003.

Nesse sentido, insta destacar acórdão recente daquela Egrégia Corte Superior:

“SINDICATO. LEGITIMIDADE PARA ATUAR COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL. AÇÃO DE CUMPRIMENTO. ART. 872 DA C.L.T.

Em situação na qual objetivada a observância de norma coletiva determinante da duração máxima da jornada laborativa, o sindicato tem legitimidade para atuar em juízo na condição de substituto processual, a teor do disposto no artigo 872 da C.L.T. Se dúvidas havia quanto à amplitude do instituto da substituição processual, tornaram-se insubsistentes ante o disposto no artigo 8º, inciso III, da Carta Magna de 1988, que expressamente autoriza a atuação processual ampla das entidades sindicais representativas das categorias, dada a sua missão institucional de defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos da categoria respectiva. Daí o cancelamento da Súmula n° 310 do Tribunal Superior do Trabalho, cuja orientação impunha restrições ao instituto que a nova ordem constitucional não mais

comporta. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, RR n.º. 121.294/2004, rel. Min. Lélío Bentes Corrêa, j. 14/09/2005, DJU 07/10/2005)

De fato, o artigo 8º, inciso III, da Carta Magna não se limitou a constitucionalizar a regra contida no artigo 513, alínea “a”, da Consolidação das Leis do Trabalho, que prevê a mera representação processual pelo sindicato decorrente de manifestação de vontade do empregado representado.

Por outro lado, o artigo 5º, inciso XXI, da CF/88 não pode servir de parâmetro para a definição do sentido e do conteúdo do artigo 8º, inciso III, nem com ele se confunde. A primeira norma constitucional trata da representação e se refere às entidades associativas, outorgando-lhes uma prerrogativa de menor magnitude do que aquela conferida aos sindicatos no segundo dispositivo constitucional, uma vez que é restrita apenas aos filiados à entidade. Esse regramento diferenciado é explicado pelo fato de os sindicatos serem marcados por estabilidade, perenidade e permanência maiores do que às das simples associações, já que corporificam o interesse de categorias econômicas e profissionais, ao passo que os entes associativos tendem, predominantemente, a se formar em virtude de interesses eventuais, transitórios, efêmeros, com menor carga de coesão e solidariedade.

Por outro lado, o objetivo do legislador constituinte ao editar o artigo 8º, inciso III, foi, não obstante a supressão do termo “substituição processual”, eliminar as barreiras ao acesso à justiça pela classe trabalhadora, decorrentes da desigualdade gritante existente entre empregados e patrões, que impede os primeiros de acionar os últimos na pendência do vínculo contratual por força do risco da perda do emprego. Assim, como enfatiza Melo (2004, p. 222), no processo trabalhista, a razão da legitimidade extraordinária está em não apenas facilitar, mas em viabilizar o acesso real à justiça, repousando na necessidade de defesa do interesse social da coletividade que reclama respeito à ordem jurídica positiva, rapidez, barateamento, efetividade da prestação jurisdicional e, enfim, maior atuação da lei pelo Poder Judiciário. A sua legitimidade extraordinária também produz o resultado de desafogar a Justiça por obstar ou eliminar a propositura de ações repetitivas, que versam a mesma questão jurídica ou fática e acarretam o risco de prolação de julgamentos de conteúdo diverso e antagônico, nocivos ao princípio

da isonomia, à certeza e à segurança das relações jurídicas, e ao prestígio da Justiça.

A norma constitucional não exige autorização expressa do substituído, o que, inclusive, salvo previsão legal explícita em sentido em contrário, corresponde à regra geral da legitimidade extraordinária, que a afasta, pois, da disciplina da representação voluntária. Há presunção do legislador constituinte de que o sindicato, por ser a expressão institucional e organizada juridicamente da categoria, detém a representatividade adequada dos interesses coletivos e individuais dos seus integrantes e vai agir sempre no melhor interesse deles.

Logo, a substituição processual pelo sindicato prescinde de edição de lei ordinária disciplinadora dos casos da sua ocorrência, abrange toda e qualquer demanda, trabalhista ou de outra natureza, referente à categoria coletivamente considerada ou aos seus integrantes em razão da sua qualidade de membros da categoria, filiados ou não, qualquer que seja o tipo de verba reclamada. Qualquer lei ordinária que limite a substituição processual será materialmente inconstitucional, e não foram recepcionadas pela Constituição as regras da legislação que restringiam a atuação do sindicato apenas aos integrantes da categoria filiados, como é o caso do artigo 872, parágrafo único, da CLT.

A única restrição à substituição processual da categoria pelo sindicato decorre do próprio diploma constitucional: o artigo 5º, inciso LXX, “b”, que determina que a legitimidade extraordinária do sindicato para a impetração de mandado de segurança coletivo está adstrita aos seus associados e não beneficia toda a categoria. Em verdade, há contradição e antagonismo entre esse dispositivo constitucional e o artigo 8º, inciso III, e não existe razão para a diversidade de regramento normativo, já que o mandado de segurança coletivo é uma ação coletiva como outra qualquer, distinguindo-se de uma ação ordinária que apresenta as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir nele formulados em razão da diversidade de rito, da dilação probatória admissível e da competência do órgão jurisdicional.

Entretanto, a preservação da autonomia da vontade impõe que o substituído tenha ciência da propositura da ação individual ou coletiva e

possa se opor à demanda, subtraindo-se aos seus efeitos, seja ele associado ou não. Essa ilação é consectário da garantia da liberdade individual e da liberdade sindical individual (artigo 8º, inciso V, da Carta Magna, examinado no capítulo 3), porquanto se ao trabalhador é dada a opção de filiar-se ou não ao sindicato, e de, uma vez filiado, dele se desligar por entender que a entidade não representa apropriadamente os seus interesses, também lhe deve ser assegurado o direito de não querer que os seus interesses e direitos individuais sejam defendidos pelo sindicato na via judicial.

São desnecessárias a identificação e a individualização dos substituídos na petição inicial da ação proposta pelo sindicato, uma vez que são irrelevantes para que sejam verificadas a litispendência e a coisa julgada, e evitado o duplo pagamento da verba ao mesmo empregado pelo empregador, conforme a corrente predominante no Tribunal Superior do Trabalho (RR nº 639/1996-028-04-00, 4ª. Turma, rel. Min. Maria de Assis Calsing, j. 20/02/2008; RR nº 252/2002-007-04-40, 1ª. Turma, rel. Min. Vieira de Mello Filho, j. 12/03/2008). O artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90), aplicável subsidiariamente, por força da analogia de situações, assegura ao autor da ação individual o direito de prosseguir com a ela ou aguardar o resultado da ação coletiva do sindicato, desde que, tomando ciência da existência da demanda coletiva, requeira a suspensão de seu processo individual no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de não se beneficiar da coisa julgada. A propositura da ação coletiva não induz litispendência relativamente às ações individuais. Por outro lado, a sentença de procedência na ação coletiva voltada para a defesa de direitos individuais homogêneos cinge-se a enunciar uma condenação genérica, e somente há a identificação dos substituídos no momento da liquidação, na qual cada interessado deve comprovar que se enquadra na moldura fática e jurídica afirmada na sentença do processo coletivo mediante a demonstração do seu dano individual e do seu nexo de causalidade com a conduta lesiva do réu.

Ademais, existem muitos casos em que há impossibilidade material de o sindicato apresentar, desde logo, o rol dos substituídos, porque eles são numerosos ou a relação com todos os lesados pela conduta do réu se encontra em poder do empregador (MELO, 2004, p. 228). O próprio reclamado, que é réu na ação coletiva e na ação individual, tem plenas

condições de identificar os beneficiários da pretensão formulada (DUARTE, 1993, p. 1074-1077).

Uma vez que o direito em jogo é da titularidade do substituído, a transação, na ação ajuizada pelo sindicato como substituto processual, vai necessitar obrigatoriamente da manifestação de vontade do empregado, seja através do seu ingresso no processo, seja através de autorização do sindicato, que pode ser obtida individualmente ou através de assembléia geral dos interessados (MELO, 2004, p. 234).

A legitimidade extraordinária do sindicato nas ações individuais é, por isso, autônoma, primária e concorrente.

A defesa dos interesses dos integrantes da categoria pelo sindicato pode ocorrer no plano individual, através da reclamação trabalhista, como também no plano coletivo.

No plano coletivo, os instrumentos principais de que se vale o sindicato são o dissídio coletivo (artigo 857 da CLT) e a ação civil pública.

A ação civil pública pode ser proposta pelo sindicato, nos termos dos artigos 81 e seguintes da Lei n.º. 8.078/90, para defesa de direitos individuais homogêneos dos integrantes da categoria ou de direitos ou interesses coletivos daquela¹.

Na primeira hipótese, os direitos defendidos são essencialmente individuais, e acidentalmente coletivos, isto é, a sua tutela jurisdicional é que ocorre de maneira coletiva. São direitos que pertencem com exclusividade a cada um dos integrantes da categoria ou de parte dela. Esses direitos são plenamente divisíveis, decorrem de uma origem comum e, por isso, são regulados pela mesma norma jurídica, de maneira que, reconhecida genericamente a lesão, ela terá afetado todos aqueles trabalhadores que se enquadram na moldura fática e jurídica discutida na ação coletiva. Os aspectos pessoais de cada lesado, variáveis de indivíduo para indivíduo, exercem influência apenas na definição do montante da indenização individual devida a cada um deles. Há a primazia das

¹ Em razão da exigüidade do espaço deste trabalho, relega-se para outra oportunidade o estudo da controvérsia doutrinária a respeito da possibilidade de o sindicato propor ação civil pública para a defesa de direitos ou interesses difusos, que excedem ou não se relacionam diretamente com a categoria.

questões comuns sobre as questões individuais, o que viabiliza a busca judicial coletiva da reparação.

Há, na hipótese, típica situação de substituição processual ou de legitimidade extraordinária.

Porém, a qualificação jurídica da atuação do sindicato é diversa na hipótese de dissídio coletivo e de ação civil pública destinada à defesa de interesses ou direitos coletivos da categoria.

Não há a tutela de direitos individuais, mas a defesa de um direito indivisível, pertencente a todo o grupo de trabalhadores ou de empresas integrantes da respectiva categoria, ou a parcela deles, em virtude da relação jurídica base que os vincula entre si e com a parte contrária, e os torna membros da categoria. Não é possível mensurar-se a cota ou quinhão do direito que é usufruído por cada trabalhador, nem é viável a resolução da lide de maneira heterogênea para cada um deles, de sorte que a sentença proferida no processo coletivo beneficia ou prejudica todos.

Não há, pois, substituição processual na tutela de interesses ou direitos coletivos, porquanto o sindicato é a própria categoria em juízo. O sindicato expressa, personifica, corporifica o interesse coletivo do grupo, dando-lhe condições e forma institucionais. Por isso, conforme assinala Simões (1990, p. 399-403), não estão presentes as figuras do substituto e do substituído, uma vez que a categoria não tem personalidade jurídica e ostenta apenas existência fática, social e econômica. Ela não dispõe de condições de agir individualmente, por si própria, nem pode intervir no processo.

Portanto, o sindicato age, no dissídio coletivo e na ação civil pública para a defesa de interesses coletivos da categoria, como legitimado ordinário, pleiteando, em nome próprio, direito próprio (LEITE, 2005, p. 243-245; SUSSEKIND, 2004, p. 405).

5 Conclusão

A legitimidade *ad causam* é, em regra, ordinária. Apenas as partes da relação jurídica material litigiosa afirmada na petição inicial têm aptidão para figurar e atuar no processo como autor e réu.

Excepcionalmente, a ordem jurídica admite a legitimidade extraordinária ou substituição processual, pela qual um terceiro, estranho à relação jurídica material afirmada, demanda, em nome próprio, direito alheio.

A justificativa da legitimidade extraordinária situa-se na existência de um direito ou interesse conexo ou interdependente do substituto processual, ou, segundo a concepção moderna do processo, no princípio do acesso à justiça, na medida em que constitui mecanismo engendrado para a supressão das barreiras de ordem econômica, social, cultural e institucional ao exercício do direito de ação.

A substituição processual, de acordo com o artigo 6º, do Código de Processo Civil, depende sempre de expressa previsão normativa, ou seja, somente existe nos casos indicados pela norma legal, sendo vedada a substituição processual alicerçada apenas na vontade do suposto titular do direito material.

Os sindicatos são pessoas jurídicas que corporificam os interesses e as aspirações das categorias econômica e profissional, entendidas, respectivamente, como o conjunto de empresas que atuam em determinado ramo de atividade econômica e o conjunto de trabalhadores desse ramo, independentemente da atividade profissional. A sua razão de ser é exatamente a representação, a defesa e a promoção dos interesses e direitos individuais e coletivos da categoria.

A Constituição Federal, no artigo 8º, a fim de possibilitar o eficiente desempenho dessa relevante função social, outorga ao sindicato uma série de prerrogativas, principalmente a liberdade e a autonomia sindicais, protegendo-o da intromissão do Estado e dos empregadores. Por outro lado, em seu inciso III, comete-lhe a atribuição de defender os interesses e direitos individuais e coletivos da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

Antes da promulgação da Carta Magna de 1988, a substituição processual da categoria e dos seus integrantes pelo sindicato era disciplinada em dispositivos esparsos da CLT e da legislação extravagante, alguns consagrando, em verdade, hipótese de simples representação. A legitimidade extraordinária das entidades sindicais era restrita a demandas específicas, e, em alguns casos, aos seus filiados.

Após intensa celeuma doutrinária e jurisprudencial, o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho firmou-se no sentido de que o artigo 8º, inciso III, da C.F./88 alberga regra de substituição processual ampla do sindicato, que prescinde da edição de lei ordinária, abarca qualquer lide relacionada à categoria e beneficia todos os integrantes da categoria, mesmo não filiados ao substituto processual. A sua atuação dispensa autorização específica dos substituídos, bem como a apresentação do rol dos beneficiários, mas não impede a ação individual, a oposição do legitimado ordinário para se excluir dos efeitos da ação proposta pelo sindicato, e os atos de disposição feitos pelo substituído sem a necessidade da concordância do ente sindical.

Assim, a substituição processual do sindicato racionaliza o funcionamento dos órgãos jurisdicionais e viabiliza o acesso real dos trabalhadores à justiça, mitigando os efeitos da desigualdade da relação de trabalho, que, freqüentemente, desencorajam o empregado a pleitear o ressarcimento da lesão na constância do vínculo.

O modelo de substituição processual ampla pelo sindicato, admitido no processo trabalhista, pode e deve ser examinado pelo processo civil, pois pode servir de inspiração para a solução de problemas semelhantes de constrangimento ao acesso à jurisdição e de congestionamento dos órgãos jurisdicionais existente nos demais ramos do Poder Judiciário nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** v. I. Rio de Janeiro, Forense, 1988.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil.** v. I. 2 ed. Rio de Janeiro: 1995, Editora Lumen Juris.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos de interesse no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 74, p. 82-97, abr.-jun. 1994.

_____. **The judicial process in comparative perspective.** Oxford: Clarendon, 1991.

- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: juizados especiais e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Estudos sobre a substituição processual no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n°. 438, p. 23-35, abril de 1972.
- DELGADO, José Augusto. Aspectos controvertidos da substituição processual. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n°. 47, p. 7-16, jul.-set. 1987.
- DIAS, Francisco Barros. Substituição processual (algumas hipóteses da nova Constituição). **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n°. 55, p. 17-28, jul.-set. 1989.
- DUARTE, Cláudio Hiran Alves. Da desnecessidade do rol de substituídos nas ações em que os sindicatos agem como substitutos processuais. **Revista LTr**, São Paulo, vol. 57, n° 09, p. 1.074-1077, setembro de 1993.
- GRECO, Leonardo. **A teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Editora Dialética, 2003.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 3 ed. São Paulo: Editora LTr, 2005.
- MELO, Raimundo Simão de. **Ação civil pública na justiça do trabalho**. 2 ed. São Paulo: Editora LTr, 2004.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **As ações coletivas no direito comparado e nacional – coleção temas atuais de direito processual civil**. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Processo civil (ensaios e pareceres)**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 61-62.
- MOURA, Mario Aguiar. Substituição processual. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n° 47, p. 240-253, jul.-set 1987.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- OLIVEIRA FILHO, Clemente Salomão de. Legitimação extraordinária dos sindicatos em face da nova constituição federal. **Revista LTr**, São Paulo, vol. 54, n°. 9, p. 1093-1094, set. 1990.

PRADO, Roberto Barreto. **Curso de direito sindical**. São Paulo: Editora LTr, 1991.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. I. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo: Editora LTr, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SIMÕES, Carlos. Os sindicatos e a representação processual da categoria: o equívoco da tese da substituição processual nas ações coletivas. **Revista LTr**, São Paulo, vol. 54, nº 4, p. 399-403, abril de 1990.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PERSPECTIVAS PARA A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS DE CONSUMO

Eduardo Antônio Klausner - Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.*

Sumário: 1. Introdução. - 2. Os conceitos de consumidor, fornecedor e relações de consumo, no direito brasileiro: 2.1. O consumidor internacional. - 3. A proteção atual do consumidor internacional pelo ordenamento jurídico nacional: 3.1. A competência internacional do foro do domicílio do consumidor. - 4. A proteção atual do consumidor internacional pelo ordenamento mercosulino. - 5. As perspectivas para o aprimoramento da proteção do consumidor internacional: 5.1. No ordenamento jurídico nacional; 5.2. No ordenamento jurídico mercosulino; 5.3. Nos trabalhos da Conferência Interamericana Especializada em Direito Internacional Privado – CIDIP n. VII, da Organização dos Estados Americanos (OEA): 5.3.1. A proposta brasileira para uma convenção interamericana sobre lei aplicável às relações interamericanas de consumo; 5.3.2. A proposta estadunidense para uma lei-modelo sobre mecanismos para reparações monetárias ao consumidor interamericano lesado; 5.3.3. A proposta canadense para uma lei-modelo ou convenção sobre proteção do consumidor no comércio eletrônico: 5.3.3.1. A primeira parte da proposta canadense: disposições sobre jurisdição internacional; 5.3.3.2. A segunda parte da proposta canadense: regras para a escolha do direito aplicável aos contratos de consumo. - 6. Considerações Finais.

*Mestre e Doutorando em Direito Internacional e da Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Fórum Permanente de Debates sobre Direito do Ambiente, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Professor de Direito Internacional Privado da Universidade Estácio de Sá – UNESA. Professor do Curso de Pós-graduação em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor da Universidade Cândido Mendes - UCAM.

RESUMO: O presente artigo demonstra o atual nível de proteção do consumidor brasileiro nas relações internacionais de consumo, os problemas a serem solucionados nesta matéria, bem como às perspectivas de aprimoramento da defesa do consumidor internacional. O foco principal dessa pesquisa são as propostas em andamento na Sétima Conferência Inter-Americana Especializada em Direito Internacional Privado (CIDIP-VII), da Organização dos Estados Americanos (OEA), para a criação de uma Convenção Interamericana sobre Proteção do Consumidor Internacional.

ABSTRACT: The present article shows the current level of the brasilian consumer protection in the international relations, the problems that should be focused in this subject, as well as the perspectives of improvement of the international consumer defense. The main focus of this research are the ongoing proposal at the Seventh Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-VII), of Organization of American States, for international consumer protection.

PALAVRAS-CHAVE: consumidor internacional – consumidor mercosulino – consumidor interamericano – Sétima Conferência Inter-Americana Especializada em Direito Internacional Privado (CIDIP-VII).

KEYWORDS: international consumer – mercosul consumer – inter-american consumer – Seventh Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-VII).

1. Introdução.

O Direito do Consumidor, como ramo específico do Direito, é produto do século XX e visa reequilibrar as relações mantidas no mercado entre fornecedor e consumidor, assimétricas em razão da massificação da produção, da contratação e do consumo decorrente da evolução tecnológica capitalista e das modernas técnicas de *marketing*.

A necessidade da proteção estatal em favor do consumidor torna-se evidente tanto para assegurar a proteção dos direitos econômicos do consumidor, como para assegurar a saúde da população diante de produtos sem qualidade¹. Isso leva ao surgimento progressivo de políticas

¹ FILOMENO, José Geraldo Brito (em Manual de Direitos do Consumidor. 6a. ed., S. Paulo: Atlas, 2003, p.26) identifica o surgimento do movimento consumerista em conjunto com o movimento sindical nos frigoríficos de Chicago, fundando-se a “Consumer’s League” já em 1891 quando o movimento trabalhista separou-se do movimento consumerista. QUINAUD, Flávio Barbosa e

e legislações nacionais voltadas especialmente para as peculiaridades do consumo no mundo capitalista².

No Brasil, como resultado deste movimento, a proteção do consumidor como direito fundamental é inscrita na Constituição Federal de 1988, artigos 5º., inciso XXXII e 170, inciso V, e consagrada no Código de Defesa do Consumidor de 1990, Lei n. 8.078/90, uma das mais modernas legislações em vigor no mundo desde 1991³.

O Direito do Consumidor gere as relações jurídicas entre fornecedor e consumidor tendo como princípio básico e fundamental a vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor⁴ e a necessidade de superá-la. Essa vulnerabilidade pode ser técnica, na qual o consumidor não possui conhecimentos técnicos sobre o bem ou serviço que está consumindo; jurídica ou científica, na qual há falta de conhecimentos jurídicos e científicos do consumidor sobre os elementos do produto, serviço, ou do contrato, e que gera o dever do fornecedor de informar; ou fática, na qual há desproporção fática de forças, intelectuais e econômicas, a qual caracteriza a relação de consumo⁵. A vulnerabilidade

CAFFARATE, Viviane Machado (em *Evolução Histórica do Direito do Consumidor* in www.jusnavigandi.com.br N. 41, maio-2000, capturado em 23.11.2002) esclarecem que as primeiras leis consumeristas seriam americanas e de índole administrativa, respectivamente: “Meat Inspection Act” e “Pure Food and Drug Act” de 1906, em razão das péssimas condições no manuseamento da carne e na fabricação de embutidos nos E.U.A.

² Quase todos os países ocidentais possuem normas especiais para a proteção do consumidor, assim como diversos países do Oriente como, por exemplo, o Japão. Frise-se que até estados árabes já vêm dotando seu ordenamento jurídico com normas dedicadas especialmente à defesa do consumidor. Cite-se, a título de exemplo, a novel legislação dos Emirados Árabes Unidos que entrou em vigor em Novembro de 2006.

³ Sobre a história e o desenvolvimento do Direito do Consumidor, ver KLAUSNER, Eduardo A. *Direitos do Consumidor no Mercosul e na União Européia: acesso e efetividade*, 2006, Curitiba:Juruá, p. 37-42.

⁴ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor – conceito e extensão*. S. Paulo:RT, 1994, p. 108, é peremptória ao afirmar que “a verificação da vulnerabilidade do consumidor constituir-se-á na viga mestra do Direito do Consumidor. A princípio, todos os consumidores são vulneráveis”. Nesse sentido também: 1) LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Ed., 2003, pp.16-17, citando exemplo de POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. Boston:Little, Broun and Company, 1972, p. 330; 2) ARRIGHI, Jean M. Capítulo VII – Comercio internacional y protección del consumidor en América Latina. In STIGLITZ, Gabriel(Director).*Defensa de los consumidores de productos y servicios – daños –contratos*. Buenos Aires:Ediciones La Rocca, 2001 p. 371-378; 3) MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. S.Paulo:RT, 4a. ed.,2002, pp. 268 et seq.

⁵ Ver MARQUES, Claudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V., MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor-Arts. 1o. a 74-Aspectos Materiais*. SP:RT, 2003, Art.4o.pp.120-121.

do consumidor é princípio expressamente reconhecido na Lei n. 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, Capítulo II, em que é estabelecida a Política Nacional das Relações de Consumo, artigo 4º., inciso I, o qual informa todas as disposições do Código e todo o ordenamento jurídico suscetível de aplicação à relação de consumo.

No Brasil, assim como em diversos outros países desenvolvidos, o Direito do Consumidor tem por característica se constituir num microsistema jurídico multidisciplinar e interdisciplinar composto de normas de direito público e privado, reunidas por princípios filosóficos próprios do Direito do Consumidor, assim como também tem por característica preencher com seus princípios e filosofia todas as normas, independentemente do ramo do Direito ao qual tradicionalmente pertençam, sempre que forem aplicadas a uma relação de consumo, no intuito de superar a debilidade do consumidor.

Por sua vez, a preocupação com a efetiva proteção do consumidor fez o legislador e os operadores do direito criarem um particular sistema de responsabilidade civil solidária e subsidiária entre todos os responsáveis pela colocação do produto ou serviço no mercado, responsabilidade que pode vincular fornecedores nacionais e internacionais, indistintamente.

O Direito do Consumidor, consagrado em âmbito nacional na regulamentação das relações de consumo entre consumidores e fornecedores, apesar de sua juventude e atualidade, encontra como novo desafio regulamentar as relações de consumo internacionais e, principalmente, dar efetividade à proteção do consumidor nas demandas decorrentes de relações transfronteiras.

A cada dia e sempre com maior intensidade, os consumidores, inclusive o consumidor brasileiro, vêm-se inserindo no comércio internacional para a aquisição dos mais variados tipos de produtos ou serviços. Se antes, para consumir um produto importado, o consumidor se valia necessariamente de um importador, um intermediário entre ele e o fornecedor, hoje o consumidor pode dispensar o intermediário. A partir de sua casa, pode consumir qualquer produto, nacional ou internacional, de maneira simples e rápida através da televisão, do telefone, do computador pessoal e da internet. Para tanto, confia

incondicionalmente na oferta do fornecedor quanto às qualidades anunciadas do produto, bem como na honestidade desse fornecedor, e paga o bem adquirido informando o número do seu cartão de crédito. Por outro lado, espera que o produto seja entregue em prazo razoável e que tenha as qualidades que deseja, que não apresente problemas, ou, caso apresente problemas, que a garantia do fornecedor seja ampla, completa e proporcionada de maneira fácil e rápida. Espera também que o *site* do fornecedor seja inviolável, de modo que ninguém faça uso indevido do número do seu cartão de crédito. Mas qual a efetiva informação e proteção que esses consumidores internacionais possuem? Como poderão exercer seus direitos contra um fornecedor situado no estrangeiro? Quais direitos realmente possuirão ao se confrontar com esse fornecedor estrangeiro?

Outrossim, é cada vez mais intenso o movimento de consumidores que se deslocam de seus países para consumir no estrangeiro, levados pelo fornecedor através de uma proposta específica e uma viagem organizada com esse fim, ou fazendo turismo. O turismo internacional é importante fonte de riqueza para os Estados, e o amparo do consumidor-turista constitui uma necessidade jurídica e econômica.

A magnitude dos números envolvidos no mercado de consumo *on line* ou ligados ao turismo demonstra que proteger o consumidor internacional é essencial. No Brasil, em 2006 o *e-commerce* movimentou mais de R\$13,3 bilhões (incluindo transações nacionais e internacionais). Na área de bens de consumo, as transações ultrapassaram os R\$ 4 bilhões, mais de quatro vezes o valor das transações realizadas em 2002, enquanto o volume financeiro movimentado no setor de turismo em transações pela internet montaram cerca de R\$2,8 bilhões. Nos E.U.A., as vendas *on line* atingiram a cifra de US\$102 bilhões⁶. Segundo relatório da *Global Online Retailer*, em 2007, o comércio global pela internet estará movimentando cerca de US\$17 trilhões⁷. As receitas associadas ao fluxo de turismo no mundo chegaram a US\$476 bilhões em 2000, conforme

⁶ Dados brasileiros da Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico e da E-Consulting, e americanos da Score Networks, apud BORGES, André. Comércio eletrônico cresce mais de 30% e supera R\$13,3 bilhões. Valor Econômico. São Paulo, sexta-feira e fim de semana, 5,6 e 7 de janeiro de 2007, p. B1.

⁷ BETING, Joelmir. O Globo, 2.3.2000, apud MARTINS, Flávio Alves & MACEDO, Humberto Paim. Internet e Direito do Consumidor. Rio:Lumen Juris, 2002, p. 17.

relata a Organização Mundial do Turismo a qual prevê que o total de desembarques internacionais atinja a ordem de 1,6 bilhão em 2020⁸. Em 2005, segundo dados preliminares da citada organização, foram realizadas no mundo 806 milhões de viagens turísticas que geraram US\$ 680 bilhões. Só o Brasil recebeu 5,36 milhões de visitantes. O país que mais lucrou com o turismo foram os E.U.A., cerca de US\$ 81,7 bilhões, e o país mais visitado foi a França (76 milhões de turistas), seguido pela Espanha (55,6 milhões de turistas) e pelos E.U.A. (49,4 milhões de turistas)⁹.

Assim sendo, ver-se-á neste trabalho, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, como a proteção jurídica do consumidor brasileiro de produtos e serviços estrangeiros vem sendo proporcionada pelo Poder Judiciário com os recursos legais existentes, e quais são as perspectivas de desenvolvimento de novos instrumentos legais para a proteção do consumidor numa relação internacional de consumo litigiosa.

2. Os conceitos de consumidor, fornecedor e relações de consumo no direito brasileiro.

Na doutrina e nos ordenamentos jurídicos em geral, inclusive brasileiro, consumidor é aquele que consome bens ou serviços, públicos ou privados, para atender necessidades próprias e não profissionais, caracterização essa que valoriza o consumidor como destinatário final econômico do bem¹⁰. Trata-se da interpretação finalista, a qual não abrange aquele adquirente que incorpora o bem ou serviço à cadeia produtiva como insumo¹¹. Isso ocorre porque só essa categoria de agentes econômicos realmente encontra-se em situação de hipossuficiência a justificar uma proteção especial, a qual visa reequilibrar a relação jurídica mantida com o fornecedor¹².

⁸ GLEIZER, Daniel. Turistas acidentais? Valor Econômico. Segunda-feira, 5.01.2004, p.A7.

⁹ Superinteressante, Janeiro 2007, Edição 235, Ano 21, n. 01, São Paulo:Editora Abril, p. 34.

¹⁰ 1) MARQUES, Claudia Lima. Contratos...op.cit.pp.252 et al, passim. 2) Para a Ciência Econômica, quem adquire produto ou serviço como insumo não consome, mas sim investe. Sobre o tema na ótica econômica ver GALVES, Carlos. Manual de Economia Política Atual. 14a. ed. Rio:Forense Universitária, 1996 pp. 21, 47-49,54, 338, 395

¹¹ A definição legal, doutrinária e jurisprudencial finalista é adotada nos ordenamentos nacionais dos países do MERCOSUL e latino-americanos em geral, e nos países europeus. Ver em matéria de Direito Comparado, LORENZETTI, Ricardo Luis, op. cit. pp.78-83.

¹² Deve-se ressaltar, no entanto, que na jurisprudência brasileira encontram-se algumas decisões que ampliam o conceito de consumidor, assim o considerando todo aquele que retira do mercado bem ou

No Código de Defesa do Consumidor brasileiro (CDC), a definição de consumidor abrange, também, sujeitos equiparados a consumidores, vítimas de atividades dos fornecedores endereçadas ao mercado de consumo.

Dispõe o artigo 2º. do citado *Codex*, ser consumidor “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Destinatário final deve ser interpretado como destinatário final econômico, ou seja, aquele que consome para fins privados e não profissional, como já sustentamos acima. Nesse sentido, aponta a jurisprudência dominante nos tribunais brasileiros, inclusive no Superior Tribunal de Justiça. A título de exemplo, cita-se o seguinte aresto:

“MÚTUO – REDUÇÃO DA MULTA CONTRATUAL DE 10% PARA 2% - INEXISTÊNCIA NO CASO DE RELAÇÃO DE CONSUMO. Tratando-se de financiamento obtido por empresário, destinado precipuamente a incrementar a sua atividade negocial, não se podendo qualificá-lo, portanto, como destinatário final, inexistente é a pretendida relação de consumo. Inaplicação, no caso, do Código de Defesa do Consumidor. Recurso especial não conhecido (STJ – 4ª. T. – Resp 218505/MG – rel. Min. Barros Monteiro – j. 16.09.1999).¹³

O parágrafo único do artigo 2º. equipara a consumidor “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Por sua vez, o artigo 17 equipara a consumidor todas as vítimas de um acidente de consumo, ou seja, a legislação consumerista protege e equipara a consumidor todo aquele que for vítima de acidente decorrente de produto ou serviço, independentemente de ser parte em contrato de consumo, ou ser usuário do produto ou serviço colocado no mercado de consumo. O artigo 29, inserido no Capítulo V que dispõe

serviço independentemente do destino a ser dado ao bem ou serviço e a qualidade do agente: particular ou profissional. Consumidor, portanto, para essa corrente, é o destinatário fático do bem ou serviço, aquele que, por último, retira o produto do mercado. Essa corrente é denominada “maximalista”. Cite-se, a título de exemplo de adoção a essa corrente, o seguinte aresto: “CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INCIDÊNCIA – RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. É de consumo a relação entre o vendedor de máquina agrícola e a compradora que a destina a sua atividade no campo. Pelo vício de qualidade do produto responde solidariamente o fabricante e o revendedor (art. 18 do CDC). Por unanimidade, não conhecer do recurso (STJ – 4a. T. – Resp 142042/RS – j. 11.11.1997 – rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar)”.

¹³ Citado por MARQUES, Claudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V., MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor-Arts. 1o. a 74-Aspectos Materiais. SP:RT, 2003. p. 77.

sobre práticas comerciais, equipara a consumidor todas as pessoas determináveis ou não expostas às práticas previstas no capítulo e no capítulo seguinte (o Capítulo VI do CDC trata da proteção contratual).

O conceito de fornecedor é dado pelo artigo 3º. da Lei n. 8.078/90 (CDC), e assim é considerado toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, ou ainda os entes despersonalizados que colocarem no mercado produto ou serviço em caráter profissional e com intuito de lucro. Nesse rol se incluem os profissionais liberais (artigo 14, parágrafo 4º.).

Os parágrafos 1º. e 2º. do artigo 3º. definem produto ou serviço de forma ampla. O parágrafo 1º. caracteriza como produto “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. O parágrafo 2º. conceitua como serviço qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração, salvo as decorrentes de contrato de trabalho, e incluindo os serviços diretamente gratuitos, mas indiretamente remunerados ou onerosos como os decorrentes de *marketing* empresarial¹⁴.

Assim sendo, pode-se afirmar que a relação de consumo é a relação jurídica mantida entre fornecedor e consumidor, decorrente de contrato, ou decorrente de utilização de bem ou serviço posto no mercado de consumo, ou ainda a decorrente de responsabilidade civil extracontratual com consumidor equiparado¹⁵.

2.1. O consumidor internacional.

Definido quem é consumidor e fornecedor, segundo o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, parece fácil definir-se o consumidor internacional como aquele que mantém relação de consumo com

¹⁴ MARQUES, Claudia Lima et al. Comentários...op.cit.Art.3o. p.94.

¹⁵ Nesse sentido CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 4a. ed. 2003. São Paulo:Malheiros. Cite-se, a título de exemplo do pensamento do autor, a seguinte passagem: 135. Consumidor por equiparação [...] A clássica dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual foi aqui superada, ficando o assunto submetido a um tratamento unitário, tendo em vista que o fundamento da responsabilidade do fornecedor é o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente de consumo. (grifos nossos)(p.492).

fornecedor situado no estrangeiro. O que caracteriza a internacionalidade de uma relação jurídica é estar conectada a dois ou mais ordenamentos jurídicos. O critério para se estabelecer como internacional a relação de consumo deve ser baseado no domicílio, pois é o fato de estarem fornecedor e consumidor domiciliados em Estados diversos, e, conseqüentemente, sujeitos a ordenamentos jurídicos diversos, que ensejará o conflito de leis no espaço em matéria de consumo.

A doutrina vem classificando o consumidor internacional em consumidores passivos ou ativos, conforme sua postura na formação da relação de consumo para dela extrair conseqüências jurídicas importantes quanto à definição do Direito aplicável ao conflito de consumo nascido de tais relações, bem como para definir o foro competente para o processo e julgamento da demanda.

O consumidor passivo é aquele que contrata com o fornecedor estrangeiro de seu domicílio, atendendo a uma oferta que lhe é dirigida pelo fornecedor, sem deslocamento físico para o estrangeiro (*passive Verbraucher*). O consumidor ativo, diferentemente, é aquele que se desloca de seu país para outro país e nele consome, como fazem os turistas internacionais (*aktive Verbraucher*)¹⁶.

Esse consumo possui peculiaridades que exigem especial atenção dos operadores do direito. São elas: 1) a falta de continuidade no consumo internacional, o que se torna fator para aumentar a debilidade do consumidor em razão do desconhecimento sobre o fornecedor, sobre a qualidade do produto, sobre os riscos do contrato, pois o consumo de produtos internacionais não é feito com regularidade, assim como as viagens internacionais¹⁷; 2) nos contratos turísticos, a difícil reexecução de um serviço, ou mesmo a impossibilidade de reexecução do mesmo;

¹⁶ Sobre a adoção dessa nomenclatura ver, entre outros, JAYME, Erik e KOHLER, Christian. *Europisches Kollisionsrecht 1999 – Die Abendstunde der Staatsverträge*, IPRAX, P.404, 1999, apud MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor*. 08-2004, S.Paulo:RT, p. 304-305 e HALFMEIER, Axel. *Waving goodbye to conflict of laws? Recent developments in European Union Consumer Law*, in RICKETT, Charles E. F. et TELFER, Thomas G. W. (editor), *International Perspectives on Consumers' Access to Justice*, 2003, Cambridge: Cambridge University Press, p.389-391.

¹⁷ Nesse sentido, MARQUES, Claudia Lima. *A Proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos a distância no comércio eletrônico*. In *Revista de Direito do Consumidor*, n. 41, jan.-março de 2002. S.Paulo:RT, pp.65-66.

3) a barreira lingüística entre o fornecedor e o consumidor, a qual pode impedir o consumidor de obter pleno conhecimento das informações necessárias para a contratação, ou sobre o produto, seu preço, câmbio da moeda, condições de venda e pagamento, garantia, etc.; 4) as diferenças de proteção legal ao consumidor entre as normas do seu domicílio e do domicílio do fornecedor, capazes de confundirem o consumidor quanto à real extensão de seus direitos na relação internacional de consumo.

Na eventual necessidade do consumidor sustentar um litígio no exterior para fazer valer seus direitos violados, dificuldades específicas obstruem ou oneram a possibilidade do consumidor acessar a Justiça ou ver seus direitos efetivamente protegidos, v.g.: 1) a determinação da jurisdição competente no plano internacional e a real possibilidade do consumidor litigar no foro que for competente; 2) a diversidade de normas nacionais sobre direitos do consumidor e a existência de diferentes sistemas jurídicos e judiciários; 3) o custo de sustentar um litígio no qual todos os trâmites processuais, ou parte deles se desenvolverá no estrangeiro, comparado ao pequeno valor do contrato de consumo; 4) o cumprimento de atos no estrangeiro; 5) o reconhecimento e a execução das decisões judiciais estrangeiras¹⁸.

Estas características do consumo internacional representam novos desafios para o Estado brasileiro e para a comunidade internacional superar, a fim de proporcionar efetiva proteção jurídica ao consumidor. Essa proteção precisa se consubstanciar, necessariamente, numa proteção legal nacional e internacional¹⁹ (através de convenções internacionais que facilitem a cooperação judiciária e padronizem regras de direito internacional privado especialmente em matéria de consumo) que deve ser associada à atuação decisiva e especialmente inovadora dos tribunais na aplicação do Direito do Consumidor conjugado ao Direito Internacional Privado e ao Direito Processual Civil Internacional.

¹⁸ COMISSÃO EUROPÉIA. Guia del consumidor europeo en el mercado único. Bruxelas, 1996, 2ª.ed.,pp.17-19.

¹⁹ Ver sugestões para o MERCOSUL especialmente em matéria de Direito Processual Civil Internacional em relações de consumo comunitárias in KLAUSNER, Eduardo A. Direitos do Consumidor no MERCOSUL e na União Européia: acesso e efetividade, Capítulo V e Anexo, obra já citada.

3. A proteção atual do consumidor internacional pelo ordenamento jurídico nacional.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) não possui normas específicas para a proteção do consumidor internacional, mas as suas disposições e as do ordenamento jurídico nacional em geral vêm sendo aplicadas pelos tribunais com muita criatividade e sempre buscando a interpretação teleológica atentos à finalidade da lei consumerista de superar a vulnerabilidade do consumidor e assegurar a sua proteção em situações de evidente desequilíbrio material ou processual na lide com o fornecedor.

O CDC traz em seu bojo diversas normas de caráter processual e material para aplicação em conflitos de consumo, as quais auxiliam o consumidor no conflito com o fornecedor, *v.g.*: o privilégio de demandar e ser demandado em seu domicílio (artigo 101, inciso I), assunto sobre o qual nos estenderemos no tópico a seguir; inversão do ônus da prova (artigo 6º., inciso VIII); responsabilidade solidária e objetiva dos fornecedores em razão de vícios dos produtos ou serviços (artigos 12, 13, 14, 18, 19, 20); desconsideração da personalidade jurídica da sociedade fornecedora (artigo 28 e parágrafos); entre outras.

O acesso do consumidor à Justiça é proporcionado pelo acesso à jurisdição comum, cujos procedimentos se desenvolvem pelos ritos previstos no Código de Processo Civil, e pelo acesso à jurisdição especial dos juizados especiais cíveis, cujo procedimento é simplificado e especialmente baseado na informalidade e oralidade (Lei n. 9.099/95).

A assistência jurídica integral e gratuita está assegurada na Constituição Federal, art. 5º., inciso LXXIV, a brasileiros e estrangeiros que comprovarem insuficiência de recursos para custearem as despesas do processo sem prejuízo do próprio sustento e o de sua família, devendo ser prestada prioritariamente através da Defensoria Pública nos termos da Lei Complementar n. 80, de 12.01.1994²⁰, ou podendo ser prestada por advogado particular nomeado pelo juiz da causa e indicado pelo hipossuficiente para representar seus interesses, nos termos da Lei n. 1.060/50. Também é fato comum as faculdades de direito, públicas ou

²⁰ A organização das Defensorias Públicas se faz em âmbito federal e estadual.

privadas²¹, manterem escritórios para treinamento de alunos em prática forense, disciplina obrigatória no currículo do curso de Direito, dedicados a assistir gratuitamente os necessitados e consumidores.

Independentemente dessas disposições, o acesso aos juizados especiais cíveis, para causas cujo valor não ultrapasse quarenta salários mínimos e que sejam de menor complexidade²², é gratuito a todos, independentemente da condição econômica particular das partes, e não existe hipótese de condenação do sucumbente a arcar com honorários e custas em primeiro grau de jurisdição. Nesse caso, o vencido só arca com custas e honorários de advogado no caso de recurso²³.

No âmbito das ações coletivas, dispõe o art. 87 do Código de Defesa do Consumidor que não haverá pagamento de despesas judiciais, nem condenação de associação autora derrotada na lide, salvo comprovada má-fé, em honorários advocatícios e despesas processuais.

Judicialmente, o *leading case*²⁴ em matéria de consumo internacional é o famoso acórdão do Superior Tribunal de Justiça, prolatado no Recurso Especial (REsp) n. 63.981-SP, em 11.04.2000, Recorrente Plínio Gustavo Prado Garcia e recorrida Panasonic do Brasil Ltda., Relator para o acórdão o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira²⁵, no qual a recorrida foi condenada a responder pelo vício em produto adquirido pelo recorrente em viagem aos Estados Unidos da América, produto esse não comercializado no Brasil, fabricado pela Panasonic americana (cuja personalidade jurídica é diversa da Panasonic brasileira), em razão de um liame da natureza econômica

²¹ Citem-se, a título de exemplos, os escritórios mantidos pelas Faculdades de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e da Universidade Estácio de Sá – UNESA, no Estado do Rio de Janeiro.

²² A maior complexidade da causa é determinada especialmente pela necessidade de produção de prova pericial plena para seu julgamento. No rito da Lei n. 9.099/95, não é possível a produção de prova pericial com as formalidades previstas no Código de Processo Civil.

²³ Lei n. 9099/95, artigos 54 e 55.

²⁴ Outros acórdãos de tribunais estaduais envolvendo relação de consumo internacional foram analisados por KLAUSNER, Eduardo A. no artigo Reflexões sobre a proteção do consumidor brasileiro nas relações internacionais de consumo in TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luis Roberto (organizadores). O Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. 2006, Rio:Renovar, p.388-391; e também no artigo A proteção jurídica do consumidor de produtos e serviços estrangeiros in Revista de Direito do Consumidor, n. 59, julho-setembro, 2006, S.Paulo:RT, p. 53-56.

²⁵ Este acórdão e cada um dos votos que o compõe são minuciosamente analisados em KLAUSNER, Eduardo A. obra já citada, Direitos do Consumidor no Mercosul e na União Européia: acesso e efetividade, Capítulo 2.

entre as duas pessoas jurídicas, americana e brasileira, a marca do produto “Panasonic” e a divulgação mundial dessa marca como símbolo de qualidade o que beneficia em tese todo o grupo econômico transnacional do qual participam ambas sociedades.

Com base na citada decisão, é possível ao consumidor brasileiro sustentar a legitimidade de propor uma ação em seu domicílio, valendo-se do artigo 101, I, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), contra qualquer pessoa jurídica sediada em território nacional que integre o mesmo grupo econômico do fornecedor localizado no estrangeiro produtor do bem de consumo ou do qual adquiriu o bem, com base no artigo 28 do CDC (citado expressamente no voto do Min. Ruy Rosado de Aguiar), evitando assim litigar com um fornecedor situado no estrangeiro, o que, sem dúvidas, facilita imensamente o desenvolvimento do processo de conhecimento e a execução futura de eventual decisão favorável ao consumidor, pois os atos processuais não necessitarão serem praticados por cartas rogatórias, assim como não será necessário reconhecer e executar a decisão judicial no estrangeiro com todas as dificuldades e custos inerentes a tal procedimento.

No entanto, a questão da competência internacional da Justiça brasileira não foi examinada no acórdão ou nas demais decisões judiciais das instâncias inferiores, nem suscitada pela Panasonic brasileira, – a defesa e a discussão nos autos ficou centrada na ilegitimidade passiva *ad causam* da Panasonic brasileira por não ter mantido qualquer relação jurídica com o consumidor -, motivo pelo qual tal questão merece uma especial reflexão a ser feita no próximo tópico²⁶.

No mesmo sentido da decisão Panasonic, a prolatada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *in verbis*:

“Mercadoria adquirida com defeito ostentando marca de multinacional que opera no Brasil através de empresa controlada. Vício do produto.

²⁶ Os demais tribunais brasileiros também estendem a responsabilidade civil de consumo para todos os fornecedores encarregados da colocação do produto ou serviço no mercado, de modo a facilitar a ação do consumidor, interpretando em favor do consumidor o disposto nos artigos 12 a 14, 18 a 19 e 28 do CDC, especialmente quando esses fornecedores são agências de turismo, importadores, e empreendedores (e seus procuradores ou prepostos) de time-sharing. Sobre esse tema ver KLAUSNER, Eduardo A. A proteção jurídica do consumidor de produtos e serviços estrangeiros in Revista de Direito do Consumidor, n. 59, julho-setembro, 2006, S.Paulo:RT, p. 53-56.

Responsabilidade objetiva a teor da regra expressa do artigo 28, parágrafos 2º. e 3º. do CDC. Artificios societários direcionados a subtrair o direito do consumidor. Dano moral com ênfase no caráter pedagógico, sopesando particularmente a situação econômica da ré, de modo a desencorajar a reiteração. Voto vencido que enfoca com precisão a essência da questão controvertida. Dá-se provimento aos embargos infringentes para prevalecer os termos do voto vencido” (processo n. 98.001.020.871-0; AC n. 2000.001.17098; Embargos Infringentes 2001.005.00654; 15ª. Câmara Cível.)

Neste caso, a Sony Comércio e Indústria Ltda., pessoa jurídica brasileira, em razão de vícios em aparelho televisor fabricado pela Sony *Corporation*, pessoa jurídica domiciliada no estrangeiro, comprado por consumidor brasileiro de importador independente na zona franca de Manaus, aparelho esse que não é fabricado ou comercializado no Brasil pela Sony brasileira, foi condenada definitivamente em Embargos Infringentes, cuja ementa transcreveu-se acima, a fornecer ao consumidor aparelho em perfeitas condições de uso idêntico ao adquirido com vícios, e ao pagamento de indenização por danos morais. O fundamento para a condenação foi que a Sony *Corporation* controla a Sony Comércio e Indústria Ltda, estabelecida no Brasil, como provado no processo, e, portanto, é também responsável pelo vício do produto uma vez que é extensão econômica do grupo internacional no Brasil.

3.1. A competência internacional do foro do domicílio do consumidor.

A determinação da competência internacional na qual se processará o litígio é uma das questões mais importantes em matéria de proteção ao consumidor e superação de sua debilidade estrutural.

A localização do foro no qual o consumidor irá litigar determina a efetiva possibilidade do consumidor ter acesso à Justiça²⁷. No litígio internacional de consumo, obrigar o consumidor a processar o fornecedor ou a se

²⁷ Sustenta-se a mesma posição no artigo, já citado, KLAUSNER, Eduardo A. Reflexões sobre a proteção do consumidor brasileiro nas relações internacionais de consumo in TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luis Roberto (organizadores). O Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. p. 402-405.

defender em processo movido pelo fornecedor, fora de seu domicílio, significa, via de regra, impedir ao consumidor o acesso à Justiça²⁸.

Por outro lado, é de capital importância para a efetividade da decisão judicial futura e execução da mesma em solo estrangeiro que questões envolvendo juízo competente estejam bem resolvidas, pois, para o reconhecimento e execução da sentença estrangeira, o tribunal competente faz o controle de competência indireto, ou seja, verifica se o tribunal prolator da decisão é competente e se não feriu norma nacional de atribuição de competência exclusiva aos órgãos judiciários nacionais para conhecer e julgar a demanda²⁹.

As normas sobre a competência internacional brasileira estão previstas no Código de Processo Civil de 1973, artigos 88 e 89, e nenhuma delas assegura foro privilegiado ao consumidor em litígio internacional.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, por sua vez, constituiu um novo microsistema, caracterizado pela interdisciplinaridade, como exposto acima. Em consequência, acredita-se que a norma do artigo 101, inciso I, que fixa a competência do foro do domicílio do consumidor para os litígios em que for parte, delimita tanto a competência interna quanto à competência internacional brasileira nesta matéria, pois todas as disposições da Lei n. 8.078/90 são de ordem pública, não estando de qualquer maneira essa competência limitada pelas disposições sobre jurisdição internacional do Código de Processo Civil.

Quando as normas de competência internacional dispostas no diploma processual civil brasileiro são insuficientes para precisar a jurisdição internacional brasileira, parcela significativa da doutrina e da jurisprudência têm-se socorrido das normas de competência interna, seja utilizando o critério da efetividade da decisão³⁰, seja em razão do Princípio

²⁸ Nesse sentido ver WEHNER, Ulrich. Contratos Internacionais: proteção processual do consumidor, integração econômica e internet. Revista de Direito do Consumidor, n. 38, abril-junho de 2001. São Paulo:RT, p. 147.

²⁹ Ver, por exemplo, o artigo 5o., I, da Resolução n. 9, de 4 de maio de 2005, do Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

³⁰ Adepto dessa posição com base em jurisprudência e doutrina SILVA NETO, Orlando Celso da. Direito Processual Civil Internacional Brasileiro. S.Paulo:LTTr, 2003, pp.125-127.

do Maior Interesse³¹. Frise-se, entretanto, que a matéria é controvertida especialmente na doutrina.

O fundamento para a utilização das regras de competência interna para suprir lacunas nas regras de competência internacional, quando se tratar de conflito envolvendo consumidor, está no fato de que o direito processual civil brasileiro assegura foro privilegiado a determinados sujeitos em caráter protetivo. O Código de Processo Civil brasileiro, por exemplo, assegura em seu art. 100, inciso I, a competência do foro da residência da mulher para a ação de separação dos cônjuges, para a conversão dessa em divórcio e para a anulação de casamento. Jacob Dolinger – apoiado em sólida doutrina e jurisprudência - defende a extensão desta norma de competência interna às hipóteses de litígios internacionais, baseado em raciocínio simples: se a lei protege a mulher, assegurando foro privilegiado para processar ou ser processada dentro do país, no intuito de protegê-la, com mais razão deverá a lei assegurar o seu foro privilegiado em caso de litígio internacional, no qual sua defesa se torna mais difícil e custosa³².

O raciocínio realizado por Jacob Dolinger deve ser aplicado ao consumidor. O consumidor é vulnerável na relação de consumo e hipossuficiente quando precisa exercer seus direitos; e, por isso, a lei assegura a ele o privilégio de litigar em seu domicílio. Como necessita de um foro privilegiado nas lides sustentadas dentro do País, com mais razão precisa dessa proteção nos litígios internacionais, nos quais exercer seus direitos será ainda mais difícil, motivo pelo qual se deve considerar a norma que assegura em favor do consumidor a competência privilegiada do foro de seu domicílio como também determinante da jurisdição internacional.

³¹ JATAHY, Vera Maria Barrera. Do Conflito de Jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira. Rio de Janeiro : Forense, 2003. p.39-40, esclarece que a jurisprudência dos interesses e seus efeitos foi introduzida no campo do conflito de leis por Kegel, no qual o interesse juridicamente mais importante no caso concreto será o protegido e que, num esforço de harmonização de valores na aplicação do princípio, “alguns interesses são valorizados a priori por consenso nas relações internacionais. Podem ser citados como exemplos o interesse do alimentando no pedido de alimentos, o do consumidor no pleito por indenização em razão de danos sofridos que vêm tutelados nas leis internas e em convenções internacionais.”(grifo nosso).

³² Direito Civil Internacional- Volume I – A Família no Direito Internacional Privado – Tomo Primeiro – Casamento e Divórcio no Direito Internacional Privado. 1997, Rio:Renovar, pp. 261-263. Com o mesmo entendimento, PONTES DE MIRANDA. Atualização legislativa de BERMUDEZ, Sérgio. Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo II, Arts. 46 a 153. 3a. ed., 2a. Tiragem,1995, Rio:Forense, p.275.

A jurisprudência é pacífica em reconhecer como privilegiado o foro do consumidor para litigar com o fornecedor. Cite-se, a título de exemplo, o acórdão prolatado no Recurso Especial n. 247.724/SP, pela 4ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, *in verbis*:

“COMPETÊNCIA. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. FORO DE DOMICÍLIO DO CONSUMIDOR. PERDA DE BAGAGEM. Ementa: A ação de indenização do consumidor que teve sua bagagem perdida em vôo internacional pode ser promovida no foro do seu domicílio, como permitido no art. 101, I, do CDC. Recurso não conhecido. (j. 25.04.2000 – DJU 12.06.2000).”³³

A jurisprudência brasileira também entende ser inadmissível a eleição de qualquer foro contratual que dificulte ou impossibilite o acesso do consumidor à Justiça. Cite-se, a título de exemplo, o seguinte aresto:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA – CLÁUSULA ELETIVA DE FORO LANÇADA EM CONTRATO DE ADESÃO – NULIDADE COM BASE NA DIFICULDADE DE ACESSO AO JUDICIÁRIO COM PREJUÍZO À AMPLA DEFESA DO RÉU – CARÁTER DE ORDEM PÚBLICA DA NORMA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INAPLICABILIDADE DO ENUNCIADO 33 DA SÚMULA/STJ. Tratando-se de contrato de adesão, a declaração de nulidade da cláusula eletiva, ao fundamento de que estaria ela a dificultar o acesso do réu ao Judiciário, com prejuízo para sua ampla defesa, torna absoluta a competência do foro do domicílio do réu, afastando a incidência do Enunciado 33 da Súmula/STJ. (STJ – 2ª. Seção – Comp.19.105/MS – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 11.11.1998)”³⁴

Pode-se assim afirmar que, tratando-se de conflito internacional de consumo, envolvendo consumidor brasileiro, será o foro de seu domicílio o competente para processar e julgar a demanda. Frise-se que, na Comunidade Européia, o foro do domicílio do consumidor também é privilegiado, assim como nos demais países do Mercosul³⁵.

³³ A ementa foi coletada na Revista de Direito do Consumidor, n. 37. Jan.-março de 2001, São Paulo:RT, p. 306-307.

³⁴ A ementa de acórdão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro foi coletada in MARQUES, C.L., BENJAMIM, A. H. V. & MIRAGEM, B., op. cit. pp.638-660.

³⁵ Regulamento n. 44/2001/CE, arts. 15-17, Convenção de Bruxelas e Convenção de Lugano, arts. 13-15, Protocolo de Santa Maria, art. 4o., e ordenamento interno dos Estados-Sócios do Mercosul, analisados na obra, já citada, Direitos do Consumidor no Mercosul e na União Européia, p. 144-149.

É necessária, todavia, diante da controvérsia doutrinária e do surgimento de esparsas decisões em contrário³⁶ ao ora defendido sobre a extensão da jurisdição internacional brasileira, a mobilização legislativa no sentido de se estatuir serem competência da autoridade jurisdicional brasileira as demandas internacionais envolvendo consumidor brasileiro.

4. A proteção atual do consumidor internacional pelo ordenamento mercosulino³⁷.

O MERCOSUL³⁸, atento à necessidade de participação do consumidor no mercado intracomunitário como agente econômico³⁹, vem estudando fórmulas para proporcionar proteção comunitária ao consumidor mercosulino, mas não vem obtendo progressos significativos nesse sentido.

O Grupo Mercado Comum⁴⁰ editou em 1994 a Resolução 126/94, norma de direito internacional privado⁴¹, cujo art. 2º. dispõe que, até a

³⁶ Cite-se, a título de exemplo, o seguinte aresto do STJ, 4a Turma, in verbis: “Recurso Ordinário no.19 – BA (2001/0097788-3), Rel. Min. César Asfor Rocha, Recorrente Vera Lúcia dos Santos, Recorrido Viação Aérea São Paulo – VASP e Reino da Espanha, j. 21.08.2003, DJU 13.10.2003. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO INTERNACIONAL.IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA CONTRA ESTADO ESTRANGEIRO.É incompetente a Justiça brasileira para processar e julgar ação indenizatória de fato ocorrido fora de seu território, salvo as hipóteses contidas no art. 88, I e II, do Código de Processo Civil, ante a limitação da soberania.Recurso conhecido, mas improvido.”

³⁷ Sobre a formação do MERCOSUL, suas características e seu direito institucional ver PEREIRA, Ana Cristina Paulo. Direito institucional e material do MERCOSUL. Rio:Lumen Juris, 2001; ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. Mercosul & União Européia – estrutura jurídico-institucional. 2a. ed. Curitiba:Juruá, 2001. Sobre os direitos do consumidor no Mercosul, ver obra de KLAUSNER, E.A., já citada, Direitos do Consumidor no Mercosul e na União Européia – Acesso e Efetividade.

³⁸ São membros do Mercosul: República Federativa do Brasil, República Argentina, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai. São Estados Associados ao Mercosul: República do Chile, República da Bolívia, República do Equador, República do Peru, República da Colômbia e República Bolivariana da Venezuela. A Venezuela está em processo de adesão como membro do Mercosul.

³⁹ Tratado de Assunção de 1991, preâmbulo, segundo e sétimo parágrafos: “Considerando que a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, por meio da integração, constitui condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social; [...] Convencidos da necessidade de promover o desenvolvimento científico e tecnológico dos Estados-Partes e de modernizar suas economias para ampliar a oferta e a qualidade dos bens e serviços disponíveis, a fim de melhorar as condições de vida de seus habitantes;”.In RITCHER, Karina. Consumidor & MERCOSUL. Curitiba:Juruá, 2002, p.91

⁴⁰ Órgão executivo do MERCOSUL, subordinado ao Conselho Mercado Comum (órgão supremo do bloco), cuja atribuição é implementar as Decisões do Conselho Mercado Comum e fixar programas de trabalho para a condução do processo de integração econômica.

⁴¹ Assim a classifica MARQUES, Claudia Lima. Direitos do Consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse. Revista de Direito do Consumidor, n. 32, São Paulo:RT, out./dez de 1999, p.24.

aprovação de um Regulamento comum para a defesa do consumidor, cada Estado-Parte aplicará sua própria legislação sobre a matéria em relações de consumo intracomunitárias, instituindo assim a aplicação da regra do *mercado de destino*⁴².

O regulamento comum que unificaria os direitos dos consumidores nos Estados-Partes⁴³, denominado Protocolo de Defesa do Consumidor do Mercosul, foi apresentado, aprovado e assinado pelo Ministério da Justiça brasileiro em 29/11/1997, mas foi recusado pela Delegação brasileira na Comissão de Comércio do Mercosul em 10/12 do mesmo ano, durante a XXV reunião, realizada em Montevideú. O Protocolo assegurava direitos muito inferiores ao assegurado pela legislação brasileira, o que representaria um verdadeiro retrocesso na história da defesa do consumidor no Brasil e no continente, pois a sua incorporação ao ordenamento brasileiro significaria a revogação das disposições da Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, inclusive reduzindo o âmbito do conceito de ‘consumidor’ ao tutelar somente os sujeitos de relação contratual de consumo.

Não aprovado o regulamento comum que dispunha sobre direito substantivo, ficou sem poder entrar em vigor o Protocolo de Santa Maria sobre jurisdição internacional em matéria de relações de consumo aprovado pelo CMC em 1996⁴⁴, pois seu artigo 18 dispõe:

“Art. 18. A tramitação da aprovação do presente Protocolo no âmbito de cada um dos Estados Partes, com as adequações que forem necessárias, somente terá início após a aprovação do ‘Regulamento Comum Mercosul de Defesa do Consumidor’ em sua totalidade, inclusive eventuais anexos, pelo Conselho do Mercado Comum.”

