

REVISTA

ESCOLA DE
MAGISTRATURA
REGIONAL
FEDERAL



EMARF

TRIBUNAL
REGIONAL
FEDERAL

2ª REGIÃO



Nº 1

AGOSTO/99

Revista **EMARF**

ERRATA

Informamos que por falha de nossa revisão:

- o nome do Desembargador Federal Dr. Ricardo Regueira, saiu publicado como Ricardo Nogueira, pág. 02, sendo correto o 1º nome.

- o nome do Diretor de Estágios Dr. Clélio Erthal, saiu publicado como Clélio Herthal, pág. 03, sendo correto o 1º nome.

Pedimos desculpas.

IDECEX EDITORA

Revista

EMARF

Escola de Magistratura
Regional Federal

TRF 2.^a Região - Rio de Janeiro - N.º 1 - P. 7 - 208 - 1999

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2.^a REGIÃO

COMPOSIÇÃO

Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA *Presidente*
Desembargador Federal ARNALDO LIMA *Vice-Presidente*
Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS *Corregedor*
Desembargador Federal PAULO FREITAS BARATA
Desembargadora Federal JULIETA LÍDIA LUNZ
Desembargadora Federal TÂNIA HEINE
Desembargador Federal CHALU BARBOSA
Desembargador Federal VALMIR PEÇANHA
Desembargador Federal CARREIRA ALVIM
Desembargador Federal PAULO ESPÍRITO SANTO
Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE
Desembargador Federal CASTRO AGUIAR
Desembargador Federal NEY FONSECA
Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA
Desembargador Federal ROGÉRIO VIEIRA DE CARVALHO
Desembargador Federal ANTÔNIO CRUZ NETTO
Desembargadora Federal TANYRA VARGAS
Desembargador Federal RICARDO NOGUEIRA
Desembargador Federal FERNANDO MARQUES
Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFÁCIO COSTA
Desembargador Federal SÉRGIO FELTRIN CORRÊA
Desembargador Federal FRANCISCO PIZZOLANTE
Desembargador Federal BENEDITO GONÇALVES

CONSELHO DIRETOR

Desembargador Federal
DR. PAULO FREITAS BARATA

Diretor-geral

Desembargadora Federal
DRA. TÂNIA DE MELLO BASTOS HEINE

Diretora de Cursos

Desembargador Federal aposentado
DR. CLÉLIO HERTHAL

Diretor de Estágios

Juíza Federal
DRA. LILIANE DO E. SANTO RORIZ DE ALMEIDA

Diretora Adjunta de Cursos

Juiz Federal
DR. ANDRÉ JOSÉ KOZLOWSKI

Diretor Adjunto de Estágios

Editor-Executivo
Arlindo Costa
Diagramação
Marculina Paiva
Assistente de Redação
Claudia Blasetti
Revisão
Cristina Papa
Tiragem
5.000 exemplares
Circulação
Nacional
Distribuição
Gratuita

Produção e Comercialização :
"IDECEX"

e-mail: idecex@sol.com.br

Fone: (0XX11) 3326.0900

Fax: (0XX11) 3326.2551

R. Brig. Tobias, 748

01032-001 - São Paulo - SP

Capa

Secretaria de Documentação e Produção Editorial

Equipe da EMARF

Christiane M. Novellino Valverde

Adilene V. A. Bondrino

Alcir Lisboa Cardoso

Carlos J. Santos Delgado

Claudia Pinto Simões

Éldson Bezerra da Silva

Revista EMARF

Escola de Magistratura Regional Federal

Tribunal Regional Federal - 2.ª Região

Rua do Acte, 80-3.º Andar-Anexo I - Rio de Janeiro-RJ

N. 1 (Agosto 1999)

EMARF - TRF 2.ª Região/RJ, 1999 - 208 p.

EDITORIAL

A Escola de Magistratura Regional Federal foi, efetivamente, criada em 01 de agosto de 1997, tendo como um de seus objetivos o aprimoramento da formação profissional dos Juizes Federais lotados nesta 2ª região, que abrange os Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, através do estudo da ciência e da Filosofia do Direito, bem como da pesquisa científica na área jurídica.

A Revista da EMARF surge como conseqüência natural do trabalho desenvolvido, destinada, principalmente, à divulgação da produção cultural dos Juizes Federais, tornando-a acessível a todos os estudiosos do Direito e da administração judiciária.

Acreditamos que essas atividades integradas tornem a prestação jurisdicional mais célere e segura.

É a nossa contribuição ao Poder Judiciário e à Pátria.

Paulo Freitas Barata

Diretor-Geral da EMARF

SUMÁRIO

■ A COMPETÊNCIA DA UNIÃO FEDERAL PARA INSTITUIR NOVAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DESTINADAS AO CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL. CF, ART. 193, § 4.º	
Mauro Luís Rocha Lopes	7
■ A CONSTITUIÇÃO-CIDADÃ: 10 ANOS DEPOIS	
Vencedor do I Concurso de Monografia da EMARF: Marco Falcão Crisinelis	14
■ A ÉTICA E O MAGISTRADO	
Clélio Erthal	29
■ A JUSTIÇA FRENTE AO GOVERNO: ALGUMAS NOTAS	
Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva	31
■ A MAGISTRATURA E O MAGISTÉRIO SUPERIOR	
Ricardo Perlingeiro M. da Silva	41
■ A SÚMULA 260 DO TFR E O CÁLCULO ZERO	
Liliane do Espírito Santo Roriz de Almeida	44
■ A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL NO MERCOSUL E A NECESSIDADE DE ARBITRAR MÊCANISMOS DE COOPERAÇÃO IDÔNEOS	
Maria Teresa Cárcamo Lobo	48
■ ADMISSIBILIDADE DO CONCURSO DE INFRAÇÕES PENAIS NA EVASÃO DE DIVISAS	
Guilherme Calmon Nogueira da Gama	58
■ "ASPECTOS GERAIS DA NOVA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DIRETA E INDIRETA NA EMENDA CONSTITUCIONAL n.º 19/98"	
Alberto Nogueira Júnior	75
■ BREVES COMENTÁRIOS À LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (N.º 9.279/96)	
Tânia Heine	87
■ CNPJ-CADASTRO NACIONAL DE PESSOA JURÍDICA	
Theophilo Antonio Miguel Filho	92
■ COISA JULGADA	
Augusto Guilherme Diefenthaler	100
■ DA AÇÃO MONITÓRIA	
Firly Nascimento Filho	104
■ DA IMPORTÂNCIA DOS CURSOS NO EXTERIOR PARA O DESENVOLVIMENTO DOS JUÍZES	
Regina Coeli M. C. Peixoto	113
■ DAS REFORMAS CONSTITUCIONAIS	
Roy Reis Friede	119
■ DOS ATUAIS EFEITOS DA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA PARA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DE TRIBUTO E PARA AUTORIZAR A COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS	
Tanyra Vargas de Almeida Magalhães	135
■ DIREITO AMBIENTAL	
Maria Helena Cisne	139
■ DIREITO PENAL-ATOS ILÍCITOS E SEUS REFLEXOS NO PLANO TRIBUTÁRIO	
Julieta Lídia Machado Cunha Lunz	163
■ EFEITO ATIVO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO	
J.E. Carneira Alvim	167
■ ENTIDADES DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL E COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL	
José Carlos Garcia	174
■ FORTALECIMENTO DO JUIZ NATURAL	
Valéria Medeiros de Albuquerque	181
■ MANDADO DE SEGURANÇA: ASPECTOS ALUSIVOS À COMPETÊNCIA	
Arnaldo Esteves Lima	184
■ MERCADO INTERNO - UMA LEITURA PANORÂMICA AO ART. 219 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	
Eugênio Rosa de Araújo	187
■ O JUDICIÁRIO E A APLICAÇÃO SOCIAL DA PENA	
Marco Falcão Crisinelis	191
■ SEGURANÇA JURÍDICA, LIBERDADE E SÚMULA VINCULANTE	
Alberto Nogueira	201

A COMPETÊNCIA DA UNIÃO FEDERAL PARA INSTITUIR NOVAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DESTINADAS AO CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL. CF, ART. 195, §4.º

Mauro Luís Rocha Lopes*

Nos dez anos que se seguiram à promulgação da Constituição, muito se debateu acerca do alcance e da correta exegese de seus preceitos, merecendo destaque as manifestações jurisprudenciais envolvendo institutos recém aportados em nosso ordenamento jurídico, tais como a medida provisória, cuja reedição eficaz tem merecido críticas por parte da doutrina e aceitação em sede judicial, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, estes, por sinal, detentores de resultado prático idêntico, na visão do Pretório Excelso.¹

Conquanto estigmatizada por alguns como “engessadora” do progresso da nação, o que não lhe pode servir de demérito, porquanto muitos dos que assim proclamam hodiernamente são os mesmos que, quando de sua promulgação, alardeavam, orgulhos, co-autoria de seu texto, a Constituição vigente vem sendo apontada, desta feita com justiça, no contexto mundial, como uma das mais preocupadas com a preservação dos interesses legítimos do cidadão frente ao arbítrio inconsequente do Poder Público.²

É bem verdade que o inegável animus da Assembléia Nacional Constituinte de bem evidenciar os direitos individuais, assim como as correlatas medidas assecuratórias, dessumido do art. 5 e seus incisos, deve se fazer seguido de interpretação do texto constitucional, em todos os âmbitos, despida de preconceito e indolência,³ como forma de se garantir ao destinatário da norma protetiva eficácia e aplicação tão abrangentes quanto satisfatórias.

Partindo de tal premissa, iniciemos uma análise da amplitude do preceito constitucional do art. 195, §4º, que veio a autorizar a instituição de outras fontes destinadas ao custeio da seguridade social, ou, como querem alguns, atribuir competência tributária residual à União Federal, no tocante às contribuições sociais para financiamento da seguridade.

1. A posição do STF - Crítica

Decidiu o STF (RE 228.321-RS), recentemente, que a Lei Complementar nº 84/96 é constitucional, afastando mácula na tributação envolvendo a Contribuição Social incidente sobre a remuneração creditada aos empresários, trabalhadores autônomos e avulsos, em que pese alguns aspectos da hipótese de incidência da exação serem próprios das hipóteses de incidência do IR e do ISS.

Seguindo orientação esposada pelo eminente Min. Carlos Velloso, optou o Pretório Excelso pelo entendimento no sentido do qual a norma do art. 195, §4.º, da Constituição da República, ao se referir à técnica de competência residual da União (art. 154, I), deve ser entendida como estabelecadora, tão-somente, da exigência de lei complementar para instituição de contribuições diversas das autorizadas originalmente no texto constitucional, à guisa de novas fontes de custeio da seguridade social.

Com relação à vedação de utilização de base de cálculo ou fato gerador próprios de impostos permitidos pelo ordenamento jurídico, conforme o mandamento constitucional do art. 154, I, manifestou-se assim o Exmo. Sr. Min. Relator:

“...quando o § 4.º, do art. 195, da C.F., manda obedecer a regra da competência residual da União — art. 154, I — não estabelece que as contribuições não devam ter fato gerador ou base de cálculo de impostos. As contribuições, criadas na forma do § 4.º, do art. 195, da C.F., não devem ter, isto sim, fato gerador e base de cálculo próprios das contribuições já existentes.” - trecho de voto extraído do informativo 127 do STF.

À luz da posição adotada pelo Guardião da Constituição, deve-se concluir que o legislador constituinte padecia do mal também havido como pecado capital: a preguiça. Vejamos o porquê disso:

Dispõe o art. 154, I, da Lei Maior que “a União poderá instituir, mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição”. Tratou o referido preceptivo, portanto, de estabelecer regras condicionantes do exercício da chamada competência residual da União Federal, no tocante aos impostos.

Sucedee que, como reconhecido pelo STF, à União Federal também foi assegurada competência para instituir contribuições sociais outras, que não as delimitadas no art. 195, incisos I, II e III, da Constituição, para garantir o financiamento da seguridade social, na forma do §4.º do citado dispositivo, assim redigido: “A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I”.

Parece óbvio que a instituição de outras contribuições sociais para financiamento da seguridade social está condicionada a que não tenham as mesmas fatos geradores e bases de cálculo próprios dos impostos discriminados na Constituição, a par dos requisitos da não-cumulatividade e da lei complementar, à luz do que prescreve o art. 154, I.

Mas o STF não quis assim. Preferiu entender a e. Corte que a remissão ao art. 154, I, contida no preceito constitucional do art. 195, §4.º, diz respeito tão-somente à exigência de lei complementar. Como se ao legislador constituinte não fosse muito mais fácil, para tanto, inserir na regra do art. 195, §4.º, a expressão lei complementar, ao invés de aludir a dispositivo outro, com amplitude maior.

Imaginou-se ainda que a alusão feita ao art. 154, I, teve por escopo proibir a instituição de novas contribuições sociais com fato gerador e base de cálculo próprios de contribuições já discriminadas na Constituição.

“Sofisticado” argumento, que, para ser aceito, determinaria a inserção, pelo intér-

prete, ao final do texto constitucional do art. 195, §4.º, da expressão latina "mutatis mutandis". Isto quer dizer que a técnica delineada à competência residual da União Federal para instituir impostos deveria ser aplicada ao exercício da competência para instituir novas fontes de custeio da seguridade social, desde que substituindo-se, no texto do art. 154, I, o vocábulo impostos pelo vocábulo contribuições.

Assim teríamos, numa livre adaptação do preceito aludido, que a União poderá instituir, mediante lei complementar, outras contribuições sociais para financiamento da seguridade social, desde que não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios das contribuições discriminadas nesta Constituição.

Esta, a posição da Excelsa Corte, e que redunda na conclusão inafastável: o constituinte estava acometido de certa indolência quando redigiu o art. 195, §4.º. Tivesse ele dito que a União poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, as quais, em se tratando de contribuições sociais, dependerão de lei complementar e não poderão ter base de cálculo ou fato gerador próprios das discriminadas nos incisos I, II e III, não estaríamos debatendo o tema, pois que o preceito constitucional estaria estabelecido de forma a afastar interpretação dúbia.

2. Nossa opinião

Tivemos a oportunidade de decidir lide envolvendo a contribuição de que trata a LC n.º 84/96, nos seguintes termos:

"Como já visto, sustenta a autora que a Lei Complementar n.º 84/96 viola o comando insculpido nos arts. 195, §4.º e 154, I, da Constituição da República, uma vez que institui contribuição com fato gerador e base de cálculo idênticos aos do Imposto de Renda e do ISS.

De plano, convém notar que a LC n.º 84/96, lastreada expressamente na norma do art. 195, §4.º, da Constituição (cf. sua ementa), nomeia as novas fontes de custeio da Seguridade Social que institui de 'contribuições sociais', o que encerra contradição, porquanto o aludido preceptivo constitucional, ao referir-se a 'outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou a expansão da seguridade social' (grifou-se), não se referiu à contribuição social, já elencada no caput do dispositivo. Do contrário, inferir-se-ia que o vocábulo 'outras' ali inserido traduz palavra inútil no texto, absurdo repudiado pela hermenêutica jurídica.

Reforça a tese acima esposada a alusão feita pela norma do art. 195, §4.º à técnica da competência residual da União Federal para instituir impostos, estabelecida no art. 154, I, também da Carta Magna — *não se olvidando que o princípio da não-cumulatividade é inerente aos impostos indiretos, v.g. IPI, ensejadores da chamada 'conta-corrente fiscal', onde são lançados débitos e créditos, numa espécie de compensação*. De ver-se, portanto, que a Assembléia Constituinte pretendeu limitar a liberdade do legislador na instituição de outras fontes de custeio da seguridade social, estipulando que, em se tratando de novos impostos, teriam eles que ser criados por lei complementar, além de ser não-cumulativos e com

fatos geradores e bases de cálculo distintos dos atinentes aos já existentes. Resumindo, pode a União, através de lei (ordinária) instituir outras fontes de custeio da seguridade social, além dos já previstos recursos provenientes dos orçamentos dos entes da federação e das contribuições sociais (dos empregadores, dos trabalhadores e incidente sobre a receita de concursos de prognósticos), com a ressalva de que, se houver criação de novos impostos — *que neste caso teriam natureza jurídica 'sui generis', já que vinculados a atividade estatal específica* —, há que se observar a técnica da competência residual prevista no art. 154, I, da Lei Maior.

No particular, é de se ver que a exceção à regra constitucional do art. 167, IV (princípio da não-vinculação de receita de impostos) estaria sendo feita pela própria Constituição, que vinculou a instituição de outras fontes de custeio da seguridade social ao disposto no art. 154, I, que trata de competência residual para instituir impostos. Argumenta-se, porém, que ao se referir a 'outras fontes', o dispositivo constitucional a que se faz referência (art. 195, §4.º) estaria aludindo a contribuições sociais distintas daquelas previstas nos incisos I, II e III, do art. 195, da Carta Política (dos empregadores, dos trabalhadores e incidente sobre a receita de concurso de prognósticos). A prevalência de tal tese, contudo, não teria o coudão de afastar a regra imperativa do art. 154, I, ou seja, as novas contribuições sociais teriam que ser instituídas por lei complementar, além do que deveriam ser não-cumulativas e não poderiam ter fato gerador ou base de cálculo próprios dos impostos discriminados na Constituição.