Não há justificativa para vincular o Protocolo de Santa Maria a futuras Resoluções do MERCOSUL, pois tanto aquele quanto estas tratam de

⁴² “Artigo 2o. Até que seja aprovado um regulamento comum para a defesa do consumidor no Mercosul, cada Estado-Parte aplicará sua legislação de defesa do consumidor e regulamentos técnicos pertinentes aos produtos e serviços comercializados em seu território. Em nenhum caso, essas legislações e regulamentos técnicos poderão resultar na imposição de exigências aos produtos e serviços oriundos dos demais Estados-Partes superiores àquelas vigentes para os produtos e serviços nacionais ou oriundos de terceiros países.”

⁴³ Na época, só o Brasil e a Argentina possuíam leis específicas sobre direito do consumidor.

⁴⁴ Decisão Mercosul/CMC/Dec. 10/96.

matérias diferentes. O Protocolo dispõe sobre direito processual e o futuro Regulamento sobre direito material. Se não existe acordo no pertinente ao estabelecimento de um direito material comum para os consumidores mercosulinos, tal fato não deveria ser impeditivo para a vigência de regras processuais que permitirão o efetivo exercício dos direitos desses consumidores, garantidos pelas leis de seus domicílios ou pelo direito indicado pela regra de conexão mercosulina de aplicação do direito material do mercado de destino. No entanto, a redação do artigo 18 é categórica e impede o vigor do Protocolo.

As demais medidas tomadas neste domínio também não foram adiante especialmente em razão de obstáculos político-econômicos decorrentes dos diferentes níveis de proteção ao consumidor entre os Estados-Sócios⁴⁵.

A conseqüência é que, na prática, ao litigar com fornecedor estrangeiro situado no MERCOSUL, as condições do consumidor brasileiro não são significativamente melhores do que quando litiga com fornecedor estrangeiro de Estado que não seja sócio do MERCOSUL, uma vez que não existe uma norma comunitária específica para consumidores sobre matéria processual entre os Estados-Sócios, e a regra de conexão comunitária de Direito Internacional Privado (Resolução GMC n. 126/94) remete a solução do mérito da demanda ao direito do local onde é fornecido o produto ou serviço ao consumidor.

O consumidor mercosulino litigante terá a seu favor o Protocolo de Las Leñas⁴⁶ sobre cooperação judiciária em matéria cível e comercial, o Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto de 1994 e algumas disposições comunitárias que facilitam o litígio internacional no MERCOSUL, mas nenhuma norma material ou processual específica para aplicação ao consumo transfronteiriço.

⁴⁵ MARQUES, Claudia Lima. Direitos do consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse. Revista de Direito do Consumidor, n. 32. São Paulo:RT, out./dez. de 1999, p. 24-28.

⁴⁶ Este protocolo prevê, entre outros temas, o reconhecimento e a execução de sentença estrangeira prolatada por órgão judiciário ou arbitral dos Estados-Membros através de carta rogatória executória, procedimento que auxilia e simplifica muito a obtenção de eficácia e efetividade das decisões judiciais no espaço mercosulino, favorecendo a circulação de decisões judiciais no mercado comum. Ver sobre o tema TIBURCIO, Carmen. As cartas rogatórias executórias no direito brasileiro no âmbito do MERCOSUL. In Processo de Execução. S.Paulo:RT, 2001, pp. 286 et seq.. Sobre o tema no Brasil e nos demais Sócios do Mercosul, ver KLAUSNER, E. A., Direitos do Consumidor no Mercosul e na União Européia – Acesso e Efetividade, obra já citada, p. 255-258 e 269-277.

Todos os atos a serem realizados no exterior serão realizados através do tradicional sistema de cartas rogatórias⁴⁷. As cartas rogatórias em regra correrão no juízo rogado gratuitamente, salvo se ocasionem custos especiais ou haja a intervenção de peritos, nos termos do artigo 15 do citado Protocolo de Las Leñas.

O consumidor poderá gozar de assistência jurídica gratuita, pois os Estados-Sócios firmaram um acordo sobre o benefício da justiça gratuita e assistência jurídica gratuita em 15.12.2000 através de Decisão do Conselho Mercosul CMC/DEC.49/00, e outro do mesmo teor com os associados Chile e Bolívia, CMC/DEC.50/00, os quais visam a garantir aos nacionais dos Estados-Partes a assistência jurídica e a sua manutenção quando da execução de qualquer ato em território de outro Estado-Sócio ou Associado.

Para os litígios nos quais o consumidor brasileiro é ativo, ou seja, se foi a um Estado-Sócio do MERCOSUL e lá consumiu e pretende sustentar demanda no domicílio do fornecedor, o “Acordo Interinstitucional de Entendimento entre os Órgãos de Defesa do Consumidor dos Estados Partes do MERCOSUL para a Defesa do Consumidor Visitante”, firmado em Buenos Aires, Argentina, no dia 03 de junho de 2004, poderá ampará-lo. Nesse acordo, comprometem-se os referidos órgãos a reciprocamente prestarem auxílio jurídico ao consumidor de Estado-Parte em visita a outro Estado-Parte no qual se envolva em conflito de consumo com fornecedor do Estado-Parte que visita⁴⁸. Apesar da boa intenção das partes, só em casos excepcionais o consumidor poderá realmente se valer deste instrumento, pois normalmente a viagem turística não é superior a alguns dias, tempo insuficiente para se resolver qualquer litígio através de órgãos judiciais ou extrajudiciais de soluções de controvérsias.

⁴⁷ Enquanto não houver convenção sobre a matéria, a citação e a intimação de partes situadas no MERCOSUL não poderá ser via postal, apenas por via de carta rogatória, sob pena de não ser considerado o ato válido, não produzindo efeitos, e, posteriormente, impedindo o reconhecimento e a execução da sentença estrangeira. No Brasil, por exemplo, a ausência da observância da citação e intimação através de carta rogatória, obedecendo-se às formalidades legais, impede a homologação da sentença estrangeira conforme frisa DOLINGER, Jacob. *Brasilian Confirmation of Foreign Judgments*. In *International Lawyer*, V.19, n.3. Summer, 1985, A Quartely Publication of the Section of International Law and Practice/ABA, pp. 861-864.

⁴⁸ Disponível na íntegra no sítio www.mj.gov.br.

5. As perspectivas para o aprimoramento da proteção do consumidor internacional.

A intensificação das relações de consumo no plano internacional e as soluções locais para os conflitos têm levado os juristas a se debruçarem sobre o tema com especial atenção na busca de instrumentos legais nacionais e internacionais que proporcionem soluções justas e harmônicas ao conflito de consumo, de modo a proteger o consumidor em sua debilidade sem onerar exageradamente o fornecedor internacional, como passa-se a demonstrar.

5.1. No ordenamento jurídico nacional.

No âmbito nacional, estuda-se no Ministério da Justiça a inclusão de um inciso IV no artigo 88 do Código de Processo Civil (CPC), inciso que, em sua letra “b”, determinaria a competência internacional da autoridade judiciária brasileira em razão do domicílio do consumidor no Brasil em conflitos internacionais de consumo⁴⁹.

A vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor decorre estruturalmente da relação de consumo contemporânea, como já exposto inicialmente, a qual o Estado deve reparar intervindo na relação jurídica mantida pelos sujeitos de modo a criar mecanismos nos quais este desequilíbrio seja reduzido, preservando assim uma situação de paridade entre os sujeitos de modo que o consumidor goze de todas as vantagens da relação de consumo como o faz o fornecedor. Isso inclui medidas protetivas de variadas espécies, destacando-se as que proporcionem ao consumidor efetivo acesso à Justiça. Entre essas medidas que visam

⁴⁹ O artigo 94 do Anteprojeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional previa a inclusão de um inciso IV, letra “b”, no artigo 88 do Código de Processo Civil brasileiro (CPC), determinando a competência internacional brasileira quando o autor tivesse domicílio ou residência habitual no Brasil “nas relações de consumo”. No encontro de especialistas com os membros da Comissão do Anteprojeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional presidida pela Dra. Claudia Chagas, Secretária Nacional de Justiça, organizada pelo Professor e Juiz Federal Dr. Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva e coordenada pelo Dr. Antenor Madruga, Diretor do DRCI-MJ, realizado na Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2005, da qual tivemos a honra de participar a convite do organizador e da Professora Dra. Carmen Tiburcio (membro da comissão), foi decidido que a alteração do artigo 88 seria retirada do Anteprojeto e incluída em outro projeto dedicado especificamente à reforma do Código de Processo Civil.

aproximar o consumidor da Justiça, a mais importante é conceder-lhe um foro favorável para que a ausência desse foro não o impeça ou desestimele a propor ou a se defender em uma ação judicial.

Diante da especial condição do consumidor, têm as legislações nacionais outorgado ao consumidor a prerrogativa de processar o fornecedor ou por ele ser processado, no seu domicílio⁵⁰. E tal privilégio tem se repetido, e com mais razão, nas convenções que disciplinam a jurisdição internacional dos Estados⁵¹.

No litígio internacional de consumo, obrigar o consumidor a processar o fornecedor no seu domicílio no estrangeiro significa, via de regra, abortar qualquer pretensão reparatória do consumidor em razão das dificuldades já elencadas anteriormente, especialmente o alto custo que representa sustentar um litígio no estrangeiro. Por sua vez, permitir que o consumidor seja processado no estrangeiro é ainda pior, pois o direito constitucional a ampla defesa⁵² ficará inegavelmente aviltado em razão da impossibilidade do consumidor de dirigir-se ao estrangeiro para defender-se. A preocupação de regular tal questão por parte das autoridades nacionais é, portanto, merecedora de encômio.

No entanto, apesar de ser elogiosa a iniciativa do Ministério da Justiça, considera-se que a determinação da competência internacional brasileira para conflitos internacionais de consumo não deve ser estipulada em artigo processual que estabelece competência internacional concorrente, como é o caso do artigo 88 do CPC.

Inserir um inciso sobre competência internacional brasileira em matéria de relações de consumo no artigo 88 do CPC é admitir que a Justiça de outro Estado seja também competente para processar e julgar a demanda de consumo internacional envolvendo consumidor brasileiro, e implicar em homologação da sentença judiciária estrangeira no Brasil, dando-lhe reconhecimento, eficácia e executividade. O consumidor, sendo a parte débil da relação de consumo internacional, não pode ser eventualmente

⁵⁰ Conforme ocorre no ordenamento brasileiro, especialmente em razão de uma rica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

⁵¹ Ver Regulamento n. 44/2001/CE, por exemplo.

⁵² Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5o., inciso LV.

obrigado a se submeter a processo e julgamento no estrangeiro. Os tribunais brasileiros, como esclarecido anteriormente ao discorrer sobre a competência internacional do foro do domicílio do consumidor, são uníssonos em determinar o foro de domicílio do consumidor como o absolutamente competente para demandas de consumo, só admitindo outro foro competente se favorável ao consumidor. Na lide internacional, dificilmente um foro situado no estrangeiro será favorável ao consumidor.

Assim sendo, sugere-se que a determinação da jurisdição internacional brasileira em matéria de demandas internacionais de consumo se faça por inserção de um novo inciso no artigo 89 do CPC, artigo que prevê a competência internacional exclusiva da autoridade judiciária brasileira sobre as matérias que arrola.

5.2. No ordenamento jurídico mercosulino.

No Mercosul, para a inserção do consumidor como importante agente econômico no processo de integração, é preciso segurança jurídica. Essa segurança só pode ser efetivamente proporcionada por meio de uma plataforma de direito processual civil internacional segura e eficiente, capaz de superar as fronteiras jurisdicionais dos Estados-Sócios de maneira eficaz quando se instaurar o litígio entre o consumidor e o fornecedor intracomunitário para reparar eventual lesão a direito do consumidor mercosulino, sem a burocracia, lentidão e alto custo dos tradicionais instrumentos de Direito Internacional Privado.

As normas que dispõem sobre a jurisdição são exaradas pelos Estados unilateralmente e não produzem efeitos em outros Estados. Em razão disso, por vezes mais de um Estado pode-se considerar competente para a solução de determinado litígio ocasionando o que a doutrina denomina conflito de jurisdições. Pode ocorrer, também, que nenhum Estado atribua a si competência para julgamento do litígio, quando então ter-se-á um conflito negativo de jurisdições. Por isso, é imprescindível a distribuição e regulação das jurisdições internacionais dos Estados mercosulinos por meio de instrumento internacional adequado, como faz a Comunidade Européia desde 1968, inicialmente adotando a Convenção de Bruxelas e hoje por meio do Regulamento n. 44/2001. Quando se trata de proteger

o consumidor no plano internacional, a existência ou não de normas comunitárias sobre competência internacional significa para o consumidor a diferença entre obter efetivamente justiça ou não, em razão da vulnerabilidade intrínseca que caracteriza o consumidor, inclusive no plano processual.

O Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo, o qual visa estabelecer de maneira uniforme a competência internacional dos Estados-Partes do Mercosul de forma a assegurar ao consumidor a prerrogativa de demandar e ser demandado somente no foro de seu domicílio, e também disciplinar outras questões de natureza processual internacional, aguarda vigor há mais de dez anos por força do seu art. 18, como viu-se anteriormente.

O acima citado artigo 18 dispõe que a tramitação da aprovação do Protocolo no âmbito de cada um dos Estados-Partes somente terá início após a aprovação do Regulamento Comum Mercosul de Defesa do Consumidor em sua totalidade, inclusive eventuais anexos, pelo Conselho do Mercado Comum. O citado Regulamento não foi aprovado e, apesar dos estudos desenvolvidos pela CT 7⁵³, não existe nenhuma expectativa de que o citado Regulamento Comum venha a ser aprovado futuramente para os Estados-Sócios⁵⁴.

O vigor do Protocolo de Santa Maria, apesar de sua deficiente redação a qual não abrange todas as situações e relações tipicamente de consumo - uma vez que o seu artigo 1º limita o âmbito material do tratado à determinação da jurisdição internacional em matéria de relações de consumo derivadas de determinadas espécies de contratos⁵⁵ -, já poderia incrementar as relações de consumo no mercado integrado e, principalmente, já proporcionaria um razoável nível de proteção ao consumidor mercosulino.

⁵³ Comitê Técnico da Comissão de Comércio – CT 7, com atribuição específica para estudar e propor medidas comunitárias de defesa dos direitos dos consumidores no mercado único, valendo-se da técnica europeia de harmonização preconizada no Tratado de Assunção, artigo 1o.

⁵⁴ A proteção ao consumidor preconizada pelo Regulamento era inferior à proporcionada pelo Código de Defesa do Consumidor, por isso o Regulamento foi rejeitado pelo Brasil.

⁵⁵ Sobre as deficiências do Protocolo de Santa Maria e sugestões para a sua reedição, ver artigo de KLAUSNER, Eduardo Antônio. Jurisdição internacional em matéria de relações de consumo no MERCOSUL: sugestões para a reedição do Protocolo de Santa Maria. In Revista de Direito do Consumidor, abril/junho de 2005, v. 54, p.116-143, ou (parcialmente alterado e devidamente atualizado) na obra já citada Direitos do Consumidor no MERCOSUL e na União Europeia, Anexo.

Espera-se que as autoridades mercosulinas ultrapassem este verdadeiro estado de letargia e, estimuladas pela reunião de cúpula do Mercosul realizada em janeiro de 2007, despertem para a necessidade de aprofundar a integração incluindo o consumidor no processo econômico através de um efetivo e adequado cabedal de instrumentos que proporcionem segurança jurídica.

5.3. Nos trabalhos da Conferência Interamericana Especializada em Direito Internacional Privado – CIDIP n. VII, da Organização dos Estados Americanos (OEA).

A Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, por intermédio das Resoluções AG/RES. 1923 (XXXIII-O/03) e 2033 (XXXIV-O/04), convocou a Sétima Conferência Interamericana Especializada em Direito Internacional Privado (CIDIP-VII) e instruiu o Conselho Permanente a consultar os Estados sobre os possíveis tópicos da agenda. Com base na consulta realizada, a Assembléia Geral, pela Resolução AG/RES 2065 (XXXV-O/05), formalmente aprovou a agenda para a CIDIP-VII com dois temas, o primeiro, do nosso interesse, versando sobre Proteção do Consumidor, incluindo Lei Aplicável à Relação de Consumo, Jurisdição e Compensações Monetárias (Convenções e Leis Modelo).

A metodologia dos trabalhos preparatórios foi estabelecida em 19 de outubro de 2005 pelo Comitê sobre Negócios Jurídicos e Políticos⁵⁶, ligado ao Conselho Permanente, e os Países-membros da OEA foram convidados a apresentar propostas e projetos para cada um dos tópicos aprovados pela Assembléia Geral.

A Delegação brasileira apresentou um projeto de convenção sobre escolha da lei aplicável às relações de consumo; a delegação dos Estados Unidos da América apresentou um *outline* para um projeto de lei modelo sobre mecanismos de compensação e reparação monetária; e a delegação do Canadá apresentou um projeto sobre jurisdição e proteção do consumidor no comércio eletrônico.

⁵⁶ CP/CAJP-2309/05.

Foi admitido, também, como estudo paralelo, uma proposta da delegação do Uruguai para uma convenção sobre jurisdição internacional, segundo os termos do documento que dispõe sobre os trabalhos preparatórios, mas na verdade a proposta uruguaia abrange questões envolvendo jurisdição internacional, processo civil internacional e escolha do direito aplicável à relação de consumo litigiosa, como se pode constatar do teor do citado projeto⁵⁷.

A delegação da Argentina apresentou, como contribuição para os trabalhos, o texto do Protocolo de Santa Maria, que considera adequado para a proteção do consumidor.

O objetivo principal da CIDIP-VII é a produção de uma convenção sobre escolha do direito aplicável a relações de consumo litigiosas, - que pode ou não incluir matéria envolvendo jurisdição internacional⁵⁸ -, e de uma lei-modelo sobre compensações monetárias. Pretende-se que a convenção providencie um sistema para determinar regras em caso de litígios em matéria de consumo, e a lei-modelo complemente o sistema de proteção ao focar sobre mecanismos práticos para reparação monetária do consumidor. Os dois instrumentos, assim, cobririam os mais relevantes aspectos sobre proteção do consumidor nas Américas, segundo declaração oficial da OEA.

No início de dezembro de 2006, foi realizada no Brasil, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na cidade de Porto Alegre, a reunião preparatória à CIDIP-VII, no qual foram analisadas e discutidas as propostas, sendo a proposta do Brasil emendada com sugestões dos delegados participantes e um novo projeto apresentado⁵⁹. Por sua vez, o Uruguai abandonou a sua proposta paralela, (CP/CAJP-2094/03 add. 6.b, Resolução AG/RES. 2065, da autoria do Ilustre Professor Dr. Eduardo Tellechea Bergman),

⁵⁷ Todas as propostas e projetos podem ser conferidos em www.oas.org. Nosso estudo tem por base as propostas apresentadas para a CIDIP-VII e existentes no site da OEA até 25.03.2007. Deve ser considerado que, em decorrência dos trabalhos das delegações envolvidas, as propostas podem ser alteradas (como já aconteceu com a proposta brasileira, segundo informou em 21.11.2006, ao redator do presente artigo, a Professora Claudia Lima Marques, autora da proposta brasileira. Frise-se que as alterações até agora sugeridas para a proposta brasileira não a modificaram significativamente. A nova proposta brasileira não estava disponível no site da OEA até 08.06.2007.).

⁵⁸ A Organização intenta discutir amplamente a questão de jurisdição internacional numa próxima CIDIP, conforme se constata dos temas arrolados em seu site para futuras CIDIPs.

⁵⁹ A nova proposta brasileira poderá ser consultada no site da OEA, já citado, futuramente, pois até 08.06.2007 não estava disponível.

para apoiar o projeto brasileiro, conforme notícia dada ao articulista pela Professora Titular de Direito Internacional Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Dra. Claudia Lima Marques, autora da proposta brasileira. Analisar-se-ão, a seguir, os projetos ainda em discussão.

5.3.1. A proposta brasileira para uma convenção interamericana sobre lei aplicável às relações interamericanas de consumo.

A proposta apresentada pelo Brasil (CP/CAJP-2094/03 add. 3-a⁶⁰), da autoria de Claudia Lima Marques, trata-se de um projeto de convenção sobre escolha do direito aplicável a transações de consumo internacionais nas Américas⁶¹. Para tanto prevê regras específicas sobre a definição de consumidor e estabelece que o contrato de consumo, especialmente o concluído eletronicamente, deverá ser governado pela lei do país de domicílio do consumidor ou pela lei mais favorável ao consumidor, com exceção de alguns casos específicos cobertos por outros tratados internacionais, como os relativos a transportes e seguros.

O projeto brasileiro também sugere regras específicas concernentes a determinados tipos de contratos de consumo que apresentam peculiaridades próprias, como os referentes a viagem e turismo e *timesharing*.

A proposta brasileira, como se constata do texto explicativo que a acompanha⁶², está inspirada nas mais variadas fontes internacionais. A sua autora busca, na redação de cada artigo, inspiração em consagrados

⁶⁰ Disponível no site da OEA, ou com comentários na obra de Claudia Lima Marques, *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. 2004, São Paulo:RT.

⁶¹ Sobre o tema ver MARQUES, Claudia L. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado – Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. In MARQUES, Claudia Lima e ARAUJO, Nadia de (organizadoras). *O Novo Direito Internacional – Estudos em Homenagem a Erik Jayme*. 2005, Rio:Renovar, p. 141-194; e ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais de consumo nas Américas e no Mercosul: Regulamentação atual e a proposta brasileira para uma Convenção Interamericana na CIDIP VII*. In TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luis Roberto (organizadores). *O Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*, Rio:Renovar, 2006, p. 705-736.

⁶² Também disponível no site da OEA.

textos normativos internacionais, comunitários, norte-americanos, europeus e sul-americanos, o que é extremamente positivo, pois aproveita a experiência de normas que estão em vigor e já sofreram suficiente exame doutrinário e jurisprudencial sobre sua eficiência e efetividade. Por outro lado, assegura que os textos dos artigos reflitam princípios dominantes em matéria de direito do consumidor na legislação de diversos países, universalidade necessária em tratados multilaterais da grandeza dos realizados pela CIDIP.

A proposta brasileira, além de sua excepcional redação, tem também o mérito da brevidade. Será um pequeno tratado que, em poucos artigos, soluciona sem grande margem para dúvidas ou interpretações, o importante problema da lei aplicável às relações de consumo internacionais, propiciando que as decisões dos tribunais dos Estados-Partes sejam uniformes, dando segurança jurídica aos consumidores e fornecedores por ele beneficiados.

O primeiro artigo define o consumidor como sendo aquele que adquire ou usufrui produto ou serviço fornecido por profissional, para fins privados. Esta definição é a que minimamente vem sendo adotada pelas legislações consumeristas, especialmente no continente americano. Mas, apesar de apresentar um conteúdo mínimo, no seu n. 4, permite a existência de conceitos mais amplos (como ocorre no direito brasileiro) de consumidor, inclusive a figura do consumidor equiparado. Logo, não deverá encontrar resistência por parte dos Estados-membros da OEA, pois o consumidor protegido pela Convenção será o consumidor caracterizado e definido também pela legislação nacional do Estado-Parte⁶³.

⁶³ Art. 1 - Definición de Consumidor 1. A los efectos de esta Convención se entiende por Consumidor cualquier persona física que, frente a un profesional y en las transacciones, contratos y situaciones comprendidas por esta Convención, actúe con fines que no pertenezcan al ámbito de su actividad profesional. 2. Se consideran también consumidores a los terceros pertenecientes a la familia del consumidor principal u otros acompañantes, que usufructúan directamente los servicios y productos contratados, en los contratos comprendidos por esta Convención, como destinatarios finales. 3. Para el caso de los contratos de viaje y de tiempo compartido, se considerarán consumidores: a. el contratante principal o la persona física que compra o se compromete a contratar un viaje combinado o no, o un tiempo compartido para su uso próprio; b. los beneficiarios o terceras personas en nombre de las cuales contrata o se compromete el contratante principal a contratar el viaje o paquete turístico y los que usufructúan del viaje o del tiempo compartido por algún espacio de tiempo, aunque no sean contratantes principales; c. el cesionario o la persona

O artigo 2º., que trata da proteção contratual geral⁶⁴, e o artigo 3º., sobre normas imperativas, possuem redação clara e precisa. O citado artigo 3º. traz a vantagem de estender ao consumidor as normas imperativas do foro do fornecedor, nas hipóteses em que arrola, para melhor proteção do consumidor sem surpreender o fornecedor já acostumado com as normas do seu domicílio. O artigo 4º. é inovador e se vale do princípio da proximidade em favor do consumidor⁶⁵.

O artigo 5º., especifica quais relações de consumo não estão no domínio da convenção por estarem cobertos por outros tratados, como é o caso de transportes interamericanos e seguros, ou por existirem outras convenções específicas sobre relações de consumo, o que manterá a juventude e vitalidade desta convenção como norma geral interamericana sobre o tema.

Por fim, os artigos 6º. e 7º. tratam especificamente de contratos de consumo tipicamente pós-modernos e cada vez mais difundidos, como os de turismo e multipropriedade, os quais vêm recebendo tratamento específico na legislação europeia e nos países do Mercosul.

física o jurídica a la cual el contratante principal o beneficiario cede el viaje o paquete turístico o los derechos de uso; 4. Si la ley indicada como aplicable por esta convención definiese de forma más amplia o benéfica quien debe ser considerado consumidor o equiparase a otros agentes como consumidores, o el juez competente puede tener en cuenta esta extensión del campo de aplicación de la convención, si fuese más favorable a los intereses del consumidor. (capturado em 08.06.2007 in http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicabel_propuestabrazil.htm).

⁶⁴ Art. 2 - Protección contractual general 1. Los contratos y las transacciones realizadas en las que participen consumidores, especialmente los contratos celebrados a distancia, por medios electrónicos, de telecomunicaciones o por teléfono, encontrándose el consumidor en el país de su domicilio, serán regidos por la ley de ese país o por la ley que fuera más favorable al consumidor, a elección de las partes, sea la ley del lugar de celebración del contrato, la ley del lugar de ejecución, de la prestación más característica, o la ley del domicilio o sede del proveedor de los productos o servicios. 2. Los contratos celebrados por el consumidor estando fuera del país en el cual se domicilió se regirán por la ley que resulte elegida por las partes, quienes podrán optar por la ley del lugar de celebración del contrato, la ley del lugar de ejecución o la del domicilio del consumidor. (este e os demais artigos da proposta brasileira foram capturados no site acima citado).

⁶⁵ Art. 4 - Cláusula de excepción 1. La ley indicada como aplicable por esta Convención puede no ser aplicable en casos excepcionales, si, teniendo en vista todas las circunstancias del caso, la conexión con la ley indicada como aplicable resultara superficial y el caso se encontrara más estrechamente vinculado con otra ley más favorable al consumidor.

5.3.2. A proposta estadunidense para uma lei modelo sobre mecanismos para reparações monetárias ao consumidor interamericano lesado.

Os Estados Unidos da América apresentaram um esboço com sugestões para um projeto de lei modelo sobre mecanismos de compensação monetária em litígios de consumo para proteção do consumidor – *Draft of Proposal for a Model Inter-american Law on Availability of Consumer Dispute Resolution and Redress for Consumers* (CP/CAJP-2424/06) - por entenderem ser particularmente importante assegurar a reparação aos consumidores que sofrem danos de pequena monta. O objetivo é complementar o sistema a ser adotado pela convenção interamericana, bem como os demais meios de proteção aos consumidores existentes no âmbito nacional de cada Estado.

A proposta norte-americana sugere várias maneiras possíveis pelas quais o consumidor lesado possa obter uma reparação econômica: mecanismos judiciais, (inclusive por meio de órgãos jurisdicionais existentes para causas de pequeno valor); processos administrativos para reclamações de pequenos valores; ações a serem movidas por órgãos governamentais (*parens patriae*); e atuação de associações privadas.

A intenção é estabelecer princípios básicos, gerais e uniformes para a proteção do consumidor, por exemplo, o reconhecimento de sua vulnerabilidade diante do fornecedor, bem como convencionar o estabelecimento, pelos países americanos, de procedimentos de baixo custo, eficientes e ágeis para reparação dos consumidores interamericanos lesados. O projeto não prevê a regulação dos procedimentos propriamente dita. Como esclarece a proposta⁶⁶, trata-se de uma lei-modelo “conceitual”.

5.3.3. A proposta canadense para uma lei modelo ou convenção sobre proteção do consumidor no comércio eletrônico.

A proposta canadense - *Model Law or Convention on Consumer Protection in E-commerce* (CP/CAJP-2094/03 add. 5-a) – tem por objetivo

⁶⁶ A íntegra está no site da OEA.

uma convenção ou lei modelo sobre jurisdição internacional e, também (apesar de não constar no título da proposta), sobre cláusula de escolha do direito aplicável ao contrato de consumo, especialmente aos travados pela internet e conhecidos como B2C. Destaque-se que o objetivo do Canadá é que a lei modelo ou convenção resultante de sua proposta seja aplicável a todas as relações de consumo transfronteiras, conforme deixa claro na nota diplomática de sua representação (NO-OAS-0467, de 10.12.2004).

A OEA sugere análise da proposta canadense em conjunto com as propostas estadunidense e brasileira, especialmente no que se refere às questões de jurisdição em transações eletrônicas não cobertas pelos outros projetos⁶⁷.

A proposta canadense busca a proteção do consumidor transfronteiras e ressalta que o instrumento que surgir dos trabalhos da CIDIP deve considerar os seguintes aspectos: 1) a proteção do consumidor *on line* não deve ser menos eficaz que a proporcionada ao consumidor que se vale dos meios tradicionais de comunicação; 2) os consumidores devem gozar dos benefícios da proteção que normalmente lhes oferecem as leis do seu domicílio; 3) a norma legal deve ser tecnologicamente neutra e não estabelecer discriminações entre formas, meios ou instrumentos tecnológicos utilizados na formação da relação de consumo; 4) deve haver certeza a respeito das normas aplicáveis aos participantes da relação internacional de consumo, para que possam todos os agentes interessados na relação jurídica vislumbrar sua situação jurídica antes de celebrar transações de consumo; 5) o risco jurídico de operar *on line* não deve ser desproporcional com a conexão de um fornecedor à legislação e aos tribunais do foro pertinente; 6) os fornecedores devem poder optar por operar ou não dentro do marco jurídico de determinado Estado; 7) as normas sobre conflitos de leis não devem ser um impedimento ao contínuo crescimento do comércio eletrônico.

A proposta canadense merece crítica, uma vez que existe um descompasso entre as intenções que a mobilizam e o texto legal que apresenta como proposta de convenção, no qual a vulnerabilidade do consumidor não é protegida integralmente; pelo contrário, alguns dos

⁶⁷ Através do Department of International Legal Affairs, Organization of American States – OAS.

artigos sugeridos no seu anteprojeto permitem situações nas quais o consumidor acaba por restar desprotegido e ainda mais vulnerável.

O projeto, como um todo, também deixa muito espaço para a interpretação judicial em matéria de jurisdição internacional, o que pode acarretar no futuro uma plêiade de decisões judiciais contraditórias nos diversos Estados do continente americano e minará a eficácia do instrumento internacional, uma vez que não existe um tribunal interamericano competente para uniformizar a interpretação dos tratados interamericanos de direito internacional privado.

O projeto canadense é dividido em duas partes e dois documentos⁶⁸, um para jurisdição internacional e outro dedicado a disposições sobre cláusula contratual para escolha do direito aplicável. Analisar-se-ão a seguir os dispositivos que entendemos mais relevantes no projeto.

5.3.3.1. A primeira parte da proposta canadense: disposições sobre jurisdição internacional⁶⁹.

O documento canadense está dividido em “partes” e “números” com redação extensa e vários itens e parágrafos. A proposta não está sistematizada em artigos com a estrutura dos artigos das leis brasileiras, o que é compreensível por tratar-se ainda de uma proposta.

A “Parte 1” trata da “Competência”. No número 1 desta Parte 1 vem definido o que são contrato de consumo, procedimento com relação a um contrato de consumo, residente habitual, demandante, *vendedor*⁷⁰ (vendedor, o equivalente a fornecedor), jurisdição do vendedor (fornecedor). As definições sugeridas no projeto são quase todas similares às brasileiras, salientando-se que a definição de contrato de consumo sugerida no projeto canadense é a de adotar-se a conceituação estabelecida na legislação do Estado-parte. Ao encaminhar seu projeto a OEA, o Canadá comenta que talvez seja necessário padronizar um conceito

⁶⁸ A proposta canadense, assim como todos os demais projetos, podem ser facilmente obtidos no site da OEA, www.oas.org.

⁶⁹ Capturada em 25.03.2007 in http://www.oas.org/dil/esp/La_Competencia_sobre_los_contrato_de_consumo_Canada.pdf.

⁷⁰ Vendedor é vendedor em português, inglês e espanhol, no entanto, adota-se no Brasil o termo técnico específico de fornecedor para o profissional que põe no mercado bens e serviços para consumo.

no qual se estabeleça ser o contrato de consumo o entabulado por indivíduo com um profissional para a aquisição de bens e serviços para fins privados e não profissionais. Não há definição jurídica de “consumidor”⁷¹. A competência jurisdicional é tratada nos demais artigos.

Merece crítica a tentativa de se estabelecer definições minuciosas, pois tratando-se de uma convenção sobre jurisdição internacional em matéria de relações de consumo, ou mesmo uma lei-modelo, basta afirmar ter a mesma por objeto determinar a jurisdição internacional em matéria de relações de consumo e deixar para o direito nacional, ou para outra convenção, definir quem é consumidor, fornecedor, contrato de consumo, relações de consumo, produtos e serviços. Convenções sobre jurisdição internacional se destinam a serem plataformas processuais que proporcionem ao vulnerável litigar no plano internacional, não devem restringir o acesso à Justiça, mas facilitar, mormente no cenário americano onde não há uniformidade nos conceitos jurídicos sobre consumidor, contratos de consumo e relações de consumo. Na Comunidade Européia, o fato do Regulamento n. 44/2001, no seu artigo 15, conceituar consumidor restringiu inesperadamente o acesso à Justiça de consumidores com proteção material assegurada em Diretivas comunitárias por não se enquadrarem no conceito do Regulamento n. 44/2001⁷², e o mesmo pode acontecer aqui ao se tentar estabelecer definições de direito material.

Pela lei brasileira a relação de consumo, como já se viu anteriormente, não se limita a uma relação contratual, logo, se internalizada a convenção nestes termos alteraria a Lei n. 8.078/90 em detrimento do consumidor brasileiro, o que representaria um enorme retrocesso e não seria tolerado pela sociedade, especialmente pelas associações de defesa do consumidor.

Por outro lado, a definição de contrato de consumo da proposta canadense caracteriza o consumidor de modo mais amplo do que a

⁷¹ No Brasil, nos termos do artigo 2o. do Código de Defesa do Consumidor, consumidor podem ser tanto pessoas físicas ou jurídicas, além do parágrafo único do citado artigo equiparar a consumidor “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

⁷² ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando. La Protección de los consumidores en el mercado interior europeo. 2003, Granada:Editorial Comares, p. 44-68, passim.

definição de consumidor dada pela Lei argentina n. 24.240/93. O conceito legal de ‘consumidor’ argentino tem uma noção estrita de consumidor, como frisa Stiglitz⁷³, em razão da referência excludente do artigo 1º. “quem contrata” (tradução nossa) e elenca os contratos que estão sujeitos às suas disposições, excluindo os demais que não se enquadrem na moldura legal como os destinados à aquisição de imóveis usados. Portanto, dificilmente o tratado com uma definição sobre contrato de consumo, como a sugerida pelo Canadá, será internalizado pela Argentina, uma vez que ampliaria a caracterização legal de consumidor ao alterar sua lei nacional.

O artigo 2º. determina uma competência genérica dos tribunais do foro do réu, embora a redação do artigo não seja considerada boa e até pouco clara.⁷⁴ A regra é tradicional no direito dos povos: *auctor sequitur forum rei*, como ensina Pontes de Miranda⁷⁵ e não prejudica o consumidor.

Nos números (artigos) 3 e 4 do projeto, atribui-se competência aos tribunais do domicílio do consumidor como regra, sempre que esse for um consumidor passivo⁷⁶, todavia a falta de clareza na redação do texto,

⁷³ STIGLITZ, Rubén S. e STIGLITZ, Gabriel A. Capítulo Primero – LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. In Defensa de los consumidores de productos y servicios – daños – contratos. Buenos Aires:Ediciones La Rocca, 2001.,p.39.

⁷⁴ *La competencia jurisdiccional 2. La competencia de un tribunal en [nombre del Estado] en un procedimiento en relación a un contrato de consumo cuando una de las partes al contrato de consumo sea residente habitual de [nombre del Estado] y la otra parte de dicho contrato resida habitualmente en otra jurisdicción que [nombre del Estado] se deberá determinar solamente de conformidad con esta Parte.*”

⁷⁵ Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo II (arts. 46 a 153), 1995, 3a. ed. (2a. tiragem), Atualização legislativa de Sergio Bermudes, Rio:Forense, p. 245.

⁷⁶ *REGLAS RELATIVAS A LA COMPETENCIA PARA LOS CONTRATOS DE CONSUMO 3. Un tribunal será competente en un procedimiento en relación a un contrato de consumo en contra de una persona si: (a) esa persona resida habitualmente en [nombre del Estado] cuando se inicie el procedimiento en relación a un contrato de consumo, (b) hubiere una conexión real y substancial entre [nombre del Estado] y los hechos sobre los cuales se base el procedimiento en relación a un contrato de consumo en contra de esa persona, (c) hubiere un acuerdo escrito entre el demandante y la persona en el sentido de que el tribunal tiene competencia en el procedimiento en relación a un contrato de consumo, (d) durante el procedimiento en relación a un contrato de consumo esa persona se someta a la competencia del tribunal, o (e) el procedimiento en relación a un contrato de consumo fuere una demanda reconventional a otro procedimiento en el tribunal.” CONEXIÓN REAL Y SUBSTANCIAL 4.(1) Sin limitar el derecho del demandante de probar otras circunstancias que constituyan una conexión real y substancial entre [nombre del Estado] y los hechos sobre los cuales se base el procedimiento en relación a un contrato de consumo, se supondrá que existe una conexión real y substancial entre [nombre del Estado] y esos hechos si: (a) el demandante, un consumidor que habitualmente reside en [nombre del Estado], hubiere incoado un procedimiento en virtud de un contrato de consumo en los tribunales de [nombre del Estado] contra un vendedor que habitualmente reside en otra jurisdicción que [nombre del Estado], y (b) existiere una de las*

permite a flexibilização desta competência, além de permitir exceções com outros critérios para a determinação da competência internacional. Tal fato complica muito o entendimento das regras sobre competência e isso é gravíssimo, pois, em matéria de litígio internacional, a maior vulnerabilidade do consumidor está justamente na sua impossibilidade de litigar fora do seu domicílio, no estrangeiro, motivo pelo qual as regras sobre competência devem proteger o consumidor de maneira clara e simples⁷⁷, de modo a evitar interpretações dissonantes entre os vários tribunais dos Estados-Partes⁷⁸. Entende-se que a CIDIP necessita estabelecer que o foro do domicílio do consumidor é o único competente para demandas de consumo, especialmente ao se tratar de consumidor passivo. No máximo, como exceção, poderá permitir ao consumidor processar o fornecedor no domicílio desse. A disposição do artigo, dessa forma, se tornaria simples, sem necessidade de qualquer interpretação que não a literal.

No número 5, a proposta é para que os tribunais possam declarar *ex officio* que outro tribunal é competente ou mais adequado para julgar o litígio de consumo, diante das particularidades do caso, atentos ao custo que o procedimento acarretará para as partes, à lei que será aplicada, à conveniência de se evitar uma multiplicidade de procedimentos jurídicos,

siguientes circunstancias: (i) sujeto a los párrafos (2) y (3), el contrato de consumo hubiere sido resultado de una solicitud de negocio en [nombre del Estado] por el vendedor; (ii) el vendedor hubiere recibido el pedido del consumidor en [nombre del Estado], o (iii) el vendedor hubiere inducido al consumidor a viajar a una jurisdicción que no sea [nombre del Estado] con el fin de configurar el contrato de consumo, y el vendedor hubiere ayudado en el viaje del consumidor. (2) Para los fines del apartado (1)(b)(i), se estimará que un contrato de consumo ha resultado de la solicitud de negocio en [nombre del Estado] por parte del vendedor a menos que el vendedor demuestre haber tomado medidas razonables para no concluir contratos de consumo con consumidores que residan en [nombre del Estado]. (3) El apartado (1)(b)(i) no se aplicará si el consumidor y el vendedor estuvieran en la presencia de cada cual en la jurisdicción del vendedor cuando se firmó el contrato de consumo.

⁷⁷ As regras da Convenção de Bruxelas e do Regulamento n. 44/2001/CE, são mais claras e simples, e o projeto da CIDIP poderia inspirar-se nesses instrumentos.

⁷⁸ Alex Halfmeier relata não haver ainda uma posição governamental e jurisprudencial nos E.U.A. incondicionalmente favorável ao consumidor em matéria de assegurar a competência do foro de domicílio do consumidor para todas as causas relativas a um contrato de consumo, citando especialmente a resistência estadunidense aos termos do artigo 7, da “Hague Conference on Private International Law, Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters”, cujas disposições são parecidas com as do Regulamento n. 44/2001/CE in *Waving goodbye to conflict of laws? Recent developments in European Union consumer law*. RICKETT, E.F., et TELFER, T.G.W. (editor), *International Perspectives on Consumers’s Access to Justice*, 2003, Cambridge:Cambridge University Press, p. 387-388.

à conveniência de se evitarem decisões contraditórias, ao adequado e eficaz funcionamento do sistema jurídico em seu conjunto e à execução da decisão judicial.

O projeto demonstra confiança no Judiciário dos Estados-membros, mas são tantas as hipóteses de declínio de competência, e algumas tão vagas (como medir “o adequado e eficaz funcionamento do sistema jurídico em seu conjunto”, para se declinar da competência em favor dos tribunais de outro Estado?), que o resultado será a completa insegurança e instabilidade do sistema para os agentes econômicos envolvidos, contrariando a motivação da própria proposta formulada à OEA, a qual se justifica textualmente pelo intuito de proporcionar “certeza a respeito das normas aplicáveis aos participantes da relação internacional de consumo, para que possam todos os agentes interessados na relação jurídica vislumbrar sua situação jurídica antes de celebrar transações de consumo”.

Aspecto importante da proposta canadense é não admitir, no número 6, cláusulas de eleição de foro nos contratos de consumo como regra, considerando inválida a cláusula sempre que (a) o acordo de eleição de foro for aprovado antes do começo do procedimento; (b) o acordo estipule que o tribunal de outra jurisdição que não a do domicílio do consumidor passivo é o competente para a causa; (c) a cláusula de eleição de foro tenha sido estipulada em contrato firmado em domicílio diverso da residência habitual do consumidor, mas o consumidor tenha sido induzido pelo fornecedor para viajar com o fim de celebrar o contrato de consumo e o vendedor tenha ajudado na viagem do consumidor. A inspiração para a redação desse artigo, sem dúvidas, foi o Regulamento n. 44/2001/CE, artigo 17.

Por fim, a proposta canadense protege os fornecedores, acertadamente, que tomaram medidas razoáveis para não concluir contratos de consumo na jurisdição do consumidor. Muitos fornecedores, especialmente os que atuam na internet, não negociam em todos os países do mundo, portanto não é justo que sejam obrigados a litigar no domicílio do consumidor quando, de maneira clara e eficaz, tomaram todas as providências possíveis para não contratar com estes consumidores e o contrato não foi firmado no domicílio do consumidor.

Considera-se que esse projeto também apresenta uma lacuna grave, pois não fornece meios concretos para o desenvolvimento de um

“processo a distância”, no qual consumidor e fornecedor possam litigar se valendo de rogatórias, sem que necessitem se deslocar dos seus domicílios, o que representaria uma enorme economia no custo do processo, e, conseqüentemente, estimularia o desenvolvimento das relações de consumo internacionais.

Sugeriu-se esse processo a distância quando se comentou o Protocolo de Santa Maria⁷⁹ que, no seu artigo 9º., permite, timidamente, a prática de atos processuais a distância. O “processo a distância” propiciaria ao fornecedor estrangeiro não estar obrigado a comparecer no juízo estrangeiro em que for demandado. Por exemplo, segundo a lei brasileira, o fornecedor, - assim como qualquer réu -, processado num Juizado Especial Cível brasileiro, obrigatoriamente, tem que comparecer pessoalmente, ou valer-se de preposto com poderes para transigir o qual não pode ser o advogado que patrocina a sua causa, à sessão de conciliação e à audiência de instrução e julgamento no Brasil, uma vez que a Lei n. 9.099/95 exige em seu 9º. o comparecimento pessoal das partes. A pena pelo não comparecimento do autor é a extinção do processo sem julgamento do mérito, mas a pena para o não comparecimento do réu é ser considerado revel por força do art. 20. Essa obrigação de comparecimento pessoal do réu as audiências sob pena de revelia se impõe mesmo que a demanda proposta pelo consumidor seja temerária, ou o valor da relação jurídica que une as partes seja muito inferior aos custos que o fornecedor terá que arcar com as despesas para a viagem ao Brasil de seus representantes e testemunhas, sem que tal despesa tenha qualquer chance de ser reembolsada caso ganhe a lide uma vez que nos Juizados Especiais Cíveis brasileiros as partes não arcam com custas judiciais e não suportam os derrotados na demanda o ônus da sucumbência, ou seja, não são obrigados a reembolsar as despesas do vencedor (arts. 54 e 55).

A sugestão feita aqui é a de que a Convenção que resultar da CIDIP-VII sobre jurisdição internacional admita ao fornecedor contestar a demanda e praticar os demais atos processuais ante o juiz do seu próprio domicílio, - inclusive propor acordos e ouvir testemunhas -, independentemente do que disponha a *lex fori*. Desse modo, facilitaria a defesa do fornecedor e

⁷⁹ Ver Anexo, in KLAUSNER, E.A. Direitos do Consumidor, op.cit., p.312-314.

não oneraria os negócios do empresário com a possibilidade eventual de suportar inevitáveis prejuízos decorrentes do custo de demandas com consumidores estrangeiros, despesas essas que, mesmo vencendo a lide, não seriam passíveis de recuperação ou indenização, seja em razão da hipossuficiência do consumidor, seja em razão da lei local, seja em razão da dificuldade prática de se computar no ônus da sucumbência qualquer custo que não seja diretamente relacionado aos emolumentos judiciais, tais como despesas com viagens internacionais de prepostos, advogados e testemunhas, bem como perícias em outros países.

Poderia a futura Convenção interamericana sobre jurisdição internacional em matéria de relações de consumo trazer um artigo com a seguinte redação:

1. Ao fornecedor demandado será assegurado o direito de ser consultado sobre a possibilidade de acordo, contestar a demanda, oferecer provas, interpor recursos, bem como realizar os atos processuais que deles derivem ante os juízes de seu próprio domicílio, os quais atuarão como requeridos, remetendo a documentação ao juiz competente.

Para evitar abusos por partes dos fornecedores como, por exemplo, alegar estar sediado em outro país embora tenha filial ou correspondente no domicílio do consumidor, o artigo traria um inciso com a seguinte redação:

2. Não se aplicará o disposto no número anterior se o fornecedor demandado possuir filiais, sucursais, estabelecimentos, agências ou qualquer outra espécie de representação, ou ainda empresas a ele vinculadas economicamente, no Estado-Parte onde tramita o processo.

Outra lacuna no projeto canadense é quanto ao tema sobre reconhecimento e execução das decisões judiciais no estrangeiro. Nenhuma solução foi apresentada para se evitar o processo de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, normalmente burocrático, o qual acarreta a necessidade de se contratar um advogado no país onde se pretende executar a sentença. É desejável que convenções internacionais desta natureza também tratem deste tema, como faz o Regulamento n. 44/2001/CE, sob pena de a proteção ao consumidor ser ineficaz de fato.

Proporcionar efetivo acesso à Justiça ao consumidor e estimular o consumo internacional, especialmente pela internet, só se concretizará se o reconhecimento e a execução das decisões estrangeiras for tratado especialmente na ótica do consumidor⁸⁰. Acredita-se que seria boa hora para se discutir um sistema baseado em cartas rogatórias executórias inspirado no Protocolo mercosulino de Las Leñas⁸¹.

Nos termos em que a proposta canadense está redigida, constata-se, portanto, que se transformada em tratado internacional, terá dificuldades em ser recepcionada pelos demais membros da OEA e não atenderá nem as necessidades dos consumidores, nem as necessidades dos fornecedores nas relações interamericanas de consumo.

5.3.3.2. A segunda parte da proposta canadense: regras para a escolha do direito aplicável aos contratos de consumo.

A proposta canadense, como já dito acima, diferentemente do que demonstra o título que adotou, não dispõe apenas sobre jurisdição internacional, mas também, numa segunda parte, sobre regras para a disposição em contrato de consumo de cláusula de escolha do direito aplicável, - *Choice of law rules for consumer contracts (Draft model provisions)* -, sem, no entanto, apresentar a mesma sofisticação e o mesmo cuidado da proposta brasileira em relação à vulnerabilidade do consumidor.

O projeto canadense traz desenhada uma proposta concreta de convenção com artigos definidos, cujas conseqüências poderão ser prejudiciais ao consumidor internacional se acolhidas pelos redatores da

⁸⁰ Nesse sentido, também GILLES, Lorna E. Adapting international private law rules for electronic consumer contracts. In RICKETT, Charles E. F. et TELFER, Thomas G. W. (editor), *International Perspectives on Consumers' Access to Justice*, 2003, Cambridge: Cambridge University Press, p. 361, nota 10, 381-383.

⁸¹ O sistema de cartas rogatórias executórias do Mercosul é extremamente prático, uma vez que o reconhecimento e a execução da sentença estrangeira é feito pelo sistema de cartas rogatórias, dispensando ação judicial. Estas cartas rogatórias executórias são expedidas no juízo rogante e cumpridas ex officio e sem pagamento de emolumentos judiciais no juízo rogado. Sobre cartas rogatórias executórias no Protocolo de Las Leñas e no Protocolo de Ouro Preto sobre medidas cautelares ver TIBURCIO, Carmen. As cartas rogatórias executórias no direito brasileiro no âmbito do MERCOSUL. In *Processo de Execução*. S.Paulo:RT, 2001, e mais recente, da mesma autora, *As cartas rogatórias executórias no direito brasileiro no âmbito do Mercosul: jurisprudência recente* in *Temas de Direito Internacional*, 2006, Rio:Renovar, p. 159-190.

CIDIP-VII, pois o projeto se limita a permitir às partes escolherem o direito aplicável à demanda acolhendo a teoria da autonomia da vontade em matéria de consumo internacional.

A redação da proposta canadense⁸², apesar de prever de maneira estrita a validade de uma cláusula contratual na qual as partes escolhem o direito aplicável, não é clara como a existente no artigo 5º. da Convenção de Roma sobre obrigações contratuais na Comunidade Européia, e muito menos faz ressalva à necessidade de respeito às normas de ordem pública do país do foro que regulem imperativamente o caso concreto independentemente da lei aplicável ao contrato, como dispõe o artigo 7º, no. 2, da citada convenção européia.

O dispositivo do projeto canadense desconsidera completamente a vulnerabilidade jurídica do consumidor, ou seja, a sua incapacidade para escolher livremente e em seu benefício qual direito aplicável à relação contratual.

Consumidores não são especialistas em leis, muitas vezes sequer conhecem o direito do seu próprio país, que dirá de terceiros países. Normalmente se limitam a aderir ao contrato proposto pelo fornecedor, sem possibilidade de discutir cláusulas contratuais e normalmente sem

⁸² Capturado em 25.03.2007 in http://www.oas.org/dil/esp/eleccion_de_la_ley_aplicable_nov_2006.pdf: *ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS DE CONSUMO (VERSIÓN PRELIMINAR DE MODELO DE DISPOSICIONES) Noviembre de 2006 Canadá PARTE 2: Elección de la ley aplicable 1 - 7.(1) Sujeto al párrafo (2), un consumidor que resida habitualmente en [nombre del Estado] y un vendedor que resida habitualmente en otra jurisdicción que no sea [nombre del Estado] pueden acordar por escrito que la ley de una jurisdicción particular se aplique a sus contratos de consumo. (2) Un acuerdo conforme al párrafo (1) será nulo en la medida en que prive a un consumidor que sea residente habitual de [nombre del Estado] de la protección a la cual tenga derecho conforme a las leyes de [nombre del Estado] si: (a) el contrato de consumo hubiere resultado de una solicitud de negocios en la jurisdicción del consumidor por parte del vendedor, y el consumidor y el vendedor no estaban en presencia de cada cual en [nombre del Estado] cuando se firmara el contrato de consumo, (b) el vendedor hubiere recibido el pedido del consumidor en [nombre del Estado], o (c) el vendedor hubiere inducido al consumidor a viajar a una jurisdicción que no sea [nombre del Estado] con el fin de configurar el contrato de consumo, y el vendedor hubiere ayudado en el viaje del consumidor. (2) Para los fines del inciso (2)(a), se estimará que un contrato de consumo ha resultado de la solicitud de negocio en [nombre del Estado] por parte del vendedor a menos que el vendedor demuestre haber tomado medidas razonables para no concluir contratos de consumo con consumidores que residan en [nombre del Estado]. (4) A falta de un acuerdo válido conforme al párrafo (1), si existiera una de las circunstancias descritas en los incisos (2) (a) a (c), la legislación de [nombre del Estado] se aplicará al contrato de consumo entre un consumidor que resida habitualmente en [nombre del Estado] y un vendedor que resida habitualmente en otra jurisdicción que no sea [nombre del Estado].*

discernimento sobre o significado real e jurídico das cláusulas do contrato ao qual aderem. Diferentemente, os fornecedores, especialmente os internacionais, são sempre assessorados por advogados para ajudá-los em questões contratuais. Por isso, a regra nos países do Mercosul é considerar a cláusula contratual de escolha da lei aplicável, se estipulada em detrimento do consumidor, como abusiva e nula⁸³.

Por outro lado, não existe uniformidade na proteção dos consumidores no continente americano e na extensão da proteção eventualmente concedida por cada lei nacional. Também não há um standard mínimo de proteção no continente, como o que se tem no âmbito da Comunidade Européia por meio de diretivas. Além disso, não existe sequer uniformidade nos sistemas jurídicos adotados nos países do continente, uma vez que os E.U.A., por exemplo, adotam o *common law* (com exceção do Estado da Louisiana), e outros adotam o sistema da *civil law*. Tudo isso pode surpreender o consumidor, inclusive os mais esclarecidos, sobre os direitos que efetivamente regulam a relação jurídica na qual está envolvido.

Talvez alguns consumidores canadenses, os mais instruídos e mais ricos, tenham menos problemas para conhecer seus direitos⁸⁴, mas essa não é a realidade da grande maioria dos consumidores americanos. Mesmo nos E.U.A., vizinho do Canadá e maior potência econômica do planeta, cláusula de escolha de direito aplicável em contratos de adesão, especialmente em detrimento da parte débil na relação jurídica, é considerada inválida com base no *Restatement Second, Conflict of Laws, Section. 187, comment (b) (1971)* e em farta jurisprudência estadual e federal⁸⁵.

Assim sendo, permitir a inclusão de cláusula de tal natureza no contrato de consumo internacional, dependendo dos termos em que estiver

⁸³Conforme FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, NOODT TAQUELA, Maria B., ALBORNOZ, Jorge R. Capítulo 26, Modalidades contractuales específicas. FERNANDEZ ARROYO, Diego P. (coordinador). Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur, 2003, Buenos Aires:Zavalia, p. 1.034-1.035.

⁸⁴ Frise-se que o Código Civil do Quebec de 1991, (artigo 3.117), permite as partes escolherem a lei aplicável ao contrato de consumo, mas considera obrigatórias as normas imperativas do foro, reconhece as normas imperativas de outro Estado (art. 3.079), e possui uma cláusula de ordem pública estrita pela incompatibilidade do resultado prático da aplicação da lei estrangeira (art. 3.081), conforme esclarece MARQUES, Claudia Lima. A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral. XXVII Curso de Derecho Internacional 2000, OEA, 2001, p. 675 et seq.

⁸⁵ Conforme COLES, Eugene F. et HAY, Peter. Conflict of Laws, 2ª ed., 1992, St. Paul, Minn.:West Publishing Co., p. 666.

redigida, poderá ser a consagração da opressão da parte mais poderosa, o fornecedor, sobre a parte débil, o consumidor. Portanto, entende-se ser completamente inadequada a pretensão de inclusão de uma cláusula de escolha do direito aplicável em contrato internacional de consumo nos termos em que está redigida a proposta canadense.

Na Comunidade Européia, existe forte movimento para alterar a redação dos artigos da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais de 1980⁸⁶, que permitem a escolha do direito aplicável ao contrato de consumo (especialmente o artigo 5º). A intenção é alterar os artigos necessários da Convenção para determinar que a lei aplicável por escolha das partes não privará o consumidor da proteção que lhe seja assegurada nas disposições imperativas da lei do país no qual o consumidor tenha domicílio no momento da conclusão do contrato. As novas disposições seriam aplicáveis indistintamente a consumidores ativos e passivos. A única exceção à disposição sugerida refere-se a situações em que o fornecedor provar que ignorava o país de domicílio do consumidor⁸⁷.

No Brasil, cláusula de tal natureza restaria em enorme polêmica, uma vez que sequer para contratos internacionais entre comerciantes, entre iguais, a doutrina e a jurisprudência têm admitido a autonomia da vontade para a escolha da lei aplicável em um contrato internacional⁸⁸.

A solução mais adequada é preterir a proposta canadense e preferir a brasileira. A proposta brasileira dá solução mais correta à hipótese de escolha da lei aplicável por assegurar sempre ao consumidor, no mínimo, a proteção que teria no seu domicílio pela lei nacional em caso de consumo passivo; e por tratar fornecedores e consumidores com equidade em caso de consumo ativo. A proposta brasileira assegura ao consumidor uma base de proteção real e atenta à sua hipossuficiência. A eleição de

⁸⁶ Íntegra do texto in DOLINGER, Jacob et TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado: vade-mecum*, 2002, Rio:Renovar, p. 474-483.

⁸⁷ European Group for International Private Law. *Proposals for a Revision of the European Convention on Contractual Obligations* [2001]. In *Praxis des internationalen Privat-und Verfahrensrechts* 64, apud HALFMEIER, Axel. *Waving goodbye to conflict of laws? Recent developments in European Union Consumer Law*, in RICKETT, Charles E. F. et TELFER, Thomas G. W. (editor), *International Perspectives on Consumers' Access to Justice*, 2003, Cambridge: Cambridge University Press, p. 391.

⁸⁸ Conforme ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*, 2003, Rio:Renovar, p. 323.

lei diferente da do domicílio do consumidor para regular o contrato se faz em seu benefício, se essa lei for mais protetiva. Assegura-se, assim, a proteção da parte débil da relação jurídica. A redação da proposta brasileira é a seguinte, *in verbis*:

Art. 2 - Protección contractual general

1. Los contratos y las transacciones realizadas en las que participen consumidores, especialmente los contratos celebrados a distancia, por medios electrónicos, de telecomunicaciones o por teléfono, encontrándose el consumidor en el país de su domicilio, serán regidos por la ley de ese país o por la ley que fuera más favorable al consumidor, a elección de las partes, sea la ley del lugar de celebración del contrato, la ley del lugar de ejecución, de la prestación más característica, o la ley del domicilio o sede del proveedor de los productos o servicios.

2. Los contratos celebrados por el consumidor estando fuera del país en el cual se domicilia se regirán por la ley que resulte elegida por las partes, quienes podían optar por la ley del lugar de celebración del contrato, la ley del lugar de ejecución o la del domicilio del consumidor.

Art. 3 - Normas imperativas

1. No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las normas del país del foro que tengan carácter imperativo, en protección del consumidor.

2. En el caso en que la contratación hubiera sido precedida por cualquier actividad comercial o de marketing, por parte del proveedor o de sus representantes, en especial el envío de publicidades, correspondencias, e-mails, premios, invitaciones, filiales existentes o representantes y demás actividades dirigidas a la comercialización de productos y servicios y la atracción de clientela en el país del domicilio del consumidor, se aplicarán necesariamente las normas imperativas de ese país, para la protección del consumidor, acumulativamente con aquellas del foro y de la ley aplicable al contrato o relación de consumo⁸⁹.

⁸⁹http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII/home_temas_cidipvii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_propuestabrasil.htm.

6. Considerações Finais.

Fica evidente, depois da análise feita, que o consumidor brasileiro, nas relações internacionais de consumo, só encontra ampla e acessível proteção no sistema jurídico nacional caso o fornecedor, ou empresários a ele ligados e também considerados fornecedores (por terem participado da colocação do produto ou serviço no mercado ou por pertencerem ao mesmo grupo empresarial) estejam ao efetivo alcance da Justiça brasileira, em território nacional. Quando o fornecedor está domiciliado no estrangeiro e não possui filial no Brasil, ao consumidor só resta utilizar-se dos recursos do Direito Internacional Privado, ou seja, praticar atos no exterior mediante cartas rogatórias e tentar obter o reconhecimento e a execução de uma decisão judicial nacional no estrangeiro mediante o procedimento previsto na lei daquele país e aí executar o fornecedor, com todas as dificuldades inerentes à manutenção de uma demanda no exterior, como comentou-se no desenrolar desse trabalho.

As perspectivas futuras para a construção de um ambiente jurídico cem por cento seguro para o consumidor internacional não são exatamente animadoras, mas já se apontam soluções para algumas questões, como foi visto. Há empenho das autoridades em regular as relações internacionais de consumo, especialmente através de propostas para convenções sobre jurisdição internacional e escolha de direito aplicável no âmbito interamericano. É, contudo, imprescindível que os estudos e trabalhos em curso se transformem em convenções e leis para que medidas de proteção sejam implementadas efetivamente, o que vem sendo postergado especialmente no MERCOSUL.

Também parece imprescindível que seja devidamente considerado o problema do reconhecimento e execução de decisões estrangeiras em questões de consumo internacional. Nesse aspecto, a adoção da carta rogatória executória é medida que se impõe como regra diante da vulnerabilidade econômica do consumidor uma vez que é expedida no juízo rogante e cumprida *ex officio* e sem custo no juízo rogado. O ideal seria aproveitar a CIDIP-VII para se incluir a questão no âmbito de discussão dos convencionais e dar um grande passo no sentido da proteção jurídica integral do consumidor no continente americano.

Outrossim, é imprescindível dispor sobre instrumentos processuais em tratados internacionais, para facilitar ao máximo a possibilidade das partes litigarem sem se deslocar dos seus domicílios em virtude do custo que isso representa. Como se sustentou em outro trabalho⁹⁰, é necessário criar-se um “processo a distância”. Hoje, sustentar uma lide internacional em Juizado Especial Cível brasileiro, por exemplo, representa um custo exorbitante para o fornecedor internacional, caso ele não tenha representante no Brasil, pois, para não ser considerado revel, terá de comparecer a todas as audiências do processo⁹¹. A proteção do consumidor brasileiro não deve resultar em situações iníquas, pois o objetivo da ordem jurídica é equilibrar a relação de consumo e fomentar a segurança jurídica entre os agentes econômicos desta relação jurídica. Registre-se que não há nenhuma discussão em curso sobre o assunto.

Nesse tema também urge a reedição do Protocolo de Santa Maria sobre jurisdição internacional em matéria de consumo no MERCOSUL, há anos firmado e ainda sem vigor, para se propiciar ao consumidor mercosulino a real possibilidade de se processar o fornecedor internacional quando seu direito for violado⁹².

No âmbito do direito interno brasileiro, impõe-se maior iniciativa do Governo Brasileiro neste domínio, pois projeto de lei a ser elaborado no Ministério da Justiça, para a inclusão de um inciso no artigo 88, (ou no artigo 89, como sugeriu-se neste trabalho), do Código de Processo Civil, determinando a competência internacional da autoridade judiciária brasileira em razão do domicílio do consumidor no Brasil em conflitos internacionais de consumo, ainda não veio a lume.

Acredita-se que também é chegada a hora de discutir com maior profundidade a viabilidade, ou não, de se desenvolverem no MERCOSUL e na OEA meios alternativos para a solução de conflitos internacionais de consumo, como aqueles que já existem na Comunidade Européia, especialmente a mediação e a arbitragem⁹³, pois facilitam em muito o

⁹⁰KLAUSNER, E.A. Direitos do Consumidor, op.cit., p. 287-290 e tb. Capítulo 4.

⁹¹ Lei n. 9.099/95, artigo 20.

⁹² Sobre esse Protocolo, ver KLAUSNER, E.A., op.cit., Direitos do Consumidor no Mercosul e na União Européia – Acesso e Efetividade, especialmente o Anexo.

⁹³ Abordou-se esse tema no artigo: A arbitragem na solução dos conflitos decorrentes de contratos nacionais e internacionais de consumo. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, v. 61, out.-dez. 2004, também disponível no sítio www.jusnavegandi.com.br.

⁹⁴ Sobre este tema ver também análise na obra já citada de KLAUSNER, E.A., *Direitos do Consumidor no Mercosul e na União Européia – Acesso e Efetividade*, 2004, capítulo 3, tópico 2.

exercício dos direitos dos consumidores no plano internacional, especialmente se esses órgãos forem vinculados diretamente ao Estado ou sob rígido controle estatal a fim de que a sua imparcialidade seja assegurada⁹⁴.

Conclui-se este artigo com a constatação de que a superação dos obstáculos para proporcionar ao consumidor brasileiro integral proteção nas relações internacionais de consumo é um grande desafio, e que, embora os primeiros passos já tenham sido dados, muito ainda há para ser feito. O trabalho é grande e exige mais atenção dos juristas e das autoridades para o tema, uma vez que o consumidor brasileiro está definitivamente inserido na sociedade de consumo globalizada.

OS MAFIOSOS FICARAM LOUCOS NO RIO?

Cesar Caldeira¹ - Professor da UNIRIO

À memória do amigo Augusto Thompson (1931-2007)

Dois presos italianos acautelados² no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Heitor Carrilho³ no primeiro semestre de 2007 tinham em comum o fato de terem mais de um nome e não ingerirem a medicação. Quem seriam esses italianos que permanecem acautelados no hospital após o exame pericial? Ou que lá esperam longo tempo por exame de insanidade mental? A falta de informações sobre os acautelados que chegam, somado ao fato que o Hospital Heitor Carrilho é externamente vigiado por traficantes armados, qualificam a unidade como de *insegurança* máxima.

I Máscaras

Conversei rapidamente com Alessandro Castiglioni, 46 anos, na enfermaria do Hospital em março de 2007. Perguntei sobre a perna que fora atingida por uma bala de borracha no motim ocorrido no presídio Ary Franco em dezembro de 2006. Ele afirmou que estava melhorando. Insisti em alguns detalhes do motim: ele começou a ficar reticente. Alessandro falava português muito bem – melhor que a média dos

¹ Professor adjunto da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Mestre em Direito pela Yale Law School.

² Acautelados são presos sentenciados, ou não, que estão temporariamente numa determinada unidade. No caso do Hospital Heitor Carrilho são presos que estão aguardando exames periciais ou ainda não foram removidos para a unidade de origem. Os internos do Hospital *deveriam ser apenas doentes mentais*.

³ É unidade hospitalar pertencente à Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro

internos. Bem apessoado e arrumado, parecia perfeitamente lúcido. Quando alguém se referiu a mim como conselheiro, ele se despediu. Saiu mancando um pouco.

Fui me informar sobre a situação hospitalar dele: havia sido internado naquele dia para fins de exame de sanidade mental. O exame que deveria ter sido realizado no dia seguinte foi adiado. A perícia seria realizada na semana seguinte. Dezesete dias após o exame pericial ocorreu a tentativa de resgate de Castiglioni.

A ação aconteceu às 11h15 do dia 6 de abril de 2007 – Sexta-feira da Paixão. No momento em que os presos saíram de suas celas para o refeitório da cadeia cerca de vinte criminosos do Morro da Mineira, armados com fuzis AK-47, desceram usando três carros. Três homens vestidos de preto foram até o muro que separa o presídio da favela e lançaram uma corda para o interior da cadeia. Ao mesmo tempo, os outros integrantes da quadrilha ficaram na retaguarda, em cima do muro, mirando os fuzis para dentro da unidade.

Agentes penitenciários perceberam a operação e alertaram os agentes do Serviço de Operações Especiais (SOE) que faziam uma inspeção de rotina dentro do Heitor Carrilho. Houve troca de tiros. O resgate foi interrompido quando Castiglioni e mais dois acautelados estavam próximos da corda. Aparentemente ninguém ficou ferido.

Os outros dois que tentaram fugir são os traficantes Cristiano Magno Rodrigues, 32 anos, e João Gilberto de Andrade Lopes, 29 anos. O primeiro foi preso em outubro de 2006, acusado de ser um dos líderes de uma quadrilha de traficantes de classe média que atuava em Niterói.⁴ O

⁴ Cristiano estava foragido e foi preso dentro de um apartamento na Rua das Laranjeiras, na Zona Sul do Rio. Foi autuado por tráfico e formação de quadrilha no dia 18 de outubro de 2006. No dia 11 de agosto, duas quadrilhas de traficantes de classe média da Zona Sul de Niterói foram desarticuladas pela Operação João Teimoso, do Serviço de Repressão a Entorpecentes (SRE), em que 14 pessoas foram presas em suas casas. Entre eles, advogados, publicitários, músicos e universitários acusados de transformar seus apartamentos em “bocas-de-fumo” e revender entorpecentes em bares, praças e academias da região. Apenas seis dos suspeitos confessaram envolvimento com o tráfico, mas imagens gravadas pela equipe da SRE e escutas telefônicas comprovam a participação dos 14 presos no esquema de venda de drogas na Zona Sul do município. Cf. “Preso principal fornecedor de drogas de Niterói” Disponível em 1 de novembro de 2007 em: <http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,AA1315760-5606,00.html>

traficante João Gilberto, mais conhecido como Playboy, teria sido o contato do italiano na penitenciária: estava preso por assalto.

Os advogados de Alessandro Castiglioni vinham reiterando os pedidos para fizesse os exames psiquiátricos no Hospital Heitor Carrilho. Alegavam que seu cliente estava sofrendo de “síndrome do pânico” e “disfunção psíquica alternada”. O pedido chegou a ser negado quatro vezes em primeira e segunda instância. Em voto datado de março de 2005, o juiz federal Abel Gomes, que mais uma vez não acolhe o pedido, diz que a insistência na mudança lhe “parece bastante estranha”⁵.

Para a delegada da 6ª DP (Cidade Nova), Isabela Rodrigues, o plano foi muito bem arquitetado. A polícia ainda não sabe quanto custaria a fuga.⁶ Na ocasião a delegada comentou:

— Eles sabiam da troca de turno dos policiais militares, o que facilitaria a fuga. No momento da tentativa de resgate, não havia policiais na guarita — disse a delegada, que mandou um ofício à PM para reforçar a segurança no local.⁷

Esta não tinha sido a primeira ação ousada para tirá-lo da prisão: já haviam tentado resgatá-lo pelo menos uma vez, quando estava internado sob custódia no Hospital Souza Aguiar, no Centro.

Do ponto de vista do direito penal vigente, a conduta dos três acautelados não é crime. O preso ou internado (submetido à imposição de medida de segurança detentiva) ainda que induza ou instigue terceiro a lhe promover a fuga *não responde* por crime. Se o preso ou o internado não emprega violência física não há crime: esta conduta de obter fuga é considerada normal expressão do anseio de liberdade do indivíduo.⁸ A figura típica pune apenas a conduta quando o preso ou internado emprega violência física para alcançar a liberdade. É o que prevê o artigo 352 do

⁵ “Inspetores impedem fuga de hospital penitenciário” Disponível em 25/10/ 2007 em: http://www.direitocapital.com.br/fatos/04/06fuga_hospital.htm

⁶ Na época suspeitava-se que o valor seria de meio milhão de reais. Os operadores do resgate seriam traficantes de droga do morro da Mineira, chefiados pelo Coelho, da facção Amigos dos Amigos (ADA).

⁷ Cf. ARAÚJO, Vera. *Bandidos tentaram resgatar traficante internacional*, jornal O Globo, editoria Rio, 07/04/2007, p.11

⁸ Neste sentido, RT, 491:332 e 389:95.

Código Penal, como um dos crimes contra a Administração de Justiça.⁹ Existe, no entanto, a previsão da conduta típica da “fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança detentiva” no artigo 351 do Código Penal.¹⁰ Este crime é comum: pode ser praticado por qualquer pessoa – particular ou funcionário público. Mas o sujeito ativo do artigo 351 nunca poderá ser o próprio preso ou o internado.¹¹

II Quem é Alessandro Castiglioni?

A tentativa de resgate trouxe à público as várias falsas identidades do ator e suas atuações criminosas. Quando foi preso pela Polícia Federal, durante uma operação de rotina, em julho de 2003, na Rodovia Presidente Dutra em Nova Iguaçu, Castiglioni portava documentos falsos, inclusive um passaporte com o nome de *Orlando Garuti*.¹² Inicialmente acusado de uso de documentos falsos, teve sua prisão preventiva decretada pela Justiça Federal do Rio. Em 2004 foi condenado a quatro anos de prisão por uso continuado de documentos falsos.

A Polícia Federal investigou sigilosamente Castiglioni supondo sua participação numa rede de tráfico internacional de drogas com ramificações em três estados brasileiros (Rio, São Paulo e Paraná), três países da Europa (Espanha, Itália e Portugal) e Estados Unidos. A organização criminosa era suspeita de aliciar marítimos brasileiros e filipinos nos portos do Rio, e de outros estados no nordeste, para enviar

⁹ Evasão Mediante Violência Contra a Pessoa Art. 352 - Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa: Pena - detenção, de 3 (três) meses a (um) ano, além da pena correspondente à violência.

¹⁰ Art. 351 - Promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida a medida de segurança detentiva: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. § 1º - Se o crime é praticado a mão armada, ou por mais de uma pessoa, ou mediante arrombamento, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. § 2º - Se há emprego de violência contra pessoa, aplica-se também a pena correspondente à violência. § 3º - A pena é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, se o crime é praticado por pessoa sob cuja custódia ou guarda está o preso ou o internado. § 4º - No caso de culpa do funcionário incumbido da custódia ou guarda, aplica-se a pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

¹¹ Ver: PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*, 4ª ed., Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007, p. 990-993; DE JESUS, Damásio E. *Código Penal Anotado*, 17ª ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2006, p. 1004-1007.

¹² “L’Uomo di Rio”. *L’Unione Sarda*, domenica, 8 aprile 2007. Disponível em 23 de outubro de 2007 em: <http://www.ildue.it/Evasioni/EvasioniCelebri/PaginaEvasioni.asp?IDPrimoPiano=2160>

uma tonelada de cocaína colombiana para fora do país. Uma parte da droga teria sido distribuída, nos últimos anos, pelo italiano nos morros do Rio. Havia suspeita de envolvimento de comerciantes italianos e brasileiros. A PF trabalhava com a possibilidade de o grupo estar ligado à Castiglioni, que se apresentava no Rio como empresário, esteve no Brasil em outras ocasiões. Em 2002, por exemplo, a PF descobriu que ele veio como turista, usando um *passaporte belga em nome Jean Marie de Bryun* – que no documento teria nascido na Espanha.

A Polícia Federal suspeitava que Castiglioni fosse um dos financiadores da rede criminosa. Após a sua prisão, outras foram efetuadas, com a colaboração da INTERPOL. As primeiras aconteceram em São Paulo, onde a Polícia Federal prendeu o brasileiro Rocco Matarozzo e o libanês identificado como Nicolas Nicolas, que também usava documentos brasileiros falsos em nome de Nicolas Habib. Com os dois foram apreendidos 320 quilos de cocaína depositados em uma casa no bairro da Saúde. No local também foi preso o brasileiro Rui Costa Balan, motorista de caminhão que trouxe a droga de Mato Grosso do Sul.

As operações prosseguiram na Rodovia Fernão Dias, entre os municípios de Mairiporã e Atibaia no Estado de São Paulo, onde foram presos Marcelo Jerônimo Ferreira e Décio Francisco Neves, que transportavam 120 quilos de cocaína, em um Fiat Fiorino. A operação teria sido coordenada pelo italiano Alessandro Castiglioni.

Também foram apreendidos num depósito em São José dos Pinhais, no Paraná, 268 quilos de cocaína e presos o espanhol Luis Linana Tomás e o brasileiro Airton Rossano Soares. A droga estava num carregamento de madeira que seria exportado para a Espanha. O mesmo esquema foi montado em 2002 para enviar a Portugal quase uma tonelada e meia de cocaína, que foi apreendida em Lisboa. A droga saiu do Brasil oculta em containeres com cargas de madeira procedente do Paraná, com embarque através do Porto de São Francisco em Santa Catarina.¹³

¹³ Estas informações foram colhidas e atualizadas a partir de: WERNECK, Antonio. “Preso italiano de rede internacional de tráfico”, jornal O Globo, editoria Rio, 01/09/2003. Disponível em 31 /10/ 2007 em: http://www.mre.gov.br/portugues/noticiario/nacional/selecao_detalle.asp?ID_RESENHA=10862

Com a ajuda da INTERPOL, descobriu-se que o verdadeiro nome de Alessandro Castiglioni era *Sergio Nigretti* que havia sido sentenciado a mais de 10 anos de prisão pela Justiça italiana por *tráfico internacional de cocaína*. Iniciou-se, então, o processo de extradição do italiano de Milão. Em 5 de setembro de 2005, foi expedida a carta de ordem ao juízo federal do Rio pelo ministro relator do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, para proceder o interrogatório do extraditando.¹⁴

Por fim, há suspeita que Sergio Nigretti seja também participante da rede do mais importante traficante internacional brasileiro Ivan Carlos Mendes Mesquita¹⁵, de 49 anos.

Ivan Mesquita tinha fazendas no nordeste do Paraguai¹⁶ e seria o fornecedor de drogas de Sergio Nigretti.

Mesquita, que foi extraditado do Paraguai para os Estados Unidos¹⁷ em 27 de junho de 2005, teria ligações com as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC) e o traficante Luiz Fernando da Costa, Fernandinho Beira Mar. Ivan Mesquita é parte de uma estrutura do tráfico internacional colombiano liderada por José María Corredor, o Chepe, que leva 15 toneladas de cocaína por mês aos Estados Unidos e a países da Europa.¹⁸

III Outro italiano

Após a tentativa de resgate de Sergio Nigretti, na semana que se iniciou em 11 de junho de 2007, estava sob apreciação a transferência de um

¹⁴ STF /Extradição 1005.

¹⁵ XAVIER, José Messias. "Possível chefe do tráfico pode ter bens apreendidos", Folha de São Paulo, 02/06/2005. disponível em 29 de outubro de 2007 em: <http://noticias.bol.com.br/geral/2005/07/02/ult95u110671.jhtm>

¹⁶ As fazendas de Ivan Mesquita estavam localizadas na região de fronteira do Paraguai com o Brasil, principalmente em Pedro Juan Caballero, Capitán Bado e Amambay,

¹⁷ Mesquita, que é paranaense, foi extraditado para os EUA, onde será julgado sob acusação de contrabando de armas, tráfico internacional de drogas e ligações com as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (Farc), consideradas *um grupo terrorista* pelo Departamento de Estado americano. *Ele poderá pegar prisão perpétua*. "Paraguai extradita brasileiro para os Estados Unidos, jornal *O Estado de São Paulo*, 28/06/2005. Disponível em 30 de outubro de 2007 em: http://www.mre.gov.br/portugues/noticiario/nacional/selecao_detalhe.asp?ID_RESENHA=144074

¹⁸ "Paraguai extradita brasileiro para os Estados Unidos, jornal *O Estado de São Paulo*, 28/06/2005. Disponível em 30 de outubro de 2007 em: http://www.mre.gov.br/portugues/noticiario/nacional/selecao_detalhe.asp?ID_RESENHA=144074

acautelado que era mais conhecido como “o italiano” entre os inspetores e pessoal técnico do Hospital Heitor Carrilho.

Para se ter idéia sobre o grau de *desinformação* sobre “o italiano” havia dúvidas sobre seu nome. Alguns se referiam a ele como “Dominique”, outros como Domenico Panta Leão. Era também chamado de Fabio Marini e, até, Luis Mário. A confusão era tanta que havia medicação distribuída para mais de um desses nomes. E não se sabia se fora submetido à exames periciais.

Um fato era certo: o *italiano* havia saído do presídio Ary Franco em 8 de dezembro de 2006, data em que um novo diretor era empossado no Hospital Heitor Carrilho, trazendo mudanças na equipe de segurança. É importante salientar que em 15 de fevereiro de 2006, o Plenário do STF decidiu, *por maioria, que o extraditando Corso seria submetido a exames de sanidade mental.*¹⁹ Foram *quase dez meses* para que o preso saísse do presídio de Água Santa e chegasse ao Hospital Heitor Carrilho, na rua Frei Caneca. E leva mais cinco meses para retornar ao presídio Ary Franco.²⁰

A documentação existente no presídio, no dia 15 de junho de 2007, informava que o preso, de 41 anos, usava os nomes Fabio Marini, Domenico Pantaleo Corso e Domenico Corso. Havia ingressado no sistema penitenciário no dia 3 de setembro de 2004, condenado por tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6368/1976). Antes disso, estava há cerca de um ano na Polinter da Pavuna.

IV Quem era o italiano?

Corso estava no Rio de Janeiro desde 1999, usando a identidade falsa de Fábio Marini. Estabeleceu-se em Búzios, cidade turística localizada no litoral norte do estado. Montou uma locadora de carros e uma agência de viagens, ambas denominadas Marbella. Era também proprietário de uma empresa de construções. Sua mulher, em Búzios era brasileira e conhecida

¹⁹ Os ministros deram provimento a um agravo regimental na Extradicação (EXT) 932 solicitada pelo governo da Itália.

²⁰ A transferência do italiano foi feita no dia 13 de junho de 2007 para o presídio Elizabeth Sá Rego (conhecido como Bangu V), no complexo de Gericinó. No dia seguinte foi transferido para o presídio Ary Franco, onde ficou na galeria onde estão os presos do Comando Vermelho.

como Márcia. O casal residia no condomínio fechado Beach Club, na praia de Geribá. Na Praia Brava, ele comprou um terreno de cinco mil metros onde pretendia construir um hotel. Parecia um empresário de sucesso que fazia viagens internacionais.

Em 30 de março de 2002 em voo de Roma, *usando passaporte italiano (número 985L33R) em nome de Fábio Marini*, Corso retorna ao Rio. Aluga um apartamento no condomínio Barra Bela, na Avenida Sernambetiba, na Barra da Tijuca, mas também vivia em hotéis de luxo de Copacabana.²¹

No dia 21 de agosto de 2003, através de informações passadas à polícia pelo Disque Denúncia do Rio, foi preso um menor de 16 anos, morador do Complexo do Alemão (área dominada pela facção criminosa Comando Vermelho) com cinco quilos de cocaína. O jovem saía do apartamento 117 do Condomínio Barra Bella, na Barra da Tijuca. Este apartamento estava alugado por 30 dias em nome de Fábio Marini. O menor afirmou que a droga pertencia à Marini que estava naquele momento em um apartamento do Copacabana Mar Hotel.

A polícia o encontrou no quarto do hotel indicado. Mas antes que a porta fosse aberta com ajuda de chave mestra, o italiano escapou por uma laje junto à janela, pulando para o apartamento de um aposentado e escondendo-se no quarto de empregada, onde acabou sendo preso. Ao fugir, o traficante deixou para trás o filho de meses e, num dos armários do apartamento, outro pacote com dois quilos de cocaína.

Em novembro de 2003, Fábio Marini foi julgado e condenado, na 35ª Vara Criminal pelo juiz Roberto Rocha Ferreira, a cinco anos de prisão em regime fechado por tráfico de drogas.

Após um ano preso na Polinter, na Pavuna, com o nome de Fábio Marini, a Polícia Federal descobriu, junto às autoridades italianas, que não existia passaporte com esta identificação. Em 16 de junho de 2004, solicitou-se a verificação das impressões digitais de Marini na Itália. A Interpol italiana, em 20 de agosto, respondeu ao escritório do Brasil: confirmava-se que Fábio Marini era Domenico Pantaleo Corso, procurado pelas autoridades

²¹ “Identificado italiano com documento falso”, jornal *O Globo*, 2ª ed., primeiro caderno, 01/09/2004, p. 17.

italianas por ter cometido os crimes de tráfico de drogas, extorsão e lesão qualificada. Em 2000 foi condenado como importante criminoso no tráfico internacional de drogas, provavelmente ligado à máfia.

O documento, assinado pelo chefe do serviço de Cooperação Internacional de Polícia, R. Ronconi, afirmava que *Domenico era procurado internacionalmente* e que o Ministério da Justiça italiano estaria encaminhando com urgência o pedido de extradição de Corso.

O presidente do Supremo Tribunal Federal na época, ministro Nelson Jobim, assinou a extradição número 932 - com pedido de prisão preventiva - no dia 26 de julho de 2004.²² Ele atendeu ao pedido feito pelo governo da Itália. O documento foi protocolado no escritório regional da Interpol no dia 26 de agosto. Um agente foi cumprir o mandado na carceragem da Polinter, na Pavuna, no mesmo dia, segundo a assessoria de comunicação social da Superintendência da Polícia Federal no Rio de Janeiro. O italiano se recusou a assinar o mandado de prisão do STF.

O jornalista Marcelo Auler escreveu na época que Domenico Pantaleo Corso recorria da sentença da 35ª Vara Criminal do Rio junto à Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, “mas ele sempre soube que tinha poucas chances de ser absolvido tanto que, segundo um dos muitos advogados que trabalharam em sua defesa, sua maior preocupação era de *conseguir transferência para um hospital psiquiátrico de onde, possivelmente, tentaria fugir*”.²³

Há um despacho ordinatório, na Extradição 932, cujo ministro relator é Joaquim Barbosa, de 7 de dezembro de 2004, em que determina-se “a imediata transferência do extraditando Corso Domenico Pantaleo para o presídio Ary Franco, onde deverá permanecer até o julgamento da presente ação”.²⁴ À época, Corso estava na penitenciária Bangú III, onde ficam presos da facção Comando Vermelho.

²² No Agravo Regimental, da Extradição 932, o relator ministro Marco Aurélio do STF informa que: “O extraditando encontra-se preso no Presídio Ary Franco em face da decretação de sua prisão preventiva para fins de extradição, efetuada pelo Min. Nelson Jobim, em 26/7/2004.”

²³ AULER, Marcelo. “Volta ao lar. Itália quer extradição de traficante condenado no Rio”, *Revista Consultor Jurídico*, 31/08/2004. Disponível em 20 de outubro de 2007 em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/29597,1>

²⁴ Eis o despacho ordinatório: “junte-se a pet. nº 131218/2004 do exposto, determino a imediata transferência do extraditando Corso Domenico Pantaleo para o presídio Ary Franco, onde deverá

V O que ocorre na trajetória judicial de Sérgio Nigretti ?

Em outubro de 2007, Sérgio Nigretti²⁵ entrou com habeas-corpus, alegando excesso de prazo de sua prisão ocorrida em julho de 2005, no Supremo Tribunal Federal (STF). Pediu liberdade enquanto aguarda julgamento de sua extradição. Nos autos, consta que o pedido de extradição formulado pela Itália foi deferido em 9 de novembro de 2006, a decisão foi comunicada ao Ministério das Relações Exteriores em 14 de dezembro do mesmo ano, após a qual, em 17 de janeiro de 2007, os autos foram arquivados.

De acordo com a *defesa*, a Itália, até então, não se manifestou sobre o retorno de Nigretti ao país.

Alegando que seu cliente não foi comunicado da decisão do STF (Superior Tribunal Federal), sua advogada pediu a reabertura do processo para apelar contra a extradição, pedido deferido em 13 de agosto de 2007, razão do habeas corpus.

A advogada Diana Rodrigues Muniz alega que Nigretti não foi beneficiado com seus direitos garantidos na Lei de Execuções Penais (7.210/84), tais como: "livramento condicional, trabalho extra-muro, visita periódica ao lar e outros."²⁶

Assim, alegando ofensa ao artigo 5º da Constituição Federal bem como ao disposto no Pacto de São José da Costa Rica (Decreto nº 678, de 6/11/92), e o artigo 73, da Lei 6.815/80 e a Súmula 367/STF, a defesa de Nigretti pede ao STF a liminar para a revogação de sua prisão preventiva e a expedição de alvará de soltura em seu favor.²⁷

permanecer até o julgamento da presente ação. Comunique-se , com urgência, ao delegado-chefe da Polícia Criminal Internacional – INTERPOL do Rio de Janeiro, bem como ao diretor do presídio Bangu III. Publique-se.”

²⁵ Sérgio Nigretti encontrava-se preso preventivamente para fins de extradição na penitenciária Bangu II, no complexo Gericinó (antigo Bangu), no Rio de Janeiro. Esta é uma penitenciária de presos da facção Terceiro Comando Puro.

²⁶ Cf. Redação Terra 8 de outubro de 2007 <http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,OI1972168-EI306,00.html>

²⁷ Cf. <http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/43140.shtml> A defesa afirma também que foi concedido um habeas-corpus pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) que impediria a sua extradição e pede a revogação de sua prisão preventiva e a expedição de alvará de soltura em seu favor.

O Ministro Cezar Peluso, do STF arquivou o Habeas Corpus (HC 92664) impetrado a favor do cidadão italiano Sergio Nigretti no dia 11 de outubro de 2007. O Ministro-relator entendeu que o pedido é inviável porque a jurisprudência do Supremo não admite “a impetração imediata de pedido de writ, sem que aquele integrante da Corte que é apontado como autoridade coatora tenha ciência antes do pleito veiculado nas razões do habeas corpus”

Segundo a orientação da Súmula 692 do STF, “não se conhece de habeas corpus contra omissão de relator de extradição, se fundado em fato ou direito estrangeiro cuja prova não constava dos autos, nem foi ele provocado a respeito”.

Cezar Peluso ressaltou que a impetração do HC, instruída com cópias do relatório, voto, extrato de ata e acórdão, “por si só já demonstra ciência inequívoca que teve o ora paciente [Sergio Nigretti] da sessão Plenária que julgou a EXT nº 1005, então realizada em 09.11.2006, bem como do teor de sua decisão”. Assim, o ministro entendeu que o italiano deve ser considerado intimado desde a data em que ele tomou ciência do julgamento da extradição, com todas as conseqüências processuais, inclusive a do decurso de prazo recursal. “Ciência inequívoca é forma legal de intimação”, disse.

Além disso, o relator contou que por meio da Petição STF nº 37.335/2007, em 10 de abril deste ano, o próprio Nigretti solicitou a reabertura de seu processo de extradição, sob o argumento de que “em 11.12.2006 seus advogados enviaram pela internet petição eletrônica nos termos de apelação a essa Suprema Corte, conforme o fazem comprovar com a inclusa cópia reprográfica”.

“Não tenho nenhuma dúvida, portanto, de que o ora paciente tomou ciência, a tempo e a hora, da publicação do acórdão proferido pelo Plenário, nos autos da EXT nº 1005, razão por que nego seguimento ao pedido, nos termos do § 1º do art. 21 do RISTF”, afirmou o relator, que arquivou, assim, o habeas corpus.²⁸

²⁸ “Supremo arquiva HC de italiano acusado de tráfico e preso para fins de extradição” Fonte: Supremo Tribunal Federal, 11/10/2007

VI O que ocorre na trajetória judicial de Domenico Pantaleo Corso?²⁹

VI. 1 A ação por tráfico de drogas

Em março de 2004, foi impetrado um habeas corpus³⁰ em favor de *Fabio Marini* – sua verdadeira identidade ainda não era conhecida - na Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro pretendendo a *anulação da sentença condenatória* por tráfico de drogas. Alegou-se ausência de justa causa, inobservância do devido processo legal e cerceamento de defesa. Usou-se como prova o fato de que ele não teve intérprete!

A procuradora de Justiça opinou pela denegação do habeas corpus e o Desembargador Francisco José de Asevedo foi o relator. No seu voto o relator afirma que não existiu qualquer constrangimento ilegal. E ainda que, conforme se depreende das próprias alegações do impetrante era impossível na via de habeas corpus o exame de fatos que dependem de provas, o que *só é possível no juízo de primeiro grau*.

A advogada de Fabio Marini *recorre* da decisão da Quarta Câmara Criminal com um habeas corpus com *pedido de liminar ao Superior Tribunal de Justiça*.³¹ O relator foi o ministro Gilson Dipp, no HC 34.656 – RJ, que indeferiu o pedido de liminar. “*não vislumbro, primo oculi, flagrante ilegalidade no ato atacado, entendendo, ainda que o pedido de imediata anulação da sentença condenatória confunde-se com o próprio mérito da impetração. Solicitem-se as informações de estilo à d. Autoridade apontada como coatora*” (referência à Quarta Câmara Criminal do TJ-RJ). Esta decisão foi proferida no dia 2 de abril de 2004. Restava ainda analisar o *mérito* nesta ação o que somente foi feito no dia 5 de

²⁹ Observação: O tribunal de Justiça do Rio de Janeiro usa o nome Domenico Corso Pantaleo, Apelação Criminal nº 501/2004. Já o Supremo Tribunal Federal usa o Corso Domenico Pantaleo, ver Extradicação 932.

³⁰ Habeas Corpus nº 2004.059.00378. Decisão *unânime* pela denegação do habeas corpus. Data de julgamento: 9 de março de 2004. Ementa: Habeas Corpus. Imputação de tráfico de entorpecente (art. 12 da lei 6.368/76). Negativa de autoria fundada em alegações de fato que demandam prova, só possível no juízo singular. Ausência de interprete para o paciente estrangeiro. Irrelevante, quando o mesmo se comunica e entende a língua nacional e não foi requerida nomeação de intérprete em nenhuma fase do processo. Impossibilidade da aplicação da Lei 10.409/02, por ineficaz. Ausência de constrangimento ilegal. Denegação da ordem.

³¹ Trata-se de um hábeas corpus, substitutivo de Recurso Ordinário, com pedido de liminar.

agosto de 2004. O impetrante tentava obter a concessão da ordem de habeas corpus

a fim de que fosse anulada a sentença condenatória por tráfico de entorpecentes. Alegava que ocorrera constrangimento ilegal substanciado nos seguintes fatos:

*“de o paciente ter sido colocado em cela comum, quando faz jus a ser recolhido na POLINTER – PONTO ZERO por ter nível superior; de não haver justa causa para a ação penal que respondia na 35ª Vara Criminal do Estado do Rio de Janeiro; de não ter perguntado ao paciente se o mesmo era dependente; de não ter sido designado intérprete ao paciente, em razão de ser estrangeiro; por não ter sido aplicada as regras contidas na Lei 10.409/02 e, por ser o processo nulo, conforme prevê o inciso IV do art. 648 do Código de Processo Penal”.*³²

A decisão, cujo relator foi outra vez o ministro Gilson Dipp, foi unânime. O pedido de habeas corpus de Fabio Marini foi denegado.³³ O acórdão só

³² Relatório do Habeas Corpus nº 34.656-RJ, p. 1.

³³ Ementa do Habeas Corpus nº 34.656: Criminal. HC. Tráfico de entorpecentes. Paciente recolhido em cela comum. Alegação de possuir formação superior não comprovada. Ação penal. Ausência de justa causa. Necessidade de análise de provas. Questionamento sobre a dependência toxicológica do réu. Inércia da defesa. Nulidade por falta de nomeação de intérprete. Desnecessidade. Paciente estrangeiro que se expressa normalmente em idioma nacional. Inobservância do procedimento da Lei Nº 10.409/02. Defesa preliminar. Cerceamento de defesa. Nulidade. Inocorrência. Prejuízo concreto não comprovado. Ordem denegada.

I. Não sendo comprovada nos autos a formação superior do paciente, a qual o habilitaria a se recolher em prisão especial, fica impossibilitada a análise de ocorrência de constrangimento ilegal pelo seu recolhimento em cela comum.

II. Hipótese em que, para análise da existência, ou não, de justa causa a embasar a ação penal, conforme pretendido, haveria necessidade de revolvimento de matéria fática, pois a alegação está fundamentada nos procedimentos empreendidos pela autoridade policial para se chegar à apreensão da substância entorpecente encontrada em poder do paciente.

III. A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo dos elementos dos autos, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade.

IV. Tratando-se de crime de tráfico de entorpecentes, a ausência da indagação sobre a dependência toxicológica do acusado por ocasião do interrogatório, por si só, não configura constrangimento ilegal hábil à concessão do *writ*, ainda mais se evidenciado que o paciente não se declarou dependente de drogas e a defesa permanecer inerte quanto ao requerimento do laudo pericial. Precedentes do STF e desta Corte.

V. Evidenciado nos autos que, não obstante o paciente estrangeiro, domina satisfatoriamente o idioma nacional, a ponto de gerenciar uma empresa de turismo no país, e não tendo a defesa requerido a nomeação de intérprete, não há razão nesse aspecto, para concessão da ordem.

VI. A inobservância do procedimento constante no Capítulo V da Lei 10.409/02 na ação penal instaurada contra o paciente, por si só, não enseja nulidade, pois depende da comprovação de prejuízo – o que não ocorreu *in casu*. Precedentes.

VII. A lei processual penal adota o princípio *pas de nullité sans grief* (art. 563 do CPP), segundo o

foi publicado no Diário de Justiça no dia 20 de setembro de 2004 e transitado em julgado em *13 de outubro de 2004*.

Conforme visto antes, em agosto de 2004 é feita a identificação de Fabio Marini como Domenico Pantaleo Corso que passa a pedir transferência para o Hospital Heitor Carrilho, talvez com o objetivo de fuga ³⁴.

Os advogados de Corso recorrem através de apelação criminal (nº 2004.050.00501) que é decidida pela Quarta Câmara Criminal do TJ-RJ, que havia anteriormente denegado o habeas corpus. O relator é o desembargador Francisco José de Asevedo – relator do habeas corpus anterior. No seu voto afirma que:

“a sentença deveria ser mantida, porque de acordo com as alegações e provas dos autos.

Conforme se depreende das provas dos autos, o apelante foi preso em flagrante, por indicação de um menor infrator, a quem a substância entorpecente seria entregue.

Assim, o silêncio do réu perante a autoridade policial e em juízo é infundado, principalmente porque em confronto com depoimento prestado pelo menor (fls. 64/65) e com os depoimentos seguros e coerentes prestados pelos policiais que o prenderam (fls. 74/78), destacando-se a fantástica e extemporânea confissão de fls. 423/425, que só confirma os fatos narrados na denúncia.

Desta forma, restam indúvidos e inquestionáveis tanto o crime quanto a autoria, não havendo na sentença apelada qualquer detalhe a ser modificado.

Por fim, a pretensão à absolvição não poderia ser acolhida, porque totalmente contrária à prova dos autos, acima examinada, da mesma forma que a pretensão à redução da pena interposta, porque a mesma, assim como o regime prisional, estão adequados às normas dos arts. 59 c/c 33, § 3º do Código Penal.

qual a nulidade só é declarada em ocorrendo prejuízo demonstrado. Inocorrência da Súmula nº 523 da Suprema Corte.

³⁴ AULER, Marcelo. “Volta ao lar. Itália quer extradição de traficante condenado no Rio”, *Revista Consultor Jurídico*, 31/08/2004. Disponível em 20 de outubro de 2007 em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/29597,1>

Por tais fundamentos, votei no sentido de negar provimento ao recurso, na forma acima exposta.”

Porém, algo surpreendente acontece. O desembargador Ivan Cury (relator revisor) que havia acompanhado o desembargador Francisco José de Asevedo, muda de voto na sessão de julgamento no dia *19 de outubro de 2004*. Assim, *por maioria*, quanto ao mérito do recurso deram provimento, absolvendo o réu Fabio Marini e *expedindo alvará de soltura*. Foi designada para a redação do acórdão da desembargadora Marly Macedônio Franca.

Eis a ementa do acórdão na apelação criminal 2004.050.0050:

Tráfico de drogas. Prova contraditória e insuficiente. In dubio pro reo.

Condenação calcada em depoimentos de apenas dois policiais que participaram do flagrante, apresentando contradições e contraditórios entre si quando confrontados, bem assim dissonantes dos seus depoimentos colhidos na fase inquisitorial e de todas as demais provas testemunhais constantes dos autos – em especial, dos depoimentos prestados pelos funcionários do condomínio da Barra e do Hotel de Copacabana, que presenciaram as prisões, respectivamente do adolescente e do ora apelante – ostentando, portanto, fragilidade e insegurança, sendo insuficiente para a condenação, a trazer à baila o brocardo latino in dubio pro reo, que aponta para a solução absolutória.

Recurso provido.

Ao procurador de Justiça não coube recurso porque a rejeição das provas colhidas não é base para o recurso especial (ao STJ) ou o extraordinário (ao STF). O acórdão fez coisa julgada.

VI.2 A ação de extradição no STF

O Governo da Itália, com base no Tratado de Extradição específico, formalizou pedido de extradição de nacional Corso, tendo por fundamento mandados de prisão expedidos pela autoridade competente do Governo requerente, pela prática dos crimes de formação de quadrilha finalizada ao tráfico ilícito de entorpecentes, prática do crime de concurso em extorsão e concurso em lesões graves. O *pedido complementar* enviado

por Nota Verbal tem por fundamento sentença penal condenatória com trânsito em julgado, pela prática de formação de quadrilha finalizada ao tráfico de substâncias entorpecentes, concurso em venda de tais substâncias e concurso em porte ilegal de armas.

No dia 10 de outubro de 2007, ocorreu a sessão de julgamento de Corso. A Procuradoria Geral da República opinou pelo deferimento parcial da extradição, sustentando que *houve a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão executória em relação ao pedido complementar.*

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) deferiu, em parte, pedido de Extradição (EXT 932) do cidadão italiano Corso Domenico Pantaleo, formulado pelo governo da Itália. O pedido baseou-se em dois mandados de prisão expedidos contra ele pela justiça desse país pela prática dos crimes de formação de quadrilha com vistas ao tráfico ilícito de entorpecentes, extorsão e lesões graves. A extradição permitirá que ele seja julgado por esses crimes na Itália.

O Tribunal indeferiu, no entanto, pedido de extradição complementar enviado pelo governo italiano, tendo por fundamento sentença penal condenatória com trânsito em julgado, também pela prática de formação de quadrilha para o tráfico de substâncias entorpecentes, venda de tais substâncias e porte ilegal de armas. O plenário entendeu que, neste caso, a punibilidade estava extinta pela ocorrência da prescrição da pretensão executória (prescrição do direito estatal em aplicar a pena).

A defesa havia alegado a inimizabilidade (não responsabilização) do extraditando, *pedindo que lhe fosse aplicada medida de segurança de tratamento ou de internação.* Este pedido suscitou extenso debate no Plenário. Os ministros Celso de Mello, Carlos Ayres Brito e Gilmar Mendes votaram pelo indeferimento do pedido de extradição, sustentando justamente a inimizabilidade do extraditando. Fundamentaram seu voto no fato de que um laudo médico italiano já atestava, em 1994 – antes da ocorrência dos crimes de que é acusado na justiça italiana (em 1999 e 2000) – o estado de insanidade de Corso, o que determinou sua internação num hospital psiquiátrico naquele país. Além disso, um laudo psiquiátrico *feito este ano no Brasil, por determinação do próprio STF, atestou que ele*

*sofre de esquizofrenia paranóide.*³⁵ Este laudo afirma, também, que o atual estado do extraditando sugere que ele já sofre da doença há muito tempo.

Entretanto, a maioria dos ministros acompanhou voto do relator, ministro Joaquim Barbosa. Ele advertiu que o indeferimento do pedido, feito com base no Tratado de Extradicação existente entre Brasil e Itália, significaria que Corso seria posto em liberdade no Brasil, sem ser submetido a qualquer julgamento. Ele lembrou, além disso, que *o extraditando fugiu da Itália quando estava internado em um hospital psiquiátrico por determinação da justiça italiana.*

Barbosa fundamentou sua posição também em voto do ministro Moreira Alves (aposentado), segundo o qual a inimputabilidade não retira o caráter de crime, e a lei só impede extradição quando o fato imputado não for crime. Além disso, segundo o relator, o fato de ser o extraditando atualmente inimputável não significa que, quando do seu possível julgamento na Itália, ele ainda se encontre em estado de esquizofrenia paranóide.

O relator votou no sentido de que cabe cumprir estritamente o artigo 1º do Tratado de Extradicação firmado entre Brasil e Itália, segundo o qual cada uma das partes se obriga a entregar, mediante solicitação, pessoas que se encontrem em seu território e sejam procuradas pelo Judiciário do país requerente, para serem submetidas a processo penal ou pena restritiva de liberdade.

“Não cabe a este Tribunal fazer qualquer análise quanto ao resultado de eventual condenação, quer quanto à pena, quer quanto à medida de

³⁵ Em 15 de fevereiro de 2006, o Plenário do STF decidiu, *por maioria, que o extraditando Corso seria submetido a exames de sanidade mental.* Os ministros deram provimento a um agravo regimental na Extradicação (EXT) 932 solicitada pelo governo da Itália.

No voto, Barbosa afirmou que o pedido de apreciação de eventual insanidade mental de Pantaleo deveria ser apreciado pelo governo italiano. Disse ainda que a imputabilidade do condenado, no caso de insanidade, “não retira do fato o caráter de crime e a nossa lei só impede que haja extradição quando o fato não for tido como crime no Brasil ou no Estado requerente”.

O ministro Marco Aurélio divergiu e foi seguido pelos demais ministros. Segundo ele, pelo Código de Processo Penal brasileiro, quando a doença mental for constatada e verificado que a doença ocorreu após a prática delituosa o processo penal é suspenso.

Marco Aurélio disse que em caso de extradição as normas processuais devem ser observadas. De acordo com o ministro Marco Aurélio, levando-se em conta que no Brasil o extraditando fica sujeito à prisão em regime fechado, “deve-se verificar se realmente ele está acometido da doença mental para ter-se a internação”. Fonte: Supremo Tribunal Federal. Disponível em 20 de outubro de 2007 em: http://www.juristas.com.br/n_17345~p_485~supremo+autoriza+exame+de+sanidade+mental+em+extraditando

segurança que venha a ser decretada pelo estado requerente”, sustentou o relator, sendo apoiado pelo ministro Cezar Peluso, segundo o qual isto seria uma ingerência indevida na soberania da justiça italiana. Além disso, segundo Barbosa, os laudos periciais mencionados não atestaram que, à época dos fatos (delituosos praticados pelo extraditando), ele já padecia de esquizofrenia.³⁶

VII Conclusões

Existe uma presença notável de mafiosos italianos no Brasil, e em particular no Rio. Em 1997, o jornal *O Globo* noticiava que: A Interpol montou operação especial para caçar 50 mafiosos que estão escondidos no Brasil, a maioria deles no Rio. Segundo os policiais, o País já é a terceira área de operação da máfia italiana, depois da Itália e dos EUA. Desde 1993, instalaram-se no País 66 mafiosos, sendo que 16 deles já foram presos. As quatro principais organizações mafiosas - Cosa Nostra, Camorra, N'Drangheta e La Sacra Corona Unita - estão *tentando montar uma base comum de operações no Rio, de onde exportariam a cocaína produzida na Colômbia e na Bolívia.*³⁷

Os casos dos italianos Sergio Nigretti³⁸ e Domenico Pantaleo Corso exemplificam esta tradição de foragidos, que portam documentos falsos e se estabelecem como empresários no Brasil. Quando por ventura são presos, usam manobras jurídicas para ficar no Brasil. Dentre as manobras estão o uso de expedientes protelatórios para obter a prescrição da pretensão executória; Domenico Corso, por exemplo, obteve a extinção da punibilidade de uma sentença penal italiana.³⁹

³⁶ Fonte: Supremo Tribunal Federal. Disponível em 20 de outubro de 2007 em: <http://www.canaljustica.jor.br/index.php?id=26225>

³⁷ “Interpol caça no Rio 50 mafiosos italianos”, jornal *O Globo*, 13/07/1997, p. 1; 18 – 19.

³⁸ Não foi possível obter informações sobre o processo sobre tráfico de drogas a que responde em Mairiporã, São Paulo.

³⁹ Atualmente acompanha-se o caso do ex-deputado Ronaldo Cunha Lima (PSDB-PB) que renunciou ao mandato para não ser julgado pelo STF, onde o parecer do Procurador Geral da República era favorável a sua condenação por tentativa de homicídio. Agora será julgado no Fórum Criminal de João Pessoa. Mesmo que seja condenado, ele poderá se livrar da pena se tiver êxito em novas manobras jurídicas, até 2012, data máxima para que o crime seja declarado prescrito. Ler: FREITAS, Silvana de. “Manobras jurídicas podem livrar Cunha Lima de pena”, *Folha de São Paulo*, caderno Brasil, 02/11/2007, p. A-10.

Neste caso, o processo de extradição iniciou-se em julho de 2004 e o julgamento ocorreu em outubro de 2007. No entanto, o regimento interno do STF prevê, do artigo 207 ao 214, um procedimento bastante simples para a extradição. O ministro relator pode ⁴⁰ – e assim o fez – delegar ao juiz do local onde estiver o extraditando a realização do interrogatório. No interrogatório, ou logo após, intimar-se-á o defensor do extraditando para apresentar defesa escrita no *prazo de dez dias*.⁴¹ Os autos remetidos ao juiz delegado, serão devolvidos ao STF, uma vez apresentada a defesa ou exaurido o prazo.⁴² Junta a defesa e aberta vista por *dez dias* ao Procurador-Geral, o Relator pedirá dia para julgamento.⁴³

Outra manobra jurídica extremamente difundida entre criminosos abonados consiste em solicitar o exame de sanidade mental. Os magistrados hesitam em não concederem este exame porque sabem que os advogados alegarão a seguir cerceamento de defesa. Quando obtém a ordem judicial para fazer o exame no Rio vão para o Hospital Heitor Carrilho, o que já os beneficiam de três maneiras: 1) ficam num regime disciplinar menos duro que nas cadeias, presídios ou penitenciárias; 2) podem negociar um laudo pericial que os declare inimputáveis e, em consequência, obtêm medida de segurança. Como esses presos não são dependentes químicos ou loucos, em regra, conseguem sair em liberdade em torno de dois anos, e; 3) por fim, existe a possibilidade de fuga ou resgate devido à vulnerabilidade do Hospital.

Outro ponto importante na trajetória judicial do Corso foi a sua absolvição, *por maioria*, na Quarta Câmara Criminal do Rio de Janeiro⁴⁴ após ter sido condenado a cinco anos de reclusão por tráfico de drogas. Deveria ser reformado o Código de Processo Penal para que os procuradores de justiça pudessem dispor de *embargos infringentes e de nulidade tal como ocorre com os defensores dos réus*.⁴⁵ Num Estado

⁴⁰ Regimento Interno do STF, Art. 211. É facultado ao Relator delegar o interrogatório do extraditando a juiz do local onde estiver preso.

⁴¹ Regimento Interno do STF, Art. 210.

⁴² Regimento Interno do STF, Art. 211, parágrafo único.

⁴³ Regimento Interno do STF, Art. 212. Ver ainda: Art. 214. No processo de extradição, *não se suspende no recesso e nas férias o prazo fixado por lei para o cumprimento de diligência determinada pelo Relator ou pelo Tribunal.*

⁴⁴ Apelação Criminal nº 501/2004

⁴⁵ Esta recomendação é *diretamente baseada* no artigo da procuradora de justiça aposentada no estado do Rio de Janeiro Leny Costa de Assis. Agradeço à procuradora de justiça Dr^a Celma de

Democrático de Direito, não basta a ampla defesa do réu; é indispensável a *ampla defesa da sociedade* agredida por atos predatórios e violadores da ordem jurídica estatal. Como, de acordo com a Constituição, cabe ao Ministério Público agir em defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e considerando-se que **o processo penal é essencialmente contraditório, deve haver equilíbrio de oportunidades processuais entre os que deduzem pretensões opostas**. Por isso, **ao cercear o exercício do direito de recorrer do Ministério Público no caso dos embargos infringentes e de nulidade-privilegiando o réu- a lei ordinária contraria frontalmente os preceitos constitucionais**. Aliás, esta *desigualdade processual* não ocorre no direito processual militar **que, em seu artigo 538⁴⁶, estendeu ao Ministério Público o direito de recorrer das sentenças finais, não unânimes, proferidas em instância recursal**. Esta sugestão foi feita pela procuradora de justiça, Dr^a Leny Costa de Assis que propôs a redação seguinte para o parágrafo único do artigo 609 do Código de Processo Penal:

Art. 609 – Omissis

Parágrafo único: quando não for unânime a decisão de segunda instância, o Ministério Público ou o réu poderá interpor embargos infringentes e de nulidade, que serão opostos no prazo de dez dias, na forma do art. 613, do código de Processo Penal. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.⁴⁷

Merece destaque o voto do ministro Joaquim Barbosa: apesar dos ministros do STF terem discutido amplamente a argumentação de que Corso, de acordo com o laudo pericial feito no Rio, sofria de esquizofrenia paranóide, superou esta manobra destinada a assegurar a impunidade.

Os dois casos relatados apontam para necessidade urgente de se criarem mecanismos eficazes para coibir o uso de falsas identidades⁴⁸

Carvalho Alves a indicação e envio do texto. Ler: ASSIS, Leny Costa. “Por que não os Embargos Infringentes e de Nulidade para o Ministério Público?”, *Revista do Ministério Público do estado do Rio de Janeiro*, vol. 11, 2000, p. 181-186.

⁴⁶ Código de Processo Penal Militar, Art. 538. O Ministério Público e o réu poderão opor embargos de nulidade, infringentes do julgado e de declaração, às sentenças finais proferidas pelo Superior Tribunal Militar.

⁴⁷ ASSIS, Leny Costa. “Por que não os Embargos Infringentes e de Nulidade para o Ministério Público?”, *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 11, 2000, p. 184. Esta proposta encontra-se sob exame pela comissão que avalia novas reformas no Código de Processo Penal.

⁴⁸ Falsa identidade é crime contra a Fé Pública, tipificado no Código Penal, Art. 307 - Atribuir-se ou

pelos presos e internos no sistema prisional. Esta imputação a si mesmo de identidade falsa gera graves problemas para a execução da pena e deixa ainda mais vulnerável a segurança das unidades prisionais. É certo que existe displicência nas instituições policiais⁴⁹, e também nas prisionais em relação à verificação de quem são realmente as pessoas. Na lista de acautelados do Hospital Heitor Carrilho está uma pessoa identificada tão somente como William de Tal.⁵⁰ Quem será? Não se sabe. Pelo menos não é italiano.

atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

⁴⁹ A Lei 10054 de 7 de dezembro de 2000 que dispõe sobre a identificação criminal afirma em seu art. 1º que: O preso em flagrante delito, o indiciado em inquérito policial, aquele que pratica infração penal de menor gravidade (art. 61, *caput* e parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995), assim como aqueles contra os quais tenha sido expedido mandado de prisão judicial, desde que não identificados civilmente, serão submetidos à identificação criminal, inclusive pelo processo datiloscópico e fotográfico.

⁵⁰ Lista preparada no dia 9 de julho de 2007.

DECADÊNCIA DO DIREITO À REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO (UMA ANÁLISE DE DIREITO INTERTEMPORAL)

Carlos Côrtes Vieira Lopes¹ - Procurador Federal

1 - INTRODUÇÃO²

O presente artigo visa abordar um tema que a partir de agosto de 2007 tornou-se relevante para as ações judiciais que tenham por objetivo a revisão de benefícios previdenciários. Trata-se de discussão a respeito do termo *a quo* da aplicação do instituto da decadência e se este instituto aplica-se aos benefícios previdenciários concedidos antes da entrada em vigor da referida norma.

Conforme determina o *caput* do art. 103 da L. 8.213/91, é de 10 anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação objetivando a revisão do benefício previdenciário, por parte do segurado.

Acerca deste dispositivo farei uma análise histórica e abordarei as decisões judiciais a respeito do tema, principalmente as do Estado do Rio de Janeiro, onde atuo profissionalmente. Deixo, contudo de analisar a controvérsia se o prazo de 10 anos para revisão de benefício previdenciário teria natureza prescricional ou decadencial, por não ser este o foco principal do presente estudo, até mesmo porque, com a modificação legislativa trazida pela lei 11.286/2006 (que alterou o art. 219, §5º, do CPC e revogou o art. 194, do CC), o magistrado passou a ter o poder de declarar de, ofício, tanto a decadência, quanto a prescrição.

¹ Procurador Federal. Especialista em Direito Público e Tributário pelo Instituto A Vez do Mestre; Especialista em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ/UNESA.

² Antes de Iniciar a abordagem do tema gostaria de agradecer ao Chefe da PFE-INSS em Volta Redonda/RJ, Dr. Gustavo Augusto Freitas de Lima, por toda a ajuda na elaboração e pesquisa desse estudo.

2 - HISTÓRICO

Na sua redação original, o art. 103 da Lei nº 8.213/91 dispunha que *“Sem prejuízo do direito ao benefício, prescreve em 5 (cinco) anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes”*. Assim, de fato, inicialmente, a Lei Básica da Previdência Social não contemplava, para os benefícios previdenciários do regime geral, a figura da “prescrição de fundo de direito”, no caso de revisão do ato de concessão, posição esta reiterada na Súmula 85 do Colendo STJ.

Pois bem, ocorre que em 28 de junho de 1997, com a publicação da Medida Provisória nº 1.523-9/1997, hoje convertida na Lei nº 9.528/1997, a mencionada pretensão revisional passou a se sujeitar ao prazo decadencial de dez anos, conforme dispositivo ora transcrito:

“Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.” (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

De fato, o prazo decenal em tela teve alterações em 23 de outubro de 1998, quando, através da Medida Provisória nº 1663-15, de 23.10.1998, foi ele reduzido para 5 (cinco) anos. Note-se bem: **o prazo em análise não foi extinto e sim reduzido, vale dizer, seu curso não sofreu suspensão ou interrupção, até porque, trata-se de prazo decadencial.**

Posteriormente, a retromencionada medida provisória veio a se convolar na Lei nº 9.711/1998. Com a edição da Medida Provisória nº 138, de 19.11.2003, o **prazo decadencial decenal foi restabelecido**, estando hoje assentado pela Lei nº 10.839, de 05.02.2004. Sem dúvida, há uma CONFLITO APARENTE DE NORMAS, a ser resolvido aplicando-se os princípios de direito intertemporal . Isto porque atualmente existem quatro períodos regidos por normas distintas, que se sucederam temporalmente:

1. **até 27.6.1997** – não havia previsão legal de prazo decadencial para a revisão dos benefícios previdenciários;

2. **28.6.1997 a 20.11.1998** – revisões sujeitas a prazo decadencial de 10 anos;
3. **21.11.1998 a 19.11.2003** – revisões sujeita a prazo decadencial de 5 anos;
4. **a partir de 20.11.2003** – revisões submissas a prazo decadencial de 10 anos.

A partir deste conflito de direito intertemporal surgem 3 entendimentos, que serão abordados a seguir.

3 – ENTEDIMENTOS A RESPEITO DO TEMA

3.1 – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

A posição do STJ entende que a regra decadencial, prevista no art. 103, caput, da LBPS, não poderia ser aplicada aos benefícios concedidos anteriormente à sua vigência, por se tratar de aplicação retroativa da lei, o que seria vedado pelo ordenamento jurídico, conforme demonstra a ementa do acórdão abaixo transcrito:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. LEI Nº 9.528/1997. BENEFÍCIO ANTERIORMENTE CONCEDIDO. DECADÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL.

1. Esta Corte já firmou o entendimento de que o prazo decadencial previsto no caput do artigo 103 da Lei de Benefícios, introduzido pela Medida Provisória nº 1.523-9, de 27.6.1997, convertida na Lei nº 9.528/1997, por se tratar de instituto de direito material, surte efeitos apenas sobre as relações jurídicas constituídas a partir de sua entrada em vigor.

2. Na hipótese dos autos, o benefício foi concedido antes da vigência da inovação mencionada e, portanto, não há falar em decadência do direito de revisão, mas, tão-somente, da prescrição das parcelas anteriores ao quinquênio antecedente à propositura da ação.

3. Agravo regimental improvido.”³

³ AgRg no Ag 846.849/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12.02.2008, DJ 03.03.2008 p. 1

Contudo, esta decisão contraia o próprio entendimento do próprio STJ, que se destacou ao julgar o MS 9.112, a Corte Especial definindo que o prazo decadencial do art. 54 da Lei 9.784/99, instituído em favor do administrado e contra a Administração, tinha aplicação aos eventos já em curso, orientação reiterada recentemente pela 5ª Turma no Resp 696.308:

*“(...).1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual **os atos administrativos praticados anteriormente ao advento da Lei 9.784/99 também estão sujeitos ao prazo decadencial quinquenal** de que trata seu art. 54. Todavia, nesses casos, tem-se como termo a quo a entrada em vigor de referido diploma legal, ou seja 1º/2/99. Hipótese em que o ato impugnado data de 2000, pelo que não há decadência na hipótese.(...)”*

A despeito da ocorrência de sucessão de normas, no período anterior a 28 de junho de 1997, não há que se falar em fluxo de prazo decadencial de 10 anos, por inexistência de norma legal que previsse a causa extintiva em foco. A prevalecer a tese contrária, significaria, efetivamente, a promoção de retroatividade máxima de norma criadora de decadência, permitindo, com efeito, que esta produzisse efeitos em período anterior à sua vigência, o que é vedado pelo sistema constitucional de 1988. Neste sentido, inclusive, já se manifestou o STF, em sede da ADIN 493, relatada pelo saudoso Ministro Moreira Alves.

Todavia, dizer que antes de 28 de junho de 1997 não se aplicava o prazo decadencial não se confunde com se conceder um pretensão direito adquirido aos segurados, cujos benefícios foram concedidos antes da referida data, a jamais se submeterem a qualquer prazo de prescrição ou decadência previsto em leis posteriores. Não existe um direito adquirido a realizar revisões *ad eternum*. Diga-se de passagem, **o ordenamento jurídico brasileiro privilegia o princípio da segurança jurídica, o qual repele a existência de pretensões eternas a revisões e modificados de atos já acabados**. Tanto é assim que a ação rescisória tem prazo para ser exercida; o Código Civil prevê prazos de prescrição e decadência; até mesmo a punição penal, medida extrema do Estado, deve ser promovida dentro de determinado período de tempo.

Desta maneira, suprida a **omissão legislativa**, os prazos decadenciais devem ser contados a partir da sua previsão legal para todos os benefícios:

para os concedidos anteriormente a edição da MP nº 1.523-9/1997, o prazo se iniciaria tão somente após a sua entrada em vigor; para os concedidos posteriormente, o prazo decadencial teria início a partir da data da concessão do benefício. Até mesmo porque, **a lei nova é aplicável a todos os fatos e situações presentes e futuras (retroatividade mínima), ressalvadas apenas as hipóteses já incólumes, cobertas pelo véu da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.** Não havendo coisa julgada, direito adquirido ou ato jurídico perfeito a ser a ser tutelado, não há que se restringir os efeitos da norma.