Pretender que, nessa hipótese, a exigência constitucional para a instituição de novas contribuições refira-se, tão-somente, ao instrumento legislativo adequado (lei complementar), é interpretar a norma constitucional do art. 195, §4.º de forma a restringir o seu âmbito, desintegrando a garantia ao contribuinte ali prevista; além do inequívoco menoscabo à inteligência do legislador constituinte, que para tanto poderia simplesmente ter inserido o termo 'lei complementar' no texto do preceptivo, excluindo a expressão 'obedecido o disposto no art. 154, I'.

De duas uma, portanto: ou se entende que a norma constitucional do art. 195, §4.º não permite a instituição de outras contribuições sociais além daquelas previstas nos incisos I, II e III, do art. 195, caso em que a remissão feita ao inciso I, do art. 154, produzindo efeitos somente em relação a impostos, traduziria norma de ênfase (mero "lembrete" ao legislador); ou se adota a tese de que novas contribuições sociais podem ser criadas, desde que observado o regime jurídico da competência residual da União.

O que não se pode admitir é a limitação da incidência do art. 154, I, da Constituição, contrariando-se a própria literalidade do dispositivo, criando-se contribuições sociais, não previstas originalmente, com base de cálculo e fato gerador próprios de impostos já existentes, onerando-se de forma ilícita o contribuinte. (...)” - Processo nº 97.6475-1, 6.ª Vara Federal/RJ.

Não foi por um mero capricho que a Assembléia Constituinte remeteu as hipóteses de criação de novas fontes de custeio da seguridade social às exigências do art. 154, I, portanto.

Ainda que superado o argumento de que entre as novas fontes de custeio da seguridade social, cuja instituição encontra-se permitida no art. 195, §4.º, da Lei Maior, não se enquadram as contribuições sociais (exaustivamente previstas nos incisos I, II e III do aludido preceptivo), certo é que a regra do art. 154, I, merece, *in casu*, aplicação integral e despida de interpretações que conduzam a uma verdadeira modificação de seu texto expresso.

Como é sabido, impostos são tributos não-vinculados, vale dizer, contêm em sua hipótese de incidência um mero *signo presuntivo de riqueza*,⁴ desvinculada esta de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.⁵

Por outro lado, a base de cálculo caracteriza-se como a verdadeira expressão econômica da hipótese de incidência, traduzindo seu aspecto mensurável ou quantitativo.

Parece razoável que o legislador constituinte tenha vedado a criação de impostos residuais que venham a incidir sobre fato exteriorizador de riqueza já alcançado por imposto preexistente, ou mesmo calculado a partir de grandeza que reflita a expressão econômica de fato gerador próprio de imposto já discriminado no texto constitucional.

Por que se suspeita então que tal regra não vale quando a hipótese é de criação de novas contribuições sociais para financiamento da seguridade social, quando se sabe que estas, incidindo, v.g., sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro das empresas, assumem, para muitos, natureza jurídica específica de imposto?⁶

CARRAZZA define, de forma peremptória:

“...estas ‘contribuições’ são verdadeiros tributos (embora qualificados pela finalidade que devem alcançar). Podem, pois, revestir a natureza jurídica de imposto, de taxa ou de contribuição de melhoria, conforme as hipótese de incidência e bases de cálculo que tiverem. (...) Em abono ao que escrevemos, a ‘contribuição social para a seguridade social’ é, para o empregador (enquanto representante da empresa), um *imposto*, cuja hipótese de incidência assim pode ser sintetizada: remunerar pessoa que paga previdência social.”⁷

Mesmo a se considerar a contribuição especial (ou “parafiscal”) como espécie autônoma do gênero tributo, qualificada sempre por sua destinação constitucional, não se há de perder de vista que freqüentemente vem a merecer hipóteses de incidência típicas de impostos, isto é, que englobam fato exteriorizador de riqueza e desvinculado de atividade estatal relativa ao contribuinte.

Considerando que o art. 154, I, faz referência a fato gerador e base de cálculo próprios dos impostos, pergunta-se: que são fato gerador e base de cálculo próprios das contribuições sociais?

A resposta é mais do que evidente: não há fato gerador ou base de cálculo próprios das contribuições sociais, não sendo por outra razão que, em relação a estas, critérios marcantes a sua perfeita identificação são a finalidade e a destinação legal do produto de sua arrecadação, não se lhes aplicando o mandamento contido no art. 4, II, do CTN.⁸

Não cabe, d.y., sustentar que a norma constitucional do art. 145, §2.º (“as taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos”), resolve a questão, por não estender a vedação ali aludida às contribuições especiais. Trata-se de interpretação duvidosa por

natureza, por isso que efetivada meramente a contrario sensu. Além disso, a norma em questão é, sabidamente, meramente explicitante, não tendo acarretado nenhuma inovação na doutrina tributária pátria.

Ora, se a “base de cálculo tem que ser uma circunstância inerente ao fato gerador, de modo a figurar-se como sua verdadeira e autêntica expressão econômica”,⁹ a irrecusável distinção entre as hipóteses de incidência das taxas e dos impostos deve ensejar, necessariamente, bases de cálculo desassemelhadas em relação a tais espécies tributárias.

Nessa linha, se o imposto enquadra-se como tributo não-vinculado, porque seu fato gerador é um signo presuntivo de riqueza independente de atividade estatal relativa ao contribuinte; ao passo que a taxa é tributo vinculado, informado pelo princípio da retributividade, devido em função da prestação de serviço público ou do exercício do poder de polícia, a base de cálculo deste último não deve e não pode expressar economicamente um fato exteriorizador de riqueza, caso em que seria própria do imposto.

Por tal razão, repita-se que a norma do art. 145, §2.º, da Constituição é norma de pura ênfase, além do que não poderia abraçar a contribuição social porquanto não se pode falar em base de cálculo própria desta, como já visto.

E se não existe base de cálculo própria de contribuição social, até porque também não tem esta fato gerador próprio, como se imaginar que a alusão feita no §4.º do art. 195 da Carta Magna à técnica de instituição de impostos residuais esteja a determinar que as novas contribuições não podem ter base de cálculo ou fato gerador próprios das já previstas no ordenamento constitucional?

O caso seria, quando muito, de se interpretar a regra constitucional do art. 154, I, no particular,¹⁰ como proibitiva da instituição de novas contribuições sociais para custeio da seguridade que tenham base de cálculo ou fato gerador idênticos aos das contribuições já permitidas.

Com isso, entretanto, estar-se-ia substituindo outra palavra do texto original (“próprios”), além do que, sabendo-se que o vocábulo próprio tem sentido distinto do vocábulo idêntico, a hipótese configuraria, verdadeiramente, modificação ilícita do texto constitucional do art. 154, I, no que toca às contribuições residuais.

Em sua excelente obra intitulada “Contribuições Sociais no Sistema Tributário”, José Eduardo Soares de Melo transita didaticamente sobre o tema, como se vê a seguir:

“A faculdade de a União criar outras fontes de custeio para a Seguridade Social (mediante novas contribuições sociais) constitui medida excepcional, condicionada a diversos requisitos fundamentais, entre os quais ‘a inexistência de fato gerador ou base de cálculo idênticos aos dos impostos discriminados na Constituição’. Tratando-se de nova figura tributária, com característica de imposto, há que se respeitar todas as materialidades dispostas no art. 153, adicionais desses impostos, bem como os impostos residuais (art. 154), para evitar bitributação, e, ainda, aqueles contidos nos arts. 155 e 156, para impedir invasão de competências.
(...)”

Portanto, no caso do §4.º do art. 195, a dicção constitucional só permite a instituição de outras contribuições sociais, além das concernentes sobre o faturamento,

lucro e salários.(art. 195), que não compreendam os impostos encartados nos arts. 153 a 156.” - Malheiros, 2.^a edição, pp. 187/188.

4. Conclusão

Resulta do que foi exposto, s.m.j., que as materialidades dos impostos previstos na Constituição só poderão sofrer a incidência de tributos outros quando previstos estes expressamente em seu texto,¹¹ devendo o exercício da competência tributária residual, mesmo em relação às contribuições sociais, se afastar da bitributação¹², como se deduz do preceito constitucional do art. 154, I.

Esta interpretação da “Constituição-Cidadã” parece-nos a que mais se aproxima de seu irrecusável intuito de proteger o contribuinte da conhecida sanha arrecadatória do fisco.

Bibliografia

¹ Fiel à doutrina de Kelsen, o STF não admite possa o Poder Judiciário legislar positivamente, mesmo diante de reconhecida mora imputável ao Poder Legislativo.

² Não foi por outra razão apelidada de “Constituição-Cidadã”.

³ Muitas vezes verificada em julgamentos realizados com base, exclusivamente, em longinquos precedentes.

⁴ Na expressão clássica de Alfredo Augusto Becker.

⁵ Art. 16 do CTN.

⁶ A chamada contribuição previdenciária, “tal como lhe traçou o legislador a hipótese de incidência, é imposto para o empregador e taxa para o empregado” (Geraldo Ataliba, *Hipótese de Incidência Tributária*, RT, 3.^a ed., p. 163).

⁷ Curso de Direito Constitucional Tributário, Malheiros, 8.^a ed., pp. 320/321 - rodapé.

⁸ “Para as contribuições, o destino da arrecadação é um elemento essencial à definição da figura. Se a razão de ser da contribuição é pertencer a um determinado grupo, e pagar em solidariedade ao grupo, o destino da arrecadação é elemento essencial. Se não há arrecadação vinculada ao grupo, aquilo não é contribuição. É outra coisa” (Marco Aurélio Greco, citado por José Eduardo Soares de Melo, *Curso de Direito Tributário, Dialética*, pp. 48/49).

⁹ cf. Amílcar Falcão, *in* Fato Gerador da Obrigação Tributária, RT, 2.^a ed., p. 138.

¹⁰ Vale dizer, no contexto do art. 195, §4.^o da Carta.

¹¹ Caso da Contribuição Social Sobre o Lucro em relação ao IR, como decidiu o STF no RE n.º 146-733-SP.

¹² Traduzida na “pluralidade de incidências tributárias sobre a mesma riqueza ou hipótese, ainda que exercitada pela mesma pessoa política” (Marçal Justen Filho, “Contribuições Sociais”, *Caderno de Pesquisas Tributárias*, v. 17, p. 160).

A CONSTITUIÇÃO-CIDADÃ: 10 ANOS DEPOIS*

Marco Falcão Critsinelis **

Sumário:

1. Introdução.
2. A gênese da Constituição-Cidadã.
3. Aspirações e decepções da Constituição de 1988.
4. A frustração institucional.
5. A Carta Cidadã e a separação dos Poderes.
6. A influência da era pós-moderna na Constituição atual.
7. O discurso do neoliberalismo.
8. O papel do Judiciário. 9. Conclusão.

1. Introdução

O tema sugere a reflexão dirigida ao balanço¹ da repercussão jurídica, social e política pelo transcurso do decêndio desde a promulgação da Carta de 1988. Ao adotar-se o aludido critério urge a imperiosa avaliação do resultado, através de crítica alicerçada na transmutação do regime ditatorial para o Estado Democrático de Direito abraçado pela Assembléia Constituinte.

Nesse diapasão, deve-se verificar a congruência entre a abstração humana do regime de governo democrático com a realidade social que ele visa reger, para a efetiva legitimidade de atuação das possibilidades e dos limites da nova ordem constitucional como forma de regulação social.²

De efeito, inobstante as multifárias conseqüências da revolução constitucional promovida pela Constituição de 1988, essencialmente, deve-se centralizar o ponto de investigação entre a relação causal da efetividade do *ius cogens* e a cristalização do sentimento constitucional³ capaz de estabelecer a paz social e a segurança jurídica, princípios instrumentais para alcançar-se o sobreprelúdio gizado no preâmbulo⁴ da Constituição cidadã do Brasil: a sociedade fraterna.⁵

2. A gênese da Constituição-Cidadã

A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado de Direito Democrático começou assim que se instalou o golpe de 1964 e especialmente o Ato Institucional n.º 5, instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas a partir da eleição de governadores e 1982. Intensificara-se quando, no início de 1984, as

multidões acorreram entusiásticas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República, interpretando o sentimento da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social.⁶

Como atenta José Afonso da Silva: *"É a Constituição-Cidadã, na expressão de Ulisses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania"*.⁷

A despeito do tema, vale trazer à colação homenagem póstuma do Juiz do Tribunal Regional Federal da 2.^a Região Arnaldo Esteves Lima⁸ ao Capitão dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, *verbis*: *"Como se sabe, em 05.10.88, sob a presidência do insigne deputado federal Dr. Ulysses Guimarães, a Assembléia Nacional Constituinte promulgou a vigente Constituição, que muito inovou em nosso ordenamento jurídico-institucional. Seu texto, como não poderia deixar de ser contém princípios que lhe são, por natureza, próprios, tanto material quanto formal. A par disso, existem normas outras, e várias, que melhor encontrariam sua disciplina na legislação infraconstitucional. Observe-se, todavia, que as regras constitucionais, formalmente, pelo nosso sistema, têm igual hierarquia, pouco importando a maior ou menor nobreza - sob o prisma jurídico - existente entre elas.(...) Alvo de elogios por seu conteúdo essencialmente democrático mas, também, de críticas, no sentido construtivo, por sua prodigalidade na proclamação de direitos que o Estado ainda não tem condição de assegurar, a mesma já sofreu vinte e cinco Emendas e várias outras se prenunciam, tudo visando, ao que se sustenta, adequá-la à realidade nacional.(...) É impossível, este não é o propósito, realçar tudo de bom que a mesma acrescentou à nossa ordem normativa. É certo, porém, que tal ocorreu, abundantemente. Seu texto, igualmente, reclama alterações, supressões etc., o que vem sendo feito pelo órgão competente, que é o Congresso Nacional. É inegável que seu advento valeu a pena e seu décimo aniversário não pode ser esquecido, inobstante coincidir com as eleições (04/10) e a 'crise financeira internacional', pois ela é muito importante para o nosso país, ao inseri-lo, definitivamente, no rol das Nações Democráticas, após período de turbulências institucionais que, no momento, não vem a pêlo recordar. Finalmente, por justiça, é de se lembrar que a forte associação que existe entre a 'Constituição-Cidadã' e o saudoso brasileiro Dr. Ulysses, recomenda que, ao saudá-la pelo decurso de uma década de existência, a sua memória seja, igualmente, reverenciada, como preito de reconhecimento e agradecimento pelo importantíssimo trabalho daquele expressivo homem público que, tão obstinadamente, presidiu a última Constituinte."*

3. Aspirações e decepções da Constituição de 1988

A Assembléia Nacional Constituinte, na transição política entre a ordem constitucional de ditadura imposta pelo regime militar e o Estado Social de Direito, acabou por politizar a essência da aspiração ideológica de liberalização do Brasil.⁹

Dessa forma, o Constituinte de 1988 cometeu seu primeiro pecado ao praticar a juridicização

do fato político denominado democracia, não resistindo à tentação de legislar casuisticamente, o que entendeu ser o instrumental capaz de estabelecer o *welfare state*, esquecendo-se que o processo de democratização divide-se em etapas e que jamais será consolidado.¹⁰

Esse afã de normatizar o incansável¹¹ está demonstrado no vetusto art. 5 onde o constituinte regulou os direitos e garantias individuais em 77 incisos para, como a demonstrar sua rendição ao impossível desiderato de elencar, mesmo a título de *numerus clausus*, os direitos naturais¹² imanentes ao ser humano, estabelecer em seus parágrafos a auto-aplicabilidade e a não-exclusão de outras garantias, inclusive as reconhecidas pelos tratados internacionais.