Assevere-se que, *in casu*, não há que se falar em coisa julgada, ato jurídico perfeito ou direito adquirido. Em primeiro lugar, porque inexistente um pretensão direito adquirido do segurado ter o seu benefício revisto *ad eternum*. Em segundo lugar, porque o objetivo da parte adversa, precisamente, é afastar o ato jurídico perfeito, não tutelá-lo. O prazo decadencial, no caso concreto, não afeta o ato jurídico perfeito. Pelo contrário: o prazo decadencial visa, precisamente, dar segurança jurídica e conferir imutabilidade ao ato jurídico, após a passagem de razoável decurso de tempo, a saber, dez anos. Finalmente, em terceiro lugar, a criação de um prazo decadência é modalidade de alteração do regime jurídico previdenciário e, que, como maciçamente decidido pelo Pretório Excelso, não existe direito adquirido a regime jurídico previdenciário. Neste sentido, confira-se o precedente abaixo colacionado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO

*PREVIDENCIÁRIO. DECRETO 89.312/84 E LEI 8.213/91. INEXISTÊNCIA, NO CASO, DE DIREITO ADQUIRIDO. Esta Corte de há muito firmou o entendimento de que o trabalhador tem direito adquirido a, quando aposentar-se, ter os seus proventos calculados em conformidade com a **legislação vigente ao tempo** em que preencheu os requisitos para a aposentadoria, o que, no caso, foi respeitado, mas **não tem ele direito adquirido ao regime jurídico** que foi observado para esse cálculo quando da aposentadoria, o que implica dizer que, mantido o quantum daí resultante, **esse regime jurídico pode ser modificado pela legislação posterior**, que, no caso, aliás, como reconhece o próprio recorrente, **lhe foi favorável**. O que não é admissível, como bem salientou o acórdão recorrido, é pretender beneficiar-se de um sistema híbrido que conjugue os aspectos mais favoráveis de cada uma*

dessas legislações. Recurso extraordinário não conhecido.” (STF, RE 278.718-SP, rel. Min. Moreira Alves, DJ 14/06/2002)

Verifica-se, contudo, que a tese da parte adversa realiza interpretação do art. 5º, XXXVI da CRFB/88 de forma não condizente com a hermenêutica de nosso ordenamento jurídico. A parte adversa postula o equivocado entendimento de que os fatos anteriores à 28 de junho de 1997, data de início de vigência da MP 1.523/97, não estariam sujeitos à qualquer prazo prescricional ou decadencial, uma vez que a norma trata de direito material e não é expressamente retroativa. Esta interpretação é equivocada, pois, como dito acima, não há que se falar em retroatividade da norma e nem em direito adquirido, no caso. O que ocorre, em verdade, é a **aplicação imediata da norma para os fatos posteriores**, ou seja, ao decurso de tempo posterior a entrada em vigor da MP 1.523/97.

Sendo assim, não procede a alegação de aplicação retroativa da Lei, **devendo ser aplicado o prazo decadencial a partir da legislação que o instituiu**, mesmo para benefícios concedidos anteriormente a ela.

NEGAR ESTA INTERPRETAÇÃO SERIA A MESMA COISA QUE AFIRMAR QUE AQUELES QUE SE CASARAM ANTES DA LEI DO DIVÓRCIO NÃO PODERIAM SE DIVORCIAR, tendo em vista que o ato jurídico perfeito (casamento) se realizou antes da lei que permitiu a sua extinção (divórcio). Tal interpretação conduziria ao peculiar resultado de que as pessoas casadas antes da Lei do Divórcio tivessem o direito, *ad eternum*, de jamais de divorciarem. Ora, se não há direito adquirido a ser tutelado, não pode o interessado recusar-se a se sujeitar ao novo regime jurídico, aplicável a todos.

Importante salientar que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a eficácia normativa das disposições introduzidas no ordenamento jurídico por meio de medida provisória, posteriormente convertida em lei, é contada a partir da vigência da medida provisória e não da lei em que esta se converteu. Desta feita, o momento em que se deve ter por introduzida no ordenamento jurídico disposição instituidora da decadência na seara previdenciária é aquele em que entrou em vigor a MP nº 1.523-9/1997, ou seja, **28 de junho de 1997**.

Se o fundamento da decadência é o valor da segurança jurídica, não há que se cogitar qualquer hipótese de sua inaplicabilidade às prestações continuadas. **O sistema previdenciário de regime geral tem caráter contributivo e preserva o equilíbrio financeiro e atuarial (art. 201, da CRFB/88).** Caso as demandas judiciais possam ser interpostas a qualquer tempo, sem observar o prazo decadencial previsto em lei, será impossível estabelecer um sistema previdenciário capaz de atender a sua demanda, que cresce a cada dia, pois o equilíbrio financeiro e atuarial nunca será atingido, ou mesmo passível de ser previsto. **DESSA FORMA, A INTERPRETAÇÃO DE QUE OS FATOS ANTERIORES A 28 DE JUNHO DE 1997, DATA DE INÍCIO DE VIGÊNCIA DA MP 1.523/97, NÃO ESTARIAM SUJEITOS À QUALQUER PRAZO DE DECADÊNCIA É INCONSTITUCIONAL, POR AFRONTAR TAMBÉM O ART. 201 DA CRFB/88 E O VALOR DE SEGURANÇA JURÍDICA.**

Relembre-se, por oportuno, que inexistente, por exemplo, qualquer objeção às alterações de prazos prescricionais e decadenciais estabelecidos pelo Novo Código Civil, de modo a excluir de sua regulação os atos jurídicos em sentido amplo produzidos em momento anterior a sua vigência. Dito diversamente, os atos jurídicos firmados em período anterior ao advento do Código Civil de 2002 obedecem, em regra, aos prazos fixados pelo novel diploma. E por que os benefícios previdenciários deveriam ter regime diverso? Não há razão jurídica para tanto.

Por fim, assevere-se que interpretação que exclui do campo de incidência das normas em análise os benefícios que lhe são anteriores **viola diretamente o princípio constitucional da isonomia**, tendo em vista a falta de interesse público que possa servir de pilar para a **distinção de tratamento entre os titulares de benefícios concedidos antes e depois das normas em questão**. Pelo contrário, a segurança jurídica impõe que as relações jurídicas se estabilizem no curso tempo, não havendo que se privilegiar as relações mais antigas, as quais estariam num patamar de mutabilidade superior às relações mais recentes, ou seja, posteriores à MP em comento.

3.2 - TURMAS RECURSAIS DO RJ

As Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro, por sua vez,

Decadência do Direito à Revisão de Benefício Previdenciário (uma Análise de Direito Intertemporal)

firmaram o entendimento quase unânime de que a decadência somente seria aplicável a partir de 2013, 10 anos após a data em que a MP 183/2003 prorrogou o prazo de decadência de 5 para 10 anos, vide ementa abaixo transcrita:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. REVISÃO RENDA MENSAL INICIAL DO BENEFÍCIO APLICAÇÃO DOS NOVOS TETO DO ART. 14 EC 20/98 E DO ART. 5º DA EC 41/03. BENEFÍCIO CONCEDIDO ANTERIORMENTE AO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 20/98. TEMPUS REGIT ACTUM, SALVO EXPRESSA RESSALVA LEGAL. CONSTITUCIONALIDADE DAS PORTARIAS MPAS 4883, DE 16 DE DEZEMBRO DE 1998 E MPS 12, DE 06 DE JANEIRO DE 2004.

Em relação à prescrição, aplica-se a Súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto à decadência, a MP 183/2003, aumentou o prazo para dez anos. Sendo assim, somente haverá decadência do direito à revisão dos benefícios a partir de 21 de novembro de 2013, quando se completar o prazo previsto na MP 183, de 20/11/2003.

Concessão regular de benefício previdenciário deve obedecer, quanto aos critérios de cálculos da renda mensal inicial RMI, a legislação então em vigor. Aplicação do princípio tempus regit actum.

As Portarias MPAS 4883/98, no seu art. 6º, e MPS 12/2004, no seu art. 2º, apenas regulamentam a aplicação imediata dos novos tetos aos benefícios com DIB em 16/12/98 e 31/12/2003, ou seja, a partir da vigência das EC n.º 20/98 (art. 14) e EC n.º 41/03 (art. 5o), respectivamente.”⁴ (MEUS GRIFOS)

Por este entendimento, seria possível a aplicação do prazo decadência aos benefícios concedidos antes da entrada em vigor da lei. Contudo, este entendimento esquece que já havia norma anterior estabelecendo o prazo decadencial de 5 anos e simplesmente conta 10 anos a partir da Medida Provisória que somente prorrogou este prazo, MP 183/2003.

Trata-se de um entendimento que fere a lógica jurídica e, até mesmo, o princípio da razoabilidade. Há quem entenda que isto é uma questão de Justiça Social. Entendo justamente ao contrário. Justiça Social não se

⁴ Proc.: 2006.51.52.000466-8/01, julgado pela 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro, Relatora Juíza Federal Bianca Stamato Fernandes, julgado em 23/10/2007.

confunde com Justiça Assistencial. Justiça Social deve atender ao que for de melhor interesse para a sociedade, para o interesse público, e não para fazer caridade com o patrimônio alheio, como vem ocorrendo em detrimento do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Apesar da alteração do prazo de 10 anos para 5, e posterior retorno para 10, desde 28.06.1997 sempre existiu o referido prazo decadencial. Para os casos em que o benefício da parte tenha sido concedido após a vigência da MP 1.523-9, de 27/06/1997, não há dúvidas quanto à aplicação do prazo decadencial de 10 (dez) anos ao direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão, estando o tema pacificado perante a doutrina e jurisprudência, tendo se formado o convencimento que as sucessivas MPs não interromperam o prazo decadencial.

Já para os benefícios cuja concessão antecedeu a publicação da medida provisória, o primeiro pagamento a ela posterior se deu até o dia 14 de julho de 1997. Assim, o prazo decadencial de dez anos começou a fluir em 01/08/1997, que é o dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação (art. 103, LBPS).

A *mens legis* da MP 183/2003, não foi o de criar um novo prazo decadencial, mas apenas o de prorrogar o prazo já existente em mais 5 anos, tanto que foi editada, estrategicamente, para entrar em vigor um dia antes de o prazo decadencial anterior começar a ter aplicabilidade prática. Só lembrando, a MP 183/2003 foi editada em 19/11/2003 e publicada em 20/11/2003, enquanto o prazo decadencial de 5 anos passaria a ter aplicabilidade em 21/11/2003.

Encontrei duas únicas decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais no Rio de Janeiro que entendem que o prazo de decadência começa a ser contado de 1997 e não de 2003, aplicando, a meu ver, corretamente, a interpretação do art. 103, da L. 8.213/91. Contudo só não foi declarada a decadência porque ainda não havia transcorrido o prazo de 10 anos, vide trechos da ementa que abaixo transcrevo:

PREVIDENCIÁRIO. RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE LABORATIVA PARCIAL E PERMANENTE. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO. CONDIÇÕES SÓCIO-ECONÔMICAS QUE TORNAM INVIÁVEL A REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. RECURSO PROVIDO.

Trata-se de recurso interposto pelo INSS contra sentença que o condenou a restabelecer auxílio-doença em favor do recorrida desde a data da cessação do benefício (10/5/1994).

O recorrente aventa, em preliminar, a decadência do direito ao restabelecimento do benefício previdenciário, pois entre a data da decisão administrativa final que fez cessar o pagamento do auxílio-doença (17/9/1995) e a da propositura desta ação (25/1/2006) passaram-se do que os dez anos previstos no art. 103, caput, da Lei n.º 8.213/91. Sob o mesmo tópico, argumenta que as parcelas vencidas há mais de cinco anos antes do ajuizamento da demanda estão irremediavelmente alcançadas pela prescrição, conforme dispõe o art. 103, §1º, da Lei n.º 8.213/91.

(...)

A análise cronológica do caso rechaça a idéia de prescrição do fundo de direito.

Na época em que foi cessado o benefício, vigorava a redação original do art. 103 da Lei de Benefícios da Previdência Social que trazia duas regras diferentes quanto à prescrição administrativa: a primeira, referente à prescrição do fundo de direito (“sem prejuízo ao direito do benefício...”), e a segunda, relativa à prescrição dos efeitos financeiros (“...prescreve em cinco anos o o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria...”).

O texto legal só foi alterado em 1997, mas até então o direito a benefício previdenciário não estava sujeito à prescrição do fundo de direito – o que o INSS equivocadamente denomina decadência. Não era sequer caso de aplicar o art. 1º do Decreto n.º 20.910/32, pois a Lei Previdenciária não era omissa no que respeita à qualquer das duas espécies de prescrição administrativas.

Acontece que a Lei n.º 9.528/97, resultado da conversão da MP n.º 1.523-9, de 26/6/1997, alterou o art. 103, caput, da Lei n.º 8.213/91, e criou o prazo de 10 anos de prescrição para as hipóteses de violação de direito subjetivo em que estejam em jogo relações previdenciárias. A modificação legislativa teve influência direta sobre a pretensão da recorrente, de modo que criou a prescrição de fundo de direito para a pretensão de revisão de ato de concessão ou rejeição de benefício previdenciário. Somente a partir de 26/6/1997 começa a correr tal modo de prescrição.

Em 22/10/1998, o prazo em questão foi reduzido para 5 anos pela

Medida Provisória n.º 1.663-15. Como a diminuição do prazo não poderia surpreender os segurados, de forma a prejudicar o exercício do direito à revisão de ato administrativo, assentou-se o entendimento que a contagem do prazo supostamente decadencial passou a ser iniciada na data da vigência dessa MP.

*Em 19/11/2003 foi editada a Medida Provisória n.º 138/2003, convertida na Lei n.º 10.839/2004, que aumentou o prazo prescricional para 10 anos. **O restabelecimento do prazo anteriormente fixado deve ser compreendido de maneira a se contar 10 anos do fato que supostamente violou direito subjetivo de segurado – no caso, o ato de indeferimento do benefício.***

Considerando que o ato do INSS foi tomado em setembro de 1995, ainda que se despreze o momento da intimação, e que o prazo de 10 anos de prescrição só se iniciou em 26/6/1997, é evidente que a exigibilidade do direito à revisão do ato administrativo não foi prejudicada uma vez que entre essa data e a do ajuizamento da demanda (25/1/2006) não passou mais de 10 anos.

(...)”⁵ (MEUS GRIFOS)

A outra decisão é a seguinte:

“REVISÃO DA RMI DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. INCIDÊNCIA DA VARIAÇÃO OTN/ORTN NO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO DO BENEFÍCIO INSTITUIDOR. DECADÊNCIA DO DIREITO. APLICAÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS 1523-9/1997, 1663-15/1998 E 138, CONVERTIDAS NAS LEIS 9.528/1997, 9.711/1998 E 10.839/2004 RESPECTIVAMENTE, BEM COMO DO ARTIGO 103 LEI Nº 8213/1991. RECURSO NÃO PROVIDO POR FUNDAMENTAÇÃO DIVERSA.”⁶

Nesta decisão, o Juiz Federal relator, Dr. Silvio Wanderley do Nascimento Lima é enfático ao afirmar:

“Outra conclusão que nos parece evidente é a de que, em que pese a sucessão de normas tratando do tema, em verdade, a Medida Provisória nº 138/2003 não institui o prazo decadencial decenal, mas, tão-somente, o restabeleceu. Desse modo, o termo inicial do fluxo decadencial, como dito, deve ser contado da vigência da MP nº 1.523-9/1997.

⁵ Proc.: 2006.51.51.001892-0/01, julgado pela 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro, Relatora Juíza Federal Marcelo Luzio Marques Araújo, julgado em 23/10/2007.

⁶ Proc.: 2007.51.51.072756-0/01, julgado pela 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro, Relatora Juíza Federal Silvio Wanderley do Nascimento Lima, julgado em 07/05/2008.

Decadência do Direito à Revisão de Benefício Previdenciário (uma Análise de Direito Intertemporal)

Destarte, para os benefícios concedidos anteriormente à edição da Medida Provisória nº 1.523-9/1997, o termo inicial do prazo decadencial deve ser fixado no momento em que a aludida MP passou a ter vigência, ou seja, 28 de junho de 1997.

Por seu turno, com a devida vênia, não comungo do entendimento no sentido de que as disposições que instituíram o prazo decadencial para revisão darenda mensal inicial dos benefícios previdenciários somente sejam aplicáveis aos benefícios que lhes são posteriores.

Como cediço, a lei nova é aplicável a todos os fatos e situações presentes e futuras, ressalvadas apenas as hipóteses já estabilizadas e consolidadas sob o manto da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

Ora, no caso não há que se falar em coisa julgada, ante a ausência de qualquer pronunciamento judicial anterior.

De proteção ao ato jurídico perfeito também não se trata, eis que a pretensão autoral não é de ver afirmada a regularidade do ato concessório do benefício, mas sim de reconhecimento de que este foi produzido em desacordo com a ordem jurídica então vigente e, por conseguinte, deve ser revisto.

Por fim, de direito adquirido também não se trata, uma vez que as hipóteses de prescrição ou de decadência incidentes sobre a relação previdenciária se encontram insertas no contexto do regime jurídico a que se sujeita tal relação e, como sabido, a Suprema Corte, bastas vezes, asseverou inexistir direito adquirido a regime jurídico previdenciário.⁷ (MEUS GRIFOS)

3.3 – JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DE VOLTA REDONDA/RJ E DUQUE DE CAXIAS

Os 1º e 2º Juizados Especiais Federais de Volta Redonda e 2º e 3º de Duque de Caxias têm reconhecido a decadência do direito de revisão dos benefícios previdenciários aos benefícios concedidos antes da MP que instituiu o prazo decadencial, a meu ver de forma correta.

Contudo, de acordo com a minha pesquisa, o primeiro Juiz Federal, ao menos no estado do Rio de Janeiro, que declarou a decadência ao direito de

⁷ Voto proferido no Recurso Inominado de nº 2007.51.51.072756-0/01, julgado pela 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro, Relatora Juíza Federal Silvio Wanderley do Nascimento Lima, julgado em 07/05/2008.

revisão mesmo aos benefícios concedidos antes de 1997 foi o Dr. Lório Siqueira D' Alessandri Forti, que menciona inclusive posição do STF a respeito da aplicação das leis que modifiquem prazos prescricionais ou decadenciais:

“A questão tem por base a interpretação do art. 5o, XXXVI, da Constituição, devendo-se seguir a jurisprudência do STF para afirmar que os novos prazos são plenamente aplicáveis às relações em curso, desde que comecem a fluir da lei que os instituiu, não se computando o período pretérito:

“A prescrição em curso não cria direito adquirido, podendo o seu prazo ser reduzido ou dilatado por lei superveniente, ou ser transformada em prazo de decadência, que é ininterruptível.”

(STF, 1ª Turma, RE 21.341, DJ de 02/07/53)

“(...) 6. Os prazos de prescrição ou de decadência são objeto de disposição infraconstitucional. Assim, não é inconstitucional o dispositivo da Lei nº 9.526/97 que faculta ao interessado, no prazo de seis meses após exaurida a esfera administrativa, o acesso ao Poder Judiciário.

7. Não ofende o princípio constitucional do ato jurídico perfeito a norma legal que estabelece novos prazos prescricionais, porquanto estes são aplicáveis às relações jurídicas em curso, salvo quanto aos processos então pendentes.(...)”

(STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 1715/DF, DJ de 30/04/04).”⁸

Dissertando sobre o tema, **FÁTIMA MARIA NOVELINO SEQUEIRA** confere respeitável suporte doutrinário para a tese aqui defendida, *in verbis*⁹:

*“Não me parece que o direito potestativo de obter revisão do ato de concessão se confunda ou integre o âmago do direito subjetivo às prestações previdenciárias. Os direitos são distintos, assim como seus efeitos. Além do que, **sendo o prazo para exercício do direito potestativo fixado por lei, é perfeitamente possível que a lei nova o institua ou altere, majorando ou reduzindo**, desde que não lhe atribua eficácia retroativa.*

*Ademais, a admitir-se o prazo decadencial afeto a cada benefício, de forma estanque, conforme os ditames da lei vigente à data da concessão, estar-se-ia instaurando **tratamento injusto e desigual para idênticas situações jurídicas** . Extrai-se, por outro lado, da*

⁸ Proc.: 2007.51.60.003382-3, 2º Juizado Especial Federal de São João do Meriti

⁹ A Decadência e a Prescrição no Âmbito da Seguridade Social in Direito Previdenciário – Coordenação Marcelo Leonardo Tavares, Editora Impetus, 2005, p. 168/169.

exposição de motivos que acompanhou a proposta de edição da MP n.º 138/2003, o evidente intuito de ampliar o prazo decadencial, antes que os 5 anos anteriormente previstos se consumassem, de forma que a ampliação beneficiasse também os titulares de benefícios concedidos na vigência da Lei n.º 9.711/1998.

*Portanto, entendo que **a melhor interpretação é a que conclui que, em 28/06/1997, teve início de contagem o prazo decadencial de 10 anos quanto a todos os benefícios concedidos anteriormente, incidindo, desde então, o mesmo prazo sobre os benefícios posteriormente concedidos, já que a MP n.º 138/2003 tornou absolutamente ineficaz a redução introduzida pela Lei n.º 9.711/98, ao revogar norma específica antes da consumação do prazo de 5 anos.***

*Assim, segundo as normas vigentes, **somente a partir de 28/06/2007 ter-se-á a consumação da caducidade do direito à revisão de atos de concessão, quanto a qualquer benefício até então concedido. (...)**. (grifou-se)*

Outra questão que ainda será muito debatida diz respeito à data de início do prazo decadencial, mesmo para aqueles que entendem que se inicia a contagem a partir da edição da MP 1.523-9/1997. Para alguns, como os benefícios já haviam sido concedidos o prazo decadencial inicia-se a partir da data da entrada em vigor da Lei, devendo todas as ações pleiteando revisão de benefício previdenciário ajuizadas a partir de 28 de junho de 2007, deveriam ter sentenças de improcedência em que se declarariam a decadência. Para outros, deve-se observar a regra de início a partir do 1º dia do mês subsequente ao pagamento, de modo que somente para as ações ajuizadas a partir de 01 de agosto de 2007 seria possível o reconhecimento da decadência (redação do *caput*, do art. 103, da L. 8.213/91, 2ª parte).

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, verifica-se que as ações onde o segurado ou dependente pleiteiem a revisão de seu benefício previdenciário, mesmo aqueles concedidos antes de 27 de junho de 1997, deverão ser julgadas improcedentes, reconhecendo a decadência ao direito de revisão, se o tempo entre a concessão ou a prática de ato ilícito e o ajuizamento da ação ultrapassar mais de 10 anos, a conta da edição da MP 1.523-9/1997.

Isso porque “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada” (art. 6º, caput, da LICC). No mesmo sentido, dispõe a Constituição Federal que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art.5º, XXXVI). A regra, então, é da incidência imediata da lei, desde que não haja prejuízo ao trinômio ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada. Não há, por outro lado, qualquer distinção relativamente ao conteúdo da lei – se ela institui norma de direito material ou de direito processual, se se trata de lei cogente ou supletiva, etc.

Não havendo qualquer distinção relativamente ao conteúdo da lei – se ela institui norma de direito material ou de direito processual, se institui lei cogente ou supletiva, etc. A regra é da incidência imediata da lei, com a ressalva do art. 5º, XXXVI, da Constituição.

Não há qualquer óbice ao ato jurídico perfeito, uma vez que, de acordo com expressa definição legal, “reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”. A questão referente a revisão de benefício previdenciário não diz respeito a ato jurídico perfeito. Afinal, qual seria este ato juridicamente perfeito, atacado pela Lei nova? Não é o de concessão do benefício, justamente porque este ato o segurado pretende modificar. Ora, somente haveria violação ao ato jurídico perfeito se o segurado pretendesse manter um ato administrativo que lhe fosse favorável, afetado pela Lei nova, o que não é o caso dos autos. Isto posto, a conclusão é imediata: a norma em comento não afeta o ato juridicamente perfeito. Ao contrário: preserva-o. O estabelecimento de uma norma prevendo o prazo para a prática de um ato novo, qual seja, a revisão do ato original, não viola ato jurídico perfeito algum, já que o ato de revisão sequer foi praticado.

Importante ressaltar que para uma análise mais aprofundada da jurisprudência a respeito da matéria, é imprescindível que nas ações judiciais atuais, para fins de PRÉ-QUESTIONAMENTO, se incite o magistrado a manifestar seu entendimento sobre a interpretação e alcance da norma constitucional do art. 5º, XXXVI da CRFB/88 e os efeitos da aplicação da Lei nova. E, também, expondo o seu posicionamento sobre a existência de direito adquirido a regime previdenciário e a possibilidade CONSTITUCIONAL da Lei nova criar um prazo decadencial ou prescricional para a revisão de atos administrativos praticados antes da entrada em vigor da legislação inovadora.

RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO DO AUDITOR EXTERNO NO ÂMBITO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE O PODER DISCIPLINAR DO BANCO CENTRAL DO BRASIL, A CULPABILIDADE E A JUSTIÇA DA PENA

*Marlos Lopes Godinho Erling** - Procurador do Banco Central do Brasil no Estado do Rio de Janeiro

1. Introdução. 2. Competência do Banco Central do Brasil. 3. A função do auditor externo. 4. Poder disciplinar da Administração Pública, culpabilidade e a justiça da pena: concepção de juridicidade administrativa e o esboço de parâmetros de análise. 5. Conclusão.

1. Introdução

O presente artigo tem por objeto trazer algumas considerações acerca da atuação do poder disciplinar pelo Banco Central do Brasil na hipótese em que diagnosticada omissão injustificável e relevante, no exercício da atividade de auditoria externa, por parte de sociedades de empresa de auditoria ou pelo auditor externo independente¹ em instituições financeiras ou demais instituições autorizadas a funcionar pela Autarquia.

* Economista e Advogado. Procurador do Banco Central do Brasil no Estado do Rio de Janeiro; pós-graduando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ).

¹ Faz-se a distinção entre sociedade de empresa de auditoria e auditor externo independente sem rigor científico, mas apenas para frisar que, na auditoria externa, atuam tanto a sociedade do ramo da auditoria quanto o auditor independente que é sócio ou é empregado da sociedade e, geralmente, lidera uma equipe de auditores. De qualquer forma, emprega-se no texto a expressão “auditor externo” de forma genérica com referência a ambos.

A propósito, evidente a competência do Banco Central do Brasil para a instauração de processo administrativo punitivo no caso em tela e explicitada a função do auditor externo, pretende-se demonstrar que somente a omissão injustificável e relevante do auditor externo é punível e, quando atestada a ausência de justificativa plausível, a pena deve ser justa² ao desvalor jurídico da ação (elemento subjetivo da conduta) - no caso, conduta omissiva - e/ou ao desvalor jurídico do resultado (intensidade e relevância da conduta em si) sobre a higidez do sistema financeiro nacional, o regular e o transparente funcionamento do sistema bancário, conforme a relevância e a lesividade da conduta omissiva do auditor externo, que age na qualidade de garantidor.

Por fim, serão esboçados alguns parâmetros analíticos abstratos dotados de aptidão para determinar se é possível a punição do auditor externo no caso concreto, informados, à evidência, pela ausência de justificação e a

² A expressão “justiça da pena” deve ser vista sem qualquer comprometimento doutrinário de natureza dogmático-normativa, o que fugiria do escopo do artigo, tendo em vista as divergências doutrinárias complexas a respeito da diferenciação entre os princípios ou postulados normativos da proporcionalidade, da razoabilidade e do não excesso, vale dizer, a pena justa é aquela, dentre as previstas em lei, que se aplica ao caso concreto. No que tange à questão, traz-se as observações de Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 90) a respeito da proporcionalidade, por exemplo: “As dificuldades de enquadramento da proporcionalidade, por exemplo, na categoria de regras e princípios evidenciam-se nas próprias concepções daquelas que a inserem em tais categorias. Mesmo os adeptos da compreensão dos aqui denominados postulados normativos aplicativos como regras de segundo grau reconhecem que eles, ao lado dos deveres de otimização, seriam uma forma específica de regras (eine besondere Form von Regeln). Também os adeptos de sua compreensão como princípios reconhecem que eles funcionam como máxima ou topos argumentativo, que mescla o caráter de regras e de princípios. Outros já os enquadram, com sólida argumentação, na categoria de princípios distintivos, denominados de princípios de legitimação. Há, ainda, aqueles que os representam como normas metódicas.”. Ademais, é importante frisar que, embora não seja possível afirmar, de forma categórica, abstrata e pura, qual a decisão justa do caso concreto, o intérprete deve buscá-la mediante argumentação jurídica racional e coerente. Nesse sentido, cita-se a lição de Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 122), dirigida à atividade judicial, mas aplicável ao intérprete em geral, com referência à doutrina de Ronald Dworkin: “Alguns autores, especialmente Ronald Dworkin, sustentam que é possível chegar a uma teoria da decisão correta, isto é, uma teoria que seja capaz de sustentar a existência de uma decisão correta para cada caso concreto. Trata-se de questão bastante controversa. Porém, aceita ou não a tese da “decisão correta”, o certo é que não se pode isentar o juiz de demonstrar que a sua decisão é racionalmente aceitável e, nessa linha, a melhor que poderia ser proferida diante da lei, da Constituição e das peculiaridades do caso concreto. Acontece que uma decisão não é racional em si, pois a racionalidade da decisão não é atributo dela mesma. Uma decisão “se mostra” racional ou não. Para tanto, necessita de “algo”, isto é, da racionalidade da argumentação que a fundamenta. Essa argumentação, a cargo da jurisdição, é que pode demonstrar a racionalidade da decisão e, nesse sentido, a decisão correta”.

relevância da conduta omissiva praticada, segundo o desvalor jurídico da conduta omissiva e do resultado.

2. Competência do Banco Central do Brasil.

Desde o advento da Medida Provisória n.º 1.334, editada em 12 de março de 1996 e convertida na Lei n.º 9.447, de 14 de março de 1997, atribuiu-se ao Banco Central do Brasil a competência para exercer o poder administrativo disciplinar sobre as atividades do auditor externo em instituições financeiras ou demais instituições autorizadas a funcionar pela Autarquia, o que, até então, competia à Comissão de Valores Mobiliários - CVM.

Portanto, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, as atividades de auditoria externa passaram, por expressa previsão legal, a ser objeto de fiscalização pelo Banco Central do Brasil, com poder regulamentar para editar normas sobre relatório de administração, demonstrações financeiras, padrões de contabilidade, relatórios e pareceres de auditores independentes, com aplicação subsidiária das normas expedidas pela CVM, segundo o parágrafo 2º do artigo 22 da Lei n.º 6.385/76³, de modo *que condutas omissivas praticadas por auditores externos, em princípio, podem dar ensejo à instauração de processo administrativo punitivo pela Autarquia, nos termos dos parágrafos 3º e 4º do artigo 26 da Lei n.º 6.385/76, incluídos pela Lei n.º 9.447/97⁴, com a possibilidade de aplicação das*

³ “Art . 22. Considera-se aberta a companhia cujos valores mobiliários estejam admitidos à negociação na bolsa ou no mercado de balcão.

§ 1º Compete à Comissão de Valores Mobiliários expedir normas aplicáveis às companhias abertas sobre:

(...)

II - relatório da administração e demonstrações financeiras;

(...)

IV - padrões de contabilidade, relatórios e pareceres de auditores independentes;

(...)

§ 2º As normas editadas pela Comissão de Valores Mobiliários em relação ao disposto nos incisos II e IV do § 1º aplicam-se às instituições financeiras e demais entidades autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, no que não forem conflitantes com as normas por ele baixadas.”.

⁴ “Art . 26.

(...)

§ 3º Sem prejuízo do disposto no parágrafo precedente, as empresas de auditoria contábil ou os auditores contábeis independentes responderão administrativamente, perante o Banco Central do Brasil, pelos atos praticados ou omissões em que houverem incorrido no desempenho das atividades de auditoria de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

penas previstas no artigo 11 da Lei n.º 6.385/76, quais sejam, advertência, multa, proibição temporária, suspensão de autorização ou registro para o exercício das atividades de auditoria externa e cassação de autorização ou registro para atuação nas aludidas atividades.

Sendo assim, não restam dúvidas quanto à competência do Banco Central do Brasil para o exercício do poder disciplinar com relação às condutas praticadas por sociedades de empresa de auditoria e auditores externos independentes em instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar, nos termos da Lei n.º 4.595/64.

3. A função do auditor externo

O auditor externo, assim como qualquer ofício, mister ou profissão, decorre de uma necessidade específica de mercado e social, qual seja, ser alguém que, de forma independente e desvinculada em termos institucionais, irá avaliar a consistência dos dados contábeis, patrimoniais e financeiros de uma sociedade empresária, eis que, notadamente, há sociedades cuja idoneidade é importante para terceiros e, até mesmo, para a sociedade, tal como no âmbito do sistema financeiro nacional.

Em outras palavras, o auditor externo foi concebido para ser aquele cuja função é questionar e testar os dados contábeis, patrimoniais e financeiros apresentados pela sociedade auditada, isto é, o auditor externo jamais poderá aderir *tout court*, por exemplo, às conclusões do setor de auditoria interna e informações da sociedade auditada ou deixar de proceder a testes de adequação contábil⁵ existentes e aplicáveis, porquanto sua atividade profissional é, justamente, atestar a idoneidade e veracidade daquilo que lhe é dado para análise. Daí a razão fundamental para reputar-se potencialmente lesiva a conduta do auditor externo que se omite no exercício das suas funções, pois fraudes podem ocorrer em razão de sua negligência, prejudicando terceiros e a sociedade.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, o Banco Central do Brasil aplicará aos infratores as penalidades previstas no art. 11 desta Lei.”.

⁵ Testes de adequação contábil, em geral, são feitos mediante o cruzamento de diversas informações contábeis por meio de consultas a diversas fontes ligadas às atividades da sociedade auditada, tal como, por exemplo, a verificação da veracidade de dívidas com valores muito elevados perante os principais devedores de uma instituição financeira.

Nesse sentido, em princípio, ao auditor externo é exigível conduta ativa segundo as normas oficiais de contabilidade, de modo a opinar de forma consistente, após testes de adequação contábil aplicáveis, sobre os dados contábeis, patrimoniais e financeiros de uma sociedade auditada, eis que a realização dos referidos testes é essencial, pois o auditor externo existe para desconfiar dos dados apresentados, do que decorre a necessidade de independência funcional e institucional do auditor externo em relação à sociedade auditada. Se os dados fornecidos e as conclusões do setor de auditoria interna e da sociedade auditada sobre tais dados fossem sempre verídicas, qual seria então a função do auditor externo?

Destarte, no que tange à responsabilidade do auditor externo em relação aos dados fornecidos pela sociedade auditada, cabe frisar que aquela não pode ser dividida com o auditor interno, conforme determina o §610.8 das Normas Internacionais de Auditoria – NIAs, transcrito abaixo:

“A auditoria interna faz parte da entidade. Independentemente do grau de autonomia e objetividade da auditoria interna, ela não pode atingir o mesmo grau de independência exigido do auditor externo ao expressar uma opinião sobre as demonstrações contábeis. O auditor externo tem responsabilidades somente pela opinião da auditoria externa e essa responsabilidade não é reduzida por qualquer uso feito da auditoria interna. Todos os julgamentos relacionados com a auditoria das demonstrações contábeis são os julgamentos do auditor externo”.

Logo, o auditor externo tem o dever jurídico de aplicar os testes de adequação contábil existentes e aplicáveis sobre os dados contábeis, patrimoniais e financeiros apresentados pela sociedade auditada na condição de garantidor, segundo a noção da causalidade normativa, porquanto somente se exime de quaisquer responsabilidades se provar que não havia testes contábeis capazes de possibilitar o diagnóstico de fraudes cuja omissão na verificação lhe é imputada (justificação da conduta)⁶.

⁶ A noção aqui empregada é idêntica a do garantidor e sua omissão injustificável e relevante no âmbito do Direito Penal (artigo 13, §2º, do Código Penal). A propósito, cita-se a doutrina de Fernando Capez (CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral: volume 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 144): “Deve-se, assim, antes de tudo, verificar a possibilidade real, física, de o agente evitar o resultado, ou seja, se dentro das circunstâncias era possível ao agente impedir a ocorrência da lesão ou perigo ao bem jurídico, de acordo com a conduta de um homem médio, porque o direito não pode exigir condutas impossíveis ou heróicas. Assim, não basta estar presente o dever jurídico de agir, sendo necessária a possibilidade real de agir”.

4. Poder disciplinar da Administração Pública, culpabilidade e a justiça da pena: concepção de juridicidade administrativa e o esboço de parâmetros de análise.

A Administração Pública, no exercício legítimo do poder disciplinar, não só deve punir agentes públicos por práticas ilegais no exercício da função pública, como deve também efetuar punições a particulares sujeitos a normas jurídico-administrativas, segundo o princípio do devido processo legal, com vistas a aplicar a sanção administrativa prescrita em lei reputada como justa à culpabilidade e reprovabilidade do ato ilícito praticado pelo particular sujeito ao poder disciplinar.

Antes de entrar na discussão a respeito da natureza jurídica do ato administrativo punitivo, importa afirmar que, à evidência, só são puníveis condutas as quais sejam injustificáveis⁷ ou evitáveis ou cuja conduta poderia ter sido diversa⁸ e que tenham a aptidão de lesionar bens jurídicos.

Em outras palavras, a análise quanto à culpabilidade ocorre depois de afirmada a significância da conduta omissiva do auditor externo no exercício de suas funções, isto é, a tipicidade material da conduta é o primeiro passo

⁷ PRATES, Marcelo Madureira. Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia. Coimbra: Almedina, 2005, p. 87/89: "(...) para que o descumprimento seja reprovável e, por conseguinte, passível de sanção administrativa geral, ele tem de ser injustificado, ou, por outras palavras, o administrado tem de ter agido de maneira ilícita sem nenhuma escusa a seu favor. Note-se que é por via da idéia de justificação que as idéias de culpa ou responsabilidade ganham corpo no domínio administrativo sancionador (...) para se avaliar a responsabilidade no plano administrador sancionador julgamos que seja de se perguntar, de primeiro, se o administrado possuía razões para se furtar ao cumprimento do dever que lhe é imposto (motivos de justificação), e, em seguida, se essas razões era suficientes para justificar o descumprimento, tendo em conta a diligência que lhe era exigível para evitar que esse descumprimento ocorresse nas circunstâncias concretas (culpa em sentido estrito ou negligência) (...) O aspecto subjetivo da infração administrativa, é dizer, a vontade do infrator, não seria, pois, o elemento determinante da responsabilidade administrativa, mas um seu elemento coadjuvante, e, ainda assim, muito mais por intermédio da figura da negligência (culpa), do que por meio da figura do dolo. Destarte, cometida uma infração punível com sanção administrativa, caberá à Administração averiguar se existem motivos a justificar a ação ilícita. Inexistindo qualquer motivo de justificação, poderá ser aplicada a respectiva sanção administrativa, pois estará patente, se não a vontade do infrator em descumprir o dever administrativo em questão (dolo), ao menos a sua falta de diligência em cumprir um dever que lhe fora clara, específica e expressamente dirigido, de forma a impedir o acontecimento de uma infração evitável (culpa ou negligência)".

⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 438: "Culpabilidade encerra um forte significado de "evitabilidade". Sem adentrar o debate filosófico e metafísico sobre "livre-arbítrio" e "determinismo", concordo com Ferrajoli quando sustenta que a culpabilidade se baseia, fundamentalmente, em um juízo normativo e traduz, ademais, as noções de exigibilidade ou inexigibilidade de conduta diversa".

para a prática do ato administrativo punitivo. Assim sendo, se a conduta omissiva imputada não tiver potencialidade lesiva, não pode haver punição.

No entanto, se a conduta omissiva do auditor externo foi reputada relevante, passível de imposição de pena disciplinar, passa-se a aferir a culpabilidade e a consequente dosimetria da pena justa a ser imposta.

Com relação às funções do auditor externo, não se pode aceitar de maneira nenhuma eventual alegação de erro ou ignorância⁹ por parte de um auditor externo independente e/ou por uma sociedade cujo objeto seja auditoria externa a respeito de procedimentos técnicos ou aplicação de testes de adequação contábil, pois o seu papel de garantidor torna obrigatório o conhecimento das normas oficiais de contabilidade e a consequente atuação prática.

Logo, o auditor externo só se exime da imposição de pena disciplinar se provar que seguiu todas as normas oficiais de contabilidade e os procedimentos e testes de adequação contábil nelas previstas e, mesmo assim, não seria possível diagnosticar as fraudes cuja omissão na verificação lhe é imputada.

Atestada a tipicidade material da conduta omissiva praticada pelo auditor externo, perquire-se, depois, sua culpabilidade para fins de aplicação da pena ao caso concreto, o que enseja a necessidade de aludir à natureza jurídica do ato administrativo punitivo bem como à concepção de juridicidade administrativa, pois uma pena injustamente aplicada é sindicável pelo Poder Judiciário¹⁰.

⁹ PRATES, Marcelo Madureira. (Ibid, p. 103): “É claro que tanto o caráter censurável do erro, como a admissibilidade da ignorância deverão ser avaliados no caso concreto, de acordo com a pessoa do administrado, sendo essas justificações menos toleráveis à medida que cresçam as habilitações do administrado, mormente no que diz respeito à qualidade e a frequência da sua relação com a Administração. Isso porque os administrados que desempenham atividades de grande relevo público, as quais são constante e fortemente reguladas e controladas pela Administração, como as instituições financeiras e as seguradoras, p. ex., devem ter melhor conhecimento sobre as normas administrativas que lhes são aplicáveis e sobre os deveres e os cuidados que lhes são exigidos, devendo-lhes ser reconhecida, em decorrência, menor margem para a invocação de erros e, sobretudo, de ignorância”.

¹⁰ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 7: “O Estado Constitucional, numa de suas mais expressivas dimensões, pode ser traduzido como o Estado das escolhas administrativas legítimas. Assim considerado, nele não se admite a discricionariedade pura, intátil, sem limites. Em outras palavras, impõe-se controlar (ou, ao menos, mitigar) os contumazes vícios forjados pelo excesso degradante,

Com efeito, embora haja divergência doutrinária a respeito da natureza vinculada ou discricionária¹¹ do ato administrativo punitivo, a melhor doutrina simplesmente abandona a dicotomia entre os atos vinculados e atos discricionários¹², por força da incidência do princípio da razoabilidade¹³, proporcionalidade ou proibição do excesso, para adotar a concepção de juridicidade administrativa^{14 15}, de modo que, com vistas a preservar o princípio da independência e harmonia entre Poderes (artigo 2º da Constituição da República), o Poder Judiciário só pode anular atos praticados pela Administração Pública quando manifestamente desproporcionais, desarrazoados ou excessivos (injustiça da pena).

Logo, somente o abuso do poder disciplinar, revelado pela manifesta falta de congruência entre o motivo e o objeto do ato administrativo

pelos desvios ímprobos ou pela omissão desidiosa. Faz-se cogente, sem condescendência, enfrentar todo e qualquer “demérito” ou antijuridicidade das escolhas públicas, para além do exame adstrito a aspectos meramente formais.”.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 121: “Outra característica do poder disciplinar é seu discricionarismo, no sentido de que não está vinculado a prévia definição da lei sobre a infração funcional e a respectiva função. Não se aplica ao poder disciplinar o princípio da pena específica que domina inteiramente o Direito Criminal comum, ao afirmar a inexistência da infração penal sem prévia lei que a defina e apene: “nullum crimen, nulla poena sine lege”. Esse princípio não vigora em matéria disciplinar. O administrador, no seu prudente critério, tendo em vista os deveres do infrator em relação ao serviço e verificando a falta, aplicará a sanção que julgar cabível, oportuna e conveniente, dentre as que estiverem enumeradas em lei ou regulamento para a generalidade das infrações administrativas”.

¹² A respeito, confira-se o “Capítulo V – Da dicotomia ato vinculado versus ato discricionário à teoria dos graus de vinculação à juridicidade” da obra de Gustavo Binbenbajm (BINENBOJM, Gustavo). *Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 193/238).

¹³ O próprio Hely Lopes Meirelles assim se manifesta, embora frise que a razoabilidade não pode substituir a “vontade da lei” (Ibid, p. 91): “(...) o princípio da razoabilidade ganha, dia a dia, força e relevância no estudo do Direito Administrativo e no exame da atividade administrativa. Sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição do excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais. Como se percebe, parece-nos que a razoabilidade envolve a proporcionalidade, e vice-versa. Registre-se, ainda, que a razoabilidade não pode ser lançada como instrumento de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou do intérprete, mesmo porque “cada norma tem uma razão de ser””.

¹⁴ PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da Fazenda Pública em Juízo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 45: “Afirma-se com desenvoltura que ao Poder Judiciário cabe realizar, quando provocado (princípio da demanda), juízo de legalidade sobre os atos dos demais poderes – além dos seus próprios, é claro. Não há impedimento ao uso da expressão, desde que bem entendida. Todavia, mais apropriado, para melhor revelar o fenômeno, que se fale em juízo de juridicidade. A lei é algo bem menor do que o Direito”.

¹⁵ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 29/30: “A constitucionalização dos princípios gerais de Direito ocasionou o declínio da hegemonia do princípio da legalidade, que durante muito tempo reinou sozinho e absoluto,

punitivo, pode autorizar a anulação do ato administrativo pelo Poder Judiciário. A propósito, cumpre citar os apontamentos doutrinários de Fábio Medina Osório sobre o tema, em que faz comentários com fundamento na proporcionalidade, *in verbis*:

“Saliento que a proporcionalidade não significa apenas uma necessária moderação das penas estatais e dos tipos sancionadores, até porque ao Judiciário não será lícito examinar, à luz desse princípio, se a alternativa eleita pelo legislador era a menos gravosa possível. Ao Judiciário competirá corrigir eventuais abusos, vale dizer, eleição de alternativas ilícitas, excessivamente gravosas. Há um campo de discricionariedade legislativa que permite ao Estado uma livre configuração dos ilícitos, dentro de certos limites. Os interesses sociais podem e devem ser levados em consideração na construção dos tipos sancionadores e na concreção da resposta estatal aos fatos ilícitos praticados pelos agentes”¹⁶.

No mais, há de se sustentar que o exame da dosimetria da pena guarda intensa similitude com princípios de Direito Penal e Processo Penal¹⁷, notadamente os princípios da culpabilidade e da individualização da pena¹⁸.

Importa frisar, ainda, em termos normativos, que no âmbito do processo administrativo disciplinar não há diferença entre ações e omissões¹⁹, pois o que importa analisar é a violação ao bem jurídico tutelado ínsito ao

ao passo em que propiciou a ascensão do princípio da juridicidade da Administração, o que conduziu à substituição da idéia do Direito reduzido à legalidade pela noção de juridicidade, não sendo mais possível solucionar os conflitos com a Administração Pública apenas à luz da legalidade estrita”.

¹⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 222.

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Direito Administrativo. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 75: “Como se trata de processo acusatório, deve reconhecer-se a incidência, por analogia, de alguns axiomas consagrados no âmbito do Direito Penal e Processual Penal”.

¹⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 424/425: “O princípio da capacidade infratora, já consagrado, implícita ou explicitamente, no Direito Administrativo Sancionador, equivale ao princípio da imputabilidade vigente no Direito Penal. Para que alguém seja imputável, passível de determinado modelo de responsabilização, há de preencher certos requisitos, geralmente fixados no campo legislativo, mas também aceitos como reconduzíveis à ordem constitucional a partir de processos interpretativos. (...) Princípio básico, em matéria de responsabilidade do agente perante o Direito Administrativo Sancionador, é a culpabilidade, verdadeiro pressuposto de responsabilidade das pessoas físicas, sem deixar de ser operativa também quanto às pessoas jurídicas, embora com contornos diferenciados”.

¹⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 442: “Não há diferenças substanciais, do ponto de vista normativo, entre ações e omissões, porque estão pautadas, as duas, pela nota da transgressão reprovável das normas. Ambas vinculam-se à tipicidade e à inobservância de deveres gerais de conduta, sendo seus resultados dependentes da

interesse público primário²⁰ que se visa a preservar, o qual, no caso concreto, é a higidez do sistema financeiro nacional, o regular e o transparente funcionamento do sistema bancário.

Em suma, a relevância e nocividade da conduta omissiva do auditor externo sobre o sistema financeiro nacional, aferida mediante a análise do elemento subjetivo da conduta (desvalor jurídico da ação) e da intensidade da lesão (desvalor jurídico do resultado) é determinante para a fixação da pena justa ao caso concreto. Confirma-se, a respeito, a lição doutrinária de Marcelo Madureira Prates, *in verbis*:

“(...) a censura do ilícito no domínio administrativo sancionador decorre basicamente da nocividade, muitas vezes presumida pelo próprio legislador, da infração sobre a ordem e os interesses público-administrativos, enquanto no direito penal o ilícito é avaliado não apenas pela intensidade do resultado provocado, mas também, e principalmente, pela vontade consciente e livre manifestada pelo infrator, por ele ter, consciente e livremente, agido como agiu. Nesse aspecto, é interessante notar como o desvalor do resultado, ou melhor, dos efeitos decorrentes do ilícito, ganha em relevância, tendendo mesmo a superar o desvalor da conduta, à medida que se caminha do direito penal tradicional ou de justiça para o direito administrativo sancionador”²¹.

Portanto, no caso concreto, deve-se indagar, em primeiro lugar, sobre a tipicidade material da conduta omissiva do auditor externo e sua significância normativa, mediante a análise a respeito da justificativa, evitabilidade ou inexigibilidade de conduta diversa. Posteriormente, afirmada a culpabilidade, dosa-se a pena, segundo as previstas em lei, de acordo com o desvalor jurídico da conduta omissiva em si (elemento

estrutura normativa aplicável à espécie. Na ação, o agente viola deveres de abstenção. Nas omissões, viola deveres de ação. Porém, não há, “a priori”, uma escala hierárquica de valores a delimitar maior severidade nas ações ou nas omissões”.

²⁰ A distinção entre interesse público primário e interesse público secundário, formulado por Renato Alessi, segundo a doutrina brasileira em Direito Administrativo, é assim sintetizada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 9): “(...) diferenciação entre interesses públicos primários, que dizem respeito à sociedade, e os interesses públicos secundários, que se referem ao próprio Estado, enquanto pessoa moral à qual se imputam direitos e deveres, valendo observar que os interesses públicos secundários só são considerados legítimos quando sejam instrumentais para o atingimento dos primários”.

²¹ *Ibid*, p. 94.

subjetivo da conduta) e com o desvalor jurídico do resultado (lesividade da conduta ao bem jurídico tutelado)²².

Pois bem, na hipótese de que trata o artigo, é possível, em princípio, esboçar alguns parâmetros analíticos os quais podem ter aplicação geral, de modo a facilitar a aplicação da pena justa e trazer maior robustez à argumentação da decisão a ser tomada, mormente para, através dos argumentos, concretizar a concepção abstrata dos conceitos acima formulados de significância normativa, desvalor jurídico da ação e desvalor jurídico do resultado.

No que toca à significância normativa, é evidente que a inobservância de regras e procedimentos de auditoria previstos nas normas oficiais de contabilidade e na legislação é um indicativo importante de culpabilidade, pois, conforme já frisado, o auditor externo não tem qualquer responsabilidade em qualquer instância se agiu de acordo com as normas oficiais de contabilidade e adotou todas as medidas a ele exigíveis.

Sem embargo, o principal parâmetro com o qual se deve lidar diz respeito ao nexo de causalidade normativa entre a omissão do auditor externo e a consumação da fraude cuja omissão na verificação lhe é imputada, isto é, perquirir se a consumação da fraude seria possível sem a omissão do auditor externo.

Nesse sentido, assume destaque a questão pertinente à acessibilidade das informações contábeis, patrimoniais e financeiras da sociedade auditada ao auditor externo, porquanto a alegação de que o auditor externo não teve acesso a determinadas informações sempre deve ser ponderada com o dever jurídico das sociedades empresárias de seguir, na escrituração de suas atividades, as normas oficiais de contabilidade.

Vale dizer, o auditor externo só se exime de responsabilidade, ao invocar tal argumento, se provar que, adotados os procedimentos e testes de adequação contábil aplicáveis, a fraude praticada só poderia ser

²² OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 433/434: “O autor de um ilícito deverá receber do Estado uma pena proporcional ao fato e às suas características pessoais que se revelem relevantes ao caso concreto. Inquestionavelmente, os elementos subjetivos do comportamento do agente devem ser levados em linha de conta pelos operadores jurídicos. A intensidade e o tipo de elemento subjetivo aparecem como relevantes na fixação da pena”.

descoberta com o acesso, exclusivamente, daquelas informações sonegadas. Assim sendo, a mera alegação de que foram ocultadas informações do auditor externo só deve merecer importância se não for possível atestar as inconsistências nos balanços contábeis representativas de uma fraude pelos procedimentos e testes de adequação contábil aplicáveis.

A propósito, dados contábeis, patrimoniais e financeiros que acobertem eventual fraude podem ser diagnosticados mediante a utilização de testes de adequação contábil aplicáveis, enquanto técnicas objetivas de avaliação da idoneidade de valores contábeis de uma sociedade empresária relativamente desvinculadas dos valores apresentados pela instituição financeira submetida à auditoria externa, com vistas a atestar a consistência das informações submetidas à apreciação contábil.

Quanto ao ponto, cumpre frisar que a adesão *tout court* a conclusões do setor de auditoria interna ou documentos produzidos pela sociedade auditada, sem que sejam realizados testes de adequação contábil existentes e aplicáveis, revela grave omissão pelo auditor externo, pois seu papel é o de atestar, mais uma vez, a consistência dos dados contábeis da sociedade auditada, o que já influi no desvalor jurídico da conduta omissiva.

Assim sendo, o desvalor jurídico da conduta omissiva se revela na análise da atuação do auditor externo durante suas atividades, segundo sua postura ativa de independência funcional e institucional perante a sociedade auditada, inferida a partir da realização de testes de adequação contábil existentes e aplicáveis e a importância de sua atuação para a consumação da fraude.

Por fim, o desvalor jurídico do resultado deve ser avaliado tendo em vista a lesividade e a repercussão que a fraude não descoberta pelo auditor externo teve sobre a higidez do sistema financeiro nacional, em relação aos acionistas minoritários eventualmente existentes e credores em geral, o que evidencia a maior influência, em abstrato, do desvalor jurídico do resultado na fixação da pena justa do que o desvalor jurídico da ação no caso de omissão injustificável e relevante do auditor externo.

5. Conclusão.

Conforme se expôs, o auditor externo de instituição financeira ou instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil pode responder a processo administrativo punitivo no âmbito da Autarquia se incorrer em omissão injustificável e relevante no exercício de suas funções, porquanto atua como garantidor no sentido de evitar que os resultados contábeis sejam inverídicos e não acobertem eventuais fraudes.

É exigível do auditor externo uma postura ativa, de independência funcional e institucional, o que lhe permite a realização de testes de adequação contábil existentes e aplicáveis com a finalidade de atestar a consistência dos dados contábeis da sociedade auditada, o que é essencial para a preservação da higidez do sistema financeiro nacional, do regular e do transparente funcionamento do sistema bancário.

Pois bem. A omissão do auditor externo não é punível quando restar comprovado que a fraude praticada e acobertada nos valores contábeis não poderia ter sido evitada, o agir do auditor externo se justificar diante do caso concreto ou não for possível exigir conduta diversa porque foram adotados todos os procedimentos e testes de adequação contábil exigíveis.

No entanto, se afirmada a tipicidade material da conduta omissiva do auditor externo em significância normativa, a pena justa aplicável deve levar em consideração o desvalor jurídico da conduta omissiva (elemento subjetivo) e o desvalor jurídico do resultado lesivo sobre a higidez do sistema financeiro nacional, em relação aos acionistas minoritários eventualmente existentes e credores em geral.

Assim sendo, alguns parâmetros de análise podem ser utilizados para justificar tanto a afirmativa de significância normativa da conduta, ao desvalor jurídico da conduta omissiva e do resultado, dentre os quais a verificação, caso concreto, de que houve a inobservância de regras e procedimentos de auditoria previstos nas normas oficiais de contabilidade e na legislação, a existência denexo de causalidade normativa entre a omissão do auditor externo e a consumação da fraude, a ocorrência de adesão tout court por parte do auditor externo a conclusões do setor de

auditoria interna ou documentos produzidos pela sociedade auditada, sem que sejam realizados testes de adequação contábil existentes e aplicáveis, de forma a inferir a contribuição da conduta omissiva do auditor externo para a consumação da fraude.

Referências

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral: volume 1**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito Administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2008.
- FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em Juízo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia. Coimbra**: Almedina, 2005.

AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS NA INVESTIGAÇÃO POLICIAL: DETENTORES DE PRERROGATIVA DE FUNÇÃO, COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS E GARANTIAS

Rodrigo Carneiro Gomes* - Delegado de Polícia Federal

RESUMO: O Inquérito Policial para a investigação de conduta, em tese, típica penal de autoridades detentoras de prerrogativa de função é o procedimento legal, de natureza pré-processual, sujeito à competência originária dos Tribunais, que independe de autorização judicial ou legislativa. A oitiva dessas autoridades tem regra insculpida no art. 221 do CPP, quando estiver na qualidade de testemunha, situação diversa daquela em que figura como investigado. Os atos de investigação no Inquérito são exercidos pela Polícia Judiciária, sob o controle e supervisão judicial e acompanhamento do Ministério Público.

PALAVRAS-CHAVE: Inquérito policial, investigação, oitiva, interrogatório, prerrogativa, foro, Inquérito judicial, requisição, Tribunais.

ABSTRACT: The Police inquest for the inquiry of typical criminal acts of specific authorities is a legal procedure, under the jurisdiction of the Courts of Justice. It isn't necessary judicial or legislative authorization to investigate these authorities. The acts of inquiry are proceeded by the Judiciary Police, under the judicial control and of the public prosecution service.

KEY-WORDS: Police inquest, inquiry, authorities, prerogative, forum, Inquest, solicitation, Courts of Justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Autorização e sujeito ativo da investigação (órgão legitimado); 3. Instauração de Inquérito Policial: quando, quem investigar e juízo competente; 4. A oitiva de autoridades detentoras de prerrogativa de função - interrogatório e depoimento; 5. O Indiciamento;

* Rodrigo Carneiro Gomes é Delegado de Polícia Federal em Brasília, pós-graduado em Processo Civil, Segurança Pública e Defesa Social. Mestrando em Direito. Professor da Academia Nacional de Polícia da disciplina Crime Organizado. Foi assessor de Ministro do STJ.

6. O Inquérito no Regimento Interno do STF; 7. O Inquérito judicial na legislação pátria e na doutrina; 8. Inquérito autuado no STF e a requisição do Procurador-Geral da República: necessidade de formalização de Inquérito por portaria; 9. Recentes decisões no tema de Inquérito nos Tribunais: considerações; 10. Conclusão – Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O tema de investigação de autoridades detentoras de prerrogativa de função, competência originária e o trâmite do respectivo Inquérito Policial são pouco explorados, doutrinariamente e nos bancos universitários e acadêmicos, sob os dois aspectos: o Inquérito policial em si e a investigação.

Algumas autoridades públicas possuem a prerrogativa de serem julgadas originariamente por um Tribunal (Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal) ou por uma Corte Superior (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Superior Tribunal Militar). Essa prerrogativa é denominada de **foro por prerrogativa de função**, subentendendo-se que o **foro** mencionado é um Tribunal, competente originariamente, segundo regras da Constituição Federal, da Constituição estadual, do Regimento Interno dos Tribunais ou do Código de Processo Penal. Há doutrina pátria e decisões pretorianas que se referem ao instituto mencionado como “foro privilegiado”, “competência hierárquica” e “competência originária”. Há disposições esparsas na legislação pátria, que não serão transcritas, e se encontram nos arts. 84 a 87 do CPP; art. 22, I, “d”; 29, I, “d” da Lei nº. 4737/1965 (Código Eleitoral); art. 14 da Lei nº. 5836/1972; art. 4º, I, “a” do Regimento Interno do STM (julgamento de oficiais gerais das Forças Armadas); arts. 29, X; 53, § 3º; 86, § 1º, I; 96, III; 102, I, “b”, “c”; 105, I; “a”, 108, I, “a”; todos da C.F.-88, bem como disposições das Constituições estaduais pertinentes.

É comum, em tempos de “sanguessugas” e “mensalões”, encontrarmos algumas expressões em jornais e revistas, como, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal (STF) “autoriza” a investigação de parlamentar e a Procuradoria-Geral da República (PGR) vai “investigar”. Portanto, surgem dúvidas e perguntas, no meio de tantas informações difusas. É necessária a autorização judicial ou legislativa para o início da investigação de conduta, em tese, típica penal de autoridades detentoras de

prerrogativa de função? Qual é o órgão de investigação que detém a legitimidade para os atos do inquérito? Em quais circunstâncias haverá a instauração de Inquérito policial?

Quanto à existência e admissibilidade do foro por prerrogativa de função (competência originária "ratione personae" ou hierárquica), a jurisprudência e parte da doutrina pátria (CAPEZ, 2001, p. 185; GRECO FILHO, 1991, pp. 130-132; LOPES JR., 2005, p. 448; MIRABETE, 2001, p. 285; POLASTRI, 2004, p. 424; RANGEL, 2001, p. 96; SCARANCA, 2003, p. 140; TOURINHO FILHO, 1999, v. 2, p. 131) o admitem sem maiores questionamentos, sob o fundamento de que se protege o cargo e não a pessoa.

Nessa esteira, pontuou o Min. Eros Grau, na ADI 2797, que:

As prerrogativas de que gozam os parlamentares são garantias estabelecidas em benefício do Legislativo. Daí não consubstanciarem direito subjetivo cujo exercício dependa da vontade do parlamentar, porém simples interesse legítimo²⁸. Por isso são indisponíveis. Consubstanciam, como afirma CARL SCHMITT²⁹, um direito do Parlamento como totalidade, não do deputado individualmente considerado. Ou, como decidiu o STF no Inquérito n. 510, Ministro CELSO DE MELLO, as prerrogativas asseguradas aos parlamentares atuam "como condição e garantia da independência do Poder Legislativo, seu real destinatário, em face dos outros poderes do Estado" (RTJ 135/509). O discrimen que justifica a diferença de tratamento não é definido em função da pessoa, qual se dá na exceção ao direito comum, mas como anota ALBERTO ZACHARIAS TORON³⁰, está no exercício de uma função que traz consigo a necessidade de uma proteção especial.

O dogma da essencialidade do foro por prerrogativa de função há que ser revisto e remodelado, coibidas as fórmulas milagrosas de sua ampliação para abranger e proteger figuras políticas próximas do rei, o que muitas vezes é proporcionado pela criação de cargos públicos de livre investidura (cargos comissionados), com status de Ministro de Estado.

Veja-se que a Lei nº. 11.497/2007, que alterou a redação do art. 25, parágrafo único da Lei nº. 10.683/2003, atribui status de Ministro de Estado tanto aos titulares dos Ministérios, como também ao Chefe da Casa Civil, ao Chefe do Gabinete de Segurança Institucional (GSI, ao qual é

subordinada a ABIN), ao Chefe da Secretaria-Geral, ao Chefe da Secretaria de Relações Institucionais, ao Chefe da Secretaria de Comunicação Social, todos da Presidência da República; ao Advogado-Geral da União (AGU), ao Ministro de Estado do Controle e da Transparência (CGU) e ao Presidente do Banco Central do Brasil (Bacen).

Questionada a constitucionalidade da lei que equiparou o cargo de natureza especial de presidente do Bacen a Ministro de Estado e concedeu-lhe, por extensão, foro por prerrogativa de função, o STF, na ADI 3289¹, entendeu que não havia violação do princípio da separação de poderes, entendendo a manobra como reforço à independência das funções de poder na República adotada por razões de política constitucional, sendo justificável a diferenciação de tratamento entre agentes políticos em virtude do interesse público “evidente”.

Recentemente, a mídia impressa, falada e eletrônica divulgou inúmeros dados estatísticos sobre a questionável eficiência e vocação das Cortes Superiores de Justiça no julgamento de autoridades detentoras de foro especial por prerrogativa de função, com julgamentos adiados por votos a perder de vista e dezenas de decretos de prescrição, incentivados por outro odioso privilégio que é a prescrição retroativa, objeto de inúmeros projetos de lei que sempre encalham no trâmite do processo legislativo.

¹ Ação direta de inconstitucionalidade contra a Medida Provisória nº 207, de 13 de agosto de 2004 (convertida na Lei nº. 11.036/2004), que alterou disposições das Leis nº 10.683/03 e Lei nº 9.650/98, para equiparar o cargo de natureza especial de Presidente do Banco Central ao cargo de Ministro de Estado. 2. Prerrogativa de foro para o Presidente do Banco Central. 3. Ofensa aos arts. 2º, 52, III, “d”, 62, §1º, I, “b”, §9º, 69 e 192, todos da Constituição Federal. 4. Natureza política da função de Presidente do Banco Central que autoriza a transferência de competência. 5. Sistemas republicanos comparados possuem regulamentação equivalente para preservar garantias de independência e imparcialidade. 6. Inexistência, no texto constitucional de 1988, de argumento normativo contrário à regulamentação infraconstitucional impugnada. 7. Não caracterização de modelo linear ou simétrico de competências por prerrogativa de foro e ausência de proibição de sua extensão a Presidente e ex-Presidentes de Banco Central. 8. Sistemas singulares criados com o objetivo de garantir independência para cargos importantes da República: Advogado-Geral da União; Comandantes das Forças Armadas; Chefes de Missões Diplomáticas. 9. Não-violação do princípio da separação de poderes, inclusive por causa da participação do Senado Federal na aprovação dos indicados ao cargo de Presidente e Diretores do Banco Central (art. 52, III, “d”, da CF/88). 10. Prerrogativa de foro como reforço à independência das funções de poder na República adotada por razões de política constitucional. 11. Situação em que se justifica a diferenciação de tratamento entre agentes políticos em virtude do interesse público evidente. 12. Garantia da prerrogativa de foro que se coaduna com a sociedade hipercomplexa e pluralista, a qual não admite um código unitarizante dos vários sistemas sociais. 13. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente ADI 3289, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno do STF, publ. no DJ de 03-02-2006, p. 11; republicado no DJ de 24-02-2006, p. 7.

O preclaro doutrinador e magistrado paulista Guilherme Nucci (2006, pp. 241-242) expõe o tema com muita propriedade, pelo que se pede vênia para a transcrição exaustiva de seus argumentos, de imprescindível leitura para aqueles que se aventuram na nebulosa seara do processo penal:

“A doutrina, de maneira geral, justifica a existência do foro privilegiado como maneira de dar especial relevo ao cargo ocupado pelo agente do delito e jamais pensando em estabelecer desigualdades entre os cidadãos. Entretanto, não estamos convencidos disso. Se todos são iguais perante a lei, seria preciso uma particular e relevante razão para afastar o criminoso do juiz natural, entendido este como o competente para julgar todos os casos semelhantes ao que foi praticado.

(...) Se à justiça cível todos prestam contas igualmente, sem qualquer distinção, natural seria que a regra valesse também para a justiça criminal. O fato de se dizer que não teria cabimento um juiz de primeiro grau julgar um Ministro de Estado que cometa um delito, pois seria uma “subversão de hierarquia” não é convincente, visto que os magistrados são todos independentes e, no exercício de suas funções jurisdicionais, não se submetem a ninguém, nem há hierarquia para controlar o mérito de suas decisões. Logo, julgar um Ministro de Estado ou um cidadão qualquer exige do juiz a mesma imparcialidade e dedicação, devendo-se clamar pelo mesmo foro, levando em conta o lugar do crime e não a função do réu.

(...) o juiz de 2º grau está tão exposto quanto o de 1º grau em julgamentos dominados pela política ou pela mídia².

E, citando Marcelo Semer³:

“o foro privilegiado para julgamentos criminais de autoridades é outra desigualdade que ainda permanece. Reproduzimos, com pequenas variações, a regra antiga de que fidalgos de grandes estados e poder

² E prossegue o autor: “Por outro lado, caso o magistrado de 1º grau, julgando um Governador, por exemplo, sofresse algum tipo de pressão, poderia denunciar o caso, o que somente seria prejudicial a quem buscou influenciar o julgador. E mais, caso deixe-se levar pela pressão e decida erroneamente, existe o recurso para sanar qualquer injustiça. (...) motivo pelo qual é incompreensível que o foro privilegiado mantenha-se no Brasil. Por que não haveria sentido, como muitos afirmam, que um juiz julgasse um Ministro do Supremo Tribunal Federal? Não está julgando o cargo, mas sim a pessoa que cometeu um delito”. O ilustre magistrado conclui seu pensamento da seguinte maneira: “Entretanto, por ora, a competência por prerrogativa de função está constitucionalmente prevista, razão pela qual deve ser respeitada. No futuro, havendo amadurecimento suficiente, tal situação merecerá ser alterada”.

³ A síndrome dos desiguais, p. 11-12.

somente seriam presos por mandados especiais do Rei. É um típico caso em que se outorga maior valor à noção de autoridade do que ao princípio de isonomia com a diferença de que hoje a igualdade é um dos pilares da Constituição. (...) Competência processual não se deve medir por uma ótica militar ou por estrato social. (...) O foro privilegiado, tal qual a prisão especial, é herança de uma legislação elitista, que muitos se compatibilizou com regimes baseados na força e no prestígio da autoridade”.

2. AUTORIZAÇÃO E SUJEITO ATIVO DA INVESTIGAÇÃO (órgão legitimado)

A “autorização” para processar criminalmente autoridades detentoras de prerrogativa de função, mesmo antes da alteração promovida pela Emenda Constitucional (EC) nº. 35/2001, não abrangia a fase da investigação policial por meio de Inquérito policial. A prévia licença da respectiva Casa era exigida antes de o Supremo Tribunal Federal (STF) receber a denúncia do Procurador-Geral da República (PGR), ou seja, só depois de encerrado o Inquérito Policial com oferecimento de uma peça chamada “relatório” pelo Delegado de Polícia. A EC nº. 35/2001 não alterou o rito do Inquérito Policial ou de investigação de autoridades detentoras de prerrogativa de função: independe de autorização do STF ou da respectiva Casa (prevista antes da EC nº. 35/01) para que ocorra o procedimento preliminar ou pré-processual de investigação, para lamúria de muitos investigados.

Embora no Superior Tribunal de Justiça (STJ) prevaleça a tese de que o órgão do Ministério Público (MP) pode investigar, no âmbito do STF, a tese não é tão bem aceita assim. O julgamento do Inquérito (Inq) nº. 1968 (“case” Remy Abrey Trinta e outros) foi interrompido, em 01/09/2004, por pedido de vista do Min. Antônio Cezar Peluzo, adiando a decisão sobre o controverso poder investigatório do MP. Em 15/2/2007, foi determinada a remessa do Inquérito à Justiça Federal da Seção Judiciária do Maranhão, com a extinção do mandato de deputado federal, que não foi reeleito, cessada a competência do STF. No momento, a polêmica ainda permanece viva. Existem inúmeras ADIs contra resoluções de Ministérios Públicos estaduais que regulamentaram o poder investigatório

ministerial⁴, assim como do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Tramita, ainda, o Habeas Corpus 84548 (Rel. Min. Marco Aurélio, STF), do empresário Sérgio Gomes da Silva, conhecido como “Sombra” (caso “Celso Daniel”, prefeito assassinado de Santo André), cujo julgamento foi interrompido em 11/06/2007, por pedido de vista também do Min. Cezar Peluzo.

Assevera NUCCI (2004, p. 21) que:

Não há procedimento específico, previsto em lei, disciplinando a atividade investigatória criminal exclusiva do Ministério Público, de modo que não se pode suprir tal lacuna a pretexto de se promover uma interpretação sistemática do art. 129 da Constituição Federal. Note-se, ademais, que os procedimentos supracitados [investigações da CPI, inquérito civil, sindicâncias, processos administrativos, inquérito militar, inquérito da polícia florestal] são exceções e não constituem uma regra, cuja finalidade seria substituir a atividade geral de investigação criminal da polícia judiciária. Logo, segundo nos parece, nem mesmo uma lei ordinária poderia conferir ao Ministério Público, estabelecendo como regra geral, a possibilidade de conduzir e presidir uma investigação criminal, constituindo autêntico ‘inquérito ministerial’, já que tal medida afrontaria a atribuição constitucional conferida às polícias federal e civil.

Por outro lado, jamais se deve conceber que o representante do Ministério Público atue passivamente diante de uma investigação presidida pela autoridade policial. Ao contrário, sua missão fundamental para o equilíbrio dessa delicada tarefa, é fiscalizar a atuação do Estado-investigação, requisitando diligências e acompanhando, caso queira, todas as que forem realizadas. Com isso, forma livremente e com segurança a sua convicção, colhendo elementos para o oferecimento da denúncia.

Polêmicas à parte, e sem perder de vista o interesse social e o combate à criminalidade organizada, a grande maioria dos Inquéritos policiais submetidos ao STF (“mensalão”, “sanguessugas”, caso “PC Farias”, dentre outros), especialmente os emblemáticos, a atuação do MP não dispensou a requisição de diligências policiais ou a instauração de Inquérito policial, o que revela, de fato quem desempenhou atos de investigação e colheita de indícios e a prova material do delito e sua autoria. A Polícia Judiciária é constitucionalmente vocacionada, preparada e aparelhada para as

⁴ ADI/3309, ADI/3337, ADI/3370, ADI/3479, ADI/3584, ADI/3724.

investigações criminais de delitos sejam de pequeno potencial ofensivo ou praticados por complexas organizações criminosas transnacionais. Contudo, não se pode olvidar doutos entendimentos em sentido diverso, que têm como pano de fundo o controle externo da atividade policial⁵ ou a investigação de atos ilícitos penais praticados por policiais, em cujas prisões, a participação das corregedorias e setores de assuntos internos e de inteligência policiais sempre foram decisivos e imprescindíveis.

3. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL: quando, quem investigar e juízo competente

Quanto à competência penal originária por prerrogativa de função de autoridade pública investigada (“*ratione personae*”) é importante notar que essa se estabelece, quando decorrente de mandato eletivo, em momento anterior à posse oficial, mas não chega a alcançar o momento do registro da candidatura ou da eleição. O marco que fixa a competência originária do tribunal, nesse caso, é a **diplomação**, que é a oportunidade na qual o Tribunal Regional Eleitoral (TRE) ou TSE entrega o título que formaliza o candidato como eleito, abrindo-se o prazo legal para impugnação do seu mandato. O recebimento da denúncia posterior à diplomação, por magistrado de primeira instância, é nulo, como decidiu o STF:

I. STF: competência penal originária por prerrogativa de função que, cuidando-se de titular de mandato eletivo, firma-se na data de diplomação e faz nulo o recebimento da denúncia posterior a ela. II. Processo penal de competência originária dos tribunais: irrecusabilidade do pedido de arquivamento de inquérito ou outra peça de informação quando formulada pelo Procurador-Geral competente e fundada na falta de base de fato para a denúncia⁶.

Com a perda do mandato eletivo pelo investigado, querelado ou denunciado, cessa a competência penal originária do Tribunal para

⁵ O art. 1º. do Projeto de Decreto Legislativo (PDC) nº. 128/2007, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, susta a aplicação do §1º do art. 4º da Resolução nº. 20, de 28 de maio de 2007, publicada no DJ – Seção 1, de 20.06.07 que regulamenta o artigo 9º da Lei Complementar n.º 75/93 e o artigo 80 da Lei n.º 8.625/93, por invasão da competência do Congresso Nacional.

⁶ AP-QO 371, Questão de Ordem na Ação Penal, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, publ. no DJ de 04-06-2004, p. 29.

apreciar e julgar autoridades dotadas de foro diferenciado por prerrogativa de função, seja em razão de renúncia, extinção do mandato pelo decurso do tempo ou não-reeleição ou aposentadoria⁷.

A propósito, conferir a Súmula nº. 451 do STF que estatui que a competência por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício da função.

Nos crimes dolosos contra a vida, da competência do Tribunal do Júri, cometidos por autoridade com prerrogativa de função, há duas hipóteses. Quando a prerrogativa de função é prevista em Constituição estadual, prevalece a competência do Tribunal do Júri, nos termos da Súmula nº. 721 do STF (“A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição estadual”). Sendo autoridade com prerrogativa de função prevista na Constituição Federal, competente para julgamento será a Corte de Justiça com sede constitucional:

COMPETÊNCIA. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. ATRACÃO POR CONEXÃO DO CO-RÉU AO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. 1. Tendo em vista que um dos denunciados por crime doloso contra a vida é desembargador, detentor de foro por prerrogativa de função (CF, art. 105, I, a), todos os demais co-autores serão processados e julgados perante o Superior Tribunal de Justiça, por força do princípio da conexão. Incidência da Súmula 704/STF. A competência do Tribunal do Júri é mitigada pela própria Carta da República. Precedentes. 2. HC indeferido. (HC 83583, Relatora Ministra. Ellen Gracie, 2ª T. do STF, publ. no DJ de 07-05-2004, p. 47).

Quanto ao co-réu não detentor de foro por prerrogativa de função, trata a Súmula nº. 704: “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”. No Inq 2245 (inquérito do “mensalão”), Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno do STF, se decidiu, nesse sentido, pela conexão, mantendo-se a unicidade do julgamento, conforme sessão plenária realizada no dia 06/12/06.

⁷ [INQ -AgR nº. 2.263/PR, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, unânime, DJ 24.8.2007; INQ (AgR) nº. 2.335/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, unânime, DJ 24.8.2007; INQ nº. 2.452/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, DJ 21.3.2007; INQ nº. 2.451/DF, Rel. Min. Carmem Lúcia, decisão monocrática, DJ 7.2.2007; ADI nº. 2.797/DF e ADI nº. 2.860/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, por maioria, DJ 19.12.2006].

A súmula comporta temperamentos, não sendo, pois absoluta ou obrigatória a conexão, que pode e deve ser mitigada quando haja riscos de prescrição, como decidido pelo Pleno do STF na Questão de Ordem no Inquérito 1720 (Inq-QO)⁸:

STF: competência penal originária por prerrogativa de função: atração, por conexão ou continência, do processo contra co-réus do dignitário, que, entretanto, não é absoluta, admitindo-se a separação, entre outras razões, se necessária para obviar o risco de extinção da punibilidade pela prescrição (...)

Cometido delito de menor potencial ofensivo, a autoridade detentora de foro por prerrogativa de função será processada perante o Tribunal competente e não perante o Juizado especial criminal, mas fará jus aos institutos mais benéficos da Lei n.º 9.099/1995, quando aplicáveis, conforme decidiu o STJ⁹:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. DESACATO PRATICADO POR PREFEITO MUNICIPAL. APLICAÇÃO DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. Na hipótese de cometimento de crimes comuns, sem atingir interesses da União, o prefeito municipal, que possui prerrogativa de foro constitucionalmente estabelecida, deve ser processado e julgado pelo Tribunal de Justiça local, sem prejuízo da aplicação dos institutos da Lei n.º 9.099/95, quando se tratar de crimes de menor potencial ofensivo. (...)

A lei n.º 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal, estendendo o foro por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa foi declarada inconstitucional na ADI N. 2.797, Pleno do STF, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 15.9.05, publicada no DJ de 19-12-2006, p. 37 e ADI N. 2.860, idem, p. 38.

É o STF o órgão judicial competente para processar e julgar deputado federal e senador intimado na condição de indiciado:

COMPETÊNCIA. Parlamentar. Senador. Inquérito policial. Imputação de crime por indiciado. Intimação para comparecer como testemunha.

⁸ Relator Min. Sepúlveda Pertence, publ. no DJ de 14-12-2001, p. 28.

⁹ CC 41.659/MT, Rel. Ministra aurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 24.08.2005, DJ 21.09.2005 p. 127.

Convocação com caráter de ato de investigação. Inquérito já remetido a juízo. Competência do STF. Compete ao Supremo Tribunal Federal supervisionar inquérito policial em que Senador tenha sido intimado para esclarecer imputação de crime que lhe fez indiciado¹⁰.

De acordo com entendimentos monocráticos da Ministra Ellen Gracie (**PET 3248**, DJ de 23.11.2004) e do Ministro Gilmar Mendes (**INQ 2285**, DJ de 13.03.2006), a via adequada para processamento de petição, requerimento, “notitia criminis”, requisição, de natureza penal, perante o STF, é o Inquérito Policial, instruído por meio de investigações policiais a serem realizadas pela Polícia Judiciária da União, ou seja, pela Polícia Federal, no caso de crimes contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, como se transcreverá adiante.

Os delegados de polícia não detêm foro especial por prerrogativa de função, ainda que essa prerrogativa esteja prevista na Constituição estadual, seja por simetria à Constituição Federal, seja porque subordinados ao Governador de Estado, conforme decidiu o Pleno do STF na ADI 2587, Rel. para acórdão Ministro Carlos Britto, por maioria, publ. no DJ de 06-11-2006, p. 29.

Por outro lado, se desconhece que o STF tenha se manifestado pela inconstitucionalidade de dispositivos de Constituições estaduais que prevêem foro especial por prerrogativa de função em relação aos vereadores, apesar de inexistência de simetria constitucional. Ao contrário, o STJ, na ausência de previsão na Constituição Federal, consolidou o entendimento de que os vereadores gozam da mencionada prerrogativa:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. VEREADOR. COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. FORO PRIVILEGIADO ESTABELECIDO PELA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência desta Corte consolidou o entendimento de que é possível instituir-se foro especial por prerrogativa de função aos vereadores por meio da constituição estadual.

¹⁰ RCL no 2.349-TO, Red. para o acórdão Min. Cezar Peluso, Rel. originário Min. Carlos Velloso, Plenário, por maioria, DJ de 05.08.2005.

2. *Havendo previsão na constituição fluminense nesse sentido (art. 161, inciso IV, alínea d, item 3), compete ao respectivo Tribunal de Justiça julgar originariamente as ações penais propostas contra os vereadores daquele estado.*

3. *Ordem concedida*¹¹.

Sem adentrar no mérito de constitucionalidade, também há situações peculiares quando a investigação delitiva se direciona em relação a determinadas autoridades:

- **membro do Ministério Público (inclusive junto ao Tribunal de Contas):** só é preso por ordem judicial ou flagrante de crime inafiançável (art. 40, III, da Lei nº. 8.625/1993); - não pode ser indiciado em inquérito policial (art. 41, II, da Lei nº. 8.625/1993); quando no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte de membro do MP, a autoridade policial remeterá, imediatamente, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração (art. 41, parágrafo único, da Lei nº. 8.625/1993 e Lei nº. 8.443/1992).

- **membro da Magistratura (inclusive Ministros do TCU):** quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação (art. 33, parágrafo único da LC nº. 35/79 e Lei nº. 8.443/1992). Em relação ao art. 33 da LC 35/79 (Loman), o excelso STF, no HC 88280, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, publ. no DJ de 08-09-2006, p. 43, decidiu que não há óbice à atuação interna e externa do Ministério Público:

MAGISTRADO - PROCESSO ADMINISTRATIVO VERSUS ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - ARTIGO 33, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LOMAN. O que previsto no artigo 33, parágrafo único, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional não obstaculiza a atuação interna e externa do Ministério Público. Na primeira, mediante exame de dados que lhe tenham chegado às mãos e, na segunda, formalizando denúncia junto ao Tribunal competente, visando à persecução criminal. AÇÃO PENAL - TIPICIDADE - HABEAS CORPUS. O habeas não é meio próprio para apreciar-se a denúncia formalizada pelo Ministério Público. Óbice a

¹¹ HC 57.341/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.10.2007, publ. no DJ de 05.11.2007, p. 299.

esta última, via a impetração, pressupõe situação clara e precisa a afastar a persecução criminal.

No RHC 84903, Relator Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma do STF, publ. no DJ de 04-02-2005, p. 27, confrontando o art. 33, parágrafo único da Loman que a remessa do inquérito policial em curso ao tribunal competente para a eventual ação penal e sua imediata distribuição a um relator não faz deste “autoridade investigadora”, mas apenas lhe comete as funções, jurisdicionais e nem desloca para o Tribunal as funções de polícia judiciária:

I. Foro por prerrogativa de função: inquérito policial: exceção atinente à magistratura (LOMAN, art. 33, parág. único): discussão que, no caso, recebida a denúncia por decisão definitiva, é desnecessário aprofundar, pois se irregularidades ocorreram no inquérito, não contaminaram a ação penal: prejuízo concreto não demonstrado. 1. A competência penal originária por prerrogativa não desloca por si só para o tribunal respectivo as funções de polícia judiciária. 2. A remessa do inquérito policial em curso ao tribunal competente para a eventual ação penal e sua imediata distribuição a um relator não faz deste “autoridade investigadora”, mas apenas lhe comete as funções, jurisdicionais ou não, ordinariamente conferidas ao juiz de primeiro grau, na fase pré-processual das investigações. 3. Exceção atinente à magistratura (LOMAN, art. 33, parág. único) que, no caso, não cabe aprofundar, dado que não contaminam a ação penal eventuais irregularidades ocorridas no inquérito se a denúncia foi recebida - por decisão definitiva, exaurindo-se, assim, a função informativa dele (...) [No mesmo sentido Habeas Corpus 82.507, Relator Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma do STF, publ. no DJ de 19/12/2002, p. 92].

Se o julgamento do delito se inserir na competência da Justiça Federal, mas foi cometido por magistrado estadual, prevalece a competência por prerrogativa de função, devendo a investigação policial ser submetida ao Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. CRIME COMUM, CUJO JULGAMENTO COMPETE À JUSTIÇA FEDERAL, IMPUTADO A JUÍZ ESTADUAL. COMPETENCIA PARA DETERMINAR AS INVESTIGAÇÕES (ARTIGO-33, PARAGRAFO-UNICO DA LEI COMPLEMENTAR-35/79). CONFLITO APARENTE ENTRE AS NORMAS CONTIDAS NO ARTIGO-96, INCISO-03 E NO ARTIGO-109, INCISO-04 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. *A norma inserida no artigo-109, inciso-04 da Constituição Federal é regra geral que, necessariamente, cede passo a disposição especial que estabelece foro diverso, por prerrogativa de função (CF, artigo-96, inciso-03).*

2. *Compete aos Tribunais de Justiça processar e julgar os juizes que lhe são vinculados nos crimes comuns inseridos na competência atribuída à Justiça Federal.*

3. *Da mesma forma, as investigações policiais tendentes à apuração do envolvimento de magistrado estadual <em fatos que>, em tese, se subsumem <em figura delituosa da> competência federal, devem ser conduzidas pelo Tribunal de Justiça ao qual o magistrado está vinculado (Loman, artigo-33, parágrafo único).*

4. *Incompetência 'ratione personae' do TRF/4ª Região: INQ 9204265930, Pleno, maioria, DJ de 17/02/1993, p. 4324, Relatora Des. Federal Ellen Gracie Northfleet).*

No mesmo sentido do acórdão mencionado do TRF 4ª Região, da Relatoria da atual Ministra do STF, é o escólio de Guilherme Nucci (2006, p. 248).

Quanto aos integrantes da Defensoria Pública, não há dispositivo legal que determine a remessa da investigação policial ao dirigente do órgão para que prossiga na investigação, mas sim previsão consentânea com a democracia, independência e transparência de designação de um membro da Defensoria Pública pelo Defensor Público-Geral, para acompanhar a apuração, quando, no curso de investigação policial, houver indício de prática de infração penal por membro da Defensoria Pública (art. 44, parágrafo único; art. 89, parágrafo único, art. 128, parágrafo único, todos da LC nº. 80/1994).

Veja-se que, seja parlamentar, magistrado ou promotor, o e. STF não reconhece que os atos de polícia judiciária sejam praticados pelo Tribunal, e deixa claro, de forma veemente, que o respeito ao devido processo legal e às garantias funcionais das autoridades que gozam de foro especial por prerrogativa de função concretizam-se pela supervisão dos atos de polícia judiciária que são submetidos ao Tribunal competente, embora seja utilizada, indistintamente, a nomenclatura “conduzir” ao invés de “supervisionar”.

O art. 144 da Constituição Federal (CF) definiu a Polícia Federal como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em

carreira, que se destina a exercer, **com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União**, assim entendidas as colheitas de depoimentos, documentos e laudos periciais.

Na CF, art. 102, I, “b”, encontramos referência à competência originária do e. STF para “processar e julgar” os membros do Congresso Nacional “nas infrações comuns”, mas há omissão quanto a **instaurar** e instruir Inquéritos policiais.

Na ADIN 1570, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 22.10.2004, p. 4, a ementa registra que: **“A realização de Inquérito é função que a Constituição reserva à polícia.”**

Aliás, no HC 80592¹², relator Ministro Sydney Sanches, o STF afirmou que o Inquérito Policial, em investigação que envolva Parlamentar, permanecerá **“sob controle jurisdicional direto do Supremo Tribunal Federal.”**

4. A OITIVA DE AUTORIDADES DETENTORAS DE PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: interrogatório e depoimento

Nesse campo fértil para debates que é a investigação de autoridades detentoras de prerrogativa de função, surge outra controvérsia: a designação de data para a sua oitiva. O art. 221 do Código de Processo Penal - CPP¹³ prescreve que os parlamentares, governadores, prefeitos, secretários de estado, juízes, promotores e ministros serão Inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o Juiz, o que também se aplica no Inquérito policial, ou seja, entre eles e a Autoridade Policial. Apenas os presidentes do Senado Federal (SF), da Câmara dos Deputados (CD), do STF, Presidente e Vice-presidente da República poderão optar pela prestação de depoimento por escrito.

¹² DJ 22.06.2001, p. 23, 1ª. Turma do STF.

¹³ Art. 221. O Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados às Assembléias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juízes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão Inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz. § 1º O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício.

O art. 221 está inserido no capítulo “Das Testemunhas”, o que leva a crer que as autoridades detentoras de prerrogativa de função, quando estiverem na qualidade de investigado, não gozam da prerrogativa de ajustar previamente o local e dia da oitiva. Mesmo essa data a ser designada deve ter parâmetros, ou seja, a data deve estar compreendida no período previsto para realização das diligências policiais, que, na forma do art. 10 do CPP¹⁴, devem ser encerradas em 30 dias, quando o investigado estiver solto. É aconselhável que a Autoridade Policial, em ofício dirigido à autoridade detentora de prerrogativa de função, delimite, desde aquele momento da expedição, o prazo inicial e o prazo final para que essa possa ajustar a data em que prestará seu depoimento. O prazo final para esse ajustamento é o de encerramento das diligências, no curso de 30 dias, quando o Inquérito policial deverá ser devolvido à Justiça.

Observe-se que no HC 80592/PR, relator Min. Sydney Sanches¹⁵, decidiu-se que a ausência de investigado ao interrogatório há que ser interpretada como manifestação pela garantia constitucional contra a auto-incriminação, não podendo haver condução coercitiva, no caso de o Parlamentar ser o investigado.

Eis a ementa parcial do julgado:

(...) Por outro lado, o Parlamentar pode ser convidado a comparecer para o interrogatório no Inquérito Policial (podendo ajustar, com a autoridade, dia, local e hora, para tal fim - art. 221 do Código de Processo Penal), mas, se não comparecer, sua atitude é de ser interpretada como preferindo calar-se. Obviamente, nesse caso, não pode ser conduzido coercitivamente por ordem da autoridade policial, o que, na hipótese, até foi reconhecido por esta, quando, nas informações, expressamente descartou essa possibilidade.

Ainda, em relação ao julgado citado, é de bom alvitre mencionar que o ajustamento de oitiva, “in casu”, para interrogatório (e não para depoimento, porque o a autoridade detentora de prerrogativa de função é investigada e não testemunha), é uma faculdade da Autoridade Policial,

¹⁴ Art. 10. O Inquérito deverá terminar no prazo de 10 (dez) dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 (trina) dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

¹⁵ Primeira Turma do STF, acórdão publicado no DJ de 22.06.2001, p. 23.

pois “o parlamentar **pode ser** convidado a comparecer” (não há obrigação de fazer ou prerrogativa processual), do contrário, constaria que “o parlamentar **deve ser** convidado.”

Essa tese foi confirmada pelo e. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, do STF, que negou o pedido de liminar no Mandado de Segurança (MS 27045), proposto pelo deputado federal Pedro Henry Neto (PP-MT), no curso da Ação Penal (AP) 470, que investiga o suposto esquema do mensalão. A observação também é pertinente para membros da magistratura, Ministério Público e Defensoria Pública, que, ainda, segundo suas respectivas leis orgânicas, detêm a prerrogativa de ajustar data e local para depoimento, na qualidade de testemunhas.

Na douda decisão monocrática, publicada em 19/12/2007, e após firmar a competência do STF para julgamento de ato judicial praticado sob delegação daquele pretório, sob o fundamento de que os atos praticados pelos juízos de 1º grau, quando por ordem dos tribunais superiores, estarão sujeitos ao controle do órgão constitucionalmente competente para processar e julgar os atos praticados por esses, consignou-se que:

De fato, o art. 221 do Código de Processo Penal prevê a necessidade de as autoridades ali arroladas serem contatadas previamente pelo juízo para ajustarem a data, o horário e o local da sua inquirição. Todavia, esse dispositivo refere-se à produção de prova testemunhal, tanto que está disposto no Título VII (Da Prova), Capítulo VI (Das Testemunhas), do Código de Processo Penal. Não é caso dos autos. No caso em análise, o impetrante foi citado para ser interrogado, e não para prestar depoimento na qualidade de testemunha.

5. O INDICIAMENTO

Após as diligências necessárias para a determinação do autor do fato ou do crime, no âmbito da Polícia Federal, a autoridade policial deve lavrar um *despacho de indiciamento*, que antecederá o interrogatório.

A legislação pátria não esclarece no que consiste o despacho de indiciamento e trata, sem a devida técnica legislativa e processual, as figuras de suspeito, investigado, envolvido e indiciado, como de significados idênticos, quando não o são.

Na prática policial, existe uma diferença entre o suspeito, o investigado e o indiciado. Só se considera “indiciado” o investigado contra o qual, no inquérito policial, foram produzidas provas suficientes da existência do delito (materialidade) e encontrados indícios de sua autoria, segundo os fundamentos externados no inquérito pela autoridade policial. É uma garantia ao investigado, pois só será indicado como provável autor do delito após a sua lavratura. Nesse despacho constará a relação das provas produzidas contra o suspeito, devendo ser mencionados o depoimento das testemunhas, as provas documentais carreadas aos autos. Também se consignará a tipificação do delito que pode ser diversa da portaria inaugural (provisória), diante da maior certeza probatória, mas, ainda assim, não deixará de ser provisória, dela podendo divergir o órgão do Ministério Público ao oferecer a denúncia, que, por seu turno, poderá ser diferente da estabelecida pela sentença criminal condenatória.

Na oportunidade do despacho de indiciamento, será designada a data do interrogatório do suspeito, se já não estiver presente. Diante do interrogatório, pode a autoridade policial, na medida em que haja novos elementos, deixar de proceder ao indiciamento e desfazê-lo - é ato exclusivo do Delegado de Polícia e de convicção pessoal. Caso o mantenha, a tipificação provisória constante no despacho será reproduzida no prontuário de identificação criminal (PIC), assinada pelo indiciado e remetida uma via para os órgãos de identificação e estatística criminal.

O despacho de indiciamento delimita os atos de investigação em relação ao suspeito, torna-o “indiciado”, cientifica-o a respeito do teor do inquérito policial, das provas produzidas contra si, inclusive do cometimento de determinado delito penal que é provisoriamente tipificado e imputado.

Outra função importante do indiciamento é pontuar a maturidade da produção de prova do inquérito, apto a apontar a autoria e materialidade, ainda que de natureza indiciária, diferenciando aquele inquérito de tantos outros que aguardam meses ou anos para a indicação de um suspeito. Promovido o indiciamento, alguns defendem que estaria delimitado o momento pré-processual adequado para o indiciado indicar provas, requerer acesso integral à investigação, que não correria mais o risco de ser frustrada pela intervenção do interessado, bem como requerer perícia

e juntar laudo de assistente técnico, como recentemente decidiu o STF, no Habeas Corpus 92.599¹⁶, Rel. Min. Gilmar Mendes, publ. no DJ de 13/11/2007, decisão monocrática, tudo em nome da maximização e efetividade dos direitos fundamentais.

Por fim, o registro do indiciamento nos sistemas informatizados permite que qualquer outro investigador, ou órgão público conveniado, como o Ministério Público, Tribunal de Justiça, Secretaria de Segurança Pública ou de Defesa Social, entre outras que integram o sistema de segurança pública ou de justiça criminal, efetue cruzamento de padrões de delitos análogos (pela possibilidade de acesso a fotografia, impressões digitais, tipificação do delito, obtenção de cópias do inquérito e sua localização), possivelmente cometidos pelo indiciado em outras circunstâncias de tempo e espaço (outra cidade em estado diverso).

Há, portanto outros efeitos diretos e indiretos do indiciamento e seu registro: diminuição da taxa de impunidade; aumento da efetividade do serviço público; função secundária de prevenção; destacada utilidade nas investigações de crimes sexuais, homicídios, estelionato e assalto a bancos, valores e mercadorias.

Não há óbice legal ao indiciamento de parlamentar e o STF tem admitido essa diligência e reconhecido sua constitucionalidade.

É possível o cancelamento do indiciamento pela autoridade policial, quando, no curso da investigação, se convenceu, diante de novos depoimentos, reinquirição, acareação ou outras provas, de que seu ato não encontra amparo no contexto indiciário ou probatório. O STF também admite a revisão do indiciamento, pela via judicial, e pode determinar a anulação de indiciamentos promovidos (nesse sentido: Inq 2411, e na Pet 3825, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, decisão por maioria, julg. em 10/10/2007).

No voto condutor proferido no Inq 2411, o e. Min. Gilmar Mendes explicitou que a abertura de inquérito policial para apurar ilícito penal cometido por autoridade detentora de foro especial por prerrogativa de função deve se submeter à supervisão do STF. O Exmo. Procurador-Geral

¹⁶ Consta na decisão que: “Da leitura dos precedentes colacionados, verifica-se que tais julgados respaldam a tendência interpretativa de garantir aos investigados e indiciados a máxima efetividade constitucional no que concerne à proteção dos direitos fundamentais mencionados (CF, art. 5o, LIV e LV)”.

da República¹⁷ se posicionou contra a instauração “ex officio” de inquérito pela autoridade policial, o que causa espécie, pois a polícia judiciária é quem investiga, nesses casos, principalmente, crimes de “colarinho branco”, se expondo e se sujeitando a todo o tipo de pressão e intempéries, e o pensamento contrário contribui essencialmente para a burocratização da investigação, impunidade e prescrição.

No Inq 2411, frisou-se que:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que, nos inquéritos policiais em geral, não cabe ao juiz ou a Tribunal investigar, de ofício, o titular de prerrogativa de foro.

(...)

Em outras palavras, se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante esta Corte (CF, art. 102, I, b), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à “supervisão judicial” (como é o caso da abertura de procedimento investigatório, por exemplo) sejam retiradas do controle judicial do STF.

(...)

O despacho que admite o pedido diretamente apresentado pelo Procurador-Geral da República corresponde a ato judicial de natureza administrativa que imputa determinação procedimental de abertura de inquérito no âmbito desta Corte, o qual se deve ser aqui autuado e numerado nos termos dos arts. 55, XIV; 56, V; e 231 do RI/STF.

(...)

¹⁷ Constatou na manifestação do Procurador-Geral da República, transcrita no voto condutor: “7. Permitir que o procedimento de investigação predisposto à colheita de elementos probatórios, que suportarão eventual imputação penal contra titular de cargo a que se assegura foro especial, possa ser aberto por autoridade policial que integra o Departamento de Polícia Federal, e é órgão integrante da estrutura administrativa do Ministério da Justiça, certamente enfraquece a garantia que a Constituição consagra” - (fl. 128).” E aqui se abre um breve comentário, pois tanto a autoridade policial que integra o DPF como qualquer outra integrante do MJ exercem o múnus público em prol da sociedade, na defesa do consumidor, livre concorrência, combate a cartéis, criança e adolescente, mulheres, da liberdade e do direito de ir e vir do ser humano, o que leva ao questionamento quanto à existência de suporte fático e jurídico para a tendenciosa alegação, especialmente, porque os servidores públicos do Poder Executivo mencionados se sujeitam a sanções administrativo-disciplinares e penais por prevaricação e abuso de poder, não são julgados por seus pares, não são detentores de prerrogativa de função e nem fiscalizados por entidade de controle externo misto presidido e integrado por integrantes das próprias instituições.

Diante do exposto e na linha dos precedentes arrolados, voto no sentido de que a questão de ordem ora apreciada seja resolvida nos seguintes termos: no exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, "b" c/c Lei no 8.038/1990, art. 2o), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações (isto é, desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo dominus litis).

Não há dúvidas de que toda a investigação policial deve ser fiscalizada pelo Ministério Público e supervisionada pela Corte Superior de Justiça ou Tribunal competente. Contudo, o ato de "supervisionar" pressupõe a prática de um ato que é posteriormente, e no prazo legal, submetido a quem de direito, no caso, à apreciação judicial, ou seja, difere de "autorizar" cada ato da autoridade policial.

A investigação policial de delito perpetrado por autoridades detentoras de prerrogativa de função não usurpa a competência jurisdicional ou suplanta o Estado democrático de direito.

"Supervisionar" é posterior ao ato e "autorizar" é anterior ao ato que se busca concretizar. O "decisum", contudo, não é categórico e gera incertezas, pois não proíbe expressamente as diligências de ofício e, certamente, encontraria dificuldades conceituais e doutrinárias para fazê-lo. Estaria a autoridade policial impedida ou proibida de instaurar inquérito ou o que se busca é que a instauração deva ser submetida, imediatamente, ao STF, para homologação e devolução para prosseguimento das diligências?

Ainda há um campo fértil para a jurisprudência florescer. As diligências teriam que ser submetidas uma a uma ao crivo do STF ou seria observado o decurso do prazo legal previsto no art. 10 do CPP (30 dias réu solto, 10 dias réu preso)? A atenta autoridade policial que, com perspicácia, vislumbra a diligência chave para resolução da investigação se agir de ofício, como determina o Código de Processo Penal e a Constituição Federal, cometerá abuso de poder e se não agir cometerá prevaricação? Há vantagens nesse modelo judicial para a sociedade ou para o cargo ou função pública que seria, em tese, preservado pela prerrogativa?

De qualquer sorte, a iterativa jurisprudência da Corte Suprema é sedimentada no sentido de que "eventuais diligências requeridas no

contexto de uma investigação contra membros do Congresso Nacional, podem e devem, sim, ser requeridas perante esta Corte, ... como é o caso da quebra do sigilo fiscal, mas o inquérito tramita perante aqueles órgãos policiais e não perante o Supremo Tribunal Federal” (Pet 3248, Ministra Ellen Gracie). A investigação policial é “perante a autoridade policial federal. Apenas a ação penal é que tramita no STF” (idem), pois para instauração de inquérito contra autoridade detentora de prerrogativa de foro “não precisa a Autoridade Policial obter prévia autorização da Câmara dos Deputados, nem do STF. Precisa, isto sim, submeter o inquérito, no prazo legal, ao STF” (HC 80592¹⁸, relator Ministro Sydney Sanches).

6. O Inquérito no Regimento Interno do STF

O Regimento Interno do STF - RISTF prevê o registro de informações diversas no Excelso Pretório sob diversas modalidades, dentre elas o Inquérito (Inq), Queixa-Crime (QC), Comunicação (Cm), Representação (Rp) e Petição (Pet).

No art. 56, V do RISTF consta que “**V** – na classe **Inquérito** serão incluídos os **policiais** e os **administrativos**, de que possa resultar responsabilidade penal, e que só passarão à classe Ação Penal após o recebimento da denúncia ou queixa” (grifou-se).

Veja-se que, na classe Inquérito ou **Inq**, não consta a inclusão de **Inquéritos judiciais**.

No âmbito do STF há, contudo, disposição regimental que é de difícil conciliação com os precedentes citados, bem como com o sistema acusatório brasileiro, com a autonomia e imparcialidade dos órgãos de investigação, acusação e julgamento. É a disposição do art. 43¹⁹ do RISTF, especialmente a primeira parte do seu parágrafo primeiro, que atribui ao Presidente do STF a competência delegável para instaurar Inquérito, em referência a autoridades submetidas à sua jurisdição.

¹⁸ DJ 22.06.2001, p. 23, 1ª. Turma do STF.

¹⁹ Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará Inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro. § 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de Inquérito à autoridade competente.

7. O INQUÉRITO JUDICIAL NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA E NA DOCTRINA

Os arts. 4º, 5º, II e seguintes do Código de Processo Penal preceituam que o Inquérito Policial será iniciado de ofício ou mediante requisição. No âmbito do Departamento de Polícia Federal, a portaria instauradora do Inquérito Policial deverá conter o número do protocolo e do documento-base da notícia do crime, o relato sucinto do fato delituoso, a tipificação ainda que provisória e, quando possível, a autoria, bem como as diligências de cumprimento imediato.

É pacífico o entendimento doutrinário de que os arts. 26 e 531 do CPP não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, na parte que permitia o início de ação penal por portaria expedida pela autoridade judiciária, ou seja, o procedimento judicialiforme previsto para as contravenções penais e para as lesões e homicídios culposos, na forma da Lei nº. 4.611/65²⁰.

A nova Lei de Falências (Lei 11.101/05) revogou a lei anterior (Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945) que tratava do Inquérito judicial, no qual, ainda assim, o juiz da instrução era diverso do juiz do julgamento. A novel Lei 11.101/05, art. 187, § 2º, preceitua que os indícios de crimes falimentares serão comunicados ao Ministério Público, deixando de prever o Inquérito judicial, em harmonia com a Constituição Federal e com o sistema acusatório puro, implicitamente admitido no art. 129, I, art. 144 e art. 93, IX, todos da Constituição Federal de 1988 - C.F.-88, com nítida separação de funções.

O emérito professor e doutrinador de escol Luiz Flávio Gomes, em artigo publicado na rede mundial de computadores²¹, demonstra concordância com a restrição legal e jurisprudencial à instrução de Inquéritos por Tribunais e leciona que:

O STF já havia deixado muito claro, na ADI 1.570, que o juiz brasileiro não pode investigar crimes. Conseqüentemente julgou inconstitucional

²⁰ Lei nº. 4.611/65. Art. 1º O processo dos crimes previstos nos artigos 121, § 3º, e 129, § 6º, do Código Penal, terá o rito sumário estabelecido nos arts. 531 a 538 do Código de Processo Penal. 1º Quando a autoria do crime permanecer ignorada por mais de quinze dias, proceder-se-á a Inquérito policial e o processo seguirá o rito previsto no art. 539".

²¹ GOMES, Luiz Flávio. Nova Lei de Falências e suas repercussões criminais. Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - LFG.

*o art. 3º da Lei 9.034/95 (lei do crime organizado). O juiz não foi programado constitucionalmente para investigar delitos. **Não foi adotado no Brasil o sistema dos juizados de instrução. As duas últimas possibilidades (ainda hoje) que autorizam o juiz a investigar são: (a) investigação contra os próprios juizes e (b) investigação de crimes atribuídos a pessoas com prerrogativa de função (a investigação contra um deputado federal, por exemplo, é conduzida por um Ministro do STF). Algo também precisa e deve ser feito para acabar com essas excrescências (grifou-se).***

Essa tese é defendida exaustivamente pelo e. Juiz Federal Eduardo Pereira da Silva, em seu artigo intitulado “Prerrogativa de Foro no Inquérito Policial”:

Não se pode ignorar, porém, que a investigação pré-processual, tendo como destinatário o órgão acusador, também deve ser desempenhada por órgão diverso ao do julgamento, sob pena de ofensa ao sistema acusatório. No Brasil, tradicionalmente a investigação pré-processual é atribuída às das polícias judiciárias (Polícias Cíveis e Polícia Federal). Aliás, foi a preocupação em assegurar a imparcialidade do juiz que inspirou o artigo 252, inciso, II, do Código de Processo Penal, que prevê o impedimento do juiz de atuar em processos em que tenha atuado anteriormente não só como defensor, e órgão do Ministério Público (acusação), mas também mesmo como Autoridade Policial (investigação pré-processual).

A leitura dos dispositivos legais, constitucionais e doutrina autoriza a ilação de que o Inquérito atuado no STF, para investigação de conduta, em tese, típica penal de autoridades detentoras de prerrogativa de função, observadas as exceções legais, há que ser o Inquérito Policial, conduzido pela Polícia Judiciária e presidido por Autoridade Policial.

8. INQUÉRITO ATUADO NO STF E A REQUISIÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA: necessidade de formalização de Inquérito por portaria

O art. 231 do RISTF reza que o Inquérito, de competência originária do STF, será distribuído e encaminhado ao PGR para **oferecer denúncia** ou **arquivamento**. Quando houver a necessidade de **diligências**. Quando não for possível a denúncia ministerial e nem requerido o arquivamento, salvo melhor juízo, será caso de o Inquérito ser requisitado à Polícia

Judiciária, instaurado e instruído perante essa, atendida a requisição do PGR, sob a jurisdição do STF.

A legislação pátria recomenda que a Autoridade Policial, que tem a capacidade operacional e conhecimento técnico investigativo, inicie as investigações requisitadas pelo PGR, através de portaria de inquérito policial, recebendo toda a documentação como “notitia criminis” e o ofício requisitório de diligências como ofício requisitório de instauração de Inquérito Policial. Com essa medida se enaltecem os princípios processuais da celeridade, eficiência, economia e o próprio sistema acusatório, evitando a instauração de um Inquérito ou procedimento de investigação criminal paralelos e a contaminação de funções com prejuízo para a imparcialidade do apuratório.

O investigado terá, na portaria, além de seu registro em livros próprios, a exata delimitação do fato investigado, a tipificação provisória, as diligências iniciais da Autoridade Policial e os traços identificadores de autoria, o que propicia o controle administrativo, judicial e das partes, sendo um reflexo do desdobramento dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

O processo penal se norteia pela colidência de interesses, e, portanto, há que ser resguardada a imparcialidade da Autoridade Policial, Ministério Público e do Poder Judiciário, coibindo-se uma acusação tendenciosa e viciada que pode ser gerada pelo requerimento de Inquérito pelo Ministério Público diretamente ao magistrado, bem como pela condução desse Inquérito não pela Polícia Judiciária, mas sob a presidência do magistrado.

A tendência da nossa legislação é purificar ao máximo o sistema acusatório, entregando a cada um dos sujeitos processuais funções não apenas precípuas, mas absolutamente exclusivas, o que dá ao réu segurança de um processo mais democrático (AFRÂNIO JARDIM²², 2003).

A CF exige, ainda que implicitamente, o sistema acusatório público de persecução penal, cuja principal característica é a nítida função de acusar, julgar e defender, colocando-se, assim, em franca oposição à concepção que informou as legislações processuais anteriores, (CAPEZ²³, 2005). Os

²² p. 322.

²³ p. 97.

elementos Inquisitivos do CPP têm sido eliminados gradativamente, o que demonstra uma transição entre um sistema misto (acusatório e Inquisitório) e um sistema acusatório puro.

9. RECENTES DECISÕES NO TEMA DE INQUÉRITO NOS TRIBUNAIS: considerações

Em decisão monocrática, na **Petição nº. 3248**²⁴, a ínclita Ministra Ellen Gracie decidiu que a “notitia criminis” da PGR deve ser encaminhada diretamente à Polícia Judiciária, em atendimento à requisição ministerial, pois a **investigação prossegue perante a Autoridade Policial:**

*(...) o Procurador-Geral da República requereu, na petição de f. 02/03, (...) ‘a atuação deste procedimento como Inquérito penal originário, com o indiciamento do Deputado Federal (...), pelo cometimento, em tese, de crime de sonegação fiscal’ (f. 3). 2. Entre as **funções** institucionais que a Constituição Federal outorgou ao Ministério Público, está a de **requisitar a instauração de Inquérito policial** (CF, art. 129, VIII). Essa requisição independe de prévia autorização ou permissão jurisdicional. Basta o Ministério Público Federal requisitar, **diretamente**, aos **órgãos policiais competentes**. Mas **não a esta Corte Suprema**. Por ela **pode** tramitar, entre outras demandas, **ação penal** contra os membros da Câmara dos Deputados e Senado. **Mas não Inquéritos policiais**. Esses **tramitam perante os órgãos da Polícia Federal**. (...) Não parece razoável admitir que um ministro do Supremo Tribunal Federal conduza, perante a Corte, um Inquérito policial que poderá se transformar em ação penal, de sua relatoria. **Não há confundir investigação, de natureza penal, quando envolvido um Parlamentar, com aquela que envolve um membro do Poder Judiciário**. No caso deste último, havendo indícios da prática de crime, os autos serão remetidos ao Tribunal ou Órgão Especial competente, a fim de que se prossiga a investigação. É o que determina o art. 33, § único da LOMAN. **Mas quando se trata de Parlamentar federal, a investigação prossegue perante a autoridade policial federal**. Apenas a ação penal é que tramita no Supremo Tribunal Federal. Disso resulta que **não pode ser atendido o pedido de instauração de Inquérito policial originário perante esta Corte**. E, por via de consequência, a solicitação **de indiciamento***

²⁴ DJ de 23.11.2004, p. 41.

do Parlamentar, ato privativo da autoridade policial. (...) 3. Diante do exposto, determino sejam os autos devolvidos à Procuradoria-Geral da República para as providências que entender cabíveis (grifou-se).

Há lições relevantes nos admiráveis ensinamentos da Ministra Ellen Gracie, em relação à investigação de conduta, em tese, típica penal de Parlamentar:

- ♦ *o indiciamento é ato privativo da Autoridade Policial;*
- ♦ *implicitamente: nada obsta que o Parlamentar federal seja indiciado, desde que por ato motivado da Autoridade Policial;*
- ♦ *é função institucional do Ministério Público a requisição de Inquérito Policial, que independe de prévia autorização ou permissão judicial e pode ser instaurado de ofício pelo Delegado de Polícia;*
- ♦ *não é processual e tecnicamente correto que a Procuradoria-Geral da República requirite a instauração de Inquérito Penal Originário diretamente ao STF;*
- ♦ *a requisição ministerial para instauração de Inquérito, em face de autoridade sob a jurisdição do STF, deve ser dirigida à Autoridade Policial e não ao STF;*
- ♦ *apenas na investigação de magistrado, por força do art. 33, § único da LOMAN, havendo indícios da prática de crime, é que os autos serão remetidos ao Tribunal ou Órgão Especial competente, a fim de que se prossiga na investigação;*
- ♦ *não há outra investigação de indícios de prática de crime que possa ser realizada pelos Tribunais pátrios, fora da hipótese de magistrado investigado (implicitamente).*

Esse entendimento da Ministra Ellen Gracie, no ano de 2004, foi reiterado, atualmente, pelo Ministro Gilmar Mendes, no **Inquérito nº. 2285**, em decisão monocrática publicada em 13.03.2006.

No voto vogal do Ministro Sepúlveda Pertence, em julgamento plenário, no **AgRg na Petição nº. 2.805-8**²⁵, o entendimento foi unânime nesse sentido. Em referência ao art. 5º, II do CPP, lecionou o emérito Ministro:

Admito que, se, em função da sua atividade jurisdicional, tem conhecimento de uma suspeita de crime, o Juiz requirite o Inquérito

²⁵ DJ de 27-02-2004, p. 20, Relator Ministro Nelson Jobim.

policial. Não que se provoque a autoridade judiciária para requisitar Inquérito policial (...)

Proponho como preliminar que o Tribunal feche essa porta, que só serve a explorações. Não há por que, em plena capital da República, com um imenso prédio da Polícia Federal, outro da Secretaria de Segurança, do Ministério Público - com um portentoso prédio -, que isso venha primeiro para o Supremo Tribunal Federal (...)

Citando o julgamento do STF, O Min. Francisco Peçanha Martins, relator do AgRg na NC 317/PE²⁶, da Corte Especial do STJ, assentou que:

*“O Supremo Tribunal Federal, em sessão de 13.11.02, ao apreciar a PET (AgR) 2805-DF, firmou entendimento no sentido de **não admitir o oferecimento de notícia crime à autoridade judicial** visando à instauração de Inquérito policial, ao fundamento de que a requisição prevista no art. 5º, II, do CPC está relacionada “às hipóteses em que o juiz em função de sua atividade jurisdicional tem conhecimento de suspeita de crime, não podendo ser utilizado tal dispositivo para reduzir ou constranger o órgão jurisdicional, que deve estar o mais alheio possível à investigação” (cf. Informativo STF nº. 290).” (Negritou-se).*

Eis a ementa do julgado:

PROCESSUAL PENAL - NOTÍCIA CRIME - INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL - INADMISSIBILIDADE - CPP, ART. 5º, II - PRECEDENTE DO STF (AGPET 2805-DF).

- Consoante recente entendimento esposado pelo STF, não é admissível o oferecimento de notícia crime à autoridade judicial visando à instauração de Inquérito policial.

*- O art. 5º, II, do CPP confere **ao Ministério Público o poder de requisitar diretamente ao delegado de polícia a instauração de Inquérito policial** com o fim de apurar supostos delitos de ação penal pública, ainda que se trate de crime atribuído à autoridade pública com foro privilegiado por prerrogativa de função.*

- Não existe diploma legal que condicione a expedição do ofício requisitório pelo Ministério Público à prévia autorização do Tribunal competente para julgar a autoridade a ser investigada.

(...)(Negritou-se).

²⁶ DJ de 23.05.2005, p.118.

É visível a tendência jurisprudencial no sentido de que as requisições do Ministério Público, à exceção de investigação de magistrados, devem ser feitas à Autoridade Policial, de forma direta, e não ser oferecida à Autoridade Judicial.

Pelo que se colhe da decisão proferida pelo e. Ministro Gilmar Mendes, no **Inquérito nº. 2285**, em 03.03.2006 (publicada no DJ de 13.03.2006, p. 51), pela e. Ministra Ellen Gracie (Petição nº. 3248) e pelo e. Ministro Sepúlveda Pertence, em voto vogal (AgRg na Petição. 2.805-8), o excelso Pretório tem adotado uma posição de vanguarda que mitiga, de forma adequada, dispositivos do Regimento Interno do STF que atribuem a função de instauração de Inquérito a Ministros do STF:

“Não cabe a esta Corte “determinar” a instauração de Inquérito policial para apuração de crime de ação pública incondicionada, ressalvados aqueles praticados no âmbito da própria Corte e que possam dizer respeito ao exercício de sua própria competência, constitucional ou legal (RISTF, art. 8º, inciso IV). Aliás, o próprio § 3º do art. 5º do Código de Processo Penal, invocado pelo autor deste procedimento como fundamento jurídico de sua pretensão, diz expressamente que a comunicação de crime de ação pública far-se-á à “Autoridade Policial”. Anote-se, outrossim, que conforme assentado pelo Pleno da Corte na PET nº. 2805 - AgR (Rel. Min. Nelson Jobim), a intervenção desta Corte é especialmente descabida quando a mesma notícia crime foi (ou pode ser) diretamente encaminhada ao Ministério Público (...)” (Negritou-se).

10. CONCLUSÃO

Conclui-se que há forte corrente jurisprudencial e doutrinária no sentido de que os Tribunais pátrios não devem conduzir investigações criminais, exceção feita na hipótese de fatos relacionados a magistrado que figure na qualidade de investigado, de acordo com o art. 33, parágrafo único²⁷ da Loman (Lei Complementar nº. 35/79).

²⁷ Art. 33. São prerrogativas do magistrado ... Parágrafo único - Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

Das lições jurisprudenciais e doutrinárias destacadas, pode-se afirmar, sem embargo dos doutos entendimentos em sentido diverso, que documentos remetidos pela Procuradoria-Geral da República à Polícia Federal ou à Polícia Civil (polícias judiciárias), que noticiem a ocorrência de crimes inseridos, respectivamente, no rol de suas atribuições, devem ser recebidos como “notitia criminis” e o ofício do Procurador-Geral que requisita diligências deve ser processado como requisição ministerial, impondo a imediata instauração de Inquérito Policial e cumprimento das diligências que se mostrem adequadas e pertinentes, na forma dos arts. 6º, III, 2ª parte e 16, ambos do CPP.

Uma parte dos expoentes que integram o e. STF teve a oportunidade de analisar algum caso concreto e desenvolver uma visão crítica e construtiva da investigação de autoridades detentoras de prerrogativa de função no seio daquela Corte constitucional. Vislumbra-se, ainda que de forma implícita, a mitigação da disposição regimental veiculada no art. 43 do RISTF, delineando-se a possibilidade de sua modificação, à medida que os debates agregam novos conhecimentos e despertam a consciência da imprescindibilidade da independência de funções policiais, ministeriais e judiciais no Estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DAURA, Anderson Souza. *Inquérito policial – competência e nulidades de atos de polícia judiciária*. Curitiba: Juruá, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. *Nova Lei de Falências e suas repercussões criminais*. Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - LFG, São Paulo, 14 fev. 2005. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050214205136854>. Acesso em: 16 jun. 2006.

GOMES, Rodrigo Carneiro. *Contornos do Mandado de Busca e Apreensão - requisitos e controle da atividade policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.844, p. 470 - 484, 2005.

_____. *Inquérito Policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.852, p. 733 - 742, 2006.

- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal, Volume 1*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal. Volume I*. Campinas: Millennium, 2003.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*, 8ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2004.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *A investigação criminal e a atuação do Ministério Público*. Revista Cejap (Centro de Estudos Judiciários para Assuntos Policiais, Deinter 2 - Campinas). Campinas: Millennium, ano 5 - nº. 7, mai. 2004, pp. 20-25.
- _____. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, 2ª. ed. São Paulo: RT, 2006.
- PACELLI OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- PITOMBO, Cleunice Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. São Paulo: RT, 2005.
- POLASTRI LIMA, Marcellus. *Curso de Processo Penal*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- ROVÉGNO, André. *O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa*. Campinas: Bookseller, 2005.
- SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: RT, 2004.
- SANTOS, Célio Jacinto. *Inquérito policial: instrumento de defesa da cidadania*. Revista Cejap (Centro de Estudos Judiciários para Assuntos Policiais, Deinter 2 - Campinas). Campinas: Millennium, ano 6 - nº. 8, fev. 2005, pp. 55-57.
- _____. *Temas sobre o poder investigatório do MP*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 13 fev. 2006.
- SILVA, Eduardo Pereira da. *Polícia Federal e Dossiêgate: para o exercício independente e equidistante da atividade de polícia judiciária, garantias funcionais mínimas devem ser implementadas*. Brasília: Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nº. 05, ano 19, mai. 2007, pp. 70-71. Disponível em: <http://www.trf1.gov.br/Consulta/PubOficial/PubOficialAbrePdf.php?id=162701>. Acesso em 12 out. 2007.

_____. Prerrogativa de foro no inquérito policial. Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal), Brasília, n. 36, p. 6-13, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero36/artigo01.pdf>. Acesso em: 12 out. 2007.

SOUSA, Stenio Santos. *As operações da Polícia Federal e as influências políticas. Manifesto pela desvinculação do Departamento de Polícia Federal do Poder Executivo*. Brasília: Consulex, n.º. 207, ano IX, 2005, pp. 52-54.

_____. *Foro por prerrogativa de função: procedimentos no curso da investigação criminal preliminar*. In: Revista Criminal. Ensaios sobre a atividade policial. São Paulo: Fiuza, ano 1, vol. 1 –out./dez. 2007, pp. 23-55.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 2, 21^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

A POSSIBILIDADE DE RECURSO COMO UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CONSTITUCIONAL).

Flávio Quinaud Pedron - Mestre e doutorando em Direito
pela UFMG*

Resumo: O presente estudo pretende reconstruir as diversas leituras realizadas pelas teorias processuais ao longo da História a fim de demonstrar o desenvolvimento de uma nova concepção de Processo, que preocupada com a participação em potencial da sociedade como forma de legitimação das decisões estatais. Nesse prisma, o direito ao recurso é visto como direito-garantia fundamental e desdobramento direto dos princípios processuais (constitucionais) do contraditório e da ampla defesa.

Palavras-Chave: Devido Processo Legal; legitimidade do Direito; direito constitucional ao recurso.

Segundo Nunes (2003:38), ao longo dos séculos XVIII e XIX, sob as balizas impostas pelo paradigma do Estado Liberal, os litígios de origem civil eram tratados com base numa percepção individualista.¹ Para assegurar a aplicação igualitária das normas em todos os casos, defendeu-se uma compreensão de “segurança jurídica” igualada à previsibilidade da decisão. Assim, os órgãos de aplicação jurídica – os Tribunais e a

*Mestre e doutorando em Direito pela UFMG. Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual na PUC-Minas. Professor de Hermenêutica Jurídica no Uni-Centro Izabela Hendrix, Belo Horizonte/MG. Advogado.