Sem embargo, a Constituição-Cidadã não foi pautada na inteligência das implicitudes, como já foi adjetivada a Constituição estadunidense, lançando-se ao desafio da explicitação dos direitos e das limitações, equívoco despercebido e que ensejou o seu curto fôlego histórico.¹³

A Assembléia Nacional não atentou na subordinação necessária e imperativa à teoria da legislação da qual as regras de direito são instrumentos práticos, em especial as constitucionais, elaborados e construídos por homens, para que, mediante seu manejo, produzam na realidade social uns certos efeitos, precisamente em cumprimento dos propósitos concebidos.¹⁴

A essência dessa doutrina está sintetizada na necessária utilidade pública das regras de direito, na esteira da exigência pioneira que se continha no artigo 5 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1789, princípio agasalhado pelo artigo 179, inciso II, da Constituição Imperial do Brasil de 1824, dando assento histórico ao determinar que *"Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública."*¹⁵

O desatendimento às premissas básicas, no momento sublime da corporificação da novel Constituição, teve o condão de, em uma análise prospectiva da época, criar a dualidade irremovível entre o direito e a realidade, rompendo necessário equilíbrio na tensão existente na linha imaginária de interseção, como já advertira Konrad Hesse, do inevitável extremo da norma vazia de realidade ou da realidade vazia de normatividade.¹⁶

Em síntese, os méritos trazidos pela inovação topográfica com preferência aos direitos e garantias individuais (diversamente da Carta de 1988, que consagra princípios e direitos fundamentais nos primeiros títulos, para depois tratar da Organização do Estado, a Constituição de 1967 cuidava primeiramente da organização nacional - Título I - para, num segundo momento, estabelecer os direitos - Título II), a inserção da cláusula mágica do *due process of law*¹⁷, a prevalência dos direitos humanos¹⁸ e outras conquistas transformadas em cláusulas pétreas em decorrência da adoção da regra programática extemadora da justiça social, como realçado por Sérgio Zveiter: *"Há dez anos o país e a cidadania reconquistavam sua plena capacidade, com a outorga de uma nova Constituição. De lá para cá, não têm faltado vozes que condenam, com maior ou menor ênfase, o diploma fundamental. Impõe-se, contudo, uma avaliação isenta dos dez anos de vivência de nossa Lei Fundamental. Cumpre não olvidar o momento histórico em que foi partejada. Recém-saímos das trevas de prolongada ditadura militar. Inevitavelmente, uma nova Constituição seria o estuário das ânsias libertárias. Haveria, até, o risco dos excessos e a forte possibilidade do exercício do delírio romântico político-institucional. Nada disso, contudo, desqualifica um texto de tal natureza e majesta-*

de. As constituições, tais como os homens, são somatórios de sua essência e de suas circunstâncias. No confronto dessas vertentes, cremos perfeitamente adequado dizer que a Carta de 1988 tem um elenco de virtudes bem superior ao de seus defeitos.(...) Todavia, o essencial reside em que, por primeira vez, na História, os poderes do Estado restaram realmente independentes e autônomos. Doutra parte, fortaleceram-se expressivamente as instituições da Ministério Público e da Advocacia, como pilares essenciais da realização do ideal de justiça e de canalização dos anseios da cidadania.(...) Mas o problema não está na Constituição que, em tais segmentos, era correta e elogiável, quando foi promulgada. O que ocorreu foi uma dinâmica, em plano global, tão vertiginosa que os pilares ideológicos, materiais e estruturais, aplicáveis a tais campos, envelheceram prematuramente. Fato que não invalida o trabalho exemplar antes feito, nem autoriza a crítica raivosa dos iconoclastas por mero amar à arte da destruição."

4. A frustração institucional

Em relação à averiguação dos objetivos institucionais e normativos pretendidos pela transformação política operada pela promulgação da Constituição-Cidadã, temos conhecido a frustração da ideologia democrática, com o distanciamento para a efetiva concretização de justiça distributiva e comutativa.¹⁹

A nossa Carta retrata hoje o simbolismo decadente do sonho pela realização de democracia, uma vez que cedeu sua força política aos homens que exercem os Poderes Republicanos, despersonalizando-se de um Documento social²⁰ para o que Canotilho denomina como Constituição econômica, servindo como instrumental para a realização do neoliberalismo.²¹

Dessa forma, toda a diretriz constitucional converge para a subordinação aos interesses e controle do *big government* e do *big business*, valendo a advertência de Eugênio Raul Zaffaroni que, "*dentro da relatividade do mundo, a impossibilidade do ideal não legítima a perversão do real.*"

Considerando a faceta formal da Constituição em vigor, a omissão legislativa de diversos dispositivos constitucionais que dependem de norma intercalar para sua efetividade social deixam desamparada a cidadania brasileira que não logrou alcançar, até o presente momento, direitos simbólicos invocados na Carta, a par dos remédios constitucionais que ela mesma prevê, no caso o mandado de injunção e a ação direta para declaração de inconstitucionalidade por omissão.²²

Permanecendo nessa linha, a transfiguração sofrida pela Carta de 1988 pela força compulsiva do processo legislativo de Emendas vem causando duas conseqüências primordiais: a primeira é o rompimento da estabilidade necessária capaz de produzir o já denominado sentimento constitucional e a sua conseqüência imediata - o estabelecimento da paz e da segurança jurídica; a segunda, a transmutação da doutrina da separação dos Poderes²³.

5. A Carta Cidadã e a separação dos Poderes

A par do ciclo histórico da evolução da teoria tripartite da separação dos Poderes,

temos que o pragmatismo das relações políticas atuais impinge a análise da questão relativa à independência e harmonia dos Poderes da República do Brasil, diante da *Lex Mater*, notadamente no que tange ao controle recíproco das funções estatais.

A independência dos Poderes retrata, tão-somente, o exercício da função imanente a cada Poder, por intermédio de sua estrutura burocrática, hierarquicamente sobposta sobre a cúpula de cada órgão máximo dos três Poderes.²⁴

De outro lado, a harmonia preconizada pela doutrina de LOCKE e MONTESQUIEU e difundida no seio das constituições ocidentais, nada mais é do que a expressão da teoria ditada pela organização original do Estado Americano, relativamente aos freios e contrapesos (*checks and balances*), ou seja, o controle recíproco, a fim de se evitar o arbítrio de um deles.²⁵

Entretanto, o exercício do neoliberalismo e a prática da linguagem pós-moderna, bem como os fenômenos da transnacionalização colocam novos desafios ao direito constitucional e à teoria das normas que lhe está subjacente.²⁶

A separação de poderes, ao contrário dos motivos que embasaram o surgimento do Estado liberal, além de conservar a sua feição de antídoto para a limitação dos apanágios do governantes, assoma como sistemática de eficiência estatal em sua ação.

O Poder Legislativo, particularmente, requer maior agilidade na fiscalização da atividade financeira da administração e na elaboração de leis de regência da sociedade. Quanto ao Executivo, a dinâmica estatal contemporânea exige plataforma política voltada à justiça social, com expedito substancial à estrutura da sociedade civil, no que tange ao fornecimento de condições de acesso à educação, saúde, segurança pública, assistência e seguridade social.

Ao Judiciário, no limiar da transição para a era pós-moderna e na complexa sociedade tecnológica de nossos dias, as atividades de controle mudam de vetor, deixando de voltar-se primordialmente para o passado para ocupar-se do futuro. O Juiz passa a exercer, pelo clamor social, uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento imposto pela estrita legalidade e responsabilidade exclusivamente retrospectiva, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades política das quais ele não mais se exiue em nome do princípio da legalidade.²⁷

Dessarte, a crise dos Poderes na atualidade brasileira decorre, essencialmente, da perda da diretriz social, cujo primado da fraternidade, como paradigma social da época contemporânea, é a capa protetória dos direitos da terceira geração. É, enfim, o único meio de equilíbrio entre a democracia e os efeitos transnacionais da globalização econômica.²⁸

Porquanto, findou o estágio da humanidade com relação aos dogmas da liberdade, igualdade e fraternidade. E com ele morreu nosso documento corporificado como Constituição.²⁹

No Brasil, atualmente, ao se falar sobre os Poderes da República, insta averiguar se os representantes governamentais têm a sensibilidade da consciência dos princípios superiores e inatos à pessoa humana, uma vez que o texto escrito no documento sublime da República do Brasil não expressa um comando restrito em si mesmo. Porém, representa mero instrumental para a realização de sobreprincípios³⁰ democráticos, cujos

conceitos encontram-se no intróito da Carta, como se anotou linhas atrás.³¹

Em suma, a reflexão sobre a gênese do estado moderno é, nos clássicos, o caminho de uma ampla reflexão sobre a gênese da sociedade moderna e o exercício da interpretação das normas constitucionais, temperado com o sentimento humanístico - até porque, em política, interpretar é sempre um exercício de liberdade. Disse alguém que "A desgraça dos que não se interessam por política é serem governados pelos que se interessam"³².

6. A influência da era pós-moderna na Constituição atual

A tendência moderna do estudo setorizado de instituições próprias do Estado, em virtude da complexidade dos fenômenos conjunturais da sociedade, tem levado à redução da cosmovisão no aperfeiçoamento das mesmas, já que suprime uma das facetas primordiais à compreensão e conseqüente evolução científica da organização sistêmica³³, ofertando-lhe suporte axiológico hábil em conferir coerência interna e harmônica.

De sorte que, a preocupação com a solução dos conflitos sociais, a redução das desigualdades material e formal, enfim, o cumprimento de todo o complexo das funções do Estado, imprimindo-se apenas a regulação através de leis, tende a um ESTADO DE LEGALIDADE³⁴, cuja ineficácia se atesta em face da dissensão na matriz organizacional do ente estatal, como estrutura orgânico-funcional do poder.

Nesse diapasão, imprescindível afigura-se o meio de interação entre a produção das funções do Executivo, do Legislativo e do Judiciário dentro da atual realidade - o estágio que se denomina pós-moderno³⁵ e imprime às teorias da separação dos Poderes novos contornos³⁶.

Na verdade, hodiernamente, ocorre a mudança no paradigma político-social, em razão da reorganização do setor de produção, percebida numa série de técnicas e estratégias para ajustarem-se à permeabilidade do atual conceito de fronteiras geográficas das soberanias³⁷, retratadas pela competitividade, produtividade, reengenharia, *downsizing*, *empowerment*, *global source*, trabalho em *team*, *customer driven production*, *just in time*, empresa virtual, *benchmark*³⁸.

Adverte Aymore Roque P. de Mello que a fragilidade da Carta, pela perda da decência de sua rigidez, está gerando o protagonismo político, encartado, hodiernamente, pelo Chefe do Executivo. Dí-lo: "O retorno às práticas democráticas recriou o Estado de Direito e, como conseqüência do desenvolvimento da consciência política nacional, desembocou na Assembléia Constituinte Originária que, em 1988, promulgou a denominada Constituição Cidadã, consagradora de substantivas conquistas da sociedade no plano das liberdades públicas, dos direitos sociais e de cidadania, dentre outros, grande parte fruto de históricos pleitos e árduas lutas do povo brasileiro. (...) Na área pública, as demandas sociais reprimidas revelam as distorções do Estado organicamente imperial, funcionalmente corporativo, economicamente deficitário e socialmente inadimplente; na área de iniciativa privada, escancarasse a selvageria e volatilidade dos capitais financeiros, a fragilidade do sistema bancário, a precariedade de sustentação econômica dos parques produtivos nacionais e, até por conseqüência, a insipiência e inconstância

dos mercados de trabalho e de consumo, de par com altas taxas de desemprego, baixos níveis salariais, crescimento geométrico do mercado informal de trabalho e notável incremento nos índices de inadimplência empresarial e civil. No plano dos efeitos, este processo torna inescandível a situação concordatária, marcadamente pré-falimentar, do Estado brasileiro em todos os seus níveis e segmentos institucionais, públicos e privados. E porque inegável, a crise passa a mobilizar os principais e históricos fatores da cena política nacional e estrutura um verdadeiro e litigioso processo de disputa pelo poder de produzir e direcionar a sua solução".³⁹

7. O discurso do neoliberalismo

A Carta está sendo manejada como se fora a plataforma política inerente ao regime parlamentarista, onde o chefe do Poder Executivo conta com o apoio incondicional de seu "gabinete", que, por mera questão circunstancial, é nominado, no Brasil, como Congresso Nacional e como Poder Republicano independente.

Esse retrato político tende a perverter a Constituição e tachá-la como empeco à diretriz econômica e salvadora da crise brasileira. Como exemplo, é contundente a avaliação do subchefe jurídico da Casa Civil do Palácio do Planalto, Gilmar Ferreira Mendes, em entrevista concedida à imprensa, do seguinte teor: *"Se para o investidor externo as mudanças na Constituição, ao longo destes dez anos, auxiliaram a vinda de empresas estrangeiras, no plano interno ela é vista pelo governo como principal responsável pelo déficit nas contas públicas. É uma Constituição em que não se fez conta. Esqueceram-se de detalhes econômicos imprescindíveis, da reserva do financeiramente possível. Havia a idéia de que o Estado tudo poderia suportar. É possível que essa visão estivesse associada ao regime inflacionário, que dá a ilusão de que os problemas podem ser resolvidos mediante a emissão de moeda."*⁴⁰

8. O papel do Judiciário

Decorridos os dez anos da promulgação da Carta a profecia dos estudiosos foi confirmada em relação ao papel do Judiciário como o baluarte racionalizador do ideal democrático e a realidade emergente da sociedade brasileira, procedendo à efetividade dos direitos do homem reconhecidos pelos organismos supranacionais e ao alcance máximo das garantias expressas e implícitas ainda constantes no corpo moribundo da Constituição, apesar do enfrentamento ostensivo das forças poderosas da nação.⁴¹

O Poder Judiciário, dessa forma, consagra-se como força política⁴² essencial para conter as investidas econômicas sobre a sociedade brasileira, aplicando os princípios da Carta de forma justa, generosa, pacificadora e sempre coerente com a realidade social, na trilha da interpretação sociológica exaltada por Jean Carbonia.

A atuação altaneira e desassombrada dos juizes e tribunais, por meios de atos e procedimentos democráticos, acaba por legitimar o processo dialético e competitivo da organização política, atendendo, apesar de alguns tropeços⁴³, à inarredável convocação

feita por Seabra Fagundes, citado por Carlos Roberto de Siqueira Castro ao Excelso Pretório: *"A grandeza das instituições, como as dos líderes, não dispensa o arrojo, o idealismo e a consciência da própria destinação. O Brasil é muito grande para ter uma Corte Suprema presa às contingências menores da rotina, e o comportamento em que o temos se disfarça em imprudência. É preciso entender que a nação, que é grandiosa, não pede uma Corte Suprema vulgar, senão capaz de projetar-se para o seu bem, à altura de sua grandeza."*

Sem embargo, sufraga-se os elementos ideológicos inerentes à justiça social em prol da atividade econômica, protagonizando os órgãos burocráticos do Poder Executivo a posição de legisladores por excelência, engessando paulatinamente a atividade judicial, convertendo a doutrina do Estado na anomia denominada disfunção⁴⁴, com pretensão de enveredar a consciência da população na perda de eficiência e do vínculo de eficácia, em razão da carência de provisão aos insumos originários do ambiente social (realidade).

9. Conclusão

De efeito, a Carta Cidadã por mais que venha sofrendo suturas corpóreas, permanece com a alma impregnada do simbolismo democrático, e clama pela busca da essência dos valores atinentes ao *social welfare rights* cravados sub-reptícia e objetivamente nos preceitos constitucionais. Nesse sentido: *"La Constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base un 'orden de valores' materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de produccion de normas. La unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada em unos principios generales de derecho, que o al intérprete toca investigar y descubrir o la Constitución los há declarado de manera forma destacando entre todos, unos valores sociales determinados que se proclaman em el solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda a vida coletiva. Ninguna norma subordinada - y todas lo son para la Constitución - poderá desconocer esse cuadro de valores básicos y todas deberán interpretarse em el sentido de hacer posible com su aplicacion el servicio, precisamente, a dicho valores."*⁴⁵

O fato de o Brasil adotar como princípios fundamentais a República, o Estado Democrático de Direito e a representação política para o exercício do regime político da democracia, por intermédio do sufrágio universal, não se traduz suficiente em si mesmo para a legitimidade necessária de subordinação espontânea do povo brasileiro às emanações legislativas.

Vale aqui a afirmação de Roberto Mangabeira Unger⁴⁶ de que nós temos que entender a democracia como muito mais do que pluralismo político e *accountability* eleitoral de um Governo por parte do respectivo eleitorado. Concebido de forma mais ampla, o projeto democrático tem sido o esforço de efetuar o sucesso prático e moral da sociedade, mediante a reconciliação de duas famílias de bens fundamentais: o bem do progresso material, liberando-nos da monotonia e da incapacidade e dando braços e asas para nossos desejos, e o bem da emancipação individual, liberando-nos da opressão sistemática da divisão e hierarquia social que nos impede de lidar um com o outro como plenos indivíduos.

É necessário que o ordenamento jurídico seja decorrência de avaliação de políticas públicas pautada nos princípios elencados anteriormente, impedindo o efeito da contracultura legislativa, esse fenômeno da vida social moderna que põe em xeque a forte e enraizada tradição que relaciona o direito com a organização burocrática do poder, porque rompe o nexo de causalidade da fórmula de que a ligação de idéias é o edifício da razão humana (Beccaria).

Se a noção do belo depende da noção do feio, a consciência do direito decorre da consciência do não direito, do entuerto, do antidireito. Não se pode esquecer, nesta altura, a sabedoria do aforismo: *contraria iuxta se posita magis clarescunt*.⁴⁷ O antidireito é a negação explícita ou implícita do direito positivo ou subjetivo, público ou privado, interno ou internacional. A luta pelo direito e a luta pelo antidireito constituem a dialética da qual vai resultar o futuro de cada ser humano e de toda a humanidade. Não há como fugir a uma, sem favorecer a outra.⁴⁸

Dessa forma, sem pretender a utopia de eliminar a referida dialética, certo é que, cabe ao Poder Judiciário eliminar, ou pelo menos, de forma real, restringir o espaço de tensão entre a norma cogente e a sua eficácia cultural, social e econômica, reduzindo a resistência natural de dominação do injusto⁴⁹, uma vez que a resistência sempre existirá, cabendo o equilíbrio de suas formas: *"é um dever resistir à injustiça ultrajante que chega a provocar a própria pessoa, isto é, à lesão ao direito que em consequência da maneira que é cometida, contém o caráter de um desprezo pelo direito, de uma lesão corporal. É um dever do interessado para consigo próprio, porque é um preceito da própria conservação moral; é um dever para com a sociedade, porque esta resistência é necessária para que o direito se realize."*⁵⁰

E, em arremate, com relação às questões circunstanciais da crise nacional, é preciso que o Judiciário avoque para si a responsabilidade imanente a seu status mitológico para solver a problemática metapolítica consubstanciada na tarefa de dizer *what the law is*, com toda a representação ideológica por ela traduzida, como único aparato no caminho peregrinado ao edênico Estado Social de Realização.⁵¹

Notas Bibliográficas

¹ Essa diretriz foi proposta pelo professor Manuel Gonçalves Ferreira Filho, em palestra realizada no TRF da 2.ª Região, no dia 19/10/98, em comemoração dos 10 anos de promulgação da atual Constituição, com o tema intitulado "A Constituição da República Federativa do Brasil 10 Anos Depois: Um Balanço". Na apresentação o palestrante peregrinou pela efetividade das normas constitucionais, a inadequação em razão das emendas, a reeleição, a crítica ao sistema proporcional gerando muitos partidos e rachando a representação popular, a politização do Judiciário, o contencioso constitucional e a hegemonia da União.

² HESSE, Konrad. *La Fuerza de La Constitución*, in *Escritos de Derecho Constitucional*, 1983, p. 75.

³ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, RJ: Renovar, 1990, p. 40.

⁴ "A doutrina sempre considerou que o preâmbulo tinha valor de texto jurídico, pois concretiza os princípios gerais do direito, que preexistem às disposições escritas." (Celso D. Albuquerque Mello, *Direitos Humanos e Conflitos Armados*, RJ: Renovar, 1997, p. 34).

⁵ Para Adam Przeworski: "O que torna as democracias sustentáveis, dado o contexto de condições exógenas, são as suas instituições e as suas práticas. A democracia é sustentável quando a sua estrutura institucional promove objetivos normativa e politicamente desejáveis, como a recusa à

violência arbitrária, a segurança material, a igualdade, a justiça e quando, por sua vez, estas instituições são hábeis para responder a crises que ocorrem quando estes objetivos não são alcançados." (PRZEWORSKI, Adam. *Sustainable Democracy*, Cambridge University Press, 1995, p. 107).

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pp. 78/79.

⁷ Idem, *ibidem*, p. 80.

⁸ *Jornal do Comercio*, seção Direito e Justiça, 10/11/98, p. B-9.

⁹ "A Constituição é mais que um documento legal. É um documento com intenso significado simbólico e ideológico, refletindo tanto o que nós somos enquanto sociedade, como o que nós queremos ser." (Jackman. *Constitutional Rhetoric and social justice: reflections on the justiciability debate*. In: Joel Bakam & David Schneidman. Eds *Social justice and the Constitution: perspectives on a social union for Canada*. Canada. Carleton University Press, 1192).

¹⁰ Adota-se a classificação de Guillermo O'Donnell, quando afirma: "É útil conceber o processo de democratização como processo que implica em duas transições. A primeira é a transição do regime autoritário anterior para a instalação de um Governo democrático. A segunda transição é deste Governo para a consolidação democrática ou, em outras palavras, para a efetiva vigência do regime democrático". (Transitions. Continuities. And paradoxes. In: Scott Mainwaring. *Guillermo O'Donnell and J. Samuel Valenzuela, Org. Issues in democratic consolidation: the new south american democracies in comparative perspective*. Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1992, p. 18). Neste sentido, sustenta-se que, embora a primeira etapa do processo de democratização já tenha sido alcançada - a transição do regime autoritário para a instalação de um regime democrático - a segunda etapa do processo de democratização, ou seja, a efetiva consolidação do regime democrático, ainda está se concretizando. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, SP: Max Limonad, 1997, segunda edição, p. 53).

¹¹ Essa expressão é utilizada por Luiz Roberto Barroso (Ob. cit., p. 42), citando Marcelo Figueiredo Santos, *As Normas Programáticas. Uma Análise Política-Constitucional*, na tese apresentada ao VIII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, Porto Alegre: 1987, p. 23.

¹² A reverência da idéia jusnaturalista de direitos pré-constitucionais e mesmo pré-estatais a serem observados pelo Estado, conforme preconizado por Blackstone e Rousseau, também garantida na 9.ª Emenda da Lei Magna norte-americana (Retained By the People), consagra a regra de garantias implícitas ou sombras jurídicas extensivas (penumbral rights), ou seja, deve haver um estado normal de liberdade pública como regra e o assentamento constitucional de limitações estatais. Confira-se: SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*, RJ: Forense, 1989, p. 73.

¹³ Vide Luiz Roberto Barroso, ob. cit., p. 49, trazendo a clássica citação de Oliver Wendell Holmes, antigo e respeitado Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos: "The Life of Law Has Not Been Logic: It Has Been Experience."

¹⁴ SICHES, Luiz Recaséns. *Nueva Filosofía de La Interpretación del Derecho*, 1980, p. 277.

¹⁵ Esse princípio encontra-se atualmente cravado no art. 5 da Lei de Introdução ao Código Civil e dirigido ao Poder Judiciário: "Na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *(Controle de Constitucionalidade, Aspectos Jurídicos e Políticos*, São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 3/5), no escólio de Konrad Hesse, percebe outro aspecto que interessa ressaltar. A Constituição, enquanto ordem jurídica fundamental da coletividade, não apenas contém as linhas básicas do Estado, mas determina as diretrizes e limites ao conteúdo da legislação infraconstitucional vindoura, ou seja, não existe uma pretensão de completude na lei superior. Esta característica permite a flexibilidade necessária à atualização do texto, possibilitando que o seu conteúdo subsista aberto dentro do tempo in die zeit hincin offen. Esta ausência de regulamentação minudente assegura a abertura constitucional tão imprescindível ao desenvolvimento político democrático. No mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho ensina: "Se a constituição se destina à regulamentação de relações de vida historicamente cambiantes, ela deve ter um conteúdo temporariamente adequado, isto é, um conteúdo apto a permanecer dentro do tempo e sujeitar-se a constantes alterações." (*Direito Constitucional*, Coimbra, 4.ª edição, Editora Almedina, 1986, p. 85).

¹⁷ Para o real sentido processual e substantivo do devido processo legal e da razoabilidade das leis, em nosso sistema jurídico, foi especialmente reafirmada em estudo de Carlos Roberto de Siqueira Castro, na obra retro citada, conforme reconhecimento de Caio Tácito, in *A Razoabilidade das Leis*, Revista de Direito Administrativo, vol. 204, abr./jun. 1996, p. 03.

¹⁸ É verdade que existe forte corrente doutrinária que critica a posição da Constituição brasileira em relação ao Direito Internacional de Direitos Humanos, sustentando o despreparo do constituinte e dos juristas brasileiros em relação à sua extensão e sua efetiva aplicação. É o caso de Celso D. Albuquerque Mello (ob. cit., p. 38): "No Brasil a situação é caótica. A grande maioria dos direitos sociais enumerados no art. 7 são considerados normas programáticas e aguardam regulamentação."

As normas internacionais não estão previstas na Constituição, não havendo assim qualquer orientação para a jurisprudência. Os nossos tribunais são em matéria de Direito Internacional Público absolutamente leigos, como ocorre com os juristas brasileiros que não sabem se utilizar do DIP." De outro lado temos a opinião de Flávia Piovesan: "A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduce também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil."(Flávia Piovesan, ob. cit., p. 55).

¹⁹ A justiça que no fundo é a igualdade entre coisas ou pessoas, significa proporção entre o que é recebido e o que é dado, dividindo-se em justiça comutativa, justiça distributiva e justiça legal. As duas primeiras baseiam-se na igualdade e na proporcionalidade, a última baseia-se na equidade, que é seu complemento indispensável, adequação e adaptabilidade da lei ao caso concreto. A justiça legal ou social humaniza o direito na base da equidade. A lei, escrita ou não, fruto da experiência coletiva, é superior a qualquer preceito individual, por mais justo que seja; é ela que pennite que a obediência a outro homem se compatibilize com a dignidade do homem livre que obedece. Os conceitos de justiça corretiva e justiça distributiva são de origem aristotélicas (Ética a Nicômano, V, 12,296), passando por Santo Tomás de Aquino (Suma Teológica, II, q. LXXI, art. 1), ressurgindo na prática política das democracias liberais a partir do século XX, sendo reatualizados no debate contemporâneo que com a emergência do direito social, em seus diferentes matizes, quer com a retomada, no âmbito da filosofia jurídico-política, das tentativas de solução da disjuntiva igualdade/liberdade, das análises relativas à inserção histórica e social dos juízos éticos e dos esforços de construção de uma nova teoria da justiça. Vide José Eduardo Faria, *O Poder Judiciário no Brasil: Paradoxos, desafios e alternativas*, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995, p. 73, nota n.º 50.

²⁰ Indiscutivelmente, o Estado de Direito encontra-se ligado à própria teoria da evolução humana, na medida em que o *welfare state* conjuga, dentre outra gama de fatores, além da paz social, a justiça social distributiva de condições básicas, "Uma consequência importante e estatutária nova decorre do que relatei; é que não somente a saúde do homem, mas também a sua estatura dependem em parte do grau de civilização, prosperidade e sofrimento público. Na verdade, muito freqüentemente os governos poderiam aumentar o tamanho médio dos homens que lhe são submissos, se por acaso usassem todo o seu poder em prol da felicidade de todos." (L.-R. Villermé, citado por Jean-Claude Chesnais, *A Vingança do Terceiro Mundo*, tradução A. Bastos, Rio de Janeiro, Espaço e Tempo, 1989, p. 99).

²¹ Nesse sentido, coube ao Jurista e Professor Carlos Roberto de Siqueira Castro a avaliação maléfica da influência do neoliberalismo na reforma administrativa do Estado brasileiro, por ocasião de palestra proferida no Tribunal Regional Federal da 2.ª Região, no dia 10/12/97, sobre o tema *O Neoliberalismo e a Reforma do Estado*.

²² Os dois instrumentos constitucionais mencionados encontram-se com a potencialidade esvaziada: "Assim, de acordo com a interpretação da mais alta Corte, existem dois remédios constitucionais para que seja dada ciência ao órgão omissor do Poder público, e nenhum para que se componha, em via judicial, a violação do direito constitucional da parte. A versão assim mesquinha do instituto mereceu a adesão surpreendente da pena ilustre, e outrora progressista, de Sepúlveda Pertence, que ao relatar o Mandado de Injunção n.º 168-5/RS, DJ-20/04/90, p. 3.047, decidiu: 'O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado'". Em outro acórdão (MI n.º 107-3/DF), o STF tratou dos efeitos relativos a ambos os institutos: "A ação que se propõe contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade omissos quanto à norma regulamentadora necessária à viabilização do exercício dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude o art. 5, LXXI, da Constituição, e que se destina a obter sentença que declare a ocorrência da omissão constitucional, com a finalidade de que se dê ciência ao omissor dessa declaração, para que se adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2.º, da Carta Magna), com a determinação, se for o caso, da suspensão de processos judiciais ou administrativos, se se tratar de direito constitucional oponível ao Estado, mas cujo exercício está inviabilizado por omissão deste." (Luiz Roberto Barroso, ob. cit., p. 179).

²³ Confira-se opinião da equipe de articulistas da Folha de São Paulo, publicada no dia 05/10/98 (*Dez Anos da Constituição*): "A Constituição foi elaborada em um país concentrado em si próprio; fechado economicamente e algo alheio ao debate sobre as mudanças internacionais. Também importante, o processo constituinte parecia então a oportunidade de refundar uma sociedade historicamente injusta, abalada por uma década de crise econômica e que permanecera por mais de 20 anos sob um regime autoritário. Tal corrida era orientada tanto por um legalismo algo ingênuo, ainda quando legítimo, como por idéias anacrônicas, fantasmas de ideologias frustradas e derrotadas nos embates políticos internos e mundiais, no plano teórico ou da prática política econômica. A aparente liberdade de um momento em que seria possível reconstituir o país, uma

espécie de grau zero da instituição da sociedade, teve um lado muito positivo. Nunca, antes de 1988, se pudera dizer que a expressão 'democracia de massas' tinha sentido no país. Por outro lado, a pressão de todos os lobbies e organizações sociais e políticas imagináveis, combinada a certo irrealismo de sabor populista por parte de lideranças e partidos, fez da Carta de 88 uma peça detalhista, na qual se procurava conciliar todos os interesses sociais e econômicos, até os mais caricatos, dado o seu particularismo. Mas a realidade econômica do país e de um Estado há muito à beira da falência era menos generosa que os constituintes. O Brasil patinava na estagnação econômica por não compreender a nova dinâmica econômica e financeira do planeta. No que diz respeito às instituições políticas, apesar de terem sido criadas novas garantias para os direitos do cidadão, especialmente na área do Judiciário, a prática política jogou por terra certas esperanças do otimismo legal. Desde o início, a figura das medidas provisórias dava margem a abusos. A avidez do Executivo e a conveniência do Congresso fizeram desse dispositivo um meio de solapar a separação dos Poderes, gerando instabilidade legal contínua. Nunca será demais lembrar, porém, que quanto mais minuciosamente seja enumerados mandamentos sobre o bem-estar social, mais os desenvolvimentos históricos tenderão a torná-los irrealistas."

²⁴ A expressão *Poder do Estado* pode ser empregada em dois sentidos: umas vezes, os autores e as leis referem-se às diversas faculdades de agir contidas no poder político; outras, querem significar os sistemas de órgãos pelos quais se encontra dividido o exercício das formas de autoridade política. As três funções (legislativa, executiva e judiciária) são funções jurídicas, vale dizer, relacionadas com a criação e aplicação do direito. Ao exercer a função legislativa, o Estado edita norma de observância obrigatória; ao exercer a função executiva, o Estado busca o cumprimento da norma mediante o processo administrativo (iniciativa e parcialidade); e, ao exercer a função judiciária, o Estado aplica a norma a um caso concreto levado ao seu conhecimento, conforme doutrina de Marcelo Caetano. (in *Direito Constitucional*. RJ: Forense, volume I, p. 242).

²⁵ No Brasil de hoje existe a preponderância do lado negativo da harmonia preconizada na Constituição, na medida em que procura-se a criação do controle externo do Poder Judiciário, deflagrado pelo consenso político entre o Executivo e o Legislativo, atribuindo-se-lhe a culpa pela sua resistência ao ingresso no processo de globalização econômica conforme preconizado pelo Banco Mundial, que afirma serem os Juizes ciosos de sua independência pessoal e encaram seu trabalho como forma de artesanato, infensa aos avanços da tecnologia e dos métodos de organização e gerenciamento que aumentam a produtividade em outros setores da atividade humana. Em março deste ano, na terceira reunião plenária do círculo de Montevidéu, o Diretor-Gerente do FMI, Michael Camdessus, defendeu a realização de ampla mudança no Poder Judiciário de países como o Brasil, para criar o clima empresarial necessário aos investimentos e para promover uma redução mais rápida da pobreza e da desigualdade, sugerindo remuneração variável aos Juizes, de acordo com a produtividade, pelo que o Presidente do STF, Min. Celso Mello, e o Exmo. Scpólveda Pertence rechaçaram com a afirmativa de que há, na proposta, uma visão mercadológica da Justiça.

²⁶ Canotilho, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ª edição, p. 17. Coimbra: Almedina, 1993.

²⁷ Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Divisão de Poderes: um princípio em decadência*. Revista USP, n.º 21, Mar/Abr/Mai/94, p. 19.

²⁸ "A integração global é acompanhada da ascensão de uma doutrina redentora da economia, que um exército de consultores econômicos constantemente leva à política: o neoliberalismo. Se os governos, em todas as questões cruciais do futuro, nada mais conseguem se não apontar os imperativos da economia transnacional, toda a política torna-se uma farsa, uma demonstração de impotência, e o Estado democrático perde sua legitimação como tal. A globalização converte-se em citada para a democracia." (Hans-Peter Martin e Harald Schumann. *A Armadilha da Globalização: o assalto à democracia e ao bem-estar social*. 3.ª edição, São Paulo: 1998, Título original: Die Globalisierungsfalle).

²⁹ O Dr. Fábio Konder Comparato, em comunicado veiculado pelo órgão de divulgação da AJUFE/2.ª Região (Lato Sensu n.º 1) bem retratou a sistemática a vocação ilegítima do Chefe do Executivo das demais competências constitucionais privativas dos Poderes Legislativo e Judiciário. Confira-se: "Não sejam ridículos. A Constituição de 1988 não está mais em vigor. É pura perda de tempo discutir se a conjunção 'e' significa 'ou', se o 'caput' de um artigo dita o sentido do parágrafo ou se o inciso tem precedência sobre a alínea. A Constituição é hoje o que a Presidência quer que ela seja, sabendo-se que todas as vontades do Planalto são confirmadas pelo Judiciário. As ordenações Filipinas, que vigoravam entre nós por muito tempo, combinavam dois tipos de pena capital: a morte natural e a espiritual. A primeira atingia o corpo; a segunda, a alma. O excomungado continuava a viver, mas só fisicamente: sua alma fora executada pela autoridade episcopal, com a ajuda do braço secular do Estado. Algo semelhante aconteceu com nossa Carta. Ela continua a existir materialmente, seus exemplares podem ser adquiridos nas livrarias (na seção das obras de ficção naturalmente), suas disposições são invocadas pelos profissionais do Direito no característico estilo 'boca de foro'. Mas é um corpo sem alma. Hitler, afinal, não precisou revogar a Constituição de Weimar para instaurar na civilizada Alemanha a barbárie nazista: simplesmente relegou às traças aquele 'pedaço de papel'. A única razão de ser de uma Constituição é proteger a pessoa

humana contra o abuso de poder dos governantes. Se ela é incapaz disso, porque o governo dita a interpretação de suas normas ou as revoga sem maiores formalidades, seria mais decente mudar a denominação - 'o Presidente da República, ouvido o Congresso Nacional e consultado o Supremo Tribunal Federal, resolve; a Constituição da República Federativa do Brasil passa a denominar-se regimento interno do governo'. No início do século, Ruy Barbosa trovejou contra o presidencialismo brasileiro, qualificando-o como 'ditadura em estado crônico, a irresponsabilidade geral, a irresponsabilidade consolidada, a irresponsabilidade sistemática do Poder Executivo'. Ele ainda não tinha visto o monstro em sua plena maturidade. Naqueles felizes tempos, a ditadura presidencial só se exercia no âmbito do Executivo. Hoje, ela compreende também o poder de legislar e o de emendar a Constituição, tudo sob as vistas complacentes do Judiciário."