¹ Nesse sentido, Cappelletti e Garth (1988:9) afirmam que “nos estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”.

Administração – deveriam ver-se presos ao texto da lei para que não extrapolassem o conteúdo fixado pelo Legislador, que, devido à concepção da época, seria capaz de prever todas as possíveis condutas, liberando o aplicador da tarefa de levar em consideração as especificidades de cada caso (MARINONI, 2005:6),² até mesmo porque as partes – principais referências – não poderiam ver-se surpreendidas pela decisão. Tanto era a ênfase dada para as partes (autor e réu), que a concepção inicial buscava explicar o processo considerando-o como um contrato entre os litigantes, conforme formulação de Pothier (1800), em seu *Traité de la procédure civile* (COUTURE, 2003:16). Desse modo, elas concordavam em suportar a decisão proferida pelo Estado.³ A inclusão do processo como parte integrante do direito civil foi logo posta em xeque pelos publicistas; todavia Savigny e Guényvau (MACEDO, 2001:53) insistiram na classificação a partir da ótica do direito privado, considerando-o como um quase-contrato.⁴

Dessa forma, a compreensão que se tinha da jurisdição era de uma “função [estatal] voltada a dar atuação aos direitos subjetivos privados violados” (MARINONI, 2005:9).⁵ Portanto, era compreendida principalmente através de uma ótica repressiva, segundo a qual a lesão a direitos materiais poderia ser convertida em um equivalente pecuniário, atendendo-se não a uma razão interna ao Direito – voltada ao problema da discussão da correção da ação das partes ou mesmo da decisão proferida no iter procedimental – mas em consonância com os imperativos do mercado.

² “A generalidade e a abstração evidentemente também apontavam para a impossibilidade de o juiz interpretar a lei ou considerar circunstâncias especiais ou concretas. Como é óbvio, de nada adiantaria uma lei marcada pela generalidade e pela abstração se o juiz pudesse concretizá-la. Isso, segundo os valores liberais, obscureceria a previsibilidade e a certeza do direito, pensados como indispensáveis para a manutenção da liberdade dos cidadãos” (MARINONI, 2005:6).

³ Carreira Alvim (1997:133) assim resume essa teoria: “a relação que interliga autor e réu no processo é em tudo idêntica à que liga as partes contratantes”. Suas origens podem ser remontadas ao direito romano, através dos textos de Ulpiano.

⁴ “Segundo tal teoria, o Processo não poderia ser considerado um contrato típico, mas, sim, um ‘quase-contrato’, visto que a parte ingressava em juízo aceitando a decisão, fosse ela favorável ou não aos seus interesses. Haveria um elo entre autor e juiz, independentemente da adesão espontânea do réu ao debate do conflito. Em resumo: o processo não era um contrato, visto que não pressupunha a vontade das partes; era algo semelhante ao contrato, embora contrato não o fosse” (MACEDO, 2001:54).

⁵ Lembra Marinoni (2005:9): “Os processualistas que definiram essa idéia de jurisdição estavam sob a influência ideológica do modelo do Estado liberal de direito e, por isso, submetidos aos valores da igualdade formal, da liberdade individual mediante a não interferência do Estado nas relações privadas, e do princípio da separação de poderes como mecanismo de subordinação do executivo e do judiciário à lei”.

Somente em 1868, com a publicação da obra de Bülow, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, é que o processo adquiriu um estudo mais aprofundado. Para o autor (1964:2), o processo era uma espécie de relação jurídica, uma vez que implica direitos e obrigações reciprocamente considerados para os participantes: autor, réu e juiz. Segundo Dinamarco (2002:40), a importância de tal teoria para o Direito foi grande; chega-se a considerar que a obra de 1868 foi responsável por fundar a ciência do direito processual:

Antes dela, as normas do processo eram feitas segundo ditames exclusivamente práticos e estudadas pelo critério meramente exegeticó, à moda dos velhos praxistas, não havendo uma construção segura dos institutos processuais e muito menos uma coordenação harmoniosa entre eles, os quais eram geralmente tratados por romanistas e civilistas – o que bem indica como à consciência dos juristas de então não transparecera ainda à luz da distinção, hoje muito nítida, entre direito substancial e processo; não havia maturidade para compreender que não são de direito material institutos como o da coisa julgada, da hipoteca, da prova, da responsabilidade executiva, da ação (DINAMARCO, 2002:40).

Acrescenta ainda o processualista paulista que o grande mérito da teoria de Bülow foi demonstrar a existência de uma relação jurídica progressiva, na qual, de um lado, teríamos a figura do magistrado, que assumiria a concreta obrigação de decidir e realizar o Direito e, de outro, as partes, que ficariam obrigadas, perante o juiz, a prestar colaboração e a se submeterem aos resultados dessa atividade comum.⁶

Desenvolvendo a nova linha de raciocínio, Chiovenda, em sua famosa conferência de Bolonha, em 1903,⁷ buscou separar o direito de ação do direito material supostamente lesado e, com isso, dotar de natureza pública o processo civil. A jurisdição é, então, vista como função voltada à atuação da vontade concreta da lei, de modo que caberia ao magistrado substituir

⁶ Importante mencionar que essa teoria, que determinava “vínculos de sujeição” das partes ao juiz (GONÇALVES, 2001:75), muito impulsionou a nova concepção de aplicação jurídica divergente com o paradigma do Estado de Bem-Estar Social. O processo deixou de ser definitivamente “coisa das partes” e passou, com os efeitos da publicização e da socialização dos direitos, a compreender que o juiz exercia um papel não somente ativo na condução do procedimento, mas também uma função educativa-assistencial da parte mais débil (NUNES, 2003:40).

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *A ação no sistema dos direitos*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

intelectualmente não apenas as partes do processo, como toda a sociedade (MARINONI, 2005:12), sendo ele o responsável por aplicar a vontade concreta da lei.⁸

Na transição do paradigma do Estado Liberal para o paradigma do Estado Social, Chiovenda ainda sustentava a separação rígida entre legislação e jurisdição. O que objetivava o processualista italiano era despir o processo – e não a ação, que, por ser exercida contra o réu, pode variar entre público e privada, de acordo com a vontade da lei (se ela é público ou privada) – de uma conotação privatística, de modo que o Estado, atuando em nome da garantia da paz social, substituiria a figura da autotutela.⁹ O Estado, então, seria o responsável por guardar a paz e a harmonia das relações sociais dentro da sociedade.

Todavia, essa compreensão, quando contextualizada no paradigma do Estado Social (Welfare State), acabou por supervalorizar a atuação estatal em detrimento da sociedade. Em sua pesquisa, Maus (2000) demonstra como, à luz desse paradigma jurídico, o Estado pode assumir a função de “tutor” de uma sociedade desprovida de orientação, de uma sociedade “órfã” e “incapaz”. Caberia, então, ao Judiciário a tarefa de materialização de direitos fundamentais – principalmente dos chamados direitos sociais – como forma de emancipar e conduzir seus clientes à condição de cidadãos. Todavia, tal empreendimento estava fadado ao fracasso. Isso porque, à luz de uma compreensão procedimentalista do paradigma do Estado Democrático de Direito, pode-se perceber que tal quadro conduz a uma espécie de círculo vicioso, de modo que a posição privilegiada de autoridade conferida pela teoria processual ao Judiciário apenas fez com que esse assumisse o papel do superego da sociedade, passando a ditar para aquela – sempre com base em uma racionalidade solipsista – os padrões de comportamento desejáveis.¹⁰

⁸ “Com isso, no entanto, jamais desejou dizer que o juiz cria a norma individual ou a norma do caso concreto, à semelhança do que fizeram Carnelutti e todos os adeptos da teoria unitária do ordenamento jurídico” (MARINONI, 2005:12).

⁹ Para Chiovenda, então: “O processo se torna, portanto, o instrumento de justiça à disposição do Estado, que irá coibir a justiça privada com reprimendas a esta prática, o chamado exercício arbitrário das próprias razões, salvo, por certo, os casos de legítima defesa e de estado de necessidade [...]” (PIMENTA, MARQUES *et alli*, 2004:53).

¹⁰ Como bem define Bahia (2004:313): “Ao contrário da promoção de cidadania (que era, afinal, a meta do Estado Social), o que se viu foi o Estado tomando para si toda a dimensão do público, deixando os indivíduos na posição (cômoda?) de *clientes*, numa relação paternalista e dependente”.

No caso brasileiro, a recepção da teoria do processo como relação jurídica disseminou-se através dos ensinamentos de Liebman, responsável por fundar uma verdadeira Escola Processual em São Paulo (Faculdade de Direito do Largo do São Francisco - USP), como reconhece Dinamarco (2004:87; 2004:111-112). Essa escola, que passou a contar com inúmeros adeptos em todo o país, foi responsável por ditar os moldes do direito processual científico, como também influenciou permanentemente os processos de legislação.¹¹

Assim, o pensamento da ciência processual brasileira manteve-se conectado a uma racionalidade instrumental, de modo que o processo serviria à jurisdição para a realização, inclusive, de escopos meta-jurídicos. O processo seria, então, um instrumento do Estado para garantir a paz social.

Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: sociais, políticos e jurídicos. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da pacificação social constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político (CINTRA et alli, 2003:41, grifos no original).

Destarte, para os defensores dessa tese, o processo operaria a partir de uma racionalidade instrumental, dirigida apenas à persecução do fim pré-determinado de forma solipsista. Tal racionalidade estaria, então, centrada na perspectiva do magistrado, uma vez que ele incorporaria o Estado, o qual deve atuar para além de apresentar uma solução prática à

¹¹ Como reconhece Dinamarco (2004:88-89), o Código de Processo Civil de 1973 ficou também conhecido como Código de Buzaid, em homenagem ao então Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, discípulo direto de Liebman. Como lembra o renomado processualista paulista, muitas das lições foram reproduzidas à risca: pode-se destacar a introdução de novos institutos, como o julgamento antecipado do mérito (art. 330) – tão repudiado pelos tribunais da época, a equiparação dos títulos executivos extrajudiciais aos títulos judiciais, eliminando a chamada “ação executiva”, bem como a reinterpretação de institutos clássicos, como a coisa julgada, que passou a ser compreendida como imutabilidade da sentença e não mais um efeito de limitação da parte decisória da sentença, não estendida aos motivos da decisão.

demanda proposta pelas partes, buscando atender “os valores sociais e políticos inerentes à cultura nacional”. Dinamarco (1999) destaca que o processo é “mero” instrumento do direito substancial, existindo apenas para servi-lo – o que mostra ainda uma subordinação do processo ao direito material em discussão. Por isso, os direitos processuais seriam menos importantes que os direitos substanciais, podendo até mesmo ser tolhidos ou sacrificados para o melhor atendimento dos segundos – trata-se principalmente do discurso em nome da celeridade e da efetividade do processo.

A principal crítica a essa posição é sintetizada por Nunes, ao afirmar que ela deixa de enxergar que

[...] a estrutura procedimental como espaço intersubjetivo e participativo dos provimentos, com a marca de nosso “modelo constitucional” em sua acepção dinâmica, lastreado institucionalmente por uma ampla defesa, uma fundamentação adequada das decisões e por um contraditório dinâmico, em que existe um diálogo genuíno entre juiz e partes, e não meramente formal, entendido como princípio da bilateralidade da audiência (2003:52).

Importante também registrar a crítica de Calmon de Passos ao instrumentalismo:

É essa evidência que o modismo da “instrumentalidade do processo” camufla, ou conscientemente – perversidade ideológica, a ser combatida –, ou por descuido epistemológico – equívoco a ser corrigido. Ele parece ou finge ignorar o conjunto de fatores que determinam uma nova postura para o pensar e aplicar o Direito em nossos dias, como sejam a crise da razão instrumental, severamente posta a nu neste século, os avanços originados pelos estudos semiológicos, a revalorização do político, a partir dos desencantos existenciais recolhidos da experiência do capitalismo tardio e da derrocada do socialismo real, a crise do Estado do bem-estar social e, principalmente, as revoluções que têm sua raiz no progresso técnico-científico, acelerado depois da Segunda Grande Guerra Mundial (2001:13).

Além dessa crítica, o processualista alerta para a existência de uma hipertrofia do papel do magistrado nessa concepção, o que viola o equilíbrio processual (CALMON DE PASSOS, 2001:24-25). Além do mais, estabelece para as partes um dever ético-político de obediência e de

sujeição do réu à pretensão do autor, que era pressuposta como verdadeira a priori.¹²

A partir do final da década de 70, com os estudos do processualista italiano Fazzalari (1996), foi possível apurar a crítica à teoria que concebe o processo como espécie de relação jurídica. Para tanto, o ponto de partida foi a reconstrução dos conceitos de processo e procedimento, invertendo-se a relação de gênero e espécie que antes havia.¹³ Tomando como ponto de referência a figura do provimento – ato estatal dotado de imperatividade (FAZZALARI, 1996:7) – o procedimento se apresenta como a estrutura normativa preparatória de sua produção. Conforme Gonçalves,

O procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade reguladora por uma estrutura normativa, composta de uma seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação do provimento. O provimento é ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional (2001:102-103).

Dessa forma, Fazzalari retira o procedimento do âmbito do direito processual, para colocá-lo em seu devido lugar, qual seja, o de instituto próprio da Teoria do Direito (GONÇALVES, 2001:109). Assim, o procedimento não é uma atividade esgotável em um único ato, mas demanda uma série de atos e normas que o disciplinam.¹⁴ Por isso, ele

¹² Camara, Silva e Machado lembram que: “Liebman em conferência, em 1949, afirmou que todo o problema, quer de interesse processual, quer de legitimação *ad causam*, deve ser proposto e resolvido adminindo-se, provisória e hipoteticamente, que as afirmações do autor sejam verdadeiras. Só nessa base se pode resolver a pura questão de legitimidade ou do interesse no âmbito processual” (2004:241). Ao que parece, o processualista Marinoni ainda se mostra tributário ao pensamento de Liebman ao pressupor que o problema da celeridade e efetividade do processo possa ser solucionado por meio do aumento de procedimentos sumários: “A disputa pelo bem da vida perseguido pelo autor, justamente porque demanda tempo, somente pode prejudicar o autor (que tem razão) e beneficiar o réu (que não tem)” (2002:16). Mas parece que o mesmo se distancia do mestre italiano, que tanto repudiava o aumento dos poderes probatórios do juiz (modelo *inquisitivo*), preferindo o modelo dispositivo, uma vez que entendia ser o outro uma forma de violação do *princípio constitucional da imparcialidade do juízo*.

¹³ Importante ter em mente que a diferenciação científica entre processo e procedimento, empreendida por Fazzalari, não toma como referência principal a noção de movimento, mas de *modo* de movimento.

¹⁴ Duas observações são importantes: (1) segundo Fazzalari (1996:60), o procedimento não pode ser compreendido como uma seqüência de *atos*, como querem alguns processualistas tradicionais; ele é formado por uma série de normas, cada uma regulando uma determinada conduta, mas

compreenderá uma seqüência de normas, atos e posições subjetivas. Todavia, importante deixar claro que, sobre esse último termo, Fazzalari não se refere à posição de sujeitos em relação com outros, como queria a teoria do processo como relação jurídica. Por posição subjetiva, entende-se “a posição de sujeitos perante a norma, que valora suas condutas como lícitas, facultadas ou devidas” (GONÇALVES, 2001:109, grifos nossos).

A partir da reconstrução do procedimento, Fazzalari desenvolve o conceito de processo. Para o jurista italiano, no processo, tem-se uma situação especial: os interessados pelo provimento a ser produzido participam da atividade de sua produção. Por interessados, entende-se aqueles que sofrerão os efeitos do ato particular que está sendo produzido. Mas não se trata de qualquer participação, pois o traço diferenciador do processo, em face do procedimento, está na presença do contraditório (FAZZALARI, 1996:82). Assim

Há processo onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na “simétrica paridade” da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos (GONÇALVES, 2001:115).

Com isso, Fazzalari afasta, mais uma vez, a noção de que o processo seria atividade eminentemente ligada à atividade jurisdicional, sendo, portanto, correto afirmar a existência de um processo legislativo¹⁵ e de um processo administrativo.

O elemento, então, necessário para que o procedimento receba a qualidade de processo passa a ser a presença do contraditório. Todavia, o contraditório não pode mais ser compreendido como o direito a ser ouvido

enunciando como pressuposto da própria incidência a realização de uma atividade regulada por outra norma da série, e assim por diante até a norma reguladora de um ato final. Por isso mesmo, Gonçalves (2001:111) afirma que o procedimento não pode ser compreendido simplesmente como uma seqüência de normas, mas uma seqüência na qual a validade de um ato, a posição ou a norma assumida nela dependa intrinsecamente da prévia implementação de seu pressuposto, ou seja, a norma (ato ou posição) anterior; e (2) um ato não pode ser considerado *válido*, se a ele não se chegar através da seqüência de atos determinada pela legislação (FAZZALARI, 1996:78-79).

¹⁵ Ver CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. Também lembra Gonçalves (2001:118) que, na compreensão de Fazzalari, o processo legislativo sempre é um processo, uma vez que “sempre se realiza com a participação de parlamentares que representem e reproduzem os interesses divergentes dos grupos e comunidades dos cidadãos”.

pelo juiz ou direito à bilateralidade da audiência, como querem as teorias tradicionais (NUNES, 2004:75).¹⁶ Acontece que tais compreensões – derivadas da doutrina italiana¹⁷ – apenas vislumbram o contraditório em seu aspecto estático, ainda ligado à estrutura procedimental monológica e dirigida pela perspectiva do magistrado.¹⁸ Como lembra Gonçalves (2001:120), hoje, o contraditório é entendido como simétrica paridade das partes na preparação do provimento.¹⁹ Por isso mesmo, importante ter em mente que o contraditório é garantia das partes, ou seja, daqueles a quem se destinam os efeitos do provimento. Lembra Theodoro Júnior (1981:182) que sua inobservância representa causa de nulidade, de modo que deve sempre ser observado.

Dessa forma, a participação do magistrado, no interior do processo, não será na qualidade de um interventor, devendo sofrer uma reestruturação. Como lembra Cattoni de Oliveira,

[a]o tomar suas decisões, também, é preciso lembrar que o juiz não está sozinho no exercício das suas atribuições. Afinal, do procedimento que prepara a decisão judicial, devem, em princípio, diretamente participar, em contraditório, em simétrica paridade, os demais destinatários desse provimento jurisdicional (2001:153-154, grifos no original).

¹⁶ Diversos processualistas chegam a definir o contraditório como garantia de *paridade de armas*; contudo, à luz de um pensamento pós-metafísico, a Teoria do Direito não pode mais se amparar em uma perspectiva beligerante – essencialmente dotada de uma racionalidade instrumental, compreendendo que o processo, como espaço de aplicação normativa, apresentaria uma dinâmica na qual o magistrado decidiria influenciado pela destreza ou habilidade de persuasão dos litigantes (ou de seus advogados); um direito que se preza democrático deve assumir uma postura diversa, qual seja, a de criar a possibilidade do entendimento entre as partes processuais. A decisão judicial deve encontrar aceitabilidade racional não apenas da perspectiva do magistrado, mas da sociedade. Em importante ensaio, Barbosa Moreira (2003) questiona até que ponto a teoria processual conseguiu se ver livre dessa concepção de processo como duelo, herdada da tradição medieval. O autor relata similitudes, principalmente no *common law*, mas que não são tão estranhas à tradição do Direito romano-germânico.

¹⁷ Diferentemente, lembra Nunes (2004:77): “Na França, o ar. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile* impede o juiz de fundamentar a sua decisão sobre aspectos jurídicos que ele suscitou de ofício sem ter antecipadamente convidado as partes a manifestar as suas observações. Assim, a garantia opera não somente no confronto entre as partes, transformando-se também num dever-ônus para o juiz, que passa a ter que provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões de fato ou de direito determinantes para a resolução da demanda”.

¹⁸ A afirmação acima aparece, por exemplo, na lição de Dinamarco, Cintra e Grinover, que reduz o contraditório à bilateralidade da audiência: “O princípio do contraditório também indica a atuação de uma garantia fundamental de justiça: absolutamente inseparável da distribuição da justiça [sic] organizada, o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano *audiatur et pars*”(2003:55).

¹⁹ Segundo Fazzalari (1996:82), caracterizam a estrutura do contraditório os seguintes elementos: (1) participação dos destinatários do ato final na fase preparatória do mesmo; (2) simétrica paridade destes interessados; (3) mútua implicação de seus atos; (4) relevância de tais atos para o ato final.

Daí a importância atribuída – até como exigência constitucional – para a fundamentação da decisão. Tal garantia

[É] correlata ao direito das partes de influir sobre a decisão e em condições de igualdade, dando-lhes a oportunidade de verificar “se” e “de que modo” essa influência terá ocorrido, assim como as razões pelas quais deixou de acontecer, na medida em que tenham tido a concreta possibilidade de valer-se de todos os instrumentos fornecidos pelo ordenamento processual para o idôneo exercício das próprias razões (PERO, 2001:61-62).²⁰

Desse modo, abre-se a possibilidade de se compreender o processo a partir da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia de Habermas (1998). Uma vez que o paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, ao levar em conta a tensão entre facticidade e validade no interior do Direito, demanda dos processos jurisdicionais decisões legítimas, acaba por exigir que a aplicação jurídica se abra para uma discursividade, mais exatamente por meio de um discurso de aplicação, como teorizado detalhadamente por Günther (1995:51-53).²¹ Nessa perspectiva, o juiz não aplica as normas por meio de uma atividade simples, mas antes deve desenvolver uma interpretação coerente das normas, que, a princípio, são aplicáveis *prima facie* ao caso, para, em momento posterior, identificar aquela que seja a adequada à solução do caso específico que tem a sua frente (GÜNTHER, 1995:52).

Nesse prisma, deve ser lembrado que, no processo jurisdicional, há um conflito, um litígio, fato que não pode ser perdido de vista; logo é natural que as partes assumam ações estratégicas. Por isso mesmo, o papel das mesmas, como co-autoras da norma, acaba sendo suspenso em face do caso particular. Cabe ao magistrado a representação do sistema

²⁰ Sob esse prisma, destaca-se, por exemplo, a seguinte decisão: “Não pode o Magistrado, certamente, poupar-se ao trabalho intelectual de analisar cada qual dos argumentos por qualquer das partes; não pode deixar de sustentar e de explicar as razões de seu convencimento, tudo, obviamente, segundo um conceito lógico, razoável e conforme o que oferecem as provas. Não fazendo, por certo, macula a sentença de nulidade irreparável e a faz írrita, carente do seu requisito estrutural, que é a fundamentação” (TACRIM, 8ª Câm., Ap. 341.731/1-Jales, rel. Juiz Canguçu de Almeida, j. 20-6-1984, v. u., *BASSSP*, 1366/47 de 20-2-1985).

²¹ Assim, cinde-se com a visão apresentada, por exemplo, por Cintra, Grinover e Dinamarco (2003:55), que reduzem a dinâmica processual ao modelo da dialética hegeliana, de modo que o magistrado atuaria como síntese que suprasumiria (*aufheben*) a tese e a antítese, representadas respectivamente pelas posições do autor e do réu.

jurídico, sem que, com isso, esteja autorizado a retornar ao discurso de justificação, criador das normas jurídicas.

Em sua função, o magistrado deve desbloquear a troca interpretativa entre destinatário e co-autor no caso particular; para isso, deve tratar os litigantes como cidadãos virtuais, preocupando-se com a aplicação apropriada das normas jurídicas ao caso concreto, utilizando, para tanto, os argumentos trazidos pelos litigantes e pela esfera pública (Günther, 1995:52).²² Os atos do juízo estão sujeitos ao controle das partes através da garantia processual do recurso, a qual funciona como possibilidade de reversão da decisão (HABERMAS, 1998:309) e como condição para a legitimidade da mesma.

Daí, o caráter constitucional do princípio do devido processo legal.²³ O contraditório e a ampla defesa, que integram a noção de devido processo, representam garantias para a participação das partes e, com isso, garantem também a legitimidade do provimento.²⁴ Logo, sendo o direito ao recurso um consectário da garantia ao devido processo, ele também acaba por adquirir status de norma constitucional nos termos de um modelo constitucional do Processo. Segundo Andolina e Vignera, a relevância dos princípios processuais formadores do devido processo é tamanha que, unidos, formariam um modelo constitucional de processo. Utilizando a tradução apresentada por Cattoni de Oliveira (2001:159), Andolina e Vignera afirmam que “[a]s normas e os princípios

²² “[...] the judge is obliged to justify her decision with regard to the litigants and the public. In a procedural paradigm of law, the fourth part, the public, plays a prominent role in legal adjudication. By publicly critiquing her decisions, the public permanently reminds the judge that she is merely delegated to play a role in legal adjudication which originally belongs to all those participants who are involved. To be sure, the public may not intervene directly in the concrete case. But, especially if the judge cannot avoid changing the law through coherent interpretation, a public critique of the reasons is necessary. If major changes are made, the democratic public has to inaugurate democratic procedures of justification, which lead to new legislations” (GÜNTHER, 1995:52-53).

²³ No caso da atual Constituição Brasileira, o devido processo bem como suas garantias foram assegurados expressamente: “art. 5. [...] 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; [...]”. Como lembra Nunes (2003:118), o direito ao recurso figurou expressamente na Constituição de 1824, ficando implícito nas demais até a Constituição de 1988.

²⁴ “Los derechos procedimentales garantizan a toda persona jurídica la pretensión a un procedimiento *fair*, el cual no garantiza seguridad de resultado, pero sí la clarificación discursiva de todas las cuestiones de hecho y de derecho que resulten pertinentes. Así, los afectados pueden contar con que en el procedimiento no resulten decisorias para el fallo del juez cualesquiera razones, sino sólo razones relevantes” (HABERMAS, 1998:291).

constitucionais que se referem ao exercício das funções jurisdicionais, se consideradas na sua complexidade, concedem ao intérprete a determinação de um verdadeiro e próprio esquema geral de processo” (ANDOLINA e VIGNERA, 1990:13). Lembra Nunes (2003:128) que, através do modelo constitucional de processo, garantem-se os princípios do contraditório, da ampla defesa, da fundamentação das decisões, do juízo natural, da inafastabilidade da tutela jurisdicional, entre outros:

Assim, em decorrência da conjugação das garantias constitucionais do contraditório e da [ampla] defesa, cria-se uma impossibilidade de atuação monológica do juiz na construção de todos os provimentos, pois estes seriam inválidos toda vez que levassem em consideração aspectos fáticos ou jurídicos não debatidos e problematizados com as partes (NUNES, 2003:135).

Tal conclusão, contudo, acerca da íntima relação entre direito de recorrer e devido processo legal não parece ser pacífica para os processualistas. Cappelletti, em parecer elaborado em 1968, a pedido de membros do Senado italiano, durante o movimento de reforma do Código de Procedimento Civil, afirmou que o recurso não pode ser entendido como garantia fundamental. Em sua leitura, os recursos – principalmente o recurso de apelação – desvalorizam o juízo de primeira instância,²⁵ além de aumentarem a duração do processo, o que conduz a uma fuga da “justiça estatal” por parte da classe com maiores recursos econômicos, cujas preferências são por mecanismos alternativos de composição de conflitos, como a arbitragem. Já no caso das classes menos abastadas, acontece uma “litigiosidade contida”, o que representa um risco para a estabilidade estatal (MARINONI, 2002:214).

Outro risco de desestabilização viria da constatação de divergências nas decisões de primeira e segunda instâncias, o que, pelo aspecto funcional, desalojaria a estabilização de expectativas de comportamento como papel principal do sistema do Direito (MARINONI, 2002:216).²⁶

²⁵ Marinoni, lembrando Cappelletti, afirma que “o primeiro grau é somente uma larga fase de espera, uma extenuante e penosa ante-sala para se chegar à fase de apelação; é este último o único juízo verdadeiro, ao menos para a parte que tem condições econômicas para nele chegar” (2002:215).

²⁶ Esses mesmos argumentos são utilizados também por Marinoni (2002:209-210), para defender a natureza infraconstitucional do direito ao recurso. Para o autor, há um culto exagerado e indevido aos recursos, que nem mesmo seriam princípios fundamentais de justiça. Nessa linha de raciocínio, defende que algumas causas não deveriam ensejar recursos, garantindo uma “prestação jurisdicional” mais célere e efetiva.

Mesmo assim, como já observado, os argumentos que embasam tal tese se apegam a uma racionalidade instrumental e a uma teoria processual que coloca o magistrado ilhado no centro do processo, aniquilando o espaço discursivo com as partes – peça fundamental para a legitimidade da decisão.²⁷ Pertinente, nesse esteio, é a crítica de Allorio (1982:319-320) à tese de Cappelletti:

[Allorio] Critica a posição de Cappelletti ao afirmar que a apelação seria inconstitucional por ferir a garantia de acesso à justiça, uma vez que se deve indagar qual o conteúdo da justiça requisitada, pois ela pode ser célere, com a quebra das garantias de um Estado de Direito, ou mais lenta, com a possibilidade de um controle interno a diminuir a sujeição a erros. Percebe que a celeridade não pode servir de motivo para a decretação da inconstitucionalidade do duplo grau (NUNES, 2003:113).

É importante ainda destacar que mesmo os defensores do direito ao recurso, de forma majoritária, pautam seus argumentos em razões instrumentais, olvidando a dimensão discursiva do Direito e, com isso, enfraquecendo a sua própria defesa. Desse modo, concorda-se com Dierle Nunes (2003:115): o argumento em defesa dos recursos como direitos processuais não se funda na maior experiência do magistrado de segunda instância ou na maior independência do mesmo, como Laspro também já afirmou (1995:99-101).

O instituto do recurso em todas as suas modalidades não pode ser compreendido apenas como o desenvolvimento do princípio do duplo grau, mas integra o desdobramento dinâmico das garantias do contraditório e da ampla defesa, uma vez que possibilita “uma intervenção das partes e um diálogo com o juízo todas as vezes que a decisão recorrida não tenha levado em consideração o seu contributo crítico” (NUNES, 2003:145). Precisa é, portanto, a crítica de Nunes ao movimento do acesso à justiça, que tem adeptos no Brasil, como Marinoni (2002:220-223):

²⁷ Um outro problema, que pode ser colocado e melhor aclarado no terceiro capítulo, é a identificação de que tais argumentos utilizados pelos teóricos, contrários à constitucionalização do direito ao recurso, pautam-se em razões que Dworkin (2002) denomina como *diretrizes políticas* – representam uma possibilidade de melhoria ou bem-estar para um determinado grupo pertencente a uma sociedade, mas não susceptível de universalização, uma vez que se rege pela idéia do que é *bom* para um determinado grupo, uma determinada forma de vida concreta.

No direito brasileiro, percebe-se que as tendências para o denominado acesso à justiça, nos seus moldes, não se preocupa com a leitura democrática das garantias processuais de nosso modelo constitucional e permite, com o paulatino aumento dos poderes judiciais, uma formação solitária de provimentos (NUNES, 2003:144).

Essa mesma corrente, defensora da celeridade processual a todo custo, influenciará o movimento de reforma do direito processual – quer em nível infraconstitucional, quer em nível constitucional – como ocorreu com a Emenda Constitucional n. 45/2004,²⁸ que lançou novas luzes sobre o instituto dos recursos destinados a Tribunais Superiores, notadamente por restringir, através da criação da argüição de repercussão geral das questões constitucionais, causas que supostamente seriam de menor significância (jurídica, política, social ou econômica) da análise e apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. O que é flagrante violação do princípio do devido processo legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALLORIO, Enrico. Sul doppio grado del processo civile. *Rivista di Diritto Civile*. Milano: Cedam. parte I. 1982.
- ANDOLINA, Ítalo. VIGNERA, Giuseppe. *Il modelo costituzionale del processo civile italiano – corso di lesioni*. Torino: Giappichelli, 1990.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Duelo e Processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 112. a. 28. out./dez. 2003.
- BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lightschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa América, 1964.

²⁸ Theodoro Júnior (2005:37) lembra que a Emenda Constitucional n. 45/2004 teve como grande fonte de inspiração a reforma constitucional italiana com o mesmo propósito, proclamando a celeridade como elemento do princípio do devido processo legal (constitucionalizado). Todavia, diferentemente de Marinoni, o processualista mineiro alerta que a celeridade reflete mais um *anseio desejável* que necessariamente um argumento de jurídico que deva ser observado, ainda às custas do sacrifício das demais garantias processuais, principalmente do contraditório.

- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do processo e devido processo sobre o tema. In: FIÚZA, César Augusto de Castro. FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas (coord.). *Temas Atuais de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- CAMARA, Bernardo Ribeiro. SILVA, Bruno Cesar Gonçalves. MACHADO, Daniel Carneiro. Processo, Ação e Jurisdição em Liebman. In: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Estudos Continuados de Teoria do Processo: a pesquisa jurídica no curso de Mestrado em Direito Processual*. Porto Alegre: Síntese, 2004. v. 5.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Brian. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de teoria geral do processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *A ação no sistema dos direitos*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COUTURE, Eduardo. *Introdução ao estudo do Processo Civil: discurso, ensaios e conferências*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Liebman e a cultura processual brasileira. In: RIBEIRO COSTA, Hélio Rubens Batista. REZENDE RIBEIRO, José Horácio Halfeld. DINAMARCO, Pedro da Silva (coords.). *Linhas mestras do Processo Civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Atlas, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 2 v.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Coleção Direito e Justiça).
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.
- GÜNTHER, Klaus. Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas. *European Journal of Philosophy*. Essex: Blackwell Publishers. v. 3. n. 1. abr./1995.

-
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.
- LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *O duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MACEDO, Gisela Márcia Araújo. O contraditório e a decisão *ex officio* no Procedimento Civil. In: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Estudos Continuados de Teoria do Processo: a pesquisa jurídica no curso de Mestrado em Direito Processual*. Porto Alegre: Síntese, 2001. v. 2
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado Constitucional*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/27.pdf>>. Acessado em: 30 de maio de 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipada e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002.
- NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese. a. v. n. 29. mai./jun. 2004.
- NUNES, Dierle José Coelho. *O recurso como possibilidade jurídico-discursiva das garantias do contraditório e da ampla defesa*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- PIMENTA, André Patrus Ayres. MARQUES, Cláudio Gonçalves. QUEIROZ, Flávia Gonçalves de. VIEIRA, Lara Piau. Processo, ação e jurisdição em Chiovenda. In: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Estudos Continuados de Teoria do Processo: a pesquisa jurídica no curso de Mestrado em Direito Processual*. Porto Alegre: Síntese, 2004. v. 5.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 124. a. 30. jun./2005.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios Gerais do Direito Processual Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 23. a. 4. jul./set. 1981.

A ATUAÇÃO INSTITUCIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL DURANTE O REGIME MILITAR

*Edson Medeiros Branco Luiz – Advogado e Mestrando em
Ciências Políticas pela UFF (Universidade Federal Fluminense)*

Apresentação

O presente trabalho visa analisar a atuação institucional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) junto ao Regime Militar, todavia, para se ter um melhor panorama da atuação da OAB acerca do período, será analisado a partir de março de 1960 com a posse do Presidente da República Jânio Quadros até as eleições indiretas que elegeram Tancredo Neves e José Sarney para a Presidência da República, em janeiro de 1985; totalizando 25 anos de análise, através documentos históricos que permitam precisar a postura que a entidade de classe em debate adotou nesse tempo.

Metodologia

A confecção do ensaio foi realizada utilizando-se de trechos de atas do Conselho Federal da OAB, como do Jornal institucional da Seccional do Rio de Janeiro – A Tribuna do Advogado, livros sobre o período, conseguido junto ao Centro de Pesquisas da própria instituição.

Em respeito à didática, seguirá o ensaio a linha cronológica dos fatos, apontando nuances sobre o tema, contudo tal perspectiva não se faz de forma estática acerca do desenvolvimento histórico.

INTRODUÇÃO

Antes mesmo da Antiguidade Clássica, segundo alguns teóricos políticos como Locke e Rousseau, as pessoas apresentavam interesses comuns, fossem sobre a segurança, alimentação, habitação e mesmo sobre a divisão do trabalho, que se configurariam de forma simples e primária, entre outros interesses; tais empenhos comunitários eram menos penosos quando formulados e praticados por clãs e comunidades, do que se realizados de forma individual.

Ao decorrer do tempo, as relações sociais vão ficando mais aprimoradas, ampliando-se o quadro comunitário, onde é preciso que as pessoas administrem os bens comuns para manutenção de suas existências.

À medida que tais relações se especializam e expandem, atentando-se em específico sobre a divisão social do trabalho, certos grupos começam a defender seus interesses seja para defender estruturas sociais como combater eventuais excessos cometidos por governantes ou mesmo pela ordem social. Isto fica latente com o surgimento das 'Corporações de ofício', entidades que protegiam os interesses dos artesãos e comerciantes, ainda na Idade Média.

O exemplo acima ilustrado – Corporações de ofício – sintetiza plenamente a defesa dos interesses de um grupo especializado e profissionalizado sobre seu contexto social, em prol de seus interesses.

E assim como os comerciantes e artesãos possuíam interesses a serem defendidos, outros profissionais também apresentavam seus interesses de classe sobre o contínuo desenvolvimento sócio-econômico através dos novos arranjos sociais.

Após esse breve relato acerca dos interesses dos grupos sociais permitirem ou pelo menos facilitarem a construção de entes representativos destes grupos sobre a dinâmica social, gerando uma relação de dupla via; influenciando e sendo influenciado, construindo ou destruindo a composição social para novas perspectivas.

O presente ensaio visa analisar uma classe profissional, a saber- os advogados – através dos seus interesses e como procedeu a sua organização durante o regime militar, ocorrido no Brasil entre 1964 até 1985.

DESENVOLVIMENTO

1- Do surgimento da OAB

Prevista desde 7 de agosto de 1843, a Ordem dos Advogados do Brasil apenas se constituiu em 18 de novembro de 1930, para defender os interesses dos advogados junto à sociedade brasileira. Contudo, desde o movimento resultante da independência da metrópole portuguesa já ocorriam intenções nessa perspectiva, tanto que em 11 de agosto de 1827 é promulgada a lei que criou a formação dos cursos jurídicos no Brasil, em São Paulo e Olinda.

Assim, em 1843 o Governo Imperial aprova a formação do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB), que tinha como finalidade organizar a OAB; todavia foram necessários 87 anos de negociações para que finalmente fosse aprovada a sua criação através do Artigo 17 do Decreto 19.408/30.

Durante a sessão preparatória do regimento interno da OAB, em março de 1933, assim discursou o presidente o IAB, Levi Carneiro, acerca da relevância desta entidade de classe:

“A Ordem dos Advogados é uma imposição dos nossos dias, dos nossos ideais, do nosso patrimônio. É órgão de seleção e disciplina, de cultura e de aperfeiçoamento moral. Não nos proporciona regalias ou favores, cria-nos um regime de árduos deveres.”

(...)

Constituímos, podemos constituir, devemos constituir em todo país, uma elite capaz de influir pelo exemplo e pela ação direta, na realização da Democracia Liberal. E, principalmente, capaz de formar, através de todo país, um desses vínculos morais preciosíssimos que garantem as nacionalidades duradouras.”¹ (grifo meu)

E assim surgia a OAB, ainda na década de 30; entretanto como a proposta deste ensaio é balizar a atuação desta entidade de classe sobre o período militar, não se continuará a desenvolver a história da ordem, como também não se ingressará diretamente em 31 de março de 64, mas alguns anos antes, visando compreender os antecedentes da derrocada da administração Goulart.

¹ - Trecho extraído do sítio virtual da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Rio de Janeiro: www.oab-rj.org.br

2 – Governo Jânio Quadros

Da euforia desenvolvimentista da era Juscelino Kubistchek (JK) surgiram os efeitos da ressaca socioeconômica do Plano de Metas, o governo findava seu período utilizando-se de empréstimos de médio e curto prazo, com novos credores, já que o Fundo Monetário Internacional (FMI) rompera com o país, em decorrência do progresso desenvolvimentista atrelado a inflação.

O cenário social brasileiro apresentava-se propício à ferrenha oposição da União Democrática Nacional (UDN), através de representantes como Carlos Lacerda associado a outros partidos e pessoas, como o carismático Jânio Quadros do Partido Trabalhista Nacional (PTN), que esbravejavam contra a situação intragável de corrupção ocorrida na gestão JK, além do quadro econômico deficitário atrelado a um quadro de inflação, que beneficiava as classes abastadas do País e era inversamente proporcional a situação das camadas populares, era preciso limpar todo essa sujeira denunciada e visível.

Tal situação favoreceu a eleição de um candidato fora do esquema dominante – Jânio Quadros, com a sua postura peculiar e tendo a ‘vassoura’ como símbolo de campanha contra a situação vivenciada pelo País.

A eleição de Quadros ocorreu através de alguns fatores como a insatisfação das camadas populares, dos grupos agro-exportadores e importadores e camadas médias conservadoras, sua vitória foi expressiva com 48% dos votos, ressaltando-se que nesta época as eleições presidenciais eram feitas em turno único e não vinculada às chapas, situação que gerou a eleição para vice-presidente de João Goulart, que fora Ministro do Trabalho de Vargas em 1954 e vice de JK; e não do candidato da UDN, Milton Campos.

Uma das primeiras medidas adotadas por Jânio Quadros foi ordenar a abertura de inquéritos para apurar a corrupção nos governos anteriores. Um desses envolvia João Goulart, sem informá-lo. O que sinalizava a frágil relação existente entre o Presidente e seu Vice.

A política econômica do governo Quadros² visava além de

² -ALENCAR, Chico; CARPI, Lucia; RIBEIRO, Marcus Venício. História da Sociedade Brasileira. 14ª ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico. 1996.

“racionalizar” a economia e obter recursos para saldar as dívidas externas, o governo emitiu a Instrução 204 da Superintendência da Moeda e Crédito (SUMOC), estabelecendo a liberdade cambial e extinguindo os subsídios cambiais a importação de combustíveis, trigo, papel e outros produtos, este sistema firmava um só mercado cambial tanto para as exortações e importações, favorecendo os setores agro-exportadores que sofriam com o confisco cambial dos governos industrializantes anteriores.

Sua política externa independente pautava-se na ampliação do mercado para exportações brasileiras como também fortalecer a posição do país junto a América Latina e estimulando relações comerciais com a União Soviética, China e África.

Alguns meses após Jânio Quadros ter condecorado com o grau ‘Ordem do Cruzeiro do Sul’ Che Guevara, um dos líderes da Revolução Cubana de 1959; João Goulart encontrava-se em visita diplomática ao Leste Europeu e à China, enquanto Carlos Lacerda – Governador da Guanabara – fazia seu pronunciamento em 24 de agosto de 1961, expondo uma suposta tentativa de golpe por parte do próprio Presidente Jânio Quadros. Em menos de 24 horas, este renunciava ao cargo. Muitos pesquisadores expõem que tal postura seria uma manobra para que Jânio Quadros obtivesse mais poderes.

Quatro dias após a renúncia e a decorrência da instabilidade acerca da sucessão presidencial, em face do receio de alguns quadros do governo contra João Goulart, principalmente militares, o Presidente da OAB Federal – Prado Kelly – expede através de moção, mensagem sobre a situação política do País:

*“O CONSELHO FEDERAL D’A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, em face aos gravíssimos acontecimentos que a nação testemunha, reafirma, ainda uma vez, **sua fidelidade aos verdadeiros princípios da democracia, inscritos na Constituição, contra os extremismos da esquerda ou da direita, e apela para as autoridades e para as forças armadas, na esperança de que mantenham a ordem material, indispensável à segurança dos cidadãos, e a ordem jurídica, essencial às liberdades públicas.**”³ (grifo meu)*

³ - BAETA, Hermann Assis. História da Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília: OAB-Ed., 2003 v. 5

Em menos de quinze dias da renúncia, formulou-se e aprovou-se, após intensos debates entre os ministros militares e os que apoiavam Jango, uma emenda à Constituição de 1946, convertendo o País em regime parlamentarista, atribuindo a figura do Primeiro-ministro grande parcela das funções executivas do País. Assumindo em 7 de setembro de 1961 o enfraquecido Presidente da República João Goulart.

3 – Governo Jango

De acordo com Thomas Skidmore⁴, o Brasil que Goulart se defrontou apresentava cautela sobre os aspectos econômicos, visto que desde 1940 o Produto Interno Bruto (PIB) doméstico crescia a 6% ao ano, feito que poucos países do terceiro mundo alcançavam. A manutenção deste índice não seria fácil, e isso é facilmente percebido quando analisado a produção de energia elétrica que não que não atendia a demanda ordinária do eixo Rio - São Paulo, o sistema ferroviário era fracionado por modelos de bitolas diferentes, entre outros detalhes como o racionamento de água e eletricidade no Rio de Janeiro.

Além disso, o êxodo rural e o processo de favelização das grandes metrópoles brasileiras, associado a péssimas condições de saneamento básico, atrelado ao sistema educacional deficiente forneciam alguns dos fatores que se aglutinavam ao calamitoso quadro social.

O problema econômico apresentava o quadro associado de inflação e déficit público, contudo desde o pós-guerra não existira governo brasileiro que executasse algum programa ortodoxo anti-inflacionário, convivendo com essa bola-de-neve, e já no final de 1962 eram praticamente intoleráveis os problemas do balanço de pagamentos e a inflação.

Adiciona-se a ebulição socioeconômica, a culpa que os nacionalistas radicais atribuíam ao FMI e Banco Mundial, pelo Brasil permanecer em constante subordinação econômica. Por fim, mas não menos importante, o Regime Parlamentarista não surtia os efeitos desejados, desagradando diversos grupos políticos, inclusive a equipe de Goulart. Assim, em 15 de setembro de 1962, o Congresso aprovou por 169 votos contra 83, o projeto

⁴ - SKIDMORE, Thomas. Brasil: De Castelo a Tancredo .Paz e Terra. 7ª ed. P.31

de Lei Complementar de autoria dos Senadores Juscelino Kubistcheck e Benedito Valadares e do Deputado Gustavo Capanema, para a realização do plebiscito sobre a volta do Regime Presidencialista no dia 6 de janeiro de 1963⁵

O Presidente da OAB Federal, Prado Kelly, expõe na transmissão do cargo, em 11 de agosto de 1962, para Povina Cavalcanti, a insatisfação ao Regime Parlamentarista.

“(...) É admissível que ao povo não consultado, desagrade o parlamentarismo. Pois está à vista o modo de comprová-lo! Basta que o povo eleja em outubro deputados e senadores que traduzam as preferências por um ou outro regime. Funcionará destarte em sua íntegra o sistema representativo. Os novos mandatários virão investidos, como os antecessores, do poder constituinte derivado e poderão de uma assentada, se lograrem o quorum exigido, restaurar o presidencialismo. Sendo outras as inclinações eleitorais, aperfeiçoem então a formulação claudicante ou omissa de 1961. Ser-lhes-á dado redigirem com sabedoria as futuras disposições em um ou outro sentido, acomodando cada modelo às necessidades reais que passam desapercibidas aos eleitores comuns, chamados a opinar mais sobre a idéia concreta do que sobre às normas abstratas.”⁶ (Grifo meu)

Ao obter a vitória do Regime Presidencialista, Goulart retoma o controle pleno do Poder Executivo, contudo os problemas econômicos, que não se dissolveram com o plebiscito, ocuparam grande parte da agenda do governo. Tanto que a resposta de Goulart a tais problemas foi a convocação de Celso Furtado e San Thiago Dantas para feitura de um programa de estabilização.

O Plano Trienal, elaborado por Dantas-Furtado, fora aprovado tanto pelo FMI como pelo Presidente norte-americano John Kennedy, propunha a desvalorização da moeda brasileira da época, Cruzeiro, o que elevaria o custo de importações como petróleo, trigo e conseqüentemente o preço do pão e das passagens de ônibus, afetando diretamente o orçamento do trabalhador urbano, além da contenção de aumentos salariais, dispensa de empregados do setor público.

⁵ - Dados obtidos em SILVA, Evandro Lins. O Salão dos Passos Perdidos: depoimento ao CPDOC. Rio de Janeiro: Nova Fronteira: Ed. FGV, 1997. p.361

⁶ - Ata da sessão 1053 do conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, extraído do sítio virtual: www.oab.org.br

Tal plano não conferiam garantias de resultado em curto prazo, além do custo político elevado para Goulart assumir. Após algum tempo, a solução adotada foi a radicalização da sua plataforma de campanha a vice-presidente, em 1960, postulada pelas reformas de base, a saber, Agrária, Administrativa, Bancária e Educacional.

Com a falha do Plano Dantas-Furtado, o governo viu-se obrigado a negociar empréstimos, com vencimento a curto prazo, junto ao FMI e o governo norte-americano, no qual ambos exigiam cortes significativos nos investimentos nacionais.

A situação social piorava de maneira exponencial: greves e motins ocorriam no país, desemprego e inflação assolavam o quadro econômico; além de leis, garantidores de benefícios aos trabalhadores urbanos e rurais, eram aprovados, assim como a restrição da participação de empresas estrangeiras em determinados setores estratégicos da economia. Associado à política externa independente, que se relacionava diplomaticamente com a União Soviética e recusava apoiar uma invasão a Cuba, proposta por John Kennedy. Enfim, as tensões só aumentavam no país.

Visando conferir maior legitimidade às suas propostas, João Goulart pleiteava uma série de comícios pelo País, a começar pelo Rio de Janeiro. Então, na sexta-feira, dia 13 de março de 1964, Goulart realiza seu comício de reformas para 150 mil pessoas, na Central do Brasil, próximo ao Palácio Duque de Caxias, órgão do Ministério Militar, anunciando a nacionalização de refinarias de petróleo e a desapropriação de terras para implantação da reforma agrária.

Seis dias depois do comício da Central, 19 de março de 64, ocorre em São Paulo, a Marcha da Família com Deus pela Liberdade, que visava mobilizar a opinião pública contra o governo e sua política que desencadearia na implantação do comunismo no Brasil.

As incertezas da conjuntura sociais levam a OAB convocar sessão extraordinária para o dia 20 de março, pronunciado a seguinte moção:

“O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, órgão supremo da classe, constituído por delegação dos Conselhos de cada Estado e Território, e entidade do serviço público federal,

que tem por **expressa atribuição legal “defender a ordem jurídica e Constituição da República, pugnar pela boa aplicação das leis e pela rápida administração da Justiça no país”, RESOLVE**, em reunião extraordinária e diante da notória e grave crise por que passa, no momento, a ordem jurídica do país:

1º) Reconhecer e proclamar a necessidade de preservar e garantir o livre funcionamento dos poderes constituídos da República, na órbita federal e em cada unidade da Federação, o resguardo do princípio de autoridade e de todos os direitos, com o imediato objetivo de resguardar tranqüilidade pública, perturbada por movimento de agitação, ameaças e atos contrários à Constituição e às leis;

2º) Apelar para os poderes constituídos, no sentido de, serenamente, cumprirem e fazerem cumprir a Constituição e as leis;

3º) O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil não é insensível às reivindicações justas e legítimas, mas sempre que afastem meios de propaganda de soluções extra-constitucionais. O regime democrático estabelecido pela Constituição Federal permite a realização de todas as aspirações, dentro da lei e do respeito à ordem jurídica;

4º) Comunicar esta Resolução ao Presidente da República, à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal, às Assembléias Estaduais, ao Supremo Tribunal Federal, ao Tribunal Federal de Recursos e aos demais Tribunais do país, bem como aos Conselhos Seccionais da Ordem. (grifo meu)

Após diversos fatos, que mais desestabilizaram do que acalmaram o Brasil, no dia 31 de março de 1964, encerrava-se mais um suspiro democrático brasileiro de 18 anos, quando o General Olimpio Mourão Filho iniciou a movimentação de tropas militares de Juiz de Fora para o Rio de Janeiro. A Revolução Redentora de 64, segundo os seus arautos, era feita em prol da defesa dos preceitos democráticos garantidos pela Constituição de 1946.

Diversos pesquisadores ainda se atém sobre as controvérsias acerca do 31 de março de 1964, se fora ato isolado dos militares ou se fora apoiado por grupos civis domésticos, e mesmo se tinha manifestação indireta do governo norte-americano. A proposta do ensaio não é debater sobre esta questão, mas revelar a atuação da entidade de classe dos

advogados do país acerca dos anos antecedentes do golpe até 15 de janeiro de 1985, data do pleito que elegeu Tancredo Neves e José Sarney através da eleição indireta para Presidente da República.

4- Do incentivo a perplexidade

Antes de ingressar sobre o Comando Supremo da Revolução, como se autodefiniam os defensores, compete expor alguns pormenores sobre a Lei 4.215/63.

A Lei 4.215/63 compreendia o Estatuto da OAB, que desde a década de 30 pleiteava por tal instrumento legal; o artigo 18 que tratava do Conselho Federal definia no inciso I: **“Defender a ordem jurídica e a Constituição da República, pugnar pela boa aplicação das leis e pela rápida administração da Justiça e contribuir para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas”** (grifo meu)

Ainda no seu artigo 145, tinha-se que: **“Nenhum órgão da Ordem discutirá nem se pronunciará sobre assuntos de natureza pessoal, política ou religiosa ou estranhos, de qualquer modo, aos interesses da classe dos advogados”** (grifo meu)

A lei em comento apresentava contradição, visto que conferia a OAB defender a ordem jurídica como a Constituição da República, todavia não discutiria ou pronunciará sobre questões de natureza pessoal, política ou religiosa.

“Nem seria necessário buscar a conotação partidária daquele adjetivo ali empregado, uma vez que o próprio dispositivo já esclarecia a finalidade daquela norma: impedir que a Ordem se manifestasse sobre os assuntos estranhos aos interesses da classe. Porém, os interesses da classe, por mais estreitos que pudessem ou possam parecer, o foram e serão sempre vinculados à atividade jurisdicional, pública, deles não se podendo dissociar a natureza política, na grandeza de sua concepção, até porque racionalmente impossível.”⁷

⁷ - NINA, Carlos Sebastião Silva. A Ordem dos Advogados do Brasil e o Estado Brasileiro. Brasília: Ed. OAB. 2001. p.137

A interpretação conferida ao termo “política” era segundo o jurista Seabra Fagundes⁸ de ordem partidária, logo não competia deliberar sobre assunto de cunho político-partidário, cabendo manifestar-se sobre a Política Nacional, contudo a imprecisão acima gerava farta munção aos simpatizantes e beneficiários da ditadura, formulando a tese de que a Ordem não deveria contrariar o novo ordenamento jurídico sem infringir o próprio Estatuto.

Em suma, a OAB apresentava em seu Estatuto uma contradição que poderia fundamentar perspectivas antagônicas, a primeira garantiria a manifestação política, desde que não tratasse de assuntos de natureza político-partidária e a segunda que vedava qualquer atuação institucional dos advogados sobre a política, sob pena de interferir no ordenamento jurídico.

Passado esta questão técnica, retorna-se aos primeiros momentos do golpe. Com o desmonte do governo Goulart, as incipientes reações em seu favor foram facilmente aniquiladas como um castelos de cartas e já no dia 2 de abril de 64, o Congresso declarava vago o cargo da Presidência da República.

O próprio presidente da OAB Federal, Povina Cavalcanti, se congratulava da manifestação que a sessão extraordinária realizara algumas semanas antes, dizendo:

“(...) antecipando-nos à derrocada das forças subversivas, acionadas por dispositivos governamentais, que visaram, em disfarces, a destruição do primado da democracia e a implantação de um regime totalitário no qual submergiram todos os princípios da liberdade humana, tivemos a lucidez e o patriotismo de alertar, na memorável reunião extraordinária de 20 de março findo, os poderes constituídos da República para a defesa da ordem jurídica e da Constituição, tão seriamente ameaçadas.

(...) Sem sairmos da órbita constitucional, podemos hoje, erradicar o mal das conjunturas comuno-sindicalistas e proclamar que a sobrevivência da Nação Brasileira se processou sob a égide intocável do Estado do Direito. Que a Providência Divina inspire os homens responsáveis desta terra e lhes ilumine

⁸ - Ibid., p. 131

a consciência jurídica, pois que sem o direito, como pregou Rui Barbosa, não há salvação.” (grifo meu)⁹

Fica notório o apoio que o Conselho Federal da OAB conferiu ao golpe. E já no dia 9 de abril emana seu Ato Institucional (AI), que seria o primeiro de um conjunto de 17 atos, outorgados pelos governos militares. O AI-1 tinha como bojo suspender as garantias constitucionais e firmando prazo de 60 dias, durante os quais poderia cassar mandatos e suspender direitos políticos.

O Ato atingia diversas pessoas como João Goulart, Leonel Brizola, Darci Ribeiro, Celso Furtado, Miguel Arraes, Francisco Julião, Jânio Quadros entre outros; além disso, associações eram dissolvidas, fossem de âmbito civil, político ou sindical. Somente no último dia do prazo de validade do AI-1 que Juscelino Kubistcheck perde seu mandato de Senador.

Poucos dias após a expedição desse Ato, precisamente no dia 14 de abril, o jornal “O Estado de São Paulo”, do grupo Júlio Mesquita, publica o artigo “Expurgo no âmbito do Judiciário”, sugerindo a ampliação da seleção de preteridos também à esfera do Judiciário, vez que Jango teria levado para o Supremo Tribunal Federal “elementos que se empenharam na campanha de agitação reformista” citando publicamente Evandro Lins e Silva e Hermes Lima¹⁰.

O Marechal Castelo Branco é empossado no cargo de Presidente da República, no dia 15 de abril e dois dias depois realiza visita protocolar¹¹ à cúpula do Poder Judiciário e fez questão de cumprimentar os ministros acima citados e Vitor Nunes Leal, que eram os ministros visados pela mídia.

Os militares se autoproclamavam como exitosos restauradores da economia e da segurança nacional e começava a delinear que não seria uma simples atuação de estabilização sobre o conturbado período, já acenando para a não realização das eleições presidenciais diretas de 1965, no AI-1.

⁹ - Ata da sessão 1115^a, realizado em 07 de abril de 1964. Extraída do sítio virtual: www.oab.org.br

¹⁰ - SILVA, Evandro Lins. Op. Cit., p.410

¹¹ - Evandro Lins e Silva expõe em sua biografia, o seguinte comentário: “Quando o presidente Castelo Branco chegou, estávamos todos de pé, em torno das cadeiras, e ele se dirigiu a mim em primeiro lugar: ‘Ministro, como tem passado?’... em seguida ao Hermes Lima e ao Vitor Nunes Leal, ou seja, àqueles três que eram os mais visados pela propaganda... Interpretei aquilo como uma mensagem: ‘Não tenho nada contra os senhores’. Op. Cit. P. 379.

Vivenciando em uma ordem mundial bipolarizada através dos sistemas capitalistas e socialistas, com os latentes conflitos ao redor do globo, o contexto brasileiro também era paranóico, visto que o sistema capitalista brasileiro em prol da democracia e liberdade utilizava-se da ditadura, censura e tortura para assegurar a manutenção do modelo que os Estados Unidos primavam.

Anteriormente, fora dito que quando Jânio Quadros renunciou em 25 de agosto de 1961, João Goulart encontrava-se em missão diplomática na China, que adotara por via revolucionária, o sistema socialista em 1949.

Todavia, a China enviou uma missão diplomática para o Brasil em março de 1964, contudo com a ocorrência do golpe militar, os chineses foram presos sob suspeita de conspiração contra a segurança nacional.

Povina Cavalcanti, Presidente da OAB Federal, participou da comissão designada, por Presidente Castelo Branco, para verificar a integridade física dos nove membros da missão comercial. Os mesmos foram julgados e condenados a 10 anos de prisão. Sobral Pinto, advogado dos chineses, recorreu da decisão e numa defesa efusiva que menciona os presos políticos comunistas ocorridas no Estado Novo, consegue a expulsão dos estrangeiros do País, avaliado como uma gloriosa vitória considerando o estado de exceção vivenciado.

Já na sessão do Conselho Federal da OAB de 23 de junho de 64, decide-se que os advogados com os direitos políticos suspensos por força do AI-1 não estavam impedidos de exercer suas profissões.

A OAB começa a pronunciar sobre o regime, não de forma tão positiva como de início, mas relatando atos de violência em geral, especialmente aos dirigidos aos advogados. Foi o que ocorreu na sessão de 15 de outubro, pouco mais de seis meses do golpe, no qual o Presidente da Seccional de Goiás, Rômulo Gonçalves, é desacatado ao tentar cumprir o *Habeas Corpus*, concedido de forma unânime pelo Superior Tribunal Militar, ao advogado José Batista Zacariota, que havia sido preso.

“(...) a representação de Goiás solicita o pronunciamento deste egrégio Conselho no sentido de desagrar o tratamento grosseiro que o Comandante do 10º BC dispensou ao Presidente do Conselho Seccional

do seu Estado, quando o Dr. Rômulo Gonçalves, um padrão autêntico de cavalheiro e advogado, dirigiu-se aquela autoridade militar encarecendo providências para o imediato cumprimento do habeas corpus que, por unanimidade de votos, o Superior Tribunal Militar concedeu em sessão de 1º corrente, para mandar soltar o advogado João Batista Zacarioti, mantido preso naquela unidade militar (...) o referido oficial, Danilo Cunha Melo, rispidamente, recusou-se a qualquer entendimento e, apesar de ter esclarecido delicadamente de que era o Presidente da Ordem dos Advogados, Seção local, que falava ao telefone, advertiu, então, com entonação de voz mais agressiva ainda, que o interlocutor ficava proibido de voltar a fazer qualquer ligação telefônica para o quartel.