³⁰ "O direito exige para cumprir o fim específico de reger os comportamentos humanos, nas suas relações de interessoalidade, a implantação dos valores que a sociedade almeja alcançar. As normas gerais e abstratas, principalmente as contidas na Lei Fundamental, exercem um papel relevantíssimo, pois são o fundamento de validade de todas as demais, indicando os rumos e caminhos que as regras inferiores deverão seguir. Quem se propõe a conhecer a direito positivo não pode aproximar-se dele na condição de sujeito puro, despojado de atitudes axiológicas, como se estivesse perante um fenômeno da natureza ou uma equação algébrica. A neutralidade axiológica impediria, desde o início, a compreensão do sentido das normas, tolhendo a investigação. Além do mais, o conhecimento jurídico já encontra no seu objeto uma auto-explicação, pois o direito fala de si mesmo e este falar-de-si é componente material do objeto." (Paulo de Barros Carvalho. *Princípio da Segurança Jurídica em Matéria Tributária*. Revista Especial do TRF da 3.ª Região, Curso de Direito Tributário, vol. 2, p. 56).

³¹ "Nesse ambiente marcadamente difuso, facilitador de ações transacionais dirigidas para a produção de supremacias, a Constituição nem se implementa, nem se efetiva: permanecem inertes as definições de democracia participativa; o Estado despreza a sociedade como instância de poder, e a classe política confia no prestígio eleitoral; o processo eleitoral parece incapaz, por si só de assegurar a formação de governo representativo; e parece subordinado, assim como o processo legislativo, ao poder econômico e midiático, aos interesses locais, regionais ou corporativos; a política é um dos principais agentes de violação dos direitos humanos, contanto, em muitos casos, com a conivência do Judiciário. Pior do que isso: a Constituição e as instituições jurídicas, de modo geral, não parecem salvaguarda suficiente face ao tufão neoliberal. Tudo como se tivéssemos elaborado uma Constituição para a década de 60, como se 1964 nos tivesse posto fora do tempo ocidental, e como se devêssemos, agora, preservar a nação, a democracia e os direitos humanos a partir de uma crise que não previmos, e para a qual não estávamos preparados: a coincidência do processo de redemocratização, com o impacto da globalização; a interseção das nossas taras tradicionais com a chamada crise de paradigmas." (Sérgio Sêrvulo da Cunha. *Acesso à Justiça - Contribuição à Reflexão sobre a Reforma do Judiciário*. Inédito, Santos (SP), junho/96, pp. 172).

³² Apresentação de Francisco C. Weffort. *Os Clássicos da Política*. 3.ª edição, 1.º vol. São Paulo: Ática, p. 8.

³³ Ao definir sistema jurídico, escreve John Rawls: "O sistema jurídico é uma ordem coercitiva de regras públicas endereçadas a pessoas racionais, com o propósito de regular certas condutas e assegurar os fundamentos de uma cooperação social. A ordem jurídica é o sistema de regras públicas endereçadas a pessoas racionais, no qual os preceitos de justiça são associados ao Estado de Direito." (RAWLS, John. *A theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, p. 235).

³⁴ "Uma rendição da Justiça à tecnologia do sucesso, com a transformação da direito em simples e corriqueiro objeto de consumo." (Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Divisão de Poderes: um princípio em decadência*. Revista USP, n.º 21, Mar/Abr/Mai/94, p. 21).

³⁵ "O pós-modernismo assinala a morte das metanarrativas, cuja função terrorista secreta era fundamentar e legitimar a ilusão de uma história humana universal. Estamos agora no processo de despertar do pesadelo da modernidade, com sua razão manipuladora e seu fetiche de totalidade, para o pluralismo retornado do pós-moderno, essa gama heterogênea de estilos de vidas e jogos de linguagem que renunciou ao impulso nostálgico de totalizar e legitimar a si mesmo...A ciência e a filosofia devem abandonar suas grandiosas reivindicações metafísicas e ver a si mesmas, mais modestamente, como apenas outro conjunto de narrativas." (David Harvey. *A Condição Pós-Moderna*. SP: Loyola, 1992, p. 19).

³⁶ A esse propósito citamos Tércio Sampaio Ferraz Jr.: "Num livro publicado em 1982, de título bastante sugestivo - *DESPEDINDO-SE DE MONTESQUIEU (ABSCHIED VON MONTESQUIEU)* - Hans Girardi assinala que o princípio da divisão dos poderes não tem hoje a mesma relevância de outras épocas. Embora persistam as questões tradicionais referentes à função de controle na relação entre os três poderes, o eixo da discussão torna-se agora a dicotomia tipicamente tecnológica macropoder/micropoder." (*Divisão de Poderes: um princípio em decadência*. Revista USP, n.º 21, Mar/Abr/Mai/94, p. 21).

³⁷ *A Constituição face a Perda do Lugar e da Inércia Geográfica e Territorial*. Telma da Graça de Lima Lage. Revista do Departamento de Direito da PUC/RJ -

Rio, *Direito, Estado e Sociedade*, n.º 10, jan/jul/1997, p. 144.

³⁸ Ciro Gomes, no artigo *A sociedade pós-industrial e o estado moderno*, publicado no *Jornal do Brasil*, 1.º Cad., p. 11, 2/jul/1995.

³⁹ DE MELLO. Aymore Roque Pottes. *O Enfrentamento da Crise Judiciária e a Reforma Constitucional*. *Jornal da AJURIS- Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, n.º 46, novembro/95, p. 23. Um exemplo cristalino da advertência reproduzida, está retratado no art. 27 do Projeto de Lei n.º 2.960, de 1997, encaminhado ao Congresso Nacional por Mensagem do Poder Executivo, que prevê: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento a ser fixado."

⁴⁰ Reportagem de Juliano Basile, da *Gazeta Mercantil*, de out/1998, com o título *Constituição tem culpa do déficit*. Cabe ressaltar a inquestionável capacidade do Professor e Jurista Gilmar Ferreira Mendes, como Procurador da República e Doutor em Direito pela Universidade de Münster/Alemanha.

⁴¹ Adverte Sanchez Agesta: "Eficácia atual consiste em uma força histórica efetiva, apta para realizar os fins que se propõe. O seu titular deve dispor de força, ou se achar investido de autoridade, para realizar a criação da ordem frente a forças que se podem opor."

⁴² Como acentua Carlos Roberto de Siqueira Castro (ob. cit., p. 213), citando Mauro Cappelletti, com a invocação do filósofo germânico Heinrich von Treitschke, que "Todo acto de decir justicia (jurisdicción) es una función política, puesto que no se puede decir el derecho de otra manera que deduciendo del espíritu de un determinado Estado... y esta verdad no choca con la necesidad de que el juez sea independiente de las fuerzas políticas, porque con esta fórmula se quiere indicar en la jurisdicción una actividad, y una fuerza, autónoma frente a las otras fuerzas políticas en el Estado, pero no se quiere negar en absoluto que ella misma sea una fuerza política."

⁴³ É relevante apontar que a omissão institucional do Supremo Tribunal Federal ao analisar o § 3.º do art. 192 da Constituição de 1988, determinou a imprescindibilidade da *interpositio legislatoris*, ao reconhecer a inaplicabilidade imediata do dispositivo que fixa a taxa de juros em 12% (doze por cento) a.a., atuando na complacência da omissão legislativa que, após dez anos da promulgação da Constituição Federal, não legislou para regulamentar a norma, causando a falência doméstica do trabalho em detrimento do capital e a macro-dependência econômica internacional, com a utilização da taxa de juros variante ao bel-prazer da política econômica (atualmente a taxa de juros encontra-se entre a maior do mundo, na faixa superior a 40% a.a., comprometendo a solvabilidade da dívida interna e privada, e objetivando fornecer ao capital especulativo internacional maiores rendimentos).

⁴⁴ É sobre o conceito de função: "Na definição de Durkheim a função de uma instituição social é a correspondência entre elas e as necessidades (besoins, em francês). Da organização social, esta definição exige alguma precaução. Em primeiro lugar, para evitar possível ambigüidade e, em particular, a possibilidade de uma interpretação teleológica, gostaria de substituir o termo 'necessidade' pelo termo condições necessárias de existência (...). A função da instituição que determinada atividade proporciona à atividade total da qual é parte. A função de determinado costume social é a contribuição que este oferece à vida social como funcionamento do sistema social (...). Tem certo tipo de unidade funcional. Podemos definir como condição pela qual todas as partes do sistema social atuam juntas com suficiente grau de harmonia ou consistência interna, isto é sem ocasionar conflitos persistentes que nem podem ser solucionados nem controlados." (Radcliffe Brown, A. R. *Estrutura e Função na Sociedade Primitiva*. Vozes: 1973, pp. 220 e 224).

⁴⁵ ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas, p. 98.

⁴⁶ UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?*, Cambridge, Harvard Law School, 1995, p. 9.

⁴⁷ Afirmações contrárias postas lado a lado esclarecem mais.

⁴⁸ HEIDEMANN, André. "Uma Análise Comentada do Texto de Rudolf von Jhering, DER KAMPF UM'S RECHT (A Luta pelo Direito), Texto apresentado para exposição, 07/09/98, p. 18.

⁴⁹ Cabe lembrar a peça "Antígona" de Sófocles que gerou o diálogo com Creonte, quando aquela enterrara a Polínice, violando o edito desta, do seguinte teor: "Creonte - agora dize rápida e concisamente: sabeis que edito proíbia aquilo? Antígona - Sabia. E como ignoraria? Era notório. Creonte - E te atreveste a desobedecer às leis? Antígona - Mas Zeus não foi o arauto delas para mim, nem essas leis são as ditadas entre os homens pela Justiça, companheira de morada dos deuses infernais; e não me pareceu que tuas determinações tivessem força para impor aos mortais até a obrigação de transgredir normas divinas, não escritas inevitáveis; não é de hoje, não é de ontem, é desde os tempos mais remotos que elas vigem, sem que ninguém possa dizer quando surgiram"

⁵⁰ Idem supra, p. 14.

⁵¹ "Na ordem da natureza só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira de nossa fraqueza." (Portalis).

Bibliografia

- BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, RJ: Renovar, 1990.
- BROWN, Radcliffe. *Estrutura e Função na Sociedade Primitiva*. SP: Vozes, 1973.
- CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. RJ: Forense, volume I.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6.º ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Princípio da Segurança Jurídica em Matéria Tributária*. Revista Especial do TRF da 3.ª Região, Curso de Direito Tributário, vol. 2. Ano 1995.
- CHESNAIS, Jean-Claude. *A Vingança do Terceira Mundo*. RJ: Espaço e Tempo, 1989.
- DA CUNHA, Sérgio Sérvulo. *Acesso à Justiça - Contribuição à Reflexão sobre a Reforma do Judiciário*. Inédito, Santos (SP): junho/96.
- DE MELLO, Aymore Roque Pottes. *O Enfrentamento da Crise Judiciária e a Reforma Constitucional*. Jornal da AJURIS-Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n.º 46, novembro/95.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas.
- FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: Paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995.
- FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. *Divisão de Poderes: um princípio em decadência*. Revista USP, n.º 21, Mar/Abr/Mai/94.
- HARVEY, David. *A Condição Pós-Moderna*. SP: Loyola, 1992.
- HESSE, Konrad. *La Fuerza de La Constitución*, in *Escritos de Derecho Constitucional*, 1983.
- LAGE, Telma da Graça de Lima. *A Constituição face a Perda do Lugar e da Inércia Geográfica e Territorial*. Revista do Departamento de Direito da PUC/RJ - Rio, "Direito, Estado e Sociedade", n.º 10, jan/jul/1997.
- MARTIN, Hans-Peter, SCHUMANN Harald. *A Armadilha da Globalização: o assalto à democracia e ao bem-estar social*. 3.º ed. São Paulo: 1998.
- MELLO, Celso D. Albuquerque, *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. RJ: Renovar, 1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade, Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, SP: Max Limonad, 1997, segunda edição.
- PRZEWORSKI, Adam. *Sustainable Democracy*, Cambridge University Press, 1995.
- RAWLS, John. *A theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.
- SICHES, Luiz Recaséns. *Nueva Filosofía de La Interpretación del Derecho*, 1980.
- SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*, RJ: Forense, 1989.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

*Este artigo foi vencedor do I Concurso de Monografias da EMARF/1998.

**Juiz Federal em exercício na Vara Única de Petrópolis

A ÉTICA E O MAGISTRADO*

Clélio Erthal

Embora seja o Magistrado um homem do povo, mesmo quando exercendo a nobre mas torturante tarefa de julgar seus semelhantes, está sujeito a uma ética própria, mais rigorosa que a imposta aos cidadãos em geral. E por uma razão muito simples: por ser ele a pessoa encarregada de aplicar as normas de controle social e punir seus transgressores. Afinal, pouco valor moral tem uma sentença cujo prolator não dá exemplo de boa conduta aos seus jurisdicionados.

Pela importância do cargo que ocupa, o Juiz sofre constante vigilância da sociedade, principalmente da mídia, das partes litigantes e dos advogados. Qualquer deslize que comete, dentro ou fora da função judicante, é logo potencializado e difundido, transformando-se em notícia que acaba manchando indelevelmente a própria carreira e comprometendo inclusive a imagem dos colegas, como se o erro fosse coletivo.

Ao Magistrado pouco se permite e dele muito se exige. Por ser a personificação da lei, entende-se que deve estar sempre acima das paixões e das fraquezas humanas, dotado de qualidades superiores e de uma capacidade de trabalho incomum, como se não fosse ele também um ser humano. Em geral, só os elogios lhe chegam aos ouvidos, ficando as censuras e comentários desairosos retidos nos corredores do foro. Por isso, ele não raro se ilude quanto à imagem que projeta, pensando que é mais querido e admirado do que realmente o é. E estimulado por essa ilusão, às vezes até se deixa levar pela vaidade de brilhar como estrela num desfile de notáveis.

Essa fraqueza, que na realidade só acomete os Magistrados vaidosos e psicologicamente despreparados para o desempenho da função, recebe do vulgo a denominação de "Juizite", e é tão prejudicial ao desempenho do cargo quanto os vícios de caráter. Prepotência, despotismo, vedetismo são algumas das maneiras pelas quais ela se manifesta e nenhuma se coaduna com a figura do Magistrado ideal, que deve se impor ao respeito e à admiração dos seus jurisdicionados exatamente pelas qualidades opostas, isto é, pela serenidade, pela simplicidade, pela retidão, pela sensibilidade e pelo espírito de Justiça.

O Juiz não precisa ser superdotado, nem um jurista brilhante para angariar a simpatia e o respeito dos jurisdicionados; basta que seja competente, operoso e justo. O advogado sim, é que vale pelo talento, conforme observa PIERO CALAMANDREI; mas o Juiz não; ele se impõe pela superioridade moral. De nada vale um Magistrado talentoso, capaz de eletrizar uma platéia com o fulgor de seu gênio, se não for produtivo, deixando que os processos se acumulem nos escaninhos; se for faccioso, violando o princípio da imparcialidade; e exibicionista, mais interessado na projeção da própria imagem do que na reta aplicação da Justiça.

Cumpra, todavia, enfatizar que pelo fato de ser simples, sereno, discreto e humano,

deve o Magistrado ser tímido e inseguro, suscetível a pressões externas, notadamente de natureza econômica, política e publicitária.

Pelo contrário, embora modesto e sensato, capaz de receber os advogados com urbanidade, sem prévia designação de datas e horários, ele deve ser firme e corajoso em sua decisões. Até porque, se a vaidade é própria dos tolos, a coragem de decidir e usar das prerrogativas do cargo, quando posto em xeque, e fazer cumprir as próprias decisões, é apanágio dos fortes.

Aí está o perfil do Magistrado que todo cidadão gostaria de ver representando o Poder Judiciário. Firme e corajoso, sem ser prepotente; cioso do seu poder e de sua competência, sem ser estrela; atencioso e aberto às concepções opostas, sem ser subserviente e volúvel; afável no trato e prudente nas deliberações, sem ser tímido e irresoluto; justo e cumpridor dos seus deveres, sem ser pregoeiro das próprias virtudes.

Dentre os deveres impostos aos Magistrados, gostaria de enfatizar dois: a imparcialidade e a discrição; ambos pilares sobre os quais se assentam a força e o prestígio do Poder Judiciário.

Sabendo que não pode tomar partido entre os interesses em confronto, garantindo às partes igualdade de tratamento, ele deve evitar que motivos de ordem pessoal o levem a prejudicar as causas ou torcer seu resultado. Se perceber que a solução do pleito pode tocar seu interesse, ainda que indiretamente, ou que motivo legal desaconselha sua participação no conflito, deve, ele mesmo, suscitar de ofício a sua suspeição ou impedimento, antes que a parte o faça. Assim, estará preservando a Justiça e o seu próprio nome, contra as acusações e as campanhas insidiosas que os desafetos e descontentes estão sempre prontos a sustentar.

A discrição, por ser turno, além de imposta pela própria lei, que inibe o Magistrado de manifestar opinião sobre processo pendente de julgamento, é o biombo atrás do qual ele deve buscar refúgio, para não expor à execração pública seus sentimentos e preferências pessoais. Tanto que deve ter muita cautela quando, assediado pela imprensa e órgãos de comunicação em geral, tiver de manifestar-se.

Pessoalmente, sempre fugi de tais assédios, receoso da deturpação de minhas palavras por jornalistas mais interessados na divulgação de escândalos do que no esclarecimento dos fatos. Sempre achei mais prudente franquear-lhes os autos, permitindo que transcrevessem as sentenças e os despachos, onde estão expostos todos os fundamentos do decisum, sem necessidade de maiores esclarecimentos.

Ciente de que não é dono da verdade, o Juiz criterioso não tem receio de reconhecer os próprios erros e de rever suas posições doutrinárias. Pelo contrário, tão logo verifica não ser a sua tese a melhor, ou já vencida pela torrencial jurisprudência, dobra-se à realidade dos fatos e a ela se ajusta com a maior naturalidade. Apenas deve ter o cuidado de justificar, na própria sentença, a mudança de posição, para não se passar por incoerente e contraditório, julgando ora num sentido, ora noutro, como birutas que se movem e mudam de posição ao sabor dos ventos.

** Este texto foi utilizado no Programa de Ambientação dos Juizes Federais Substitutos.*

A JUSTIÇA FRENTE AO GOVERNO: ALGUMAS NOTAS¹

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva*

"Como é possível que um minúsculo grupo de juizes, que não sejam eleitos diretamente pela cidadania (como o são os funcionários políticos), e que não estejam sujeitos a periódicas avaliações populares (e portanto gozam de estabilidade em seus cargos, livres do escrutínio popular) possam prevalecer, em última instância, sobre a vontade popular?" (Gargarella, - La justicia frente al gobierno)

1. Introdução

Entre os vários temas que integram o debate constitucionalista contemporâneo, sem dúvida alguma, a problemática da legitimidade da Justiça Constitucional tem seu lugar assegurado, como uma das questões mais apaixonantes e intrigantes.

Tanto que o Presidente do Tribunal Constitucional Português - Conselheiro José Manuel M. Cardoso da Costa - ao apresentar os trabalhos levados a cabo no Colóquio, por ocasião do X Aniversário, daquela Corte, em Lisboa, 1993, reconheceu:

"Se há um problema que a justiça constitucional renovada e recorrente suscite - pese o surto de alargado desenvolvimento que tal uma área da jurisdição conheceu no constitucionalismo democrático do último meio século - esse, no fundo, é ainda, e ainda que nem sempre explícita ou frontalmente posto, o da sua mesma legitimidade e legitimação."²

De fato, tal não surpreende se considerada a importância e a incidência das manifestações das grandes Cortes Constitucionais, de nossos tempos, que quer de forma mais arrojada ou mesmo tímida, vêm marcando influência, não só na conformação de políticas a serem implementadas pelos Poderes eleitos, bem como na própria vida privada de cada indivíduo.³

Trazendo novas colorações ao debate, acrescente-se, então, à questão, o papel da democracia, consagrada como o *modus vivendis* da sociedade, nos mais diversos níveis, que embora reconhecida como valor unânime nas sociedades ocidentais, traz os mais diversos significados.⁴

Entre as várias críticas que se faz à Justiça Constitucional, isto é, ao sistema em que cabe ao Poder Judiciário - quer por intermédio de um órgão integrante de sua própria estrutura (como no Brasil com o Supremo Tribunal Federal), quer por um órgão especial (como na Alemanha, com sua Corte *Bundesverfassungsgericht*)⁵ - o exercício de jurisdição

constitucional, ao efetuar o controle da constitucionalidade das leis (abstrato ou concreto), o déficit democrático é a das mais contundentes.

José de Souza Brito, também Conselheiro do Tribunal Constitucional Português, ao tratar da jurisdição constitucional e princípio democrático, retrata com precisão que :

“O problema do fundamento da jurisdição constitucional é tão somente o problema da sua legitimação democrática. Não é verdade que, pelo próprio facto da sua existência, há juizes que declaram inválida uma lei, a expressão da vontade do povo? A questão pressupõe, portanto, habitualmente, que o poder legislativo do povo através dos seus representantes eleitos é a dimensão essencial da democracia e que a jurisdição constitucional é uma restrição à democracia na medida em que retira, pelo menos em parte, à lei a sua força. Por que razão deveriam os juizes, que não são legisladores eleitos pelo povo, poder afectar a força duma lei democrática? Não é isto governo dos juizes em vez de governo do povo? A teoria tradicional vê, portanto, na jurisdição constitucional um limite ou uma restrição ao princípio do governo do povo pelo povo. (...)”⁶

E é justamente este o corte a ser dado ao trabalho.

Em termos mais precisos, não se trata, na verdade, de dar conta de todo o debate, envolvendo a legitimidade da jurisdição constitucional.

Ao revés busca-se traçar uns poucos comentários básicos sobre a crítica democrática que se faz ao processo, considerando-se como ponto de referência as reflexões de Roberto Gargarella, em sua recente obra, *La justicia frente al gobierno - sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*⁷, para quem o déficit é visto como o carácter contramayoritário do Poder Judiciário.

Daí, em razão desta proposta, as considerações a serem elaboradas nem sempre virão a apresentar um grau de profundidade que viesse a esgotar o tema, já que pela complexidade e sutileza o mesmo se prestaria como objeto de um trabalho académico de maiores proporções. Melhor, a proposta, aqui, é apenas de fazer uma pequena incursão, a título de permitir uma primeira aproximação do tema escolhido.

2. O debate sobre a legitimidade da justiça constitucional

Cass Sunstein - “Professor of Jurisprudence”, da Universidade de Chicago - ao prefaciar a obra em estudo, resume de forma bastante precisa a envergadura do trabalho de Gargarella.

Para o Professor de Chicago, Gargarella nos dá conta do debate que se trava, hoje, em muitos lugares do mundo, sobre tipo de desenho constitucional que forneça condições necessárias para assegurar a imparcialidade das decisões do governo, a deliberação democrática, a participação da cidadania nos assuntos públicos e o papel da justiça frente ao governo.

“Roberto Gargarella apresenta uma discussão instrutiva e importante acerca das questões que subjacem àqueles debates, combinando uma excelente compreensão da teoria política com um entendimento da história, inusitadamente fino, com um

apoio firme no direito constitucional. Sua análise sobre a imparcialidade, a deliberação e os fundamentos básicos do constitucionalismo resulta altamente iluminadora, tanto de controvérsias passadas, como presentes. A última fase do século XX se converteu num dos períodos mais fascinantes e explosivos na história da criação constitucional, e o livro de Gargarella nos oferece um respaldo extraordinário para enfrentar os debates que inevitavelmente irão se apresentar no futuro.”⁸

Gargarella resume o questionamento na seguinte proporção, considerando como fator preponderante a ausência de representatividade dos membros do Poder Judiciário, que ao longo de sua obra, lhe serve de norte, ao orientar suas reflexões:

“Como é possível que um minúsculo grupo de juízes, que não sejam eleitos diretamente pela cidadania (como o são os funcionários políticos), e que não estejam sujeitos a periódicas avaliações populares (e portanto gozam de estabilidade em seus cargos, livres do escrutínio popular) possam prevalecer, em última instância, sobre a vontade popular?”⁹

Inclusive, a problemática suscitada ganha maior amplitude se considerado que em todos os tipos de matéria constitucional (por exemplo, sobre liberdade de expressão; a validade de uma lei sobre aborto; a possibilidade ou não de intervenção pelo Estado na economia; os conflitos entre estados-membros, etc...) é a palavra do juiz a última a se impor, com caráter de definitividade.

Isto é, a Justiça pode impor sua voz - sobre todas as restantes -, em questões tão fundamentais como as mencionadas, com a idéia de que, ao cabo, seria ela que representaria, em definitivo, o espírito da Constituição.

E assim, a Corte acaba por colocar em cheque algumas de nossas intuições mais básicas de como deveria funcionar um sistema democrático, sem que nós, os maiores interessados, pudéssemos ser ouvidos.

Diz GARGARELLA que:

“O fato que na atualidade os juízes gozem do poder que gozam tem a ver, entre outros fatores, com certos (implausíveis) pressupostos que se levaram em conta, desde o exato momento em que se organizou o sistema judicial, dentro do marco de uma Constituição republicana. Me refiro a pressupostos de raiz conservadora, de acordo com os quais não era necessário consultar a cidadania - de um modo efetivo - se o que se pretendia era tomar decisões corretas. E assim também, pressupostos de raiz elitista, que diretamente afirmavam que nem todos os indivíduos estariam dotados de igual capacidade, e que só alguns deles teriam as virtudes necessárias para tomar as decisões justas.”¹⁰

Dá registrar que grande parte dos constitucionalistas contemporâneos - quer compartilhem ou não destas origens históricas apontadas - reconhecerem, ao menos, a tensão existente entre a organização democrática da sociedade e a função judicial de revisão das leis. É o chamado “caráter contra-majoritário” do Poder Judiciário, que se revela nas dificuldade que surgem quando o órgão com menor legitimidade democrática, dentro da divisão de poderes, impõe sua autoridade sobre os demais.

Reconhecendo tal situação, o autor busca apresentar uma série de argumentos

destinados a limitar e reorientar a tarefa judicial, reavaliando e redimensionando o papel do juiz, tendo por pressuposto a tradição (genuinamente) radical, na qual o sistema político deve responder de forma adequada à vontade das maiorias, e por outro lado, assegurar uma devida proteção às minorias. Isto é, “uma tradição que entende que ‘todos os possíveis afetados’ por uma determinada decisão devem tomar parte de dito processo de tomada de decisões; mas, por outro lado, reconhece a falibilidade que é próprias dos processos de tomada de decisões majoritárias.”¹¹

Suas primeiras reflexões buscam situar os fundamentos históricos da falta de legitimidade democrática da Justiça.

Para tanto retrocede ao século XVIII, aos Estados Unidos da América, quando e onde, se assentaram as bases do atual sistema de controle difuso da constitucionalidade.

Assim, examina as origens conservadoras e elitistas da tarefa judicial do controle das leis e o sistema idealizado pelos “Pais Fundadores”, apontando as razões políticas e sociais que levaram a ser dado um destaque especial na organização da magistratura e também os pressupostos filosóficos que deram sentido a esta tarefa de organização judicial, concluindo que a Constituição norte-americana não só resultou ideologicamente marcada contrariamente às maiorias, mas que tal traço teve como objetivo a especial proteção de um certo grupo minoritário: o grupo dos socialmente mais avantajados.¹²

2.1. A tradição conservadora

Em seguida, estuda o que chama de “tradição conservadora” em defesa da revisão judicial da leis, para a qual (algumas vezes imbuída de concepções elitistas) a função judicial se justifica, entre outras razões a partir da suposta dificuldade que “as maiorias” têm de tomar decisões razoáveis.

Neste caso, a idéia é que as maiorias se deixam arrastar por impulsos e paixões - ao invés de orientar-se pela razão - quando devem tomar decisões coletivamente.

Hamilton e Marshall sustentavam a favor desta tradição que a atividade de revisão judicial não constituiria (o que hoje chamaríamos) uma tarefa antidemocrática, vez que o único que os juízes faziam era reafirmar a supremacia da Constituição sobre as leis.

Entretanto, aponta o autor que para defender a supremacia constitucional os juízes se encontravam forçados a interpretar a Carta Magna, o que os levava a fazer bem mais do que, simplesmente, recitar o texto da mesma.

Ainda considerando a tradição conservadora, sustenta que as principais críticas ao caráter contra-majoritário do poder judiciário nascem, ao menos, em boa parte, do que se chama de “brecha interpretativa”.

“Se o poder judiciário é acusado de adentrar em campo que deveria corresponder aos cidadãos ou a seus representantes, isto se deve a que agora se adverte a algo, que antes, por alguma razão, não se advertia claramente: através de sua inevitável atividade interpretativa, os juízes terminam, silenciosamente, tomando o lugar que deveria ocupar a vontade popular.”¹³

Os que seguem defendendo a legitimidade do controle judicial das leis procuram

fazê-lo através de argumentos que “cerrem” tal brecha interpretativa, utilizando-se de uma estratégia que busca demonstrar que existem formas mais ou menos óbvias - e não arbitrárias - de interpretar a Constituição e as leis, em geral.

Neste particular, o autor constrói sua análise, fundamentalmente, a partir de dois tipos de argumentos que servem à defesa do papel interpretativo dos juizes: os argumentos originalistas e os não-originalistas.

Os argumentos originalistas sustentam que a tarefa do juiz é apenas a de descobrir o sentido que o próprio legislador constituinte imprimiu à norma constitucional, sem que com isso viesse o juiz a inovar no ordenamento.

“... partem do reconhecimento de que os juizes, em sua atividade de ‘leitura’ da Constituição se vêem permanentemente forçados a interpretá-la. Sem embargo, entendem que tal atividade não apresenta maiores complexidades: apenas requer estar capacitado para realizar as investigações que sejam pertinentes em cada caso, e para ‘desentranhar’ o sentido que originariamente se outorgou à Constituição. O argumento central do originalismo, possivelmente, consiste em afirmar que ‘não é necessário ir mais além da Constituição’ para entendê-la, mas apenas o que requer para ‘adentrar’ basta encontrar os significados que hoje não resultam claros.”¹⁴

Gargarella se coloca contrário a tal visão, apontando uma série de reparos que podem ser endereçados a esta visão originalista.

Embora admita que a idéia de recorrer às intenções originárias dos autores do texto legal pareça, a princípio, um modo eficaz de evitar os riscos da “tirania dos juizes”, esta solução propõe que a justiça se guie pela “mão-morta do passado”, como meio de escapar da indesejável possibilidade de que os juizes tratem de “dar vida à Constituição”, a partir de seus próprios critérios. Em que pesem os esforços realizados por tal corrente interpretativa - de estabelecer regras “fixas” para a interpretação do passado - parece inevitável que continuem a existir margens amplas de indeterminações que permaneçam ligadas ao bom critério dos juizes.

Num outro giro, os argumentos não-originalistas, ao contrário, reconhecem que ao interpretar a Constituição, os juizes devem fazer mais do que “adentrar” no texto.

Em muitas ocasiões, se admite que os juizes devam “escapar dos quatro cantos da Constituição”, e sair a buscar, em alguma parte, as respostas que não se encontram nela. Uma vez reconhecida qual é a “fonte” externa capaz de prover as respostas de que se necessita, a tarefa dos juizes vota a converter-se numa atividade, mais ou menos, indisputável.

Quanto a estas fontes, há diferentes possibilidades: as tradições; o direito natural; os princípios neutros; o recurso do consenso; os princípios filosóficos (Bickel e Dworkin).

Da mesma forma que faz objeções à tese originalista, Gargarella procura deixar em evidência os problemas apresentados pela visão não-originalista e suas tentativas de defesa do controle da judicial, não satisfazem a indagação do caráter contra-majoritário, já que a margem de atuação dos juizes não é superada.

2.2. A tradição (radical) populista

Assentada a questão da tradição conservadora, com suas duas vertentes:

originalista e não-originalista - Gargarella passa a examinar uma segunda possibilidade, que chama de uma "tradição (radical) populista" - oposta à anterior, e portanto, hostil à idéia de controle judicial da constitucionalidade.

Os defensores desta postura crêem que o apoio popular a uma determinada posição é o único indício adequado para pronunciar-se acerca da validade da mesma. Neste sentido, procuram restringir tanto quanto seja possível, a capacidade dos juizes de investigar a validade de uma lei.

"... se é defendida uma postura populista se deve terminar acolhendo que os juizes se subordinam completamente as legislaturas em matéria constitucional. Este tipo de afirmação parece razoável na medida em que se reconheça o Parlamento como a expressão legítima e autêntica da vontade popular e se presuma que esta constitua a última autoridade em questões constitucionais. Aceitas tais premissas, os juizes não teriam direito a contradizer ou substituir aos órgãos políticos do sistema na resolução de tais casos. De acordo com a análise que Carlos Nino elaborou a respeito: "se a justificação da democracia está baseada na soberania popular, em definitivo, o único órgão de expressão esta soberania é o Poder legislativo - especialmente a Câmara Baixa quando se trata de um sistema bicameral - e deveria restringir-se ao máximo a possível interferência dos juizes, já que não são órgãos diretos, mas em todo caso indiretos, da soberania na expressão da vontade popular soberana."^{15 16}

O remédio mais habitual apresentado pelas soluções populistas consistiu em retirar o controle da constitucionalidade das mãos dos juizes e deixá-lo a cargo dos órgãos de maior representatividade popular.