Não é apenas (...) o atual ilustre Presidente da Seção goiana que se sente ofendido porém é intuitivo vincular-se o episódio como ofensivo a toda a classe cios advogados e não exclusivamente a um representante. Pelo exposto, confia a representação goiana que este Egrégio Conselho, não somente promoverá o desagravo que se impõe, como diligenciará, pela forma que a Mesa Julgar mais adequada, o efetivo cumprimento da decisão do Egrégio Superior Tribunal Militar

(...)Assim, voto no sentido de que esta Presidência leve o conhecimento dos fatos: a) ao senhor Ministro da Guerra, que apreciará o que houver quanto a possíveis excessos de seus comandados; b) ao Superior Tribunal Militar para que tome providências no sentido de ser respeitada a sua decisão; c) ao senhor Ministro da Justiça para que empenhe a sua autoridade no sentido de coibir violências contra o império da leis d) ao senhor Presidente da Seção de Goiás, dando-lhe conhecimento de todas as providências tomadas e de que o Conselho Federal manifesta-lhe o seu apreço, congratulando-se com o seu empenho em zelar pelo fiel cumprimento da lei, da ordem e do respeito à dignidade da pessoa humana.”¹² (grifo meu)

5 – Da perplexidade ao combate

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal que foram atacados pela imprensa, por não terem sido expurgados da Cúpula do Judiciário com o AI-1, são defendidos por 10 conselheiros na sessão de 15 de dezembro

¹² - Ata da sessão extraordinária de 15 de outubro de 64, extraído do sítio virtual: www.oab.org.br

do Conselho Federal da OAB, que termina em tumulto e sem exame da questão.¹³

O AI-1 alterava a forma de eleição presidencial de 1965, contudo, mantinha as eleições estaduais através do voto direto, talvez para medir se o povo legitimava os vilipêndios constitucionais e apoiava a gestão militar; contudo se este era o objetivo, não se conseguiu o desejado, isto porque, a população elegeu em cinco dos onze estados que realizaram eleições diretas para governador, especialmente para os Estados da Guanabara e Minas Gerais, vencidas respectivamente por Negrão de Lima e Israel Pinheiro.

Em 30 de março de 1965 foi realizado a eleição para o Conselho Federal¹⁴, contando com 4 candidatos, sendo eleito Themistocles Marcondes Ferreira com 17 votos, contra 2 votos conferidos a Orosimbo Nonato, 2 votos a Jorge Lafayette Pinto Guimarães e 1 voto para Sobral Pinto, todavia o presidente eleito, Themistocles Ferreira faleceu em 28 de maio, exercendo seu cargo por apenas 58 dias. E em 08 de junho foi eleito com 22 votos Alberto Barreto de Mello para o cargo. Fato singular e curioso ocorreu na sessão de 13 de setembro, quando o Ministro das Relações Exteriores, Juracy Magalhães, é trazido pela conselheira Maria Rita Soares de Andrade e “solicita colaboração da Ordem para os esforços do Governo em favor da democracia.”¹⁵ .

Ribeiro da Costa, Presidente do Supremo Tribunal Federal publica artigo no jornal, “Correio da Manhã” em 20 de outubro de 1965, ciente de que o regime militar procederia a novas investidas contra as instituições, garantias e normas jurídicas ainda existentes:

“Alertamos os Poderes Executivo e Legislativo, ao mesmo passo que assim o fazemos tendo em vista as insistentes intromissões dos militares nesse assunto que não lhes diz respeito, sobre o qual não lhes cabe opinar, o que, entretanto, vem ocorrendo, lamentavelmente, coisa jamais vista nos países verdadeiramente civilizados... Já é tempo de que os militares se compenetrem de que nos regimes democráticos não lhes cabe o papel de

¹³ - FILHO, Alberto Venâncio. Notícia Histórica da OAB:1930-1980. p. 133.

¹⁴ - Op. Cit. p.133

¹⁵ - Op.Cit.p. 136

mentores da nação, como há pouco o fizeram, com estarecedora quebra de sagrados deveres os sargentos instigados pelos Jangos e Brizolas. A atividade civil pertence aos civis, a militar a estes que, sob sagrado compromisso, juram fidelidade à disciplina, às leis e à Constituição. Se ao Supremo Tribunal Federal cabe o controle da legalidade e constitucionalidade dos atos dos outros poderes, por isso mesmo ele é investido de excepcional autonomia e independência, tornando-se intolerável a alteração do número dos seus juizes por iniciativa do Executivo e chancela do Legislativo. Inaugurando que seja este sistema, mais adiante aumentar-se-á novamente o número dos membros do Supremo Tribunal poderá ficar à mercê da oscilação de opiniões e vontades estranhas àquele Poder?”¹⁶ (grifo meu)

Os militares foram adiante na feitura dos seus atos, emanando o AI-2, em 27 de novembro de 1965, que extinguiu o modelo pluripartidarista e conseqüentemente cancelando os registros dos partidos políticos, suspendendo as garantias constitucionais, autorizava cassações e intervenções em Estados e Municípios “para prevenir ou reprimir subversivos”, decretando recesso de todas as casas legislativas, conferindo ao Poder Executivo o poder de legislar através de Decretos-leis - rasgando os tratados políticos que pregavam a separação de poderes, como os escritos por Locke, Montesquieu e os Federalistas - e ainda alterava a composição do Poder Judiciário estipulando 16 ministros¹⁷ em vez dos 11, que então compunham ao longo das Constituições republicanas brasileiras.

Com acirramento do sistema acerca do desrespeito das pessoas, é aprovada em 17 de dezembro, a indicação de Sobral Pinto para oficial junto ao Presidente Castelo Branco a instalação imediata do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, que fora aprovado pelo Congresso Nacional ainda em 1962 e que ainda não havia sido implantado, onde a conjuntura vivenciada solicitava medidas em prol da defesa da dignidade das pessoas.

A OAB manifestava-se sobre as propostas de alteração de leis, ato normativo e mesmo sobre o anteprojeto da Constituição, contudo na sessão

¹⁶ - COELHO, Fernando. A OAB e o regime militar. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1999.p.48

¹⁷ - Evandro Lins e Silva expõe em sua biografia, o seguinte comentário: “Dizia-se que o aumento do número seria para neutralizar a influência daqueles considerados adversários da Revolução. Mas se enganaram, porque os cinco nomeados chegaram lá e passaram a votar absolutamente de acordo conosco nos processos políticos” . Op. Cit. P. 393.

de 22 de abril de 1966, o Conselheiro Letácio Jansen expõe ser inútil o trabalho de sugerir propostas ao projeto de Constituição.

Em março de 1967 é eleito para a presidência do Conselho Federal, Samuel Duarte com 22 votos contra 1 voto a Ivo de Aquino e 2 votos em branco, em seu discurso de posse ilustra que:

“O quadro atual da Nação brasileira reclama, mais que nunca, o esforço e a nossa compreensão. Não se trata apenas de defender as prerrogativas e direitos da profissão; trata-se de preservar os valores da ordem jurídica, sempre que estejam expostos aos riscos e aos assaltos de forças adversas. Sabemos que o exercício da advocacia, como profissão e como munus publicum só floresce num ambiente de garantias democráticas”

O Presidente do Instituto dos Advogados do Brasil convida, na sessão de 19 de junho de 1967, o Presidente do Conselho Federal da OAB para um encontro informal com o Marechal Costa e Silva, que faria a exposição do seu plano de governo.

O endurecimento do governo era latente fosse através de medidas de repressão, ou sobre o modelo econômico no qual os empresários tinham passe livre aos órgãos do Poder Executivo, diverso do que fora conferido aos líderes sindicais dos trabalhadores.

O povo começava a protestar contra o regime e a política econômica de contenção de salários. Em uma das manifestações populares, o estudante secundarista Edson Luis morre, o que gera a passeata dos Cem mil, na cidade da Guanabara. A sessão de 25 de junho de 1968 expede mensagem ao Presidente e ao Ministro da Justiça protestando contra as violências cometidas nestes acontecimentos.

Já em 13 de agosto, a plenária debate sobre a necessidade da instalação do Conselho da Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, ocupando quase toda a sessão, decidindo-se lutar pela imediata instalação.

O governo que já estava incomodado com a atuação da OAB tenta vinculá-la ao Ministério do Trabalho, como forma de silenciar tal órgão de classe, visto que os órgãos profissionais encontravam-se vinculados a tal Ministério e não haveria motivo de deixá-la desatrelada. Contudo após atuação do Conselho Federal, é dado o parecer, em 22 de outubro que

decidindo pela desvinculação do órgão e ainda no dia 24, o governo comunica a instalação do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana.

Entre 7 a 13 de dezembro de 1968, ocorre a III Conferência Nacional dos Advogados, tendo como tema a proteção dos direitos humanos e a eficácia das instituições jurídicas e ainda no dia 12, assumia a presidência do Supremo Tribunal Federal, Gonçalves de Oliveira.

Além desses fatos ocorridos, no dia 13 de dezembro é expedido o AI-5, conferindo poderes absolutos ao Executivo e o fechamento do Congresso em decorrência do conturbado quadro social.

6 – Radicalização do sistema e contra o sistema

A outorga do AI-5 acirrou os ânimos, radicalizando o sistema e em 16 de janeiro de 1969, foram compulsoriamente aposentados de suas funções de Ministro do Supremo, Evandro Lins e Silva, Hermes Lima e Vitor Nunes Leal e no dia seguinte, o recém empossado presidente Gonçalves de Oliveira renunciou em protesto às aposentadorias compulsórias.

Quase dez anos depois, 14 de março de 1978, em entrevista ao jornal “O Estado de São Paulo” o renomado jurista Pontes de Miranda expusera:

“O Ato Institucional n.º 5 é um crime contra a herança cultural brasileira. Para mim, como, jurista, ele não existe; nem nos meus Comentários à Constituição me refiro a ele. Nem admito que o Brasil cometa delito que nunca a monarquia cometeu, nem o povo português. Já ao tempo de dom Afonso, quem fizesse ato de tal natureza estaria, provavelmente, exilado de Portugal. O AI 5 é uma violação às tradições brasileiras. Nem Getúlio Vargas, que era um ditador autêntico, fez isso, mas agora estamos vivendo um clima de verdadeira ditadura.”¹⁸

A população reclamava e surgiam grupos guerrilheiros como resposta ao governo militar, que repreendia as diversas formas de contestação, inclusive realizava sucessivas agressões aos advogados, sem as garantias democráticas da ampla defesa e contraditório, como Sobral Pinto e Heleno Fragoso entre outros.

¹⁸ - COELHO, Fernando. Op. Cit. P. 37.

O governo utilizava-se dos seus índices econômicos favoráveis, considerados por muitos como “milagre econômico”¹⁹, para defender o próprio modelo repressivo, e com o governo Médici utilizava-se da propaganda ufanista, valorizando o Brasil Tricampeão de futebol, da obras faraônicas como a construção da Hidroelétrica de Itaipu Binacional, Rodovia Transamazônica e Ponte Rio-Niterói.

Todavia, enquanto a economia brasileira despontava positivamente, os desrespeitos continuavam à população e a OAB sofria constantes tentativas de perdas de autonomia e já em 1971 ao assumir a presidência do órgão em análise, José Cavalcanti Neves dirige, no dia seguinte a sua posse, ofício ao Presidente Médici com o seguinte teor:

“a) a preocupação em face de atos de violência e de cerceamento de liberdade profissional, que vêm sendo praticados, com ilegalidade e abuso de poder, contra advogados no pleno desempenho de sua atividade, considerada pela própria lei como colaboração indeclinável na administração da justiça;

b) a convicção da inadiável necessidade jurídica do restabelecimento, em sua plenitude da garantia do habeas corpus;

c) a necessidade de um pleno e eficiente funcionamento do Conselho de Direito da Pessoa Humana, dado que esse funcionamento interessa não só a todos os cidadãos brasileiros que nele devem ter um instrumento vigilante contras as formas de opressão e vilipêndios aos direitos fundamentais, como também interessa ao próprio Governo, para esclarecer e punir abusos que desfiguram e deturpam a dignidade da função pública;

d) a revogação de recentes dispositivos constitucionais ou legais que estenderam aplicabilidade da pena de morte a setores que exorbitam dos conceitos jurídicos e tradicionais do Direito Brasileiro, de modo que sejam retomadas a orientação cristã e a consciência humanística que sempre inspiraram as manifestações do nosso povo e a serena conceituação dos juristas e pensadores no repúdio à penalidade extrema, como inadequada aos objetivos de uma correta filosofia penal;

¹⁹ - O entendimento de Paul Singer é de que não houve milagre nenhum, mais um excepcional surto econômico ocorrido entre 1969-1973, em decorrência das medidas econômicas impopulares adotadas anteriormente. In SINGER, Paul. A Crise do “Milagre”- interpretação crítica da economia brasileira. Ed. Paz e Terra. 5ª ed. 1977

e) o pleno restabelecimento das garantias do Poder Judiciário, como condição primordial ao exercício dos direitos individuais e ao normal funcionamento das instituições democráticas;

f) a observância do preceito que manda comunicar á autoridade judiciária competente a efetivação de prisões, advertindo os agentes de que estão normalmente sujeitos ao cumprimento desse dever.”

E ainda dirige-se ao Ministro da Justiça solicitando a imediata convocação do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, para que funcionasse regularmente, que foi atendido, quando o conselho voltou a se reunir em 13 de julho de 1971.

Por estas constatações percebe-se que a OAB continuava a incomodar o governo, tanto que surgem iniciativas para tentar miná-la com o anteprojeto de Lei orgânica dos profissionais liberais, que pleiteavam retirar da OAB a função legal de defensora da ordem jurídica e dos direitos humanos como submete-la ao Controle do Ministério do Trabalho.

Ao fim do seu mandato, Cavalcanti Neves assina a Declaração de Curitiba²⁰, documento que os advogados denunciavam as atrocidades ocorridas no Regime Militar, na 6ª Conferência dos Advogados, expondo:

“(...) A repressão à criminalidade – mesmo quando exercida contra os inimigos políticos – deve fazer-se sob o império da lei, com respeito à integridade física e moral dos presos e com a observância das regras essenciais do direito de defesa, notadamente a comunicação da prisão à autoridade judiciária competente, o cumprimento dos prazos legais de incomunicabilidade e sem qualquer restrição ao livre exercício da atividade profissional do advogado” (grifo meu)

Geisel assume em 1974 e seu governo combinou medidas liberalizantes e a exacerbação da violência, já revelando um modelo econômico exaurido e o milagre convertia-se em novo sofrimento econômico, em face da diminuição dos lucros de alguns setores, retração de investimentos e inflação que repercutia sobre o custo de vida.

Caio Mário da Silva Pereira, eleito para o biênio 75-77 para a presidência da OAB, enfrentou novas tentativas de ser a entidade subordinada ao

²⁰ - NINA, Carlos Sebastião Silva. Op. Cit., p. 171

Ministério do Trabalho, além de sujeitar a prestação de contas ao Tribunal de Contas da União. Expõe em depoimento sobre o assunto:

“ Mostrei ao Ministro que a Ordem sempre se mantivera um órgão independente desde a sua fundação e que não havia motivo para que deixasse de sê-lo... O advogado, pela própria natureza de sua profissão, precisa ter autonomia para exercê-la. Conseqüentemente, a Ordem, que congrega os advogados, não pode aceitar uma subordinação que quebraria esse princípio” ‘Diante da firmeza do Presidente da OAB, o Ministro Prieto propõe um acordo, pelo qual a entidade continuaria independente, mas se reportaria ao Tribunal de Contas da União.

“Isso é a mesma coisa”, respondeu o Presidente da Ordem. “Se um organismo é subordinado à prestação de contas, ele não é independente, pois não existe subordinação maior que a financeira”.

O diálogo foi encerrado com o comentário do Ministro:

‘O Sr. é duro, mas vou transmitir a sua decisão ao Presidente Geisel, ele vai se convencer de que a Presidência da Ordem tem razão’.

A OAB enfatizava junto com a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e Associação Brasileira de Imprensa (ABI) em prol da revogação da Lei de Segurança Nacional, a restauração do *habeas corpus*, das garantias plenas da magistratura, o respeito aos direitos humanos, a anistia plena, geral e irrestrita e a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte. Essas eram a forma como combatiam o sistema através da nova Presidência da OAB, comandada por Raymundo Faoro, que foi o interlocutor direto da sociedade civil com o presidente Geisel²¹.

O Senador Petrônio Portela apresentou a Faoro o esboço das medidas que revogaria os Atos Institucionais e em outubro de 1978 revogou-se o AI-5 e restabelecia-se o *habeas corpus*, suspenso desde o início do golpe militar, permitindo melhor controle sobre as prisões arbitrárias e a prática da tortura.

Acerca da demora do tratamento da Anistia, Faoro expõe que: “De fato, a Anistia não foi tratada como prioridade, porque era preciso antes

²¹ -Em diálogo exposto no livro: OAB: Desafio da Utopia. Faoro argumentara com Geisel que: “V.Ex^a. não ignora que existe tortura nos quartéis e que isso denigre a imagem das Forças Armadas. E o Sr. não acaba com essa prática porque não quer.” Geisel, surpreso com a coragem do advogado, teria respondido que não era possível controlar a ação dos radicais. Ao que Raymundo Faoro prontamente treplicou: “É um ovo de Colombo, basta restaurar o *habeas corpus* para crimes políticos” in Ordem dos Advogados do Brasil. OAB: Desafio da Utopia. Brasília. Conselho Federal, 2000 p. 92

assegurar as liberdades democráticas. Não adiantava a pessoa voltar do exterior e ser presa novamente”²² .

E o processo de abertura começa a trilhar seu caminho lento e gradual.

7- Abertura democrática e segura?

Os tratamentos para a abertura estavam em andamento, contudo não se demonstrava como algo tão simples. A Emenda Constitucional nº 11 que revogara o AI-5 estipulava outros mecanismos de defesa do regime como as “medidas de emergência, estado de emergência ou estado de sítio”. A Lei de Segurança foi revista em 1978, mas suas alterações foram consideradas como fraude pelos advogados e o projeto de anistia oferecido pelo Governo ao Congresso não atendia às reivindicações da Sociedade, restava ao povo continuar a lutar pela conquista de um novo Estado Democrático de Direito, assegurando prerrogativas dos cidadãos.

Finalmente, em 28 de agosto de 1979, já no governo de João Batista Figueiredo, é decretada a Anistia ampla, geral e irrestrita, algo que se por um lado beneficiava aos que deixaram o país por discordar das medidas ditatoriais, também beneficiavam os excessos cometidos por pessoas que continuaram por aqui, fossem os que eram contra o governo, como aqueles que procederam em nome da tortura e ditadura, sobre os que contrariassem o governo militar²³.

A população estava angustiada com essa espera democrática, a OAB era uníssona em pleitear o atendimento de um ordenamento jurídico democrático, sendo um dos porta-vozes dessa busca em prol da liberdade. Esta atuação provocava repulsa e insatisfação em certos setores militares.

Em março de 1980, o escritório de Sobral Pinto, o advogado do Cavaleiro da Esperança²⁴, sofre atentando sem deixar vítimas, já o mesmo não ocorre com o jurista Dalmo Dallari que sofre, em 02 de julho de

²² - Loc. Cit.

²³ - Maiores detalhes em CARVALHO, Aloysio. Geisel, Figueiredo e a Liberalização do Regime Autoritário (1974-1985). Revista DADOS. Vol. 48, nº1. 2005. pp.115-147

²⁴ - Título atribuído a Luis Carlos Prestes por Jorge Amado em seu livro homônimo.

1980, seqüestro e agressão em São Paulo. A OAB insistia na identificação dos agentes do serviço de segurança, suspeitos do ato covarde, quando no mesmo período é enviado um pacote para o prédio da OAB.

No dia 27 de agosto, enquanto a OAB exigia atitude do governo sobre o caso de Dalmo Dallari, o embrulho enviado à sede da OAB era aberto pela Secretaria Lydia Monteiro, que fazia a triagem do material enviado ao Presidente da OAB, lendo o que não fosse confidencial e pessoal; da abertura do envelope, estourou a bomba que a vitimara, falecendo no mesmo dia, algumas horas depois.

Trecho selecionado do Editorial da Tribuna do Advogado – jornal dos advogados da seccional do Rio de Janeiro – expõe a revolta dos advogados:

“A covardia do ato terrorista fundamenta-se, basicamente, na certeza da impunidade.

Daí a grave responsabilidade do Governo Federal na apuração do fato, já que o Presidente da República percebeu, finalmente, que o clima de terror imposto à Nação, visa, diretamente, a autoridade de seu cargo e a política de seu governo.

A OAB já foi alvo de bombas anteriormente. Do mesmo modo outras entidades e pessoas representativas de importantes segmentos da sociedade.

(...)

É evidente que o problema é muito mais político do que policial, mas, mesmo assim sempre se espera que a investigação aproxima-se dos responsáveis pelo gesto insano, covarde e clandestino.

Foi preciso que uma vida humana fosse imolada, morta de forma brutal, desumana e injustificável, para que as autoridades federais se mobilizassem de forma concreta.

A morte de d. Lydia Monteiro da Silva ao lado da tragédia que em si representa, exhibe o comportamento odioso e sanguinário de insensíveis criminosos que não respeitam inocentes para impor o pânico e o terror.

Á brutalidade do gesto, a covardia da clandestinidade que esconde uma extrema direita facilmente identificável, a OAB responderá com

*a sua atuação equilibrada pretendendo que sejam desmascarados publicamente os desordeiros sanguinários.*²⁵

Eduardo Seabra Fagundes, Presidente da OAB na data fatídica, expõe em entrevista, fato no mínimo curioso:

*“No entanto, houve uma circunstância que me chamou atenção: no dia do atentado, algumas horas depois, o Presidente João Figueiredo tomou o avião presidencial em Brasília, foi a São Paulo, do aeroporto foi de automóvel ao comando do II Exército, permaneceu em conferência durante umas três ou quatro horas, voltou do Comando para o aeroporto, tomou o avião presidencial e voltou à Brasília. A agenda dessa reunião jamais chegou ao conhecimento de quem quer que fosse. Seria alguma coisa ligada ao atentado? Possivelmente. Todos diziam que lá era o foco de maior reação”*²⁶

Com este atentado, a postura da OAB ficou em maior destaque, continuando a luta pela democracia. Outros atentados e vítimas ocorreram, aliás, ilustra-se um “acidente de trabalho” em 30 de abril de 1981, no qual uma bomba explodiu no colo de um militar quando estacionou o carro no Riocentro, local onde ocorria a comemoração do Dia do trabalho.

Os anseios populares como dos advogados era pela nova ordem constitucional e diversos encontros e manifestações eram realizados, no dia 24 de outubro de 1983 ocorria o I Encontro dos Advogados do Distrito Federal, agendado e previsto quase um ano antes, quando agentes da Polícia Federal invadiram o prédio com um mandado de interdição do prédio, alegando que a OAB-DF realizava encontro proibido para discutir e contestar as medidas de emergência de 19 de outubro de 1983. Todavia, às luzes dos documentos analisados, a invasão fora determinada pelo governo na tentativa de pressionar o Congresso Nacional acerca da votação da emenda Dante de Oliveira, que pleiteava restaurar as eleições diretas para Presidente da República.

A população saía para as ruas exigindo “Diretas Já”, o sonho de eleições diretas para presidente estava próximo, depois de 23 anos sem eleições diretas, o povo teria o direito de escolher seus representantes, bastava apenas o Congresso aprovar a Emenda Dante de Oliveira.

²⁵ - Tribunal do Advogado. Ano X nº 161, Agosto de 1980.

²⁶ - BAETA, Hermann Assis. História da Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília: OAB-Ed., 2003 v. 7 p. 97.

O maior comício do Rio de Janeiro ocorre em 10 de abril de 1984, na igreja da Candelária. São Paulo também realizava seu comício, seis dias depois, superando o número de participantes, ambas contavam com governadores de Estado, presidentes de partidos da oposição, advogados, líderes de centrais sindicais, artistas de teatro, cinema e música.

Contudo, a campanha pela “Diretas já” não repercutiu dentro do Poder Legislativo, o partido do governo, Partido Democrático Social (PDS), manobrou a votação e na madrugada de 25 de abril de 1985, a Emenda Dante de Oliveira é rejeitada por apenas 22 votos.

O Deputado Federal Ulisses Guimarães, Presidente do Partido da Mobilização Nacional (PMDB) dizia que: “Perdida a batalha das Diretas nas ruas, vamos continuá-la no Colégio Eleitoral. É preciso entrar no ninho de cobra para mata-la com o seu próprio veneno”²⁷

O PMDB apresentou seu candidato Tancredo Neves e como vice, José Sarney, que vinha da dissidência do PDS. Muitos estudiosos falam que seria tal chapa uma coalizão das elites para manter o controle do processo político e logo restringir eventuais mudanças que pudessem afetar seus privilégios. E no Colégio Eleitoral com os votos do PMDB, dissidentes do PDS, PFL e mais alguns poucos representantes de esquerda no Congresso, exceto os membros do PT que recusaram a participar das indiretas deram vitória ampla para composição Tancredo/Sarney.

Após vinte e um anos de Governo Militar encerrava-se um ciclo de sofrimento, angústia e tortura para muitos e despontava o novo despertar da democracia incidente sobre o Brasil.

CONCLUSÃO

É notório que a OAB teve intensa participação durante o regime militar. Se inicialmente os interesses de classe aludidos pelos seus representantes eram justamente em prol da atuação efetiva dos militares como exposto anteriormente, que em face ‘de um bem maior’ fosse temporariamente desrespeitado as normas constitucionais para manter o sistema

²⁷ - ALENCAR, Chico; CARPI, Lucia; RIBEIRO, Marcus Venicio. Op.cit. p. 426

democrático; percebeu a duras penas, pagando com o desrespeito e até mesmo a dizimação de membros da sua corporação, que o regime militar não estava disposto apenas a estabilizar a sociedade, mas modificar o patamar econômico em que o país se encontrava e que o preço dos diversos planos e “milagre” que foram emanados pelos Militares realmente alteraram o quadro nacional, ofertando novo cenário econômico com novas indústrias e relações de consumo.

Todavia, o preço dessas modificações implantadas pelo Regime Militar foi o desrespeito da dignidade da pessoa humana, como o esfacelamento das liberdades e garantias constitucionais então existentes.

A OAB, o órgão de defesa dos interesses dos advogados, que inicialmente manifestava-se favoravelmente ao golpe, compreendeu, decorridos alguns meses do ato, que a melhor forma para reivindicar as garantias e liberdades democráticas seria a resistência e a denúncia contra os arbítrios do regime militar.

Concluindo o trabalho sobre a atuação da OAB durante o Regime Militar, traz-se o pensamento de Aristóteles, no qual assevera ainda no primeiro parágrafo da sua obra “Política”, escrito na Antiguidade Clássica, sobre o papel que a associação possui na sociedade e sua relevância:

*“Sabemos que uma cidade é como uma associação, e que **qualquer associação é formada tendo em vista algum bem; pois o homem luta apenas pelo que ele considera um bem. As sociedades, todas elas, portanto propõem-se algum lucro - especialmente a mais importante de todas, visto que pretende um bem mais elevado, que envolve as demais: a cidade ou sociedade política**”²⁸*

BIBLIOGRAFIA

ALENCAR, Chico; CARPI, Lucia; RIBEIRO, Marcus Venício. **História da Sociedade Brasileira**.14ª ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico.1996.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

BAETA, Hermann Assis. **História da Ordem dos Advogados do Brasil. Vol. 5 e 7**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2003

²⁸ - ARISTÓTELES. Política. São Paulo: Ed. Martin Claret. P. 11

- CARVALHO, Aloysio. **Geisel, Figueiredo e a Liberalização do Regime Autoritário**: Rio de Janeiro, Dados, Vol. 48, nº 1, 2005.
- COELHO, Fernando. **A OAB e o regime militar 1964-1986**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1999.
- DREIFUSS, René Armand. **1964: A conquista do Estado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra: Vozes, 1981
- D'ARAUJO, Maria Celina. **Raízes do golpe: ascensão e queda do PTB**.
- FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. **Democracia ou reformas?**. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- FILHO, Alberto Venâncio. **Notícia Histórica da OAB**.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. Tradução Francisco Weffort. 1ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973
- _____. **Os Artigos Federalistas, 1787-1788**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
- LINHARES, Leila; LESSA, Renato. **Consenso e Identidade: os advogados e a sua ordem**. Rio de Janeiro. OAB, 1991.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Tradução de E. Jacy Monteiro. 1ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- NINA, Carlos Sebastião Silva. **A Ordem dos Advogados do Brasil e o Estado brasileiro**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2001.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB: Desafio da Utopia**: Brasília. OAB, Conselho Federal, 2000.
- RODRIGUES, Carla. **Betinho**. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. 1ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- _____. **Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens**.
- SKIDMORE, Thomas. **Brasil: De Castelo a Tancredo**. Paz e Terra. 7ª ed.
- SOARES, Gláucio Ary Dillon. **O Golpe de 64 in 21 anos de Regime Militar**.
- SINGER, Paul. **A Crise do "Milagre"**. 5ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1977.
- TRIBUNA DO ADVOGADO. Ano X nº 161. Agosto de 1980.

NÃO CABIMENTO DE INCLUSÃO NA DÍVIDA ATIVA POR MULTA ADMINISTRATIVA SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Hilda Leonor Cuevas de Azevedo-Soares - Bacharel em Direito*

RESUMO - O presente artigo descreve o não cabimento de inclusão na dívida ativa por aplicação multa administrativa sem o devido processo legal e a ampla defesa com o contraditório. A questão central analisada é se existe a possibilidade da inclusão na dívida ativa quando ocorre a multa administrativa. Além disso, qual é o momento em que esta inclusão configura o abuso de poder da administração.

STF, STJ e o TJ-RS são uníssonos quanto à impossibilidade da aplicação da multa administrativa sem que o devido processo legal, assim como outros preceitos constitucionais tenham sido observados por parte da autoridade administrativa.

SUMÁRIO - Introdução; 1 Breve histórico sobre o Direito Administrativo e conceitos básicos; 1.1 Princípios de Devido Processo Legal e da Ampla Defesa; 2 Multa Administrativa: possíveis cabimentos; 2.1 A questão da multa de trânsito; 3 Inclusão na Dívida Ativa: abuso de poder?; 3.1 Visões jurisprudenciais; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema o não cabimento de inclusão na dívida ativa por multa administrativa sem o devido processo legal. Pretende-se analisar a questão dos possíveis cabimentos de inclusão na dívida ativa quando decorrentes de multa administrativa, e o abuso de poder da administração em face de este instituto.

* Professora de Geografia da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito (UNESA-2008), Geografia (UFF-1985), Oceanografia (UERJ-1983) e Biblioteconomia (UFF-2006). Mestre (1999) e Doutora em Análise de Bacias e Faixas Móveis (Geologia) (2006) ambas pela UERJ.

Para efetivação deste tema, serão indagadas as seguintes questões: um breve histórico com alguns conceitos básicos; os princípios de Devido Processo Legal e da Ampla Defesa; a multa administrativa e seus possíveis cabimentos e, como exemplo, a multa de trânsito; a inclusão na Dívida Ativa e, se esta atitude é ou não um abuso de poder e as visões jurisprudenciais agora em vigor.

Como qualquer outro instituto do direito, o assunto em tela será observado sob a ótica da auto-aplicabilidade dos princípios e das garantias individuais. Vale ressaltar que a garantia ao devido processo legal está assegurada ao litigante em qualquer processo, seja ele de natureza administrativa ou outra. Este, por sua vez, deve estar consubstanciado como princípio do devido processo e o do ampla defesa durante todo procedimento.

Além disso, cabe ao poder público, antes do lançamento da multa administrativa, a notificação para que se possa exercer a ampla defesa; o que será visto no decorrer deste texto é que, na grande maioria, não foi feito. Ainda hoje, na Administração Pública, ocorre “o pague primeiro e discuta depois”. Esta atitude à luz da jurisprudência reinante está mais que provada ser ilegal.

A escolha do tema se deu em face de sua contemporaneidade, além do poder público ter em alguns momentos posições absolutistas que não condizentes com a situação cidadã da sociedade brasileira.

Foram utilizadas, para desenvolvimento do tema, as pesquisas exploratórias, descritivas e explicativa.

1 BREVE HISTÓRICO SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO E CONCEITOS BÁSICOS

Durante toda a evolução jurisdicional, ao cidadão cabia a obediência. O Estado era a quem se devia esta obediência. Num determinado momento, os papéis de certa maneira foram modificados. Este Estado passa a ter que obedecer e resguardar o cidadão. Ao Estado que antes cabia o dever de punir, é compelido também a ter deveres de proteger este ser desprotegido, frágil, que é o cidadão. E sob este prisma, ser responsabilizado por suas omissões e ações a qualquer tempo.

Mas o que é o Estado?

O conceito pode ser desmembrado em duas esferas, a pública e a da sociedade civil sob o ponto de vista de Jüergen Habermas¹. A esfera ou espaço público é aquele fenômeno social elementar, assim como a ação, o grupo ou a coletividade, entretanto, ele não é arrolado entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social. Esta esfera pode ser descrita como a rede onde ocorre a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões, e onde os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em opiniões a ponto de se condensarem em opiniões públicas de temas específicos.

Enquanto que o conceito de esfera da sociedade civil se dá quando seu núcleo forma uma espécie de associação; que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no âmbito de esferas públicas. Ressalta-se que a esfera da sociedade civil está apoiada em direitos fundamentais. Entretanto nem a primeira esfera nem a segunda são capazes de proteger-se das deformações mesmo aplicando as garantias dos direitos fundamentais.²

Em J. Habermas encontra-se, portanto a direta relação entre os direitos humanos e a soberania popular, ou seja, que não é possível se ver o Estado sem que haja uma democracia de natureza participativa.

Entretanto aplicação deste conceito vai decorrer da evolução do Direito no interior da sociedade, pois o pensamento democrático forjou-se em meio a um conflito interno entre as noções diametralmente opostas de liberdade, que Benjamin Constant intitulou como os títulos de liberdade dos “modernos” e “liberdade dos antigos” e as comparou.³

Pode-se os dizer ainda, observando o pensamento habermasiano, que a sociedade civil deve manter uma íntima conexão com a sociedade política. Esta dissociação é perniciosa para o tecido social onde a autêntica

¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 92-98.

² *Ibidem*, p. 99-102.

³ ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. *Direito e democracia*. Disponível em: <<http://www.uerj.br/direito.html>>. Acesso em: 6 mai. 2008.

democracia só será viabilizada em uma sociedade civil em que seus atores agem de forma organizada e responsável quando atuam na esfera pública. A liberdade deste exercício depende de uma arena pública que deve estar isenta da interferência do abuso do poder público. Assim sendo no processo democrático não pode haver exclusão, para que se alcance o direito legítimo.⁴

Michel Foucault estabelece como conceito de progresso:

*“Não é suficiente que se siga à trama teleológica que torna possível o progresso, é preciso isolar, no interior da história, um acontecimento que tenha valor de signo da existência de uma causa”.*⁵

Assim sendo, a evolução do Direito que levou aos diversos ramos hoje existentes, precisaram de um processo democrático impulsionado por uma causa, no panorama de sociedade.

O efetivo surgimento do Direito Administrativo, no âmago deste Estado, se dá logo após a Revolução Francesa, com a Lei de 28 pluvioso do Ano VIII (1800), que organizou juridicamente a Administração Pública francesa. Já na Alemanha, ele resultou de uma longa evolução, de forma diferenciada em cada estado alemão, influenciado pelo Direito Civil e não é uma espécie particular de direito. Na Itália vai surgir sob influencia direta do direito francês a partir da época de Napoleão.⁶ Mas somente impor-se-á de forma visível durante o decorrer do século XIX.⁷

Já na Itália, a disciplina normativa do serviço público se consolida nos primeiros trinta anos do século XX.⁸

Já nos Estados Unidos e na Inglaterra, o Direito Administrativo foi consequência do sistema do *common law*, sendo decorrente do uso e do costume, e que goza de ampla discricionariedade onde muitos de seus atos são subtraídos à apreciação do Poder Judiciário, pelo menos no direito inglês.⁹

⁴ BRAY, Renato Toller. Uma abordagem habermasiana sobre o problema da legitimação. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 3, nº 155. Disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=947>>. Acesso em: 6 mai. 2008.

⁵ FOUCAULT, Michel. O que é o Iluminismo ? In: *Dits et écrits*. Paris: Gallimard, 1994. v. IV p. 683.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 30-32.

⁷ NOBRE Jr, Eduardo. Uma História do Direito Administrativo: passado, presente e novas tendências. *Revista Trimestral de Direito Público*. [S.l.] nº. 46. 2004. p. 114-135.

⁸ CASSESE, Sabino. *La nuova costituzione economica*. 4 ed. Roma-Bari: Laterza, 2007. p.130.

⁹ DI PIETRO, *op.cit.*, p. 33-41.

O modelo do *common law*, se caracteriza por uma posição de estranheza, se não de verdadeira e própria oposição ao modelo literal do direito. Na *common law*, o direito é essencialmente *open-ended*, desta forma se inspira num paradigma factual.¹⁰

No Brasil, entretanto, o Direito Administrativo não nasceu como um ramo autônomo e, sim no período imperial quando se criou esta cadeira na Faculdade de Direito de São Paulo em 1856.¹¹

Com o advento da Constituição de 1988, os paradigmas que antes protegiam praticamente essencialmente ao patrimônio, e que estavam concentrado no Poder Público, passam a proteger o cidadão e, por conseguinte, tem o foco nele e em suas necessidades.

O conceito de direito tem em si uma pluralidade de significados. Entretanto durante este artigo serão levados em conta basicamente dois dos muitos conceitos possíveis ao direito: o do direito justo e o do direito como fato social. No direito justo, o significado é o que é devido por justiça, e, no direito como fato social, o direito constitui um setor da vida social, onde o direito é considerado como fenômeno da vida coletiva¹².

O direito, portanto, perpassa pelo acometimento de alcance dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, preceitos constitucionais.

Os preceitos constitucionais originados ou decorrentes dos direitos fundamentais têm que ser vistos sob a ótica de sua função originária que consiste em proteger um espaço de liberdade individual contra toda e qualquer ingerência do poder do Estado e contra a sua expansão totalitária.¹³

O processo administrativo envolve a solução de uma controvérsia e deve compreender pelo menos três fases: instauração, instrução e decisão.¹⁴

Em função da decisão acontecida, pode ocorrer entre outras formas coercitivas, a multa administrativa.

¹⁰ FERRARESE, M. R. *Le istituzioni della globalizzazione*. Diritto e diritti nella società transnazionale. Bologna: Il Mulino, 2000. p.173-182.

¹¹ DI PIETRO, *op.cit.*, p. 42-44.

¹² MONTORO, A. Franco *Introdução à Ciência de Direito* 24 ed. São Paulo: editora Rev. dos Tribunais, 1997. p. 33-34.

¹³ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 419.

¹⁴ DI PIETRO, *op.cit.*, p. 530-531.

Lembrando que a atividade administrativa, como função do Estado, exige por seu dinamismo e amplo espectro de ação, uma tarefa que se desenrola permanentemente que é a de indagar e explorar as melhores e mais eficientes modalidades de gestão.¹⁵

Desta forma, a atividade administrativa deve ser correta para que a multa administrativa possa ser aplicada. Esta multa deverá ser, portanto, decorrente de um processo administrativo onde o devido procedimento tenha sido exercido em sua totalidade.

Entenda-se este procedimento como o atendimento aos princípios norteadores comuns aos processos em geral, sendo estabelecido para atender ao tema proposto a observação dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

1.1 PRINCÍPIOS DE DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA

O Direito é limitação, por conseguinte todo direito tem limites assim como, em matéria de competência, não existem poderes ilimitados. Na competência discricionária, os limites se dão em face da possibilidade e da necessidade do controle, inclusive judicial. A verificação desses limites se dará principalmente mediante o confronto entre os poderes da Administração dos cidadãos e as garantias constitucionais dos cidadãos.¹⁶

Observa-se que Michel Foucault apreciando o pensamento kantiano diz que pouco importa se a revolução foi exitosa ou fracassou, o que é importante é o processo revolucionário e que foi revelado no decorrer desta.¹⁷

Diante dos pressupostos elencados na Constituição, pode-se dizer que a Administração Pública só pode ser realizada se e quando a lei a autorizar, expressão esta tomada como a de legalidade. Desta forma a Constituição brasileira estabelece que ninguém seja privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

¹⁵ VILLAGRA, Javier Parquet. El derecho administrativo y las ciudades del siglo XXI. *Revista Trimestral de Direito Público*. [S.l.] n.º 46, 2004. p. 15-24.

¹⁶ DALLARI, Adilson Abreu. Controle do desvio de poder. *Revista Trimestral de Direito Público*. [S.l.] n.º 46, 2004. p. 33-46.

¹⁷ FOUCAULT, Michel. *op.cit.*, p. 986.

Mas, afinal, o que é o devido processo legal?

Há uma evolução neste princípio e diversos autores o conceituam com visões diferenciadas ao longo do espaço temporal e diante da evolução a que a sociedade civil está sujeita.

Então se pode dizer que a visão deste conceito evoluiu durante o tempo e que tenha ultrapassado a barreira do sistema costumeiro e hoje pertence à realidade do direito escrito onde pode ser observado por diversas denominações como a de devido processo legal, *debido proceso*, *giusto processo* (etc). Além disso, no dia-a-dia, estes termos estão povoando as discussões jurídicas mais importantes.¹⁸

Ou ainda o devido processo legal pressupõe que haja uma elaboração regular do direito, bem como sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (é o chamado devido processo legal em sentido material), onde a aplicação judicial da lei se dá por meio de instrumento hábil a sua realização e a sua aplicação, que aqui é o chamado devido processo legal processual.

Bastaria tal princípio para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. Esse princípio é, portanto, o gênero do qual os demais princípios constitucionais do processo são espécies: o princípio da publicidade, da motivação, do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, da impossibilidade de inutilizar em juízo da prova obtida pós meio ilícito, etc.¹⁹

O foco dos preceitos constitucionais está direcionado para a liberdade e o perdimento de bens, sendo a liberdade decorrente da defesa da esfera jurídica dos cidadãos perante a intervenção dos poderes públicos.²⁰

Deve-se ter em conta que todo Estado democrático confere a seus cidadãos as garantias do devido processo legal e da ampla defesa.²¹

¹⁸ SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela Preventiva* (Inibitória): nas obrigações de fazer e não fazer. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 9.

¹⁹ CHIMENTI, Ricardo Cunha, et. al. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 68-81.

²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: editora Coimbra, 1991. p. 109.

²¹ VILLAGRA, Javier Parquet. *op. cit.*, p. 15-24.

Com os princípios da isonomia e do contraditório, o devido processo legal estabelece seus corolários e que estão presentes no sistema positivo ou ainda que não tivessem sido incluídos expressamente no texto constitucional. A consagração na lei maior deste princípio é suficiente para que se tenha assegurado todos os demais princípios constitucionais.²²

Alguns desses princípios vêm explicitados na Constituição como aqueles que asseguram o contraditório e a ampla defesa, aos litigantes e os acusados em geral, através dos meios e dos recursos a ela inerentes, em processo judicial ou administrativo.

A leitura deste preceito autoriza que no processo judicial assim como no administrativo, ambos contenham a garantia do contraditório e da ampla defesa. E que possibilita aos litigantes no caso do processo administrativo, primeiro o contraditório que abarca não só a garantia da ciência e da participação, como possibilita uma efetiva igualdade processual, ao conferir as partes, a *par conditio* ou paridade de forças, dentro da relação processual.

Já a ampla defesa abrange o direito a autodefesa, como a possibilita ao litigante ser ouvido, apresentando sua versão para os fatos ou simplesmente silenciar sobre eles. Em ambos os casos o direito à defesa técnica deve ser exercida por advogado e o direito à prova devem ser levados a produzi-la ou fazendo contraprova.

Segundo jurisprudência do STJ em julgamento da 1ª Turma, em RMS 484, com publicação no DJU de 10.6.91, cujo relator foi o Ministro Geraldo Sobral²³ escreve que:

“Inegável se faz, a exigência do contraditório e da ampla defesa, em qualquer processo penal, cível e administrativo. Neste último processo, porém, para aplicar qualquer punição a servidor, não há exigibilidade da observância precisa das regras típicas do processo penal.”

Assim sendo não cabe questionar a exigência dos princípios constitucionais, eles tem que ter sido apreciados.

Pois a ampla defesa significa uma garantia de prestígio constitucional

²² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil* 5 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 459.

²³ Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/portal/jurisprudencia.html>>. Acesso em: 14 apr. 2008.

de que aquele que atua num processo administrativo, tudo possa fazer, assim como, que o seu entendimento prevaleça à frente de outro que lhe é oposto, para que ao final se obtenha uma decisão que lhe seja favorável.²⁴

Desta forma, o princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo quando ocorrem situações de litígio, ou quando ocorre o poder sancionador do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas que decorrem tanto do artigo 5º, LV da Constituição. Assim como vem expresso no artigo 2º, parágrafo único, inciso X da Lei nº 9.784/99, que expressa que nos processos administrativos sejam assegurados os direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar as devidas sanções e nas situações de litígios.²⁵

A finalidade assegurada àquele que litiga, pelo princípio da ampla defesa, é o de ter todas as condições para que se traga ao processo administrativo o que for necessário para comprovar-se a procedência dos relatos apresentados. Assim sendo, a ampla defesa decorre da participação ativa das partes interessadas e, do responsável pela decisão a ser proferida com vistas a exigir tudo dentro dos limites do contexto jurídico para julgar necessário levando a uma coerente decisão do caso.²⁶

Assim sendo se estes dois princípios não tenham sido em sua totalidade apreciados o processo administrativo configura violação que deve ser sanada.

2 MULTA ADMINISTRATIVA: POSSÍVEIS CABIMENTOS

A ordem jurídica determina que, em diversas situações, sanções sejam decretadas. Tem que ser explicitado no corpo da legislação o seu cabimento.

A multa tributária é sempre típica em sua hipótese de norma geral.²⁷

²⁴ PESTANA, Márcio. *A prova no processo administrativo tributário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p.40.

²⁵ DI PIETRO, *op.cit.*, p. 537-539.

²⁶ PESTANA, *op. cit.*, p.41-43.

²⁷ DALLA, Ricardo Corrêa. *Multas Tributárias: natureza jurídica, sistematização e princípios aplicáveis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 43.

Aplica-se a multa como forma de coerção ou como forma de sanção. Entretanto entre nós, estas multas devem pertencer ou ao CTN (Código Tributária Nacional – lei 5.172/66) ou aos entes tributantes. Tanto num caso como no outro, elas devem estar consolidadas na legislação tributária ao final de cada exercício fiscal como estabelece o art. 212 do CTN.

Cabe ressaltar que no supracitado artigo inexistente uma regra sancionatória destinada ao ente tributante omissa, embora exista um prazo certo, para implementação das regras.

O aspecto constitucional que estabelece sua ocorrência vem expresso no artigo 146, inc. III, alínea b, da CRFB, entretanto prescreve que este vai ser regulamentado por lei complementar.

Existem, portanto limites constitucionais restritivos ao direito de tributar do Estado.

Em encontro na EMARF (Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – RJ-ES) no dia 2/06/2008 sobre o “Atual cenário das contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDE) e tendências”, Ricardo Lobo Torres expressou que a regulação econômica é necessária para que haja a proteção do consumidor, por ser este “o lado mais fraco” deste binômio de forças. Na mesma oportunidade, Lourdes Helena Moreira de Carvalho acrescentou que na atual conjuntura, no que diz respeito à questão de arrecadação, se está a mercê do Estado, da sua ganância em arrecadar sem ter que explicar ou dizer onde vai aplicar aquela soma.

O CTN traz em seu bojo o universo jurídico à garantia da legalidade para multas.²⁸

É sabido que toda multa tributária é punitiva por não haver cumprido o que deveria, no entanto não parece razoável que o fundamento da norma do artigo 97, inc. V do CTN dê fundamento de validade àquelas do tipo: recusar a emissão de certidão negativa, inscrever o contribuinte no CADIN, SERASA, interditar estabelecimento, suspender inscrição do contribuinte no cadastro mobiliário, não distribuir lucros quando da inexistência de débitos tributários, etc., coações estas que nada têm a ver com punição ou apenamento.²⁹

²⁸ *Ibidem.*, p. 45.

²⁹ *Ibidem.*, p. 45.

Pode-se dizer que no caso dos últimos exemplos, estes seriam classificados como constrictões políticas-intimidativas que não possuem amparo constitucional tampouco em lei complementar pois não são Normas Gerais de Direito Tributário.³⁰

A materialidade das multas tributárias não pode estar ligada à sanção penal privativa de liberdade, à apreensão de mercadorias ou à suspensão de direitos e práticas afins. Essa materialidade seria função, ou melhor, estaria associada à obrigação principal e às obrigações acessórias ou instrumentais. Mas o CTN nomeia duas possibilidades de multas pecuniárias punitivas (art. 106 inc. II, alinea c).³¹

A multa deve ser sempre paga, não importa qual nem quanto, caso o tributo não tenha sido pago. Mas as formas, métodos e cálculos nunca são uniformes, devem sim ser obedientes aos princípios gerais traçados na Constituição.³²

Cabe dizer que será considerada multa exorbitante quando causar redução do padrão de vida do contribuinte, descapitalizar o giro comercial e/ou redução no seu patrimônio durante o exercício da referida hipótese. Significa que a multa pelo não pagamento de um tributo não pode assumir valores confiscatórios do bem que deu origem à mesma.³³

O excesso precisa ser visto sob o prisma da razoabilidade da punição, pois a pena deverá ser uma forma de desestímulo ao ilícito e não possuir um peso maior do que o adequado.³⁴

A subtração forçada não é possível diante das garantias individuais constitucionais. O tratamento não pode ser injusto e desigual por ocasião da aplicação da multa. Ela precisa ser proporcional ao delito, ao prejuízo causado e principalmente individualizada, sendo o Juiz quem a aplicará mas o legislador deve antes tê-la fixado.³⁵

O *in dubio pro reo* deve ser aplicado adequadamente. Portanto, na multa, cada caso é um caso e assim deve ser vista.

³⁰ *Ibidem.*, p. 46.

³¹ *Ibidem.*, p. 46.

³² *Ibidem.*, p. 69.

³³ *Ibidem.*, p. 71.

³⁴ *Ibidem.*, p. 72.

³⁵ *Ibidem.*, p. 72-75.

No âmbito da atuação administrativa é o desrespeito dos gestores para com os administrados aplicar uma multa sem que os preceitos para sua utilização tenham sido delimitados e alcançados.

Recentemente o Judiciário reconheceu, uníssono, que as verbas resilitórias do empregado pagas pelo empregador não teriam sobre si a incidência de imposto de renda, e retirou do cidadão essa incidência tributária e de suas multas, dando-lhe um conforto social e terapêutico. Esta prática, anteriormente, fazia com que muitos contribuintes pessoa física fossem lançados, autuados e inscritos em dívida ativa, com as mais pesadas multas do sistema.³⁶

As multas possuem interpretação extra fiscal, mesmo para o contribuinte que esteja em simples mora tributária, porque, independente do atraso, são elevadas, especialmente as criam situações insolúveis além de deixar o contribuinte indefinidamente à margem da economia.³⁷

Não resta a menor dúvida que as multas atuam como elemento coercitivo da forma como estão inseridas no sistema pois, entre outras regras, a multa é decorrente de um ato administrativo vinculado. No caso que se passar a discutir, esta é conseqüência de um ato discricionário, instituído pela autoridade ou a mando desta, o que não poderia ocorrer; somente para coagir ao contribuinte. Por ter uma expressiva ação financeira, a cada mês o débito para o contribuinte é maior, tornando impossível o seu retorno à legalidade, levando a uma maior exclusão social. Soma-se a isto, os juros e a correção monetária aplicadas aos tributos e as penas pecuniárias constantes do sistema brasileiro, que levam o(s) bem(ns) a perdimento via leilão, etc. O tributo é infungível, além de ser pessoal e deve ser aplicado conforme o fato, de forma objetiva e/ou subjetiva; e, por fim tem sua aplicação idêntica aos princípios da prescrição e da decadência tributária, da anterioridade, entre outros.³⁸

O verbete sumular do STJ³⁹ nº 312 é claro “no processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração”.

³⁶ *Ibidem.*, p. 91.

³⁷ *Ibidem.*, p. 92.

³⁸ *Ibidem.*, p. 93.

³⁹ STJ, *op.cit*

2.1. A QUESTÃO DA MULTA DE TRÂNSITO

Antes de entrar no problema da multa de trânsito propriamente dita, deve-se observar a questão do abuso de poder que, neste caso, está diretamente relacionada entre si.

O abuso de poder é sempre considerado injusto, pois faz daquele que deveria proteger, o vilão, o “bandido”, o ilegal, etc.

O conceito de abuso do poder, como entende José dos Santos Carvalho Filho⁴⁰:

“É a conduta ilegítima do administrador, quando atua fora dos objetivos expressos ou implícitos, dos entes traçados na leis.”

Já Celso Antônio Bandeira de Melo⁴¹ descreve o conceito de abuso de autoridade como:

“A possibilidade que se encontra contemplada na lei 4898/65 e regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil, penal, nestes casos.”

José Carlos Sousa Silva dispõe o abuso de poder ⁴²como sendo:

“O agente público, apesar de investido da função, num procedimento normal, regular e legal, tem poderes limitados e deve, por isso, prestar obediência à moral da instituição, que representa, e à lei.”

Atende sempre às determinações da ordem jurídica, o exercício normal do poder quando a este pode e deve se prestar obediência. O exercício anormal deste poder, entretanto, nunca tem amparo jurídico e, os atos dele decorrentes são impostos coativamente numa simples demonstração de força, o que implica em atos ilícitos que nem são permitidos por lei nem tem o menor valor moral, que só constringerão os seus respectivos destinatários, lesando, de alguma forma, os seus direitos.⁴³

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 16 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p.37.

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 827-828.

⁴² SILVA, José Carlos Sousa. *Abuso de poder no direito administrativo*. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 1997. p. 17.

⁴³ *Ibidem.*, p. 17

O que se tem visto no dia-a-dia da sociedade é aplicação de multas de trânsito sem nenhum critério. No fim de semana, os telejornais noticiaram a multa aplicada a um motorista em Niterói, na estrada Caetano Monteiro que estava a 880 km/h. Impossível! Só se fosse um jato, pois nem um carro de fórmula 1 chega a esta quilometragem (em torno de 350 km/h). E mesmo estando errados, os Detrans não são capazes de se corrigirem. Suspendem o direito de ir e vir do cidadão com seu automóvel, levam seu CPF para a Dívida Ativa, e pronto.

É uma violação do direito do contribuinte e, portanto, vê-se um claro abuso de poder.

A legalidade é qualidade imprescindível a qualquer ato da Administração Pública. Sem isso, o uso do poder, em princípio se configura como anormal, eivado de vícios e tudo aquilo que dele derivar, será ofensivo ao homem, seu destinatário.⁴⁴

Vislumbra-se um ato normal do poder de polícia que a Administração Pública tem, quando esta percorre os trâmites legais de forma que todos os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa sejam aferidos ao cidadão. Além disso, estão asseguradas ao contribuinte as garantias sobre como e de que forma o Estado (União, Estados e Municípios) podem tributar, evitando abusos e confiscos que já ocorreram ao longo do tempo no Estado brasileiro (art. 150, e seus diversos incisos em especial IV, CRFB).

Assim sendo qualquer execução fiscal segundo Rogério Abi Ramia Barreto⁴⁵ deve seguir os seguintes trâmites primeiro: ato de inscrição da dívida que ratifica a legalidade da exigência fiscal. Só passa a ser dívida fiscal quando passou a ter uma outra rubrica orçamentária - dívida ativa (art. 39, e seus parágrafos 1º e 2º, da lei 4.320/64). E constitui-se, em pressuposto definitivo para sua cobrança em juízo, quando ocorre a extração de certidão correspondente. Esta certidão é a que fundamentará a petição inicial, sendo este instrumento hábil a suspender a prescrição contra a Fazenda Pública pelo prazo de 180 dias, ou até menos, se houver anterior distribuição do executivo fiscal na Justiça (art. 2º, parágrafo 3º, lei 6.830/80).

⁴⁴ *Ibidem.*, p. 21

A exceção feita aos provenientes das obrigações tributárias, foros, laudêmios, aluguéis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de sub-rogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.⁴⁶

Este dispositivo é favorável a Fazenda, que já tem normalmente cinco anos para propor essa ação, contados da data da constituição definitiva do crédito tributário, sob pena de prescrição, art. 174 do CTN. O que leva a CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - é quando o lançamento, do qual decorre a exigência tributária, passou a ser insuscetível de alteração, pelo transcurso de prazos e meios postos à disposição do sujeito passivo e do Fisco.⁴⁷

Cabe aqui dizer que existe uma ressalva quando a abertura de processo pela Fazenda Pública quando o valor é inferior a 60 UFIR's por não ter autorização legal para ações executivas, cujo valor da dívida seja diminuto.

Denota-se que há uma diferença entre a multa moratória e/ou de ofício e a punitiva. A primeira decorre sempre de um tributo não pago como expressa o art.161 do CTN . Enquanto que a segunda é consequência do cometimento de um ilícito (administrativo).

A multa administrativa, portanto compõe o quadro das receitas públicas, é sanção pecuniária aplicada pela Administração Pública aos administrados em geral, decorrente de infração ou inobservância da ordem legal, inclusive aquelas compreendidas as disposições regulamentares e de organização dos serviços e bens públicos. Depende, entretanto de prévia cominação em lei ou contrato em que cabe sua imposição exclusivamente à autoridade competente, sendo certo que difere tanto da multa penal, que compete privativamente ao Judiciário aplicá-la, como da multa fiscal,

⁴⁵ BARRETO, Rogério Abi Ramia. *Execução fiscal*. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br>>. Acesso em 14 apr. 2008.

⁴⁶ SZKLAROWSKY, Leon Frejda *A Lei de Execução Fiscal: o contencioso administrativo e a penhora administrativa*. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1320>>. Acesso em 14 apr. 2008.

⁴⁷ BARRETO, *op. cit.*, p.3.

decorrente de descumprimento de obrigação tributária relacionada no elenco de receitas tributárias, explicitada no art. 113, §§ 1º e 2º, do CTN ou, ainda admitida como “outras receitas correntes” conforme prescrição do § 4º do art. 11 da Lei nº 4320/64.⁴⁸

A polícia administrativa possui, na sociedade, importante papel, pois ocupa certo espaço da atividade discricionária da Administração Pública. No entanto, ela tem conteúdo jurídico próprio e fins administrativos específicos constantes da lei, sofrendo limitações que o próprio direito lhe impõe. Seus atos, por isso são atos administrativos. Quando ocorre a ilegalidade do ato de polícia por abuso de poder, este deve ser coibido (art. 22 da L. 9784/99); pois ele não pode atingir direitos individuais garantidos pela Constituição.⁴⁹

Várias tem sido os acórdãos em diversas instâncias que denotam o abuso de poder que tange o cidadão quanto ao Código Nacional de Trânsito. Todos embasados nos direitos individuais constitucionalmente garantidos. Alguns exemplos serão explicitados no 3.1.

3 INCLUSÃO NA DÍVIDA ATIVA: ABUSO DE PODER?

A obrigação tributária, como já foi visto, nasce exclusivamente da lei. Concretizada no mundo fenomênico a situação abstratamente descrita na lei, onde o fato gerador ocorreu e dele decorre a obrigação tributária. Assim, inicia-se as relações entre o contribuinte e o fisco, em que o primeiro presta as declarações com vistas ao lançamento pela autoridade administrativa competente e o segundo disciplina a fiscalização, o lançamento e a arrecadação tributária. Relações estas, que constituem o procedimento administrativo tributário como disposto no art. 142 do CTN.⁵⁰

No âmbito federal, o processo administrativo tributário é regulado pelo CTN, pela Lei nº 9.784/99 e pelo Decreto nº 70.235/72. Na esfera estadual, cada Estado-membro dispõe da sua, o mesmo ocorrendo com os municípios.

⁴⁸ HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 49

⁴⁹ SILVA, *op. cit.*, p. 57-58.

⁵⁰ HARADA, *op.cit.*, p. 525.

Sabe-se que o processo tributário é instrumento de composição de litígio de natureza tributária e, pode-se desenvolver no âmbito administrativo e judicial. Entretanto se a decisão administrativa inexistir ou for desfavorável ao contribuinte, este pode usar do princípio da inafastabilidade da jurisdição expresso no art. 5, inc. XXXV da CRFB.⁵¹

Cabe aqui descrever que existem, segundo Carvalho Filho⁵², duas causas que geram a conduta abusiva dos administradores. Numa primeira o agente atua fora dos limites de sua competência (ver ADI-MC2137 / RJ) e numa segunda hipótese, o agente, apesar de estar no âmbito de sua competência, afasta-se do interesse público que deve nortear todo o desempenho administrativo (multas de trânsito e multas da Prefeitura).

O procedimento tributário gira, na maioria das vezes, em torno do lançamento. Entretanto nas multas punitivas tem havido uma usurpação do direito de processo com várias ações chegando aos tribunais, tanto estaduais como federais.

Deve-se observar que a via administrativa segundo uma corrente deve ser levada ao esgotamento antes da busca do judiciário, ou quando em virtude de algum obstáculo legal. Mas existe uma outra corrente que discorda deste enfoque. E ressalta que, este deve ser buscado sempre com vista a que a operatividade ou não do ato ou da conduta administrativa que o interessado pretenda contestar seja alcançado.⁵³

O Poder Polícia é um claro direito do Poder Público, entretanto este deve ser exercido dentro dos limites impostos pela legislação, e com discricionariedade. E no caso das multas de trânsito, este poder tem sido abusado e, conseqüentemente muitas ações tem sido propostas com vistas a coibir este "delito": o de inscrever o contribuinte no CADIN ou SERASA.

Em que pese também a questão da exigência do depósito da multa no processo administrativo para posterior recurso, o STF⁵⁴ em recurso extraordinário de nº RE-AgR-AgR402904/PE cujo julgamento se deu em 14/08/2007 (publicado em 14/09/2007, DOU) com relatoria do Ministro

⁵¹ *Ibidem.*, p. 526.

⁵² CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p.37.

⁵³ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p.807.