Porém, basicamente, como aponta o próprio Gargarella, o populismo não oferece a garantia de que necessariamente será observada a vontade popular, especialmente se considerada a crise de representatividade da classe política.

"Este tipo de remédio, porém, também está sujeito a uma infinidade de problemas, tanto teóricos, como práticos. Segundo diria, não é fácil defender a plausibilidade de um controle constitucional meramente majoritário, nem é óbvio que os acordos majoritários tenham algo a ver com o consenso ideal ao qual apela para buscar sua justificação, nem tão pouco está claro que as maiorias legislativas se identifiquem com as maiorias cidadãs (dado este que muitos autores populistas e muitos de seus críticos tomam por evidente)."¹⁷

2.3. Soluções intermediárias

Também devem ser consideradas as chamadas "soluções intermediárias" entre as duas tradições anteriormente apontadas, que buscam dar conta do problema da legitimidade da justiça constitucional.

Tais propostas tendem a aceitar a prática do predomínio judicial no controle das leis, porém, procurando "debilitar" seus traços mais conservadores, tratando de converter a revisão judicial em uma atividade, normativamente, mais justificável.

A idéia a ser transmitida é de que o controle pelo judiciário - quer pelo seu exercício ao longo dos anos, quer pela eficácia com que, em linhas gerias, tem sido exercido - não pode, nem deve ser subtraído do âmbito da justiça.

Dai estas soluções defenderem a existência de expedientes que viessem a mitigar ou amortecer o déficit democrático ou caráter contra-majoritário. Entre eles podem ser listados: os grupos de pressão como suporte para os setores mais desvantajados da sociedade; a utilização de juizes e jurados leigos; a preocupação com a forma de seleção e designação dos juizes (por via de eleições direitas); a criação de um Conselho da Magistratura; e, a atuação do Tribunal, apenas como legislador negativo.

Porém, Gargarella ressalta que tais iniciativas apresentam um caráter meramente "remediador" já que nunca colocam em cheque a raiz conservadora própria do sistema que se procura modificar ou "amortizar", na realidade, ao revés, acabam por ressaltar o próprio rasgo conservador.

Para ele:

"... enquanto a justiça continuar a ter a possibilidade de contradizer a vontade das maiorias em todos os tipos de questão e conserve o direito de pronunciar a 'última palavra', teremos de seguir falando das tensões entre a justiça e a democracia." 18

2.4. A proposta de Gargarella: a tradição genuinamente radical

Tendo traçado o quadro do debate da legitimidade e suas diversas correntes, inclusive, não se filiando a nenhuma delas - conservadora, populista, intermediária - Gargarella propõe uma outra solução.

Estuda a tradição que lhe parece a mais promissora, especialmente quanto as virtudes de suas respostas face ao problema do controle judicial: a tradição que denomina de (genuinamente) radical.

Dai, se dizer que os partidários desta postura afirmam que a cidadania deve ser consultada se o que se pretende é tomar decisões políticas imparciais (coincidindo assim com a posição populista); por outro lado, admitem (colocando ênfase nisto) que as consultas à cidadania não asseguram necessariamente a imparcialidade nas decisões (com o que se diferenciam do sustentado pelos populistas).

Suas propostas, mais bem, se inclinam a sustentar o princípio majoritário, ao mesmo passo em que incluem o Poder Judiciário como um órgão destinado a afirmar ou aperfeiçoar a vontade popular.

Ao examinar esta tradição, Gargarella toma por referência as teorias defendidas por Bruce Ackerman e John Ely. Avaliando suas sugestões em matéria constitucional, ressalta as possíveis debilidades apresentadas por estas teorias, para a partir de então, se propor a construir uma alternativa de revisão das leis, que entende o autor, seja mais sólida e melhor integrada com uma concepção de como deveria organizar-se a democracia de matriz deliberativa.

Nesta esteira ressalta que é interessante observar que a distinção entre moral pública e moral privada se mostra um critério valioso e relevante de aplicação prática, já que

considera que a vontade da majoritária não deve intervir em questões relativas à moral privada, cabendo ao próprio indivíduo ser o senhor de seus atos.

Neste particular, por exemplo, o Poder Judiciário pode desempenhar um papel relevante, contribuindo para a defesa do cidadão contra as chamadas leis perfeccionistas, preservando a integridade da autonomia individual.

Gargarella busca também completar e fortalecer a posição delineada mediante o estudo de três questões adicionais¹⁹. Estas, por sua vez, poderiam vir a possibilitar a implementação da tradição genuinamente radical. São elas: a) a técnica do reenvio das leis (do poder judiciário para o legislativo), como meio de fomentar um diálogo entre os poderes (hoje, não muito freqüente, mas todavia importante); b) a possibilidade de fortalecer o vínculo entre o poder judiciário e os grupos sociais minoritários (hoje, apesar do que proclama ao contrário, enormemente debilitada); c) as reformas políticas que seriam necessárias para tornar possíveis e desejáveis as reformas da justiça .

Ao tratar de suas reflexões:

“Mi trabajo se ha baseado en consideraciones como las siguientes: a) la idea de que cada persona debe ser la última en cuanto al modelo de vida que preferir desarrollar; b) la idea de que, en materias que trascienden el ámbito de la moral privada, la última decisión tiene que surgir de un adecuado proceso de reflexión colectiva. Para que esto último sea factible, se debe procurar que el proceso de toma de decisiones nos asegure la mayor *imparcialidad* posible - esto es, se debe procurar que las decisiones públicas reflejen efectivamente los puntos de vista de todos los posibles afectados por ellas - . Para el análisis de estos criterios y sus posibles derivaciones he partido, además, de c) la idea de que la discusión pública resulta una herramienta privilegiada para acercarnos a dicho ideal de imparcialidad; d) la certeza de que el actual sistema institucional no favorece la discusión colectiva, ni promueve (más bien desalienta) la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones políticas; e) la intuición de que, aunque sea importante contar con alguna forma de control sobre este tipo de decisiones colectivas, no resulta obvio que tal control deba recaer en manos de la justicia, o que deba ejercerse del modo como hoy es ejercido - esto es, con jueces que tienen la “ultima palabra” en todo tipo de cuestiones fundamentales -; f) la convicción de que cualquier mecanismo institucional que diseñemos, tanto para la producción como para el control de las leyes, será falible (por más autoridad que pierdan los jueces y por más que ganen los ciudadanos), convicción que me lleva a sugerir, ante todo, mecanismos alternativos flexibles, atentos a tales carencias.”²⁰

Dáí perceber-se que as pautas mencionadas por Gargarella levariam a um controle da constitucionalidade centrado em duas tarefas principais.

Por um lado, o controle se prestaria a assegurar as condições do debate democrático. Antes de mais nada, para o autor, tal implicaria em autorizar a intervenção dos juizes naquelas legislações que se destinassem a, por exemplo, discriminar irracionalmente a qualquer grupo minoritário; impedir a reunião ou a discussão entre indivíduos diferentes; cerrar as vias de expressão da cidadania (como a censura dos meios de comunicação, etc.);

deturpar a vontade das maiorias (através das estratégias *gerrymandering* ou de concentração de poder); deturpar o processo decisório (como quando os políticos se perpetuam indevidamente no exercício do poder ou quando declarassem uma medida de estado de sítio em situações em que não seria necessário fazê-lo); e desvirtuar os controles destinados a fiscalizar suas ações ou os mecanismos destinados a avaliá-los ou aperfeiçoá-los.

E por outro lado, o controle da constitucionalidade deveria orientar-se para resguardar uma esfera de autonomia inviolável dos indivíduos, de modo que eles pudessem ser “soberanos”, com relação ao modelo de vida, de sua preferência, escolhido para si próprios.

“Neste sentido, a justiça deveria impedir que os poderes públicos interfiram em questões de moral privada através da edição de leis “perfeccionistas”, isto é, leis que pretendam impor aos diferentes sujeitos pautas sobre a “boa vida”. E, do mesmo modo, o poder judiciário poderia contribuir com os órgãos políticos para erigir uma “muralha” de proteção ao redor do indivíduo, dotando-os de garantias adequadas para a escolha e desenvolvimento dos diferentes ideais de virtude pessoal.”²¹

3. Conclusão

Nada melhor do que as palavras do próprio Gargarella - que serviu de rumo às considerações anteriormente traçadas - quando diz que a adesão a suas propostas implica em que os pressupostos, por ele desenvolvidos, sejam também adotados.

“Por exemplo, quienes sigan convencidos de que la “dificultad contramayoritaria” es un invento propio de juristas de otras tierras, que nada tienen que ver con la realidad propia de sus propios países. Habrá quienes sigan convencidos de que la discusión pública no ayuda a la imparcialidad, siuo que sólo aporta confusión y apasionamiento. Y habrá, también, quienes nieguen cualquier razonabilidad en distinciones como las de “moral pública” y “moral privada” que en este trabajo he intentado establecer. Frente a quienes no compartan presupuestos como los que aquí se defienden, sólo caben dos cosas: por un lado, seguir trabajando para convencerlos de que están en un error, y por otro, rogarles que nos persuadan de la plausibilidad de las ideas - contrarias a las nuestras - que ellos sostienen.”²²

Para, por fim, lançar o desafio.

“Nuestros oponentes nos tendrán que convencer, por exemplo, de que es deseable que jueces no electos por la ciudadanía, ni sujetos a una responsabilidad electoral inmediata, sigan decidiendo cuestiones sustantivas (por exemplo, diciendo cómo se regula el aborto, diciendo si está bien o mal consumir estupefacientes, diciendo cómo se pueden distribuir los recursos sociales, y cómo no, etc.). Nuestros oponentes deberán darnos razones para otorgar al poder judicial la “última palabra” en materia constitucional cuando sabemos (particularmente en Latinoamérica) lo permeable que es la magistratura a la presión de los grupos de poder. Nuestros oponentes deberán persuadirnos de que la reflexión individual y aislada de los jueces nos garantiza la imparcialidad de un modo más certero que la propia reflexión

colectiva. Nuestros oponentes tendrán que hacernos entender que es deseable que el buen ejercicio judicial siga dependiendo del azar de contar con “buenos jueces”. Nuestros oponentes deberán aclararnos estas dudas a menos que - com tantas veces - prefieran simplemente negarse o imponernos sus razones.”²³

Ao qual pouco resta a acrescentar...

Bibliografia

ALFORD, Robert e FRIEDLAND, Roger. *Los Poderes de la Teoría - Capitalismo, Estado y Democracia*: Buenos Aires: Manatíal, 1991.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

CAPPELETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993)

BRITO, José de Souza e. et alii. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional - Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional - Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

¹ Trabalho apresentado na PUCRJ, 97/02 para a conclusão da disciplina Epistemologia, ministrada pela Prof. GISELE CITADINO, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional, avaliado com o grau máximo.

² BRITO, José de Souza e. et alii. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional - Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional - Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

³ A propósito, neste particular o papel da Suprema Corte Americana é bastante ilustrativo. Embora no trecho reproduzido não haja expressa menção à Corte, o Presidente Theodore Roosevelt, em 08 de dezembro de 1908, mandou a seguinte mensagem ao Congresso Americano:

“Os principais criadores do direito (...) podem ser, e frequentemente são, os juizes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real (...) ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico particular dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem de sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juizes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes de que superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas.” (43 Cong. Rec., Part I, p. 21) (apud CAPPELETTI, Mauro. *Juizes Legisladores*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993)

⁴ Para maiores considerações, vide ALFORD, Robert e FRIEDLAND, Roger. *Los Poderes de la Teoría - Capitalismo, Estado y Democracia*. Buenos Aires: Manatíal, 1991.

⁵ “O principal mecanismo de defesa ou de garantia da Constituição consiste na fiscalização da constitucionalidade. Mas a fiscalização somente pode ocorrer se a própria Constituição atribuir expressa ou implicitamente, a um ou mais órgãos, competência para exercitá-la. esse órgão tanto pode exercer função jurisdicional, como política; tanto pode, no primeiro caso, integrar a estrutura do Judiciário, ou residir fora dela. (...)” CLEVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 28.

⁶ BRITO, José de Souza e. et alii. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional - Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional - Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 39.

⁷ GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

⁸ GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996, p. 9 (tradução livre)

⁹ *Ibidem*, p. 11

¹⁰ GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996, p. 12 (tradução livre)

¹¹ *Ibidem*, p. 13 (tradução livre)

¹² *Ibidem*, p. 34

¹³ *Ibidem*, p. 59 (tradução livre)

¹⁴ *Ibidem*, p. 60 (tradução livre)

¹⁵ *Ibidem*, p. 88-89 (tradução livre)

¹⁶ Neste particular, Gargarella apresenta, como exemplo desta tradição, duas de suas versões: uma no âmbito norteamericano e próxima do pensamento “anti-federalista” e outra própria do contexto francês, a partir da Revolução de 1789.

¹⁷ *Ibidem*, p. 99 (tradução livre)

¹⁸ *Ibidem*, p. 119 (tradução livre)

¹⁹ Para uma maior explicitação vide, op. cit. capítulos 6, 7 e 8

²⁰ *Ibidem*, p. 263

²¹ *Ibidem*, p. 264

²² *Ibidem*, p. 264

²³ *Ibidem*, p. 265

**Juíza Federal da Vara Única de São Pedro da Atafeta, Mestranda em Direito Constitucional (PUC-RJ) e Professora da Universidade Católica de Petrópolis.*

A MAGISTRATURA E O MAGISTÉRIO SUPERIOR

Ricardo Perlingeiro M. da Silva

1. Introdução

A atividade do docente possui grande afinidade com a do magistrado. A função típica do docente é o ensino, enquanto que a do magistrado é a jurisdição. A presente monografia é um relato da obra "Pedagogia da Autonomia" de Paulo Freire, comparando suas passagens à atuação do magistrado.

2. Docência sem discência

Quem ensina aprende ao ensinar e quem aprende ensina ao aprender. O juiz a caso concreto que enfrenta, prestando jurisdição, assimila novos conhecimentos. É inegável que o juiz adquire conhecimentos através das postulações apresentadas pelas partes litigantes e seus advogados. Da mesma maneira, a jurisdição tem um efeito educativo ao jurisdicionados, que passam a ser regulados pela normatização apresentada pelo juiz.

A boa docência vem acompanhada de rigor metodológico, sendo sempre reforçada a capacidade crítica do educando, sua curiosidade e sua insubmissão. Compete ao docente não só transmitir conhecimentos, mas principalmente ensinar o aluno a pensar certo. A eficácia concreta de uma decisão judicial será medida na proporção em que for compreendida pela sociedade. O efeito educativo da decisão judicial deve provocar a reflexão dos jurisdicionados, de modo a, não só cumprirem a ordem, mas passarem a pensar corretamente e de acordo com o espírito da decisão emanada.

Não há ensino sem pesquisa e pesquisa sem ensino. A pesquisa visa conhecer o que ainda não se conhece e a comunicação da novidade. O juiz a todo momento realiza pesquisas, tentando aprender e se aperfeiçoar, para melhor prestar sua jurisdição. O juiz que deixa de estudar para no tempo e sacrifica sua atividade final.

O ensino exige respeito aos saberes dos educandos. O educador deve sempre estar atento para as condições sócio-econômicas do educando. Da mesma forma, o juiz ao proferir uma decisão deve observar o contexto social e econômico na qual terá ela vigência. Uma decisão judicial, assim como uma lei, dissociada da realidade social e econômica dos jurisdicionados é causa de descumprimento das ordens judiciais e, principalmente, descrédito das instituições democráticas.

O ensino impescinde da ética. A prática educativa tem de ser, em si, um testemunho rigoroso de decência e de pureza. O juiz é regrado pela ética. A sua postura pública ou particular reflete sempre na credibilidade da prestação jurisdicional. A honestidade, inclusive intelectual, é fator imperativo na atividade do juiz. A preocupação com a ética do juiz é tamanha, que há diversos diplomas legais prevendo códigos de ética para os juízes.

Nada mais reprovável que a afirmação "faça o que mando e não o que faço". O

professor que prega uma postura, mas que na prática a repele, é um mau exemplo e dificilmente possuirá credibilidade. Aliás, esse é o ponto fundamental - a credibilidade do professor, assim como a do juiz. A atividade educativa e jurisdicional só serão eficazes se o professor e o juiz possuírem credibilidade.

Não obstante o professor seja dotado de concepções políticas e ideológicas, assim como o juiz, não podem eles adotar qualquer espécie de discriminação. Nesse ponto, devem sempre ir em busca da neutralidade.

A teoria deve estar sempre associada à prática. O ensino pode ficar comprometido caso o aluno não materialize concretamente os ensinamentos teóricos. A prática é fator indispensável para a consolidação de conhecimentos teóricos, mesmo porque perde-se o interesse pela aprendizagem quando na mesma não se obtém qualquer utilidade prática. A decisão judicial que contém sólidos e eruditos fundamentos doutrinários, mas desprovidos de praticidade ou inteligível pelas partes, provavelmente encontrará obstáculos para se tornar uma decisão realmente eficaz.

Uma das tarefas mais importantes da prática educativo-crítica é propiciar as condições em que os educandos em suas relações uns com os outros e todos com o professor ou a professora ensaiam a experiência profunda de assumir-se. A questão da identidade cultural, de que fazem parte a dimensão individual e a de classe dos educandos cujo respeito é absolutamente fundamental na prática educativa progressista, é problema que não pode ser desprezado.