⁵⁴ Disponível em:<<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia.html>>. Acesso em: 23 mar. 2008

Sepúlveda Pertence, da Primeira Turma, reconheceu mais uma vez ser inconstitucional esta exigência, por violar garantias constitucionais do direito de petição, do contraditório e da ampla defesa (Informativo STF nº461 e 462, ADIns 1922 e 1976, RREE 388.359, 389.383 e 390.513 M.Aurélio).

Diante do que foi exposto, pode-se considerar que a ética procedimental⁵⁵ descrita sob a ótica de Jürgen Habermas para este ou qualquer outro caso é de que forma decidir-se-á corretamente o que se deve fazer visto que não existe uma forma mais correta de agir ou o que é melhor para determinada comunidade.

Seria a utilização da liberdade, onde a defesa desta se dá quando abrangida pelo princípio processo legal e tem que estar descrita no CTN.⁵⁶

Assim sendo a inclusão na dívida ativa, por parte de qualquer das esferas do Estado, para multa administrativa desconhece sua possibilidade, pois como já se viu a sua materialidade seria função da obrigação principal e/ou acessórias como determinado no art. 106, inc. II, alínea c do CTN e descreve apenas duas possibilidades para esta ocorrência.

Para corroborar este posicionamento, os Tribunais brasileiros assim como o STJ e o STF, tem reiteradamente julgado a favor do contribuinte, portanto a inclusão na dívida ativa é abuso de poder, como se pode ver a seguir pelos exemplos das multas de trânsito.

3.1. VISÕES JURISPRUDÊNCIAIS

Algumas decisões foram encontradas que corroboram com a tese aqui apresentada de que não é possível a inclusão na dívida ativa em face de multa administrativa por ser um abuso de poder sem que o contribuinte exerça as garantias constitucionais a que ele tem direito.

Em termos de jurisprudência, há algumas decisões sobre o assunto; em que todas tem um viés comum: o da necessidade da instauração de um procedimento administrativo. E neste procedimento, o administrado tem que ter o seu direito de defesa assegurado.

⁵⁵ BRAY, *op. cit.*, p.1.

⁵⁶ PESTANA, *op. cit.*, p.45.

Cabe salientar que sob este aspecto, o Poder Público por diversas vezes, deixa de fazer o que era devido, permitir ao contribuinte que este passe pelo processo administrativo em que o devido processo legal e a ampla defesa sejam exercidos, ou mesmo cancela multas por meio de lei estadual, sem certo que este é um dispositivo constitucional da União.

Assim cabe relatar primeiro a existência da ADI-MC2137 / RJ, que versa sobre o cancelamento de multas de trânsito por parte do Estado do Rio de Janeiro. Após esta ADIN, serão elencados sobre julgamento das multas administrativas de trânsito e outras assemelhadas.

Segundo julgamento pelo Tribunal Pleno do STF⁵⁷ em Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. ADI-MC2137 / RJ - RIO DE JANEIRO em face da LEI-003279/99 RJ cujo relator foi Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgada em 23/03/2000, estabeleceu que Lei que declara canceladas todas as multas relacionadas a determinados tipos de veículos, em certo período de tempo, é ato normativo geral, susceptível de controle abstrato de sua constitucionalidade, cuja determinabilidade dos destinatários da norma não se confunde com a sua individualização. Esta individualização sim, poderia convertê-lo em ato de efeitos concretos, embora plúrimos. Assim como as infrações de trânsito, a anistia por lei estadual é passível alegação plausível de usurpação da competência legislativa privativa da União para legislar sobre trânsito, uma vez que, da competência privativa para definir as respectivas infrações, decorre o poder de anistiá-las ou perdoá-las, o qual não se confunde com o da anulação administrativa de penalidades irregularmente impostas. Houve deferimento com votação Unânime. (obs.- ver ADIMC-2064; ADIMC-2101).

As apelações descritas a seguir são do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁵⁸ por relatores distintos que, entretanto em sua maioria julgou procedente o pedido em face de arbitrariedade do poder público.

Como se pode ver na Apelação Cível nº 70023974850 cuja relatoria foi da Juíza Liselena Schifino Robles Ribeiro da Vigésima Primeira Câmara Cível, da Comarca de Porto Alegre em que Direito Público não foi especificado em face de infração de trânsito, com autuação em flagrante

⁵⁷ Disponível em:<<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia.html>>. Acesso em: 27 mar. 2008.

⁵⁸ Disponível em:<<http://www.tj.rs.gov.br/jurisprudencia.html>>. Acesso em: 27 mar. 2008.

pela resolução nº. 149/2003 do Contran. Entendeu a Juíza que em havendo autuação em flagrante, pode o infrator, desde logo, exercer defesa prévia, e evitar a aplicação da penalidade administrativa, assegurado, assim, o devido processo legal e seus desdobramentos (art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal). Oportunizada defesa prévia, antes de aplicada à penalidade de multa, observada, pois, a Resolução nº. 149/2003 do CONTRAN, não há cogitar de nulidade. RECURSO DESPROVIDO. VOTO VENCIDO. Julgado em 07/05/2008 e com publicação no Diário da Justiça do dia 27/05/2008.

Na Apelação Cível de nº 70023423916, o juiz relator Genaro José Baroni Borges, da Vigésima Primeira Câmara Cível (TJ-RS), julgando ação anulatória de multa de trânsito com interposição de recurso administrativo onde houve cerceamento de defesa por não ter sido disponibilizado de prazo para produção de provas. Entendeu o magistrado que esta não disponibilizava de prazo para defesa e produção de provas na esfera administrativa viciou todo o procedimento. Com efeito, não se compreende que possa a autoridade de trânsito julgar consistente auto de infração e aplicar a penalidade só com base na informação do agente de trânsito. A legalidade de qualquer sanção administrativa pressupõe a regular notificação do infrator para oportunizar o Devido Processo Legal, princípio que, combinado com o direito de acesso à justiça, ao contraditório e à plenitude da defesa expresso pelo art. 5º, XXXV e LV CRFB, fecha o cerco das garantias processuais. É equivocado dizer que a notificação de que trata o artigo 282 do CTB assegura o devido processo legal, mais ainda quando de logo produz efeitos que atingem o patrimônio jurídico do proprietário do veículo ou do infrator, como condicionar o licenciamento, por consequência a livre circulação, ao pagamento da pena imposta (CTB, arts. 128 e 131, § 2º). APELO PROVIDO. UNÂNIME. Julgado em 16/04/2008 e publicado no Diário da Justiça / RS do dia 07/05/2008.

Também na Apelação Cível de nº 70022414031 cujo relator foi o Juiz Adão Sérgio do Nascimento Cassiano da Segunda Câmara Cível/TJ/RS. Este reconhece que é possível que o julgador reconheça, de ofício, a caducidade do direito de nova notificação tendente a instaurar novo procedimento administrativo, sem que isso implique afronta aos arts. 128 e 460 do CPC. Mais uma vez, se reconhece que agente e autoridade de trânsito não se confundem (CTB, Anexo I). O primeiro lavra o auto de

infração, mas não julga nem aplica penalidade. O segundo julga a consistência do auto e aplica a penalidade. O sujeito passivo deve ser notificado do auto de infração para exercer o direito de defesa e, julgada a consistência do auto e aplicada à penalidade, deve também ser o sujeito passivo notificado para exercer seu direito de recurso, tudo em homenagem ao princípio constitucional, auto-aplicável, do contraditório e da ampla defesa com os meios a ela inerentes (CF, art. 5º, LV, e § 1º). Recepção, pela nova legislação, das normas do CONTRAN (CTB, art. 314, parágrafo único). A notificação do auto de infração ao infrator não se confunde com a notificação da aplicação da penalidade (CTB, arts. 281 e 282), que são dois atos distintos a ensejar distintos momentos de defesa (CTB, arts. 285 e 286). Existem precedentes do TJ/RS e do STJ. E não há de se cogitar da aceitação da penalidade pelo pagamento da multa de trânsito, em virtude das severas sanções decorrentes do inadimplemento e da possibilidade de devolução do valor na via administrativa (art. 286, § 2º, do CTB). Nos termos da jurisprudência do TJ/RS, a pessoa jurídica de direito público não está arrolada como contribuinte da taxa judiciária inscrita na Lei Estadual nº. 8.960/89/ RS. O DAER/RS, como autarquia estadual, desfruta do benefício do pagamento das custas pela metade nos processos cíveis em que for vencido, nos termos do art. 11, alínea a, da Lei Estadual nº. 8.121/85/RS. APELO PROVIDO EM PARTE. Julgado em 13/02/2008 e publicado no Diário da Justiça do dia 06/03/2008. (Comarca Originária: Guaíba).

Já na Apelação Cível com Reexame necessário de Nº 70023035678, (originário da Comarca de São Leopoldo) cujo relator foi o Juiz Adão Sérgio do Nascimento Cassiano onde não houve Direito Público especificado em face de infração de trânsito. O relator não conheceu da possibilidade de reexame necessário, tendo em vista o que dispõe o art. 475, § 3º, do CPC, tratando-se de matéria já pacificada no Estado do RS e no STJ, em que agente e autoridade de trânsito não se confundem (CTB, Anexo I). O primeiro lavra o auto de infração, mas não julga nem aplica penalidade. O segundo julga a consistência do auto e aplica a penalidade. O sujeito passivo deve ser notificado do auto de infração para exercer o direito de defesa e, julgada a consistência do auto e aplicada à penalidade, deve também ser o sujeito passivo notificado para exercer seu direito de recurso, tudo em homenagem ao princípio constitucional, auto-aplicável, do contraditório e da ampla defesa com os meios a ela inerentes (CF, art.

5º, LV, e § 1º). Ambos foram recepcionados pela nova legislação, das normas do CONTRAN (CTB, art. 314, parágrafo único). Portanto, a notificação do auto de infração ao infrator não se confunde com a notificação da aplicação da penalidade (CTB, arts. 281 e 282), que são dois atos distintos a ensejar distintos momentos de defesa (CTB, arts. 285 e 286). Precedentes da TJ/RS e do STJ. Notificação feita pelo agente de autoridade de trânsito, quando do cometimento da infração, que não contém informação a respeito da possibilidade de apresentação da defesa administrativa e nem tampouco do prazo legal para tanto. De nada adianta notificar o infrator quando da autuação em flagrante, se em tal notificação não lhe é sequer informado o prazo para a defesa prévia. Não há cogitar de aceitação da penalidade ou de ausência de interesse de agir pelo pagamento da multa de trânsito, em virtude das severas sanções decorrentes do inadimplemento e da possibilidade de devolução do valor na via administrativa (art. 286, § 2º, do CTB). Honorários advocatícios reduzidos para R\$ 500,00, considerando-se para tanto os ditames do art. 20, § 3º e 4º, do CPC, o baixo valor da causa e o fato de que, quando do ajuizamento da ação, o objeto da lide já estar pacificado por jurisprudência e Súmula do Estado e do STJ. REEXAME NÃO CONHECIDO. APELO PROVIDO EM PARTE. Julgado em 26/03/2008 com a publicação no Diário da Justiça do dia 18/04/2008.

A veiculação da possibilidade de inclusão na dívida ativa, se dará após todo o procedimento legal pertinente. Pode-se no próximo acórdão visualizar todos os erros diante de uma multa administrativa levada a julgamento na Comarca de Montenegro/RS.

Enquanto que na Apelação Cível de nº 70017660168, cujo relator foi o Juiz Odone Sanguiné da Sexta Câmara Cível, salientou que o sistema jurídico brasileiro adota a responsabilidade patrimonial objetiva do Estado sob a forma da Teoria do Risco Administrativo. Tal assertiva encontra respaldo legal no art. 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil. Para que incida a responsabilidade objetiva, em razão dos termos da norma constitucional em destaque, há necessidade de que o dano causado a terceiros seja provocado por agentes estatais nessa qualidade. A suposta adequação e regularidade do auto de infração restaram superadas no julgamento do Mandado de Segurança. Interposto pela autora, de modo que resta descabido postular a rediscussão do ponto

neste feito. Sobre a questão de fundo versa sobre a responsabilidade civil do Estado em razão dos danos provocados à autora em virtude da lavratura de auto de infração e inscrição do nome da demandante em dívida ativa. Na casuística, verifica-se a responsabilidade do réu pelos atos praticados por seus agentes, que lavraram auto de infração em desconsideração ao Alvará de Licença, concedido pelo próprio Poder Público, e inscrição do nome da autora em dívida ativa, em desrespeito à decisão judicial exarada em Mandado de Segurança. Para a consecução de seu fim, deve a Administração Pública balizar sua conduta nos princípios da legalidade e da moralidade administrativa. Uma vez flagrada a irregularidade, imprescindível a instauração de regular procedimento administrativo, viabilizando a parte interessada o exercício do direito de defesa, de forma prévia à aplicação da sanção administrativa, conforme garantia constitucional faceada pelo art. 5º, LV, da CF/88. No mesmo sentido é o disposto no § 4º, do art. 70, da Lei nº. 9.605/98, ao referir que: “as infrações ambientais são apuradas em processo administrativo próprio, assegurado o direito de ampla defesa e o contraditório, observadas as disposições desta Lei.” Diante disso, não poderia a Administração proceder à imediata aplicação da multa no próprio auto de infração, consoante o referido no acórdão, sob pena de ferir a garantia constitucional prevista no art. 5º, LIV, da CF/88, que estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Ainda estabelece o art. 201, do Código Tributário Nacional que “constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular”. Dispõe o art. 67, caput e parágrafo único, que a inscrição em dívida ativa se dará quanto ao crédito não impugnado. A inscrição em dívida ativa é ato posterior à constituição do crédito tributário, que tem por finalidade o controle administrativo da legalidade, para apurar a liquidez e certeza do crédito, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei nº. 6.830/80. Entretanto segundo a jurisprudência do STJ, até o julgamento definitivo da impugnação no âmbito administrativo, encontra-se suspensa à exigibilidade do crédito tributário. Com mais razão ainda o descabimento do procedimento de inclusão do nome da autora em dívida ativa quando existe decisão judicial exarada em Mandado de Segurança reconhecendo a ilegalidade da lavratura do auto de infração. Nestas circunstâncias, a

inscrição em dívida ativa, com todos os ônus daí decorrentes, em muito extrapola o mero desgosto ou dissabor, tendo em vista as graves e notórias conseqüências advindas do registro no rol de inadimplentes da Fazenda Pública, considerando, ainda, que a inscrição e a divulgação do nome dos devedores por parte do Poder Público tem a única e exclusiva finalidade de constranger moralmente os devedores ao pagamento. Face estarem presente os pressupostos da responsabilidade civil do demandado e o conseqüente dever de indenizar em danos morais, consubstanciado na lavratura indevida de auto de infração e a descabida inscrição do nome da autora em dívida ativa, a acarretar inegável constrangimento e insegurança à demandante, que viu atingidos, ainda, valores de suma importância como paz, tranqüilidade e imagem, de forma que merece guardada o peito indenizatório a título de danos morais, os quais se afiguram, na hipótese, *in re ipsa*. Em relação ao *quantum* indenizatório, sabe-se que a indenização deve representar para a vítima uma satisfação capaz de amenizar de alguma forma o sofrimento impingido. A eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que não signifique um enriquecimento sem causa para a vítima e produza impacto bastante no causador do mal a fim de dissuadi-lo de novo atentado. As despesas contraídas pelas partes com contratação de advogado para defesa de seus interesses em Juízo não são indenizáveis, tratando-se de despesas voluntárias contraídas por aquelas. Ademais, no contencioso administrativo vigora o princípio da informalidade, o que facilita, inclusive, o acesso naquela seara, sendo desnecessária a parte ser representada por advogado legalmente constituído, o que torna mais certa, ainda, a voluntariedade do ato da contratação de causídico. A autora deve, portanto, arcar com os honorários contratuais acertados, além das custas vinculadas ao processo, tendo em vista, ainda, que o trabalho do causídico já recebe remuneração do próprio Juízo, nos termos do artigo 20 do CPC. 10. Ônus sucumbenciais com sucumbência redimensionada. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. Julgado em 25/03/2008 e com publicação no Diário da Justiça do dia 02/04/2008.

Pode-se visualizar diante dos acórdãos elencados acima que o Poder Público deve: primeiro ter mais cuidado com o DIREITO DO CONTRIBUINTE, segundo observar os TRÂMITES ADMINISTRATIVOS

aplicando de forma correta as normas (CTN e leis estaduais e federais) e terceiro não esquecer que os DIREITOS CONSTITUCIONAIS de petição, ampla defesa e contraditório devem ser acatados para não cair na inconstitucionalidade flagrante, levando a um acúmulo de ações no Judiciário desnecessárias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Umberto Allegretti⁵⁹ estabelece que a concretização prática do direito na condição basilar da vida, não é só por fixar-se a uma pura codificação normativa, mas a diferença da liberdade civil que não pode repousar somente num mecanismo de garantia mas também na prevalência do ofício do juiz. Como qualquer legislação, toda a atividade administrativa e financeira deve ser dotada de um eficiente funcionamento, de cuja responsabilidade é o Poder Público.

Diante do exposto, quando se dá a inclusão na dívida ativa por aplicação multa administrativa sem o devido processo legal e a ampla defesa com o contraditório vê-se que ocorre uma violação do direito do contribuinte. E, portanto, um claro abuso de poder quando esta não é aplicada conforme expresso na lei, ou passando por sobre os direitos constitucionais estabelecidos para sua aplicação.

A multa administrativa é componente do quadro das receitas públicas. É, antes de qualquer coisa, uma sanção pecuniária aplicada pela Administração Pública aos administrados em geral, mas deve decorrer de uma infração ou inobservância da ordem legal. Entretanto, para sua aplicação conforme, depende de prévia cominação em lei ou contrato em que cabe sua imposição exclusivamente à autoridade competente.

Pode-se dizer que a legalidade de qualquer sanção administrativa pressupõe a regular notificação do infrator para oportunizar que este exerça o seu direito ao Devido Processo Legal, princípio este que, combinado com o direito de acesso à justiça, ao contraditório e à plenitude da defesa expresso pelo art. 5º, XXXV e LV CRFB, fecha o cerco às garantias processuais.

⁵⁹ ALLEGRETTI, Umberto. *Diritti e Stato nella mondializzazione*. Troina: Città Aperta, 2002. p.131

A inscrição e a divulgação do nome dos devedores por parte do Poder Público tem a única e exclusiva finalidade de constranger moralmente os devedores ao pagamento desde que este seja lícito, se isto não ocorrer, visualiza-se os pressupostos da responsabilidade civil do demandado e o conseqüente dever de indenizar em danos morais. Assim sendo, o Poder Público como guardião de um Estado de Direito, tem que ter cuidado no uso de seu poder de polícia.

Ressalta-se que a obrigatoriedade de depósito para posterior acesso ao processo administrativo foi julgado pelo STF como inconstitucional, por cercear o direito de petição, do contraditório e da ampla defesa.

Cabe, portanto ao Poder Público o zelo com seus administrados para não incorrer tanto no abuso de poder como no cerco a garantia aos direitos constitucionais.

Niterói, 2008

REFERÊNCIAS

- ALLEGRETTI, Umberto. *Diritti e Stato nella mondializzazione*. Troina:Città Aperta, 2002. 303 p.
- ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. *Direito e democracia*. Disponível em: <<http://www.uerj.br/direito/html>>. Acesso em: 6 mai. 2008.
- BRAY, Renato Toller. Uma abordagem habermasiana sobre o problema da legitimação. *Boletim Jurídico*, Uberaba /MG, a. 3, nº 155. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=947>>. Acesso em: 6 mai. 2008
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 960 p.
- BARRETO, Rogério Abi Ramia. *Execução fiscal*. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br>>. Acesso em 14 apr. 2008.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil* 5 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 459.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: editora Coimbra, 1991. 210 p.
- CARVALHO FILHO, J. dos Santos. *Manual de Direito Administrativo* 16 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.1026p.
- CASSESE, Sabino. *La nuova costituzione economica*. 4 ed. Roma-Bari: Laterza, 2007. 346 p.

- CHIMENTI, Ricardo Cunha, *et. al.* *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 614 p.
- DALLA, Ricardo Corrêa. *Multas Tributárias: natureza jurídica, sistematização e princípios aplicáveis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 250 p.
- DALLARI, Adilson Abreu. Controle do desvio de poder. *Revista Trimestral de Direito Público*. [S.l.] n° 46, 2004. p. 33-46.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004. 450 p.
- FERRARESE, M. R. *Le istituzioni della globalizzazione*. Diritto e diritti nella società transnazionale. Bologna: Il Mulino, 2000. 230 p.
- FOUCAULT, Michel. O que é o Iluminismo? In: *Dits et écrits*. Paris: Gallimard, 1994. v. IV p. 679-688.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre a facticidade e validade*. 2 v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. São Paulo: Atlas, 2008. 748 p.
- MONTORO, A. Franco. Introdução à ciência do Direito. 24 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1997. 620 p.
- NOBRE Jr., Eduardo. Uma História do Direito Administrativo: passado, presente e novas tendências. *Revista Trimestral de Direito Público*. [S.l.] n°. 46. 2004. p. 114-135.
- PESTANA, Márcio. *A prova no processo administrativo tributário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. 287 p.
- SARTORIO, E.F. Tutela Preventiva (Inibitória) Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. 164 p.
- SILVA, José Carlos Sousa. *Abuso de poder no direito administrativo*. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 1997. 88 p.
- SUPERIOR Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 14 apr. 2008.
- SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br./portal/jurisprudencia.html>> Acesso em: 14 apr. 2008.
- SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *A Lei de Execução Fiscal: o contencioso administrativo e a penhora administrativa*. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1320>> Acesso em 14 apr. 2008.
- TRIBUNAL de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/jurisprudencia.html>>. Acesso em: 27 mar. 2008
- VILLAGRA, Javier Parquet. *op. cit.*, p. 15-24. Javier Parquet. El derecho administrativo y las ciudades del siglo XXI. *Revista Trimestral de Direito Público*. [S.l.] n° 46, 2004. p. 15-24.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 419

A REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

João Victor de Ataíde Silva¹ - Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá

Resumo: O presente trabalho objetiva analisar a melhor forma de remunerar o serviço de iluminação pública. Preliminarmente, define serviço público, taxas, contribuições. Subseqüentemente, objetiva trazer a discussão a respeito da inconstitucionalidade da remuneração do serviço de iluminação pública pela espécie tributária taxa, além da contrariedade da contribuição de iluminação pública (artigo 149-A da Constituição da República Federativa do Brasil) aos ditames constitucionais. Consta-se que o Supremo Tribunal Federal pacificou que é inconstitucional a remuneração do serviço aqui mencionado através de taxa, pois esta deve remunerar serviço prestado para um grupo específico e de maneira divisível. Por fim, é tratada a controvérsia sobre a remuneração pela contribuição estabelecida no art. 149-A da Constituição Federal pelo serviço de iluminação pública, existindo várias correntes. Acompanhou-se neste trabalho a posição que a cobrança do serviço de iluminação pública através da contribuição é contrária aos ditames constitucionais.

Palavras-chave: Direito Tributário, Serviço Público uti singuli, serviço público uti universi, taxas, contribuições, inconstitucionalidade da taxa de iluminação pública, contribuição de iluminação pública.

INTRODUÇÃO

O tema que ora se aprecia consiste na forma de remuneração do serviço de iluminação pública, que se deu através de taxa e o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da remuneração desta modalidade de prestação de serviço.

¹ João Victor de Ataíde Silva é acadêmico do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, sócio-estudante da Associação Brasileira de Direito Financeiro (ABDF), membro do Grupo de Debates Tributários do Rio de Janeiro (GDT- RIO), estagiário do TRF 2ª Região.

Por esta razão, foi publicada a Emenda Constitucional nº 39/2002, que viabilizou aos Municípios, mediante lei, a instituição da contribuição de iluminação pública, conforme o art. 149-A da Constituição Federal.

Não há de olvidar-se que o fundamento constitucional deste trabalho se encontra, sobretudo, no Sistema Tributário Nacional, que organiza a estrutura estatal brasileira de quem poderá realizar o poder de tributar e de como será efetuado este poder. Este fundamento se consubstancia nos artigos 1º, 145, 154, I e 195, § 4º, todos da Constituição da República Federativa do Brasil.

Como se pode notar, os objetivos gerais consistem em analisar o assunto sob a ótica constitucional e contribuir com a bibliografia nacional, além de acrescentar mais um trabalho acadêmico na cultura brasileira.

Os objetivos específicos residem em analisar a forma adequada de cobrança do serviço de iluminação pública e sustentar a inconstitucionalidade da cobrança deste serviço mediante taxa e contribuição.

As justificativas científicas se lastreiam no fato do serviço de iluminação pública se destinar à coletividade, não podendo ser dividido em unidades autônomas para cada contribuinte, tendo em vista ser um serviço prestado *uti universi*, o que significa dizer prestado para toda a comunidade e não individualmente a cada contribuinte, além de ser um serviço indivisível, consoante dispõe a doutrina brasileira, o que constataremos a seguir.

A relevância da pesquisa para a sociedade está na proteção do contribuinte e efetua-la no sentido da medida de sua capacidade e da proporcionalidade entre os meios e os fins para se alcançar uma finalidade de efetiva prestação do serviço e que este seja cobrado pela Administração Pública de maneira correta, consoante os princípios e ditames constitucionais.

Ora, este trabalho visa também esclarecer a comunidade jurídica, a fim de que ela se conscientize dos males, das vilipêndias aos direitos, os quais são assegurados pela Carta Magna Brasileira, de vinte anos de idade, aos contribuintes. Que os operadores do direito possam agir com atitudes positivas, no sentido de tornar realidade o Estado Democrático de Direito preconizado no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

O SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

De fato, a pesquisa deste trabalho foi inaugurada com a própria Constituição da República Federativa do Brasil, pois esta Constituição orienta aos seus destinatários (Administração Pública, Povo e Comunidade Internacional) o que fazer em determinadas situações. Principalmente quando se trata uma “Constituição Cidadã”, a qual organiza o Sistema Tributário Nacional, onde o Poder Constituinte Originário² definiu quais as espécies tributárias que fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro, estabeleceu algumas regras e princípios, dentre os quais se incluem as limitações ao poder de tributar, as imunidades tributárias, além da competência para a cobrança das exações.

Não se deve esquecer que o direito de hoje vive seu momento pós-moderno, com a nova interpretação constitucional, o papel dos princípios, a colisão de direitos fundamentais, como assevera o autor Luís Roberto Barroso³, no período em que a produção acadêmica nacional, a atividade legislativa, a doutrina, a jurisprudência direcionam-se no sentido da filtragem constitucional, fenômeno que se traduz no dever de submeter quaisquer atos, sejam normativos ou administrativos, projetos de lei, artigos científicos e os próprios ramos da ciência do direito ao crivo constitucional. Neste contexto de pós-positivismo, surgiram novas propostas na doutrina e na jurisprudência, com reflexões críticas e alternativas⁴.

Diante desta situação, este trabalho sufragou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como norteadora de um de seus tópicos, como veremos a seguir, comprovando o que aqui foi afirmado.

Um estudo do direito tributário somente será bem sucedido caso os conhecimentos de direito administrativo sejam bem aproveitados. Por esta razão, para definir serviço público, foram utilizados alguns clássicos do direito administrativo brasileiro, como os autores Maria Sylvania Di Pietro⁵ e José dos Santos Carvalho Filho⁶. Da consulta a ambos, os autores tratam

² Poder Constituinte Originário é aquele que cria uma nova ordem constitucional para um Estado Nacional.

³ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. pág. XIX.

⁴ Para apreciação, vide ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

⁶ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

com maestria sobre os temas abordados em suas respectivas obras. É interessante notar a qualidade da pesquisa realizada pela autora Maria Sylvia Di Pietro com a exposição da posição de autores como Mário Masagão, Leon Duguit, Celso Antônio Bandeira de Mello, José Cretela Júnior.

Passados estes pontos, analise-se a bibliografia do direito tributário, cujo primeiro nome a ser mencionado é do autor Ricardo Lobo Torres⁷. Este é membro da Associação Brasileira de Direito Financeiro, uma instituição dedicada em especializar os operadores do direito em matéria financeira e tributária. Em suas obras, de excelente qualidade, respeita e busca a proteção aos direitos fundamentais do contribuinte. O autor Ricardo Lobo Torres assevera em suas palestras que a receita oriunda da arrecadação de tributos deve se dirigir ao contribuinte, no sentido de zelar pelo bem-estar social do Povo. Isto significa dizer que a receita arrecadada presumivelmente será aplicada na manutenção dos serviços públicos e na satisfação dos encargos diversos que venham a onerar o tesouro em benefício da coletividade.

Outro a ser mencionado é o autor Camilo Fernandes da Graça⁸, que orientou ao que aqui escreve com suas aulas elucidativas. O professor não somente da Universidade Estácio de Sá, como também da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), colaborou com uma publicação que diz respeito à inconstitucionalidade da contribuição de iluminação pública. Foi este professor o interlocutor que recomendou a obra do Exmo. Dr. Juiz Mauro Luís Rocha Lopes⁹ e a do autor Luiz Emygdio¹⁰, os quais tratam do direito tributário através de uma visão moderna e agradável.

Por fim, faço menção ao autor Sylvio Motta¹¹, para corroborar o conceito de poder derivado.

⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁸ GRAÇA, Camilo Fernandes da; GOMES, Marcus Lívio; ANTONELLI, Leonardo Pietro (org). *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

⁹ LOPES, Mauro Luís Rocha. *Processo Judicial Tributário, Execução fiscal e Ações Tributárias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁰ JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da Rosa. *Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário*. 20. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

¹¹ MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional*. 18. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

I-Serviço público

A doutrina majoritária possui dificuldade em definir serviço público, tratando-se de expressão que possui mais de um sentido¹².

Os primeiros conceitos de serviço Público possuem origem na França, através da chamada Escola de Serviço Público, sustentando alguns que o termo em epígrafe dizia respeito a todas as atividades do Estado.

O autor José dos Santos Carvalho Filho¹³ conceituou serviço público, em síntese, como toda atividade prestada pelo estado ou por seus delegados, através de um regime de direito público, com fulcro em satisfazer as necessidades essenciais e secundárias da coletividade.

A autora Maria Sylvia Di Pietro¹⁴ explica que o autor Leon Duguít considerava que serviço público consistia em atividade ou organização, *lato sensu*, abrangendo todas as funções estatais, sendo englobadas pelo direito público.

No ordenamento jurídico brasileiro, o autor Mário Masagão¹⁵, o qual possui o entendimento que serviço público consiste em toda a atividade exercida pelo Estado¹⁶ para atingir suas finalidades. Para ele, a atividade legiferante é ínsita à Administração Pública. Esta voz assevera que serviço público *strictu sensu* administrativo abrange toda atividade desempenhada pelo Estado para atingir seus fins, exceto a judicante.¹⁷

A autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁸ comenta que, ainda que denominado em sentido estrito, este conceito é um pouco amplo, pois abarca todas as atividades desempenhadas pela Administração Pública, sem distinção da atividade jurídica (poder de polícia), da atividade material (serviço público) e da atividade econômica.

¹²Cf. FILHO, José dos Santos Carvalho. *op. cit.* pág. 245 ; DI PIETRO, Maria Sylvia. *op. cit.* pág. 90.

¹³Cf. FILHO, José dos Santos Carvalho. *op. cit.* pág. 247.

¹⁴Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.* pág. 90.

¹⁵Cf. MASAGÃO. apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. pág. 90.

¹⁶Nesta concepção, o autor engloba a atividade judiciária e administrativa. A primeira se trata de função de terceiro no gerenciamento dos procedimentos das partes. Já na segunda, o Estado decide sobre o seu próprio procedimento, o que configura a sua atividade primária.

¹⁷Idem

¹⁸Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.* p. 90.

O autor José Cretela Júnior¹⁹ também é partidário da corrente definidora de serviço público em sentido amplo, no sentido de que através de procedimento típico de serviço público, o Estado exerce toda a atividade, a qual de forma direta ou indireta, tem por finalidade a satisfação das necessidades públicas.

Consoante ensinamento da autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁰, serviço público em sentido estrito significa dizer que ele se confina entre as atividades exercidas pela Administração Pública, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional. Também se insere numa atividade administrativa e diferente do poder de polícia do Estado.

Vejamos o conceito adotado pelo autor Celso Antônio Bandeira de Mello²¹:

serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definidos como próprios no sistema normativo.

Com base no ensinamento de Maria Sylvia Di Pietro²², razoável a se acompanhar, serviço público consiste na atividade material atribuída ao Estado pela lei, para exercício direto ou indireto (através de seus delegados), com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, através de regime jurídico total ou parcialmente público.

Serviços *uti singuli* são serviços públicos específicos e divisíveis, sendo estes os requisitos para remuneração de serviço público através de taxa, diante da previsão legal do artigo 77 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.072/1966) e do artigo 145, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil.

Serviços públicos específicos são aqueles que podem ser fracionados

¹⁹Cf. JÚNIOR, José Cretela. apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. pág. 90.

²⁰Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.* pág. 91.

²¹Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. apud DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. pág. 91.

²²Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.* pág. 94.

em unidades autônomas de intervenção, de necessidade ou de utilidade pública, consoante dispõem o autor Luiz Emygdio Franco da Rosa Júnior²³ e o artigo 79, II, do Código Tributário Nacional. A especificidade, segundo posição deste autor, viabiliza o estabelecimento de uma relação entre o prestador do serviço (Estado) e o beneficiário do serviço (indivíduo ou grupo de indivíduos).

Serviços públicos divisíveis são aqueles susceptíveis de utilização, separadamente, em partes, por cada um dos usuários (Código Tributário Nacional, art. 79, III).

O autor Luiz Emygdio²⁴ lecionou que os serviços públicos divisíveis podem ser individualizados e destacados do complexo dos serviços e atividades gerais do Estado, possibilitando a sua atribuição a uma determinada pessoa. Desta forma, o serviço divisível também será mensurável, devido a possibilidade de auferir o *quantum* de serviço realmente utilizado pelo contribuinte.

Serviços *uti universi* são aqueles que beneficiam a coletividade, viabilizando uma utilidade genérica. Aqui não há que se falar em usuário de serviço, pois a clientela da prestação de serviço público não possui uma sensação de gozo exclusivo do serviço objeto de prestação pela Administração Pública.

II- Taxas

O conceito de taxa foi inserido no ordenamento constitucional brasileiro através do art. 18 da Emenda Constitucional nº 18, de 1965, quando estabeleceu que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios eram competentes para cobrar taxa, mediante dois pressupostos:

- a) exercício regular do poder de polícia
- b) pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos, específicos e divisíveis, prestados aos contribuintes ou postos a sua disposição.

²³ Cf. JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da Rosa. *op. cit.* pág. 310.

²⁴ Cf. JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da Rosa. *op. cit.* pág. 311.

A Constituição de 1967 reescreveu, com o advento da Emenda Constitucional 1 / 69, o conceito de taxa da Emenda Constitucional 18/ 1965 (art. 18-I).

No mesmo sentido asseverou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu art. 145, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os tributos, no seu inciso II, referindo-se às taxas, em razão do exercício do poder de polícia, ou pela utilização efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados aos contribuintes ou postos a sua disposição.

O artigo 77 do Código Tributário Nacional foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e preceituou também que as taxas podem ser cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições e que elas possuem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico ou divisível, prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição.

O autor Ricardo Lobo Torres²⁵, ao tratar a espécie tributária em comento, atribui-lhe natureza contraprestacional, visto que se vincula a uma prestação específica de um serviço ao contribuinte.

Alerta o autor Mauro Luis Rocha Lopes²⁶ que a taxa é um tributo vinculado, tendo em vista que o seu fato gerador é inerente a uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte, sendo informado, pois, pelo princípio da retributividade ou da equivalência. Isto significa dizer que a incidência da taxa é intrínseca à atuação estatal.

III- Contribuições Especiais

Contribuições especiais são aquelas espécies tributárias que, constituído o crédito tributário, são cobradas para atingir finalidade específica, acompanhando-se o autor Camilo Fernandes da Graça²⁷, tendo

²⁵ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *op. cit.* pág. 402.

²⁶ Cf. LOPES, Mauro Luis Rocha. *op. cit.* pág. 225.

²⁷ Cf. GRAÇA, Camilo Fernandes da; GOMES, Marcus Lívio; ANTONELLI, Leonardo Pietro. *op. cit.* pág. 377.

a peculiaridade de serem definidas na Constituição da República Federativa do Brasil, razão pela qual não possuem fato gerador próprio. Às contribuições é atribuído o *status* de espécie tributária intermediária entre os impostos e as taxas.

Conforme lecionou o autor Camilo Fernandes da Graça²⁸, ao se adotar a posição que as contribuições seriam impostos destinados a uma finalidade específica, os seus filiados mitigariam a definição prevista no artigo 4º do Código Tributário Nacional, que tipifica ser a natureza jurídica do tributo obtida pelo fato gerador da obrigação tributária, desconsiderando-se a nomenclatura empregada pelo legislador e a destinação do produto de sua arrecadação.

Com o advento do art. 149-A da Constituição Federal, percebe-se que ocorreu autorização, a teor do texto constitucional, para a cobrança da *contribuição de iluminação pública*, com a finalidade de a Fazenda Pública obter recursos suficientes, através da prestação de *serviços indivisíveis*.

É de se observar que a contribuição especial possui a característica principal de seu fato gerador se assemelhar com fatos que são pitorescos dos impostos, consoante ensina o autor Camilo Fernandes da Graça²⁹. Leciona este autor, em síntese, que uma das diferenças entre impostos e contribuições especiais é que o destino destas se encontra previsto expressamente na Carta Magna Brasileira, enquanto os impostos não são portadores de uma destinação específica. Isto se deve ao fato de o Estado *lato sensu* poder utilizar a receita oriunda dos impostos a fim de satisfazer o interesse público de bem estar social do povo que compõe o Estado Soberano, respeitados os princípios que regem a Administração Pública, o direito financeiro e o direito tributário.

IV- Iluminação Pública : serviço de natureza *uti singuli* ou *uti universi* ? A posição da jurisprudência do STF sobre o tema.

O Supremo Tribunal Federal seguiu a linha na qual o serviço de iluminação pública é de natureza *uti universi*, prestado em caráter geral, para todos.

²⁸ Idem.

²⁹ Idem.

O julgamento que se tornou icônico desta matéria se deu no Recurso Extraordinário nº 233.332-6, da relatoria do Ministro Ilmar Galvão³⁰. No presente caso, o Município de Niterói interpôs um Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal (STF), objetivando a cobrança do serviço de iluminação pública, mediante taxa. Acordou o STF, na ocasião, em sua composição plena, que não era viável a cobrança do serviço de iluminação pública mediante a espécie tributária constante do pedido da ação.

Portanto, não poderia o serviço em epígrafe ser remunerado mediante taxa, pois para que isto ocorresse, o serviço deveria ser dotado das características da divisibilidade e especificidade, o que não aconteceu *in casu*³¹.

O Enunciado de Súmula 670 do STF corrobora o entendimento aqui exposto, ao tratar de maneira expressa, que o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado através de taxa.

V- A contribuição de Iluminação Pública: seria ela também inconstitucional?

Uma pergunta que suscita discussões é se a Emenda Constitucional número 39, de 19 de dezembro de 2002, que acrescentou o art. 149-A da

³⁰ TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO DE NITERÓI. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ARTS. 176 E 179 DA LEI MUNICIPAL Nº 480, DE 24/11/83, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 1244, DE 20/12/93. Tributo de exação inviável, posto ter por fato gerador serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte, a ser custeado por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais. Recurso não conhecido, com declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos em epígrafe, que instituíram a Taxa no município. (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário, RE 233.332-6, data do julgamento: 10/3/99, DJ: 14/5/99: Relator Min. Ilmar Galvão).

³¹ Vale trazer à colação parte do texto do RE 233332-6, do voto da lavra de Sua Excelência do Supremo Tribunal Federal Ministro Celso de Mello, *in verbis*: (...) “O que é preciso perquirir é se o serviço de iluminação pública é um serviço prestado *uti universi*, um serviço geral, ou um serviço prestado *uti singuli*, ou específico. Ou, noutras palavras, se o serviço é destinado à coletividade toda, dado que, se (sic) se tratar de um serviço geral, destinado à coletividade toda, deve ser remunerado pelo imposto. E mais: é preciso verificar se o serviço é divisível, vale dizer, de utilização individual e mensurável. A resposta a essas indagações não é outra : o serviço de iluminação pública é um serviço destinado à coletividade toda, não é um serviço que pode ser dividido em unidades autônomas para cada contribuinte. É, na verdade, um serviço prestado *uti universi*, e não *uti singuli*. Roque Carraza, ao dissertar à respeito dos serviços gerais, prestados *uti universi*, “isto é , indistintamente a todos os cidadãos, “ exemplifica com o serviço de iluminação pública (“Curso de Direito Constitucional Tributário, cit. pág. 327.’). Hely Lopes Meirelles, que defendera a constitucionalidade da Taxa de Iluminação Pública, reconsiderou-se, depois. Leciona, no seu Direito Municipal Brasileiro, 10ª ed. págs. 147-148, que ‘não é cabível a cobrança de taxa pelo calçamento

Constituição, contraria aos preceitos insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

Neste ponto, a doutrina é divergente e o autor Camilo Graça expôs algumas vias para solucionar a questão³²:

Uma primeira corrente sobre o tema é capitaneada pelo autor Ives Gandra da Silva Martins, sustentando que as contribuições, na realidade, possuem o perfil de taxas e que não houve delegação constitucional expressa do poder Constituinte para os legisladores municipais ordinários, e muito menos implícita, a fim de se criar perfil tributário não definido na constituição. De acordo com o aduzido, concluiu autor Ives Gandra que a Emenda Constitucional nº. 39/2002 é constitucional, mas inútil.

A segunda posição, liderada pelo autor Ricardo da Conceição de Souza, aduz que a contribuição de iluminação pública é um imposto rotulado de contribuição.

Na terceira trazida à colação, o autor Paulo Roberto Lyrio Pimenta sustenta que não há que se falar em inconstitucionalidade da Emenda Constitucional de nº 39/2002, uma vez que não houve violação de cláusulas pétreas. Assevera que, no tocante a finalidade especificada da contribuição ora examinada, em nada se identifica com as espécies tratadas no art. 149 da Carta Política Brasileira, classificando-se na quarta espécie de contribuição especial, pareando-se às contribuições sócias, interventivas e corporativas.

Consoante uma ótica prática, é discutível a possibilidade de vislumbrar-se a constitucionalidade da Emenda Constitucional número 39/2002, pois é necessário ponderar que a exação preenche os requisitos do artigo 3º do Código Tributário Nacional e a localização topográfica do art. 149-A da Constituição da República Federativa do Brasil, na chamada "Constituição Tributária", na qual se insere o Sistema Tributário Nacional, que, como é sabido, exerce a função de estabelecer o rol dos tributos que podem ser cobrados no território nacional.

de via pública ou pela iluminação de logradouro público, que não configuram serviços específicos, nem divisíveis, por serem prestados *uti universi* e não *uti singuli*. (...) Evoluímos para a posição atual por verificarmos que esse serviço (o de iluminação pública) não é prestado *uti singuli*, mas sim *uti universi*, insuscetível, portanto, de utilização individual e mensurável'(...)".

³²Cf. GRAÇA, Camilo Fernandes da; GOMES, Marcus Lívio. *op. cit.* págs. 379-382.

O autor Camilo Graça analisou o desenho constitucional do art. 149-A da Carta Magna Brasileira de 1988, no sentido de o Poder Derivado³³ ser acanhado, tão-somente, definindo o seu fato gerador (prestação do serviço de iluminação pública) e facultando a cobrança da contribuição através da fatura de consumo de energia elétrica. Esclareceu o doutrinador a carência de especificação do aspecto quantitativo deste fato gerador (o que significa dizer alíquota e base de cálculo), da especificação de seus contribuintes e de prevenções a inevitáveis conflitos de competência.

Inadequado seria esquecer, também, que a Constituição da República Federativa do Brasil, no seu artigo 146, incumbiu à lei complementar o estabelecimento de normas gerais para instituição do tributo. Esta seria a solução para preencher as lacunas do art. 149-A da Constituição da República de 1988. Como se depreende, a ausência de tal lei complementar pode acarretar em distorções entre as leis instituidoras da contribuição de iluminação pública nos municípios do Brasil ou em inconstitucionalidade das leis que aprovassem a contribuição de iluminação pública.

Ao tratar do tema, o autor Luis Emygdio³⁴ entende que a exação é inconstitucional, pelos fundamentos abaixo.

Em primeiro lugar, porque o art. 149 da Constituição Federal é o permissivo para a União instituir contribuições parafiscais, as quais o produto de sua arrecadação é vertido às entidades, v.g. as contribuições para o INSS, sindicatos, entre outros, e não às pessoas políticas que realizam a cobrança. No caso da contribuição de iluminação pública não ocorre parafiscalidade, pois os entes que a instituíram beneficiam-se com a sua arrecadação. Não existe, portanto, o direcionamento ao parafisco, o qual, na visão do autor Ricardo Lobo Torres é denominado pelos órgãos não pertencentes ao núcleo da administração do Estado, através da prestação de serviços não essenciais, com receitas para-orçamentárias.

³³ É aquele que possui legitimidade para alterar o texto constitucional. Como a Constituição da República Federativa do Brasil é classificada como rígida, esta mudança se dá mediante Emenda Constitucional. Diz o autor Sylvio Motta que o “poder derivado tem como principais características: ser secundário (porque deriva do poder originário), limitado e condicionado, porque a alteração do texto constitucional não pode ser feita de qualquer maneira, ela deve seguir as condições impostas em seu próprio corpo textual”. Cf. MOTTA, Sylvio. *op. cit.* pág. 40.

³⁴Cf. JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da Rosa. *op. cit.* p. 310 a 314.

Convém notar, outrossim, que o art. 149 da Constituição Federal admite, taxativamente, somente três espécies de contribuições relativas ao parafisco: sociais, interventivas (como a Contribuição sobre a Intervenção no Domínio Econômico - CIDE - art. 177, § 4º da CRFB) e corporativas. Não é possível enquadrar a contribuição de iluminação pública nestas, pois se trata de serviço de natureza fiscal e classificado em *uti universi*.

Em segundo lugar, porque há violação do regime de discriminação de rendas construído pelo Poder Constituinte Originário, pelo qual somente permite que a União exerça competência residual exclusivamente em matéria de impostos (CRFB, art. 154, I) e contribuições sociais (CRFB, art. 195, § 4º). Portanto, na matéria sob apreciação, foi conferida competência residual aos Municípios e ao Distrito Federal no que toca a uma contribuição que nem é social e muito menos denominada imposto. E ainda que os fosse, a exação continuaria a vilipendiar a Constituição Cidadã nos seus artigos 154, I e 195, § 4º, pois haveria vício, neste caso, de iniciativa legislativa.

Para o autor Luiz Emygdio, há contrariedade ao princípio da segurança jurídica, sus-tentáculo do Contribuinte no Estado Democrático de Direito, acompanhando o autor Roque Antônio Carraza, ao mostrar que o alcance desse princípio está na certeza e equidade, sendo desrespeitado pela razão de se criar um tributo não alocado no Sistema Tributário Nacional pelo Poder Constituinte Originário.

O próximo fundamento se encontra na definição dos tributos, que configuram sua estrutura qüinqüipartite - conforme ratificado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³⁵ - estabelecidas pelo Poder Constituinte Originário e que uma Emenda Constitucional não poderia criar uma nova espécie tributária, pois a Carta Magna Brasileira já tipificou os tributos em espécie, quais sejam:

a) imposto - visa a remuneração de serviço com caráter genérico. Por esta razão, não é tributo vinculado;

b) taxa - objetiva remunerar serviço público específico e divisível (é tributo vinculado);

c) contribuição de melhoria – o seu fato gerador é a execução de obra pública ocasionadora de valorização imobiliária (também vinculada);

³⁵ Recurso Extraordinário nº 138.284 de 1º de julho de 1992.

d) empréstimo compulsório – tem a função do Estado *lato sensu* obter receita, nos casos do art. 148 da CRFB, consistindo em tributo restituível;

e) contribuição parafiscal – destinado ao parafisco (CRFB, art. 149).

É importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou sobre a constitucionalidade ou não da remuneração do serviço de iluminação pública em sua composição plena.

Portanto, diante da fundamentação até aqui traçada, é razoável acompanhar o entendimento que a contribuição de iluminação pública fere a Constituição e espera-se que o Supremo Tribunal Federal declare que o art. 149-A da Constituição Federal é inconstitucional, pois somente a Egrégia Corte Constitucional brasileira pode fazê-lo, em sede de controle repressivo concentrado de constitucionalidade³⁶, *ex vi* da interpretação sistemática do art. 102, I, “a” da Constituição da República Federativa do Brasil, com a Lei 9868, de 10 de novembro de 1999, maneira ideal de declarar a inconstitucionalidade do art. 149-A da Constituição Federal.

III - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cumprido assinalar que o serviço de iluminação pública é prestado para toda a coletividade, portanto *uti universi*, não havendo que se falar em serviço prestado para um grupo determinado.

É neste sentido que a doutrina vem se posicionando. Assim, ela sugeriu que a exação ideal para cobrar o serviço de iluminação pública é o imposto, visto que este se destina à coletividade e utilizado de maneira que devem ser respeitados os princípios e regras constitucionais, os quais se aplicam na manutenção de serviços públicos e na satisfação de encargos diversos, que oneram o Tesouro do Estado *lato sensu*, em benefício da coletividade.

³⁶ Consoante ensina o autor Luís Roberto Barroso, *op. cit.* p. 46 e p. 47, o controle repressivo, também chamado de sucessivo ou *a posteriori*, é utilizado quando a lei já se encontra em vigor e esta modalidade de controle se destina a paralisar a eficácia da lei ou ato normativo submetido ao controle de constitucionalidade. No sistema concentrado, somente um órgão ou um número restrito de órgãos, criados para esta finalidade ou tendo esta atividade de filtrar leis ou atos normativos como sua função principal. Este modelo é também chamado de modelo Austríaco, pois foi adotado pela primeira vez na Constituição da Áustria.

Observamos que o Supremo Tribunal Federal pacificou a controvérsia que existia sobre a remuneração do serviço de iluminação pública através de taxa. A Corte Constitucional brasileira entendeu, em sua composição plena, que era inviável cobrar o serviço em comento pela taxa, pois esta deve remunerar prestação de serviço especificamente para um grupo determinado. Isto significa dizer que os municípios não podem utilizar a espécie tributária taxa para cobrar o serviço de iluminação pública.

Verificou-se ao longo do artigo que, com o advento do artigo 149-A da Constituição da República Federativa do Brasil, inseriu no ordenamento constitucional brasileiro a contribuição de iluminação pública.

Assinale-se que não é mansa a questão, havendo posições da doutrina de alto renome no sentido de que é o preceito inconstitucional, tese razoável de se acompanhar, que os nossos tribunais superiores não se pronunciaram de maneira segura sobre a questão, o que espera-se que o façam, seja por via incidental, sendo melhor a abstrata, declarando a inconstitucionalidade da contribuição de iluminação pública. A via eleita para a cobrança do serviço em discussão neste artigo não merece prosperar, tendo em vista os argumentos acima esposados, que se resumem na violação de todo o Sistema Tributário Nacional, inculcado pelo Poder Constituinte Originário, acompanhando-se o entendimento da autorizada doutrina que do tema trata. Assim, a contribuição de iluminação pública fere a Constituição por ser serviço de natureza fiscal, prestado *uti universi*, não sendo possível enquadrar a contribuição no art. 149 da Constituição Federal, dentro do qual as contribuições são vertidas ao parafisco. No presente caso, há violação também dos art. 154, inciso I e art. 195, § 4º, pois houve vício de iniciativa legislativa em conferir competência residual às Municipalidades e ao Distrito Federal, além desta forma de remunerar o serviço público de iluminação não ser contribuição social ou imposto. Outro aspecto encontra-se na vilipêndia ao princípio da segurança jurídica, que se traduz no Estado Democrático de Direito, em certeza e equidade, violados ao ser criada uma nova espécie tributária por não estar alocada, originariamente, no Sistema Tributário Nacional e não pertencer à estrutura quinquipartite adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Espera-se também que com a reforma tributária seja solucionado este vício na Constituição Cidadã.

IV - REFERÊNCIAS

- 1) ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- 2) BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- 3) DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- 4) FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- 5) GRAÇA, Camilo Fernandes da; GOMES, Marcus Lívio; ANTONELLI, Leonardo Pietro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- 6) JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da Rosa. *Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário*. 20. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- 7) LOPES, Mauro Luís Rocha. *Processo Judicial Tributário, Execução fiscal e Ações Tributárias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- 8) TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- 9) BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Disponível em www.planalto.gov.br/legislacao. Acesso em setembro de 2008.
- 10) www.stf.jus.br
- 11) www.google.com.br

ASPECTOS DO REALISMO JURÍDICO

André R. C. Fontes - Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo)

O Realismo Jurídico orienta-se para um objeto de compreensão, como qualquer outra escola que estuda o Direito. A experiência na Escandinávia, na Inglaterra e nos Estados Unidos da América evidenciam essa assertiva. O objeto é contemplado, na Escola Realista, sob duas perspectivas diversas: como realidade social e, também, como estrutura de variadas formas, marcada por distinções peculiares.

O Realismo estadunidense estuda o Direito, não como expressão humana e ideológica, mas, sim, como uma realidade, produto de experiências e de realizações de uma sociedade. Essas vivências destinam-se ao controle dos conflitos de interesses e, não obstante suas origens sociais, também são forjadas por decisões judiciais, de acordo com a teoria em concreto. Essas realidades inspiram e esculpem as regras que fazem ou produzem uma determinada conduta ou resultado na sociedade.

O Realismo dos Estados Unidos da América identifica o Direito como preceito, isto é, com os seus ideais e finalidades e, também, com critérios e orientações que deverão ser aplicados aos casos concretos. Esses preceitos referem-se a regras como expressões prescritivas, que devem ser aplicadas pelo juiz. Em outras palavras, orientam como devem decidir os magistrados, de acordo com o conceito de Direito. Afiguram-se, entretanto, garantia relativa e restrita, devido à subjetividade de sua formulação verbal.

A inserção de regras no reino da ação tem conseqüências nos fatos da vida. A necessidade de impor a solução de conflitos por meio de coação e de tê-la em conta, no atuar do Direito, permite o conhecimento objetivo do homem de que todo o comportamento social, produzido judicialmente,

constitui a razão essencial do surgimento e da função de controle do Direito, da qual é dependente toda classe de liberdades e a própria realidade social.

A associação desses fenômenos representa um controle, especificamente porque o Direito significa, em uma maior amplitude, a totalidade de um corpo de elementos opostos, com pessoas e grupos antagônicos. Ao examinar esse movimento, percebe-se uma eterna luta pelo controle do aparato do Direito e pelo seu processo de evolução.

Nessas circunstâncias, o Direito dos Estados Unidos, privado e constitucional, desenvolveu uma espécie de chave técnica de auto-saneamento, que abriu suas portas para a sua afirmação e aprimoramento. Ele tem como característica marcante estar, sempre e permanentemente, receptivo às inevitáveis mudanças sociais.

A concatenação que acabamos de esboçar faz com que a ordem jurídica seja um regime de controle social numa sociedade organizada e politicamente desenvolvida. O aperfeiçoamento desse controle ocorre mediante a sua sistemática e ordenada aplicação a uma sociedade em evolução, de acordo com o seu enlevo e crescimento.

Em nossa época, como a natureza do Direito nunca se apresenta como regra, em sentido estrito, os princípios, os conceitos e os critérios jurídicos ou legais padronizados de condutas são pautados pelas circunstâncias e infiltrados por novos fatores de pressão social e por fundamentos ou vias de caráter moral. Essa perspectiva alçou a Teoria dos Interesses ao patamar de norteadora de todo o sistema. Por essa teoria, um sistema jurídico alcança as finalidades da ordem jurídica, seja mediante o reconhecimento de certos interesses, individuais, públicos e sociais, seja mediante a definição dos limites dentro dos quais esses interesses serão juridicamente reconhecidos e gerarão efeitos, através dos preceitos jurídicos. Esse fenômeno se dá mediante o esforço de assegurar a proteção dos interesses assim reconhecidos, dentro dos seus limites balizadores. Para empreendê-lo, se faz necessário fazer um inventário, selecionar, fixar os padrões de proteção e considerar os meios pelos quais ele poderá ser exercido; e, daí, partir para a ponderação de princípios de valoração dos interesses.

Ao correlacionarmos os diversos fatores que intervêm na formação da escola e da técnica estadunidense, encontramos muitas coincidências com a discricionariedade da linha de pensamento inglesa. Um exemplo pode sintetizar, com precisão, essa similitude na construção jurisprudencial dos dois países: danos ocasionados, por exemplo, a um consumidor pela sua exposição a substâncias tóxicas existentes em uma garrafa d'água mineral são de responsabilidade do fabricante. O fornecedor do produto está submetido ao amplo princípio, segundo o qual quem explora atividade que, previsivelmente, poderá prejudicar os seus destinatários, responderá pelos danos ocasionados. Afinal, todos devem exercer o seu mister com diligência razoável para evitar infringir danos àqueles que se destinam os seus produtos.

A escola escandinava estuda o Direito como norma e como fenômeno jurídico. A norma assinala o sentido do comportamento do juiz e o fenômeno jurídico da sua submissão às regras, o que faz com que seu estudo corresponda, respectivamente, à Ciência Jurídica e à Sociologia Jurídica. Os progressos do realismo no Direito coincidem com a Teoria Empirista, ou seja, consubstanciam um conhecimento advindo da experiência ou da percepção dos fatos. O Empirismo conduz a uma interpretação negativa, que consiste em rejeitar a especulação metafísica; também leva a outra interpretação, de natureza positiva, que consiste em centrar nos fatos do *ser* e propicia, então, que o Direito se defina como certo comportamento de fato. Evita-se, pois, nesse contexto, a incidência do princípio dualista, que gravita entre a validade e a vigência ou eficácia da norma. Daí porque se afirma ser empírica a Ciência do Direito, que não deve se aventurar na realização do impossível, nem descrever normas de *dever ser*, como proposições de *ser*. Uma ciência é empírica, em contraposição à metafísica, se descreve fatos que se sucedem no tempo e no espaço e, também, se expõe o sentido de certos aspectos do comportamento humano.

Nessa perspectiva, a Teoria Pura do Direito confunde normas jurídicas com proposições. As normas jurídicas não devem ser expressas em proposições de Direito, a não ser acerca do Direito propriamente dito. Do contrário, deverão ser formuladas da seguinte forma: uma norma isolada, que prescreve determinada conduta, é direito válido, enquanto o caráter positivo do Direito não está na validade e no justo meio entre

ela e a sua eficácia. No sentido de que a eficácia é condição de validade, ela deve vincular-se à criação de um ordenamento jurídico íntegro e uno; deve, também, assegurar que uma norma individual não perca sua validade, porque a validade como mera palavra não deve ser utilizada, já que, como fato real, deve ser aceita pelo Direito, o que impõe que se proceda à atividade de interpretar. Daí conclui-se que a orientação, ditada pela avaliação das normas, define a validade e representa causa de eficácia, como sucede no caso do pagamento da mesma dívida várias vezes. Por isso, para se aferir a eficácia, deve-se subtrair a racionalização de fatos psíquicos.

A aceitação do realismo jurídico tradicional, pela confluência da orientação dos EUA e da Escandinávia, decorre de conveniência fundamental em um sistema que se propõe a operar a partir da noção de realidade social e de seus modos de aplicação. O problema da realidade e dos destinos, que a sua relação com o Direito encerra, destoa do sistema de direitos subjetivos, consagrado nos sistemas jurídicos romano-germânicos. Uma consciência dessa última família sempre estabelecerá a idéia de um direito subjetivo, incompatível com o Realismo. Nesse aspecto, é de boa lembrança que o Realismo escandinavo não conheceu o direito romano, porque a *Romanitas* não lhe atingiu. Já o Realismo estadunidense, ao contrário, recebeu o legado inglês, na sua versão românica do “Common Law.”

Para expressar a síntese da escola comum jurídico-realista, há de se determinar o seu alcance, fundamento e função. O alcance dessa escola é determinado pela sua evolução, ditada pelo seu desenvolvimento histórico e conceitual. Ao se dizer que o Direito é a prática jurídica, quando se afirma que a vida do Direito não foi lógica, é a experiência, expressada através de fatos, decisões e mudanças que determinaram essa conclusão. O Direito é orientador e controlador social que harmoniza preceitos opostos, os quais se encontram sistematizados em regras, princípios, conceitos, critérios jurídicos, como padrão de organização de interesses. O Direito é concebido como um comportamento de fato, que deve ser visto de acordo com sua consequência coativa. Como todo comportamento social, o Direito produzido judicialmente está a indicar a objetividade jurídica, através de um processo de elaboração razoável de decisões,

que combinam princípios, padrões operativos, e a sua própria auto-limitação na discricionariedade de decidir.

Os pensadores dessa escola adotam uma metodologia pragmática, que vai desde o mero empirismo, no estabelecimento e aplicação do Direito, até a adoção de elementos metodológicos de caráter sociológico, de modo a estabelecer sua existência e alcance. A escola do Realismo Jurídico funda-se na premissa segundo a qual o Direito está estribado em interesses opostos ou, na acepção da Teoria dos Interesses, em interesses individuais, públicos e sociais, na determinação dos limites dos interesses reconhecidos e no esforço de assegurá-los e tutelá-los.

A Teoria dos Interesses opostos constitui o fundamento de controle do Direito, mas não em bases ilimitadas e, sim, por meio da criação de um sistema jurídico, de acordo com a realidade social e o senso comum do povo. Prestigiar o costume e a experiência judicial como emanções da própria sociedade — e não como meros pronunciamentos dos tribunais ou da legislatura — é a mais relevante das funções dos precedentes judiciais. E esse propósito é alcançado no sistema “Common Law” com a *reductio ad unum* nas decisões judiciais da vontade livre e soberana do povo.

Rio de Janeiro, 18 de novembro de 2008.