As vezes, mal se imagina o que pode passar a representar na vida de um aluno um simples gesto do professor. O juiz que exerce suas funções numa comunidade do interior deve estar atento para as peculiaridades da cultura local, que são diferentes das dos grandes centros. O tratamento dispensado pelo juiz às partes, testemunhas e advogados é algo que certamente terá conseqüência na eficácia da decisão judicial. Às vezes, o juiz, mesmo negando o direito postulado pela parte, é por esta respeitado e compreendido. A falta de compreensão pode ser estimulada pelo tratamento dispensado às partes.

“Nenhuma formação docente verdadeira pode fazer-se alheada, de um lado, do exercício da criticidade que implica a promoção da curiosidade ingênua à curiosidade epistemológica, e do outro, sem o reconhecimento do valor das emoções, da sensibilidade, da afetividade, da intuição ou adivinhação. Conhecer não é, de fato, adivinhar, como intuir. O importante, não resta dúvida, é não pararmos satisfeitos ao nível das intuições, mas submetê-las à análise metodicamente rigorosa de nossa curiosidade epistemológica”.

3. Ensinar não é transferir conhecimentos

Ensinar não é transferir conhecimentos, mas criar as possibilidades para a sua própria produção ou a sua construção. Como já consignado, o juiz não só transmite conhecimentos com a prestação de jurisdição, mas também exerce uma função educativa, de modo a propiciar meios ao jurisdicionado de manter a paz social.

O professor deve ter consciência de suas limitações. O ensino é uma constante evolução de uma obra inacabada. Assim ocorre com a jurisprudência, que sempre está evoluindo com conceitos novos e interpretações diversas e associa-

das, de uma forma ou de outra, à realidade social e econômica de cada tempo.

O professor deve respeitar a autonomia do aluno. A inquietude, a crítica e a linguagem devem ser estimuladas. O professor que desrespeita, nesse ponto, o educando castra a sua capacidade cognitiva. O juiz deve também respeitar a individualidade das partes. A justiça de certas decisões dependerá sempre da análise acurada das características individuais do jurisdicionado.

"Ser juiz é ter bom senso". Tal afirmação é corriqueira nos meios forenses. O bom senso dá autoridade ao professor e ao juiz para exercerem o seu mister. O seu trabalho é o trabalho com os alunos e jurisdicionados e não deles consigo mesmos.

O bom ensino e a eficácia da jurisdição depende da humildade, tolerância e luta em defesa dos direitos dos educadores e juizes. O combate em favor da dignidade da atividade docente e jurisdicional é tão parte delas mesmas quanto delas fazem parte o respeito que o professor e o juiz devem ter à identidade do educando à sua pessoa, ao seu direito de ser.

O aluno tem o direito de saber a opinião do seu professor sobre as diversas questões que leciona. É verdade que o professor deve sempre relatar as diversas posições doutrinárias sobre o tema, porém em dado momento é sua obrigação indicar o seu posicionamento. O juiz age da mesma maneira. Embora inicialmente neutro, o juiz fará opção por uma corrente doutrinária e julgará o litígio. Porém, para ser convincente, é importante que informe aos jurisdicionados sobre todas as correntes existentes, o fundamento de cada uma delas, a sua opção com a fundamentação correspondente.

O ensino é sempre um aprendizado conjunto para o professor e aluno. O bom clima pedagógico democrático é em que o educando vai aprendendo à custa de sua prática mesma que sua curiosidade como sua liberdade deve estar sujeita a limites, mas em permanente exercício. Sem a curiosidade do professor não se aprende nem se ensina.

4. O ensino é uma especificidade humana

A segurança é algo fundamental no exercício do magistério e da magistratura, pois dela se extrai a autoridade. Não basta deter conhecimentos, é preciso saber utilizá-los. Assim a autoridade do profissional se forma com a competência e generosidade (humildade).

O professor e o juiz que não levam a sério sua formação intelectual jamais serão respeitados. Não terão força moral para comandar uma turma ou decidir, eficazmente, sobre litígios. Por outro lado, a arrogância do profissional dotado da mais alta capacidade é extremamente prejudicial. O autoritarismo é sinal de insegurança, com o que a autoridade deixa de existir. O professor que é indagado sobre questão que não sabe, ao contrário de se irritar com o aluno, deve ser sincero e humilde, assumindo a deficiência ocasional. O bom juiz reconhece os seus erros, podendo e devendo voltar atrás nas suas decisões. É óbvio que tais posturas devem ser ocasionais, pois do contrário, teríamos juizes e professores despreparados e inseguros.

O bom educador deve estar sempre a ouvir os seus alunos. É escutando que aprendemos a falar com os alunos. Da mesma maneira, o juiz deve sempre convocar as partes litigantes para pessoalmente solicitar esclarecimentos. Ao ouvir as partes e alunos o profissional se despe da aparente arrogância que está investido.

A SÚMULA 260 DO TFR E O CÁLCULO ZERO

Liliane do Espírito Santo Roriz de Almeida*

1. Introdução

A liquidação de sentenças proferidas com base na súmula 260, do extinto Tribunal Federal de Recursos, vem, ocasionalmente, apresentando valores zerados, em relação ao quantum debeatur.

Em princípio, tal não deveria ocorrer, uma vez que o pedido condenatório, baseado naquele enunciado e julgado procedente, deveria pressupor valores positivos a liquidar. Não é, entretanto, o que vem ocorrendo. Porque?

2. A súmula 260

Inicialmente, cabe lembrar o teor da súmula em questão: “no primeiro reajuste do benefício previdenciário, deve-se aplicar o índice integral do aumento verificado, independentemente do mês da concessão, considerado, nos reajustes subsequentes, o salário mínimo então atualizado.”

Em uma primeira leitura, parece que a súmula regulamenta dois tipos de reajustes do benefício previdenciário: o primeiro a ocorrer, após a concessão, que deve obedecer ao índice integral de correção monetária verificado no período, e todos os demais, que devem observar o reajuste do salário mínimo então atualizado.

Analisando-se os antecedentes da súmula, porém, conclui-se que não é bem isto o que ela pretende regulamentar.

3. As duas partes da súmula

Na verdade, a súmula 260 pretendeu explicitar o entendimento do tribunal em relação a duas questões distintas:

* A primeira, referente ao entendimento então adotado pelo órgão previdenciário, no sentido de que, no primeiro reajuste do benefício, após a sua concessão, o índice de correção, em vez de integral, deveria ser proporcional ao número de meses decorridos desde o reajuste anterior, ou seja, no caso de um benefício concedido em agosto de um determinado ano, por exemplo, no primeiro reajuste, a ocorrer no mês de novembro seguinte - na época em que os reajustes eram semestrais -, esse benefício receberia 3/6 do índice de reajustamento, e não os 6/6 a que teria direito.

* A segunda, dizendo respeito às diversas faixas de reajuste, instituídas pela Lei nº. 6.708, de 30/10/79. Essa lei estabeleceu que os reajustamentos, tanto de salá-

rios, quanto de benefícios, dar-se-ia segundo o enquadramento em três faixas:

- a primeira, que ia de 1 a 3 salários mínimos, o reajuste equivaleria a 1.20 do índice oficial de inflação do período;
- a segunda, de 3 a 5, à integralidade do índice;
- a terceira, acima de 5, a 80% do índice.

O órgão previdenciário, entretanto, enquadrava o benefício na faixa considerando não o novo salário mínimo, mas sim o salário mínimo então revogado, o que representava, para os benefícios de valores intermediários, uma mudança de faixa, reduzindo sua expectativa de reajuste em cerca de 20%.

O Tribunal Federal de Recursos entendeu que ambos os procedimentos estavam incorretos, proferindo inúmeras decisões em sentido contrário aos mesmos, o que veio a resultar no entendimento consubstanciado na súmula 260.

Pode-se afirmar, pois, que a súmula 260 é composta de duas partes, que poderiam estar assim redigidas:

- No primeiro reajuste previdenciário, deve-se aplicar o índice integral do aumento verificado, independentemente do mês da concessão.
- Nos reajustes do benefício previdenciário, subsequentes ao primeiro, deve-se considerar o salário mínimo então atualizado.

4. Da segunda parte da súmula - o reajuste por faixas

Conhecemos pela análise da segunda parte da súmula, por ser mais simples.

O reajuste por faixas vigorou entre 30/10/79, data da Lei n.º 6.708, até 12/11/84, data em que entrou em vigor o Decreto-lei n.º 2.171. Esta última norma determinou que o enquadramento do benefício nas faixas, para fins de fixar o índice de reajuste aplicável, não mais se daria pelo salário mínimo revogado, mas sim pelo novo salário mínimo.

Assim, todos os benefícios concedidos antes desse Decreto-lei fariam jus, em princípio, à revisão prevista na segunda parte da súmula 260.

Ocorre que a Lei n.º 7.604/87 determinou a revisão de todos eles, com o enquadramento correto no sistema de faixas, no período compreendido entre novembro de 1979 a maio de 1984, determinando, ainda, o pagamento das diferenças encontradas, o que foi efetivamente cumprido pelo órgão previdenciário.

Inexistem, assim, parcelas remanescentes a serem pagas, relativamente a essa parte da súmula, razão pela qual a mesma resultará sempre em cálculo zero.

5. Da primeira parte da súmula - a proporcionalidade

O problema da proporcionalidade surgiu mais claramente, a partir do momento em que passaram a coincidir a data de reajuste do salário mínimo, a de revisão dos benefícios previdenciários e a da política salarial, ou seja, a partir da vigência da Lei n.º 5.890, de 08/06/73.

O salário mínimo era, então, revisto anualmente, sempre no mês de maio. Em decorrência, revian-se também os salários dos trabalhadores e os benefícios dos inativos.

A estes, porém, aplicava-se o critério da proporcionalidade, relativamente à data de concessão, caso se tratasse do primeiro reajuste, sob o argumento de que a inflação referente ao período desprezado já havia sido computada no cálculo do benefício.

Ora, como consequência natural desse critério de proporcionalidade, decorre que todos os benefícios concedidos no mês de reajuste do salário mínimo (e dos salários em geral, e dos benefícios em geral) recebiam a integralidade do reajuste, na data de seu primeiro reajustamento, ou seja, um benefício concedido em maio, na data de seu primeiro reajuste, a ocorrer em novembro seguinte, receberia 6/6 do índice, o que corresponde à integralidade.

Assim sendo, resultarão em cálculo zero todos os benefícios que obtiveram decisão positiva, com base na súmula 260, mas cuja DIB (Data de Início do Benefício) coincida com o mês em que houve reajuste do salário mínimo (e dos salários em geral; e dos benefícios em geral).

Podemos dividir esses benefícios em 4 grupos:

1.º grupo: período enquanto perduraram os reajustes anuais e semestrais, ou seja, nas seguintes datas:

1974 maio	-	1980 maio e novembro
1975 maio	-	1981 maio e novembro
1976 maio	-	1982 maio e novembro
1977 maio	-	1983 maio e novembro
1978 maio	-	1984 maio e novembro
1979 maio	-	1985 maio

Em todos os demais meses, que não esses, compreendidos entre junho de 1973 e abril de 1985, o cálculo dará positivo.

2.º grupo: todos os meses compreendidos entre junho de 1985 e março de 1986, que também resultam em cálculo zero, em decorrência do Plano Cruzado. O Decreto-lei n.º 2.284, de 10/03/86, além de aumentar o salário mínimo, regulamentou a forma pela qual os benefícios seriam convertidos em cruzados novos: pelo valor médio da remuneração real dos 6 meses imediatamente anteriores. Além desse valor médio, aplicado sobre os benefícios, como fator de conversão, o órgão previdenciário fez também incidir, sobre os benefícios concedidos entre junho e outubro daquele ano (1985), os índices correspondentes ao diferencial da proporcionalidade, ou seja, mais 1/6, para os benefícios datados de junho; mais 2/6, para os de julho; e assim por diante, terminando em 5/6, para os de outubro. Tais procedimentos resultaram em ausência de defasagem, nos citados meses.

1985	junho	
	julho	FATOR DE CONVERSÃO
	agosto	+
	setembro	DIFERENÇA DE PROPORCIONALIDADE
	outubro	

1985 novembro
 dezembro
 1986 janeiro
 fevereiro
 março

FATOR DE CONVERSÃO

————— REAJUSTE DO SALÁRIO MÍNIMO

3.º grupo: primeiro semestre de 1987, período durante o qual o salário mínimo foi reajustado quatro vezes, resultando, em consequência, também em cálculos zerados.

1987 janeiro
 março
 maio
 junho

4.º grupo: iniciando-se em agosto de 1987, quando, em obediência ao Decreto-lei n.º 2.351, de 07/08/87, os reajustes passaram a ser mensais, deixando, pois, de ser aplicada a proporcionalidade no primeiro reajuste.

A partir de março de 1989, o critério de reajuste previsto na súmula 260 perdeu eficácia - conforme destaca a súmula 17 deste Tribunal -, passando a vigorar o critério de reajuste previsto no art. 58, do ADCT.

6. Conclusão

Observa-se, assim, que a ocorrência de cálculo zero decorre da data em que o benefício foi concedido, e não da forma pela qual o cálculo é efetuado.

Em consequência, convém que os beneficiários sejam alertados desse aspecto, para que não criem expectativas desnecessárias, nem sejam levados a um descrédito na Justiça, ao se depararem, após anos de batalha judicial, com um quantum debeatur zerado, o que é difícil de ser explicado para um leigo.

** Juíza Federal da 21.ª Vara-RJ*

A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL NO MERCOSUL E A NECESSIDADE DE ARBITRAR MECANISMOS DE COOPERAÇÃO IDÔNEOS¹

Maria Teresa Cárcamo Lobo

A nova realidade de integração no Cone Sul exige uma preparação específica de juízes e de advogados, no seu indeclinável papel de garantidores e de intermediadores da cidadania, compreendida esta como o direito a ter direitos, incluídos aqui os decorrentes da integração. Há considerar, ainda, que num processo de integração econômica o papel do Judiciário é imprescindível à efetivação da sua tessitura jurídica.

Na plena consciência desta realidade, foi recentemente criado na União Européia o Programa de Ação para a melhoria da sensibilização das profissões jurídicas ao Direito Comunitário.

Na Resolução de fevereiro de 96, relativa ao XII Relatório Anual sobre o Controle da Aplicação do Direito Comunitário, o Parlamento Europeu instou a Comissão a apresentar um programa de formação e de informação das profissões jurídicas na área do Direito Comunitário, em ordem a assegurar a aplicação efetiva, eficaz, integral e uniforme das regras comunitárias. É o Programa Robert Schuman. E recomendou também a obrigatoriedade do ensino de direito comunitário para acesso às profissões jurídicas.¹

A **DECLARAÇÃO 19**, anexa à Ata Final do Tratado da União Européia, relativa à aplicação do Direito Comunitário, considerou essencial, para o bom funcionamento da Comunidade, que das medidas tomadas pelos diferentes Estados-membros resulte que o **Direito Comunitário** neles seja aplicado com a eficácia e o rigor equivalentes aos empregues na aplicação do seu direito nacional.

Já o Tratado de Amsterdã, na Declaração relativa à qualidade da redação da legislação comunitária, ressalta que “ a qualidade de redação da legislação comunitária é essencial à correta aplicação desta pelas autoridades nacionais competentes e à sua melhor compreensão por parte dos cidadãos e dos agentes econômicos, importando tornar a legislação comunitária mais acessível”.

No caso do Mercosul, os cidadãos e as empresas devem poder contar com a efetiva aplicação das normas emanadas dos Órgãos dotados de capacidade decisória, já que está em causa a segurança jurídica, a credibilidade da integração e a confiança no conjunto do processo do Mercosul.

Ao meu ver, são dois os problemas capitais no campo da interpretação e aplicação do direito defluente do Tratado de Assunção, dos Protocolos de Brasília e de Ouro Preto, dos Protocolos integrantes do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul.

O primeiro, consistente no inadequado processo de internalização, sem fixação de prazo para a incorporação dos atos normativos do Mercosul e a submissão de todos eles ao processo de internalização, quando o Protocolo de Ouro Preto, em seu artigo 42, declara expressamente que isso só ocorrerá quando necessário :

“As normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no artigo 2 deste Protocolo terão caráter obrigatório e deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país”

Anote-se que a obrigatoriedade se refere às normas do Mercosul. Não aos textos veiculadores dos seus comandos nos ordenamentos nacionais.

Ao meu ver, o Protocolo estabeleceu a aplicabilidade direta das normas derivadas - daí, a existência do Boletim Oficial do Mercosul, previsto no artigo 32, II, b - só se exigindo a sua incorporação quando necessário. Por outras palavras, a leitura do artigo 42 conduz, por interpretação “a contrario sensu”, à aplicabilidade direta das normas obrigatórias emanadas dos órgãos do Mercosul com capacidade decisória - artigos 2, 9, 15, e 20 do Protocolo de Ouro Preto.

Mas, em caso de incorporação, impõe-se a fixação de um prazo que, descumprido, conceitue a demora como uma violação das obrigações assumidas no Tratado de Assunção e no Protocolo de Ouro Preto - artigo 1, in fine e, notadamente, o artigo 38, cujo texto guarda estreita semelhança com o artigo 5 do TCE que, com os artigos 6 e 48, formou a base da portentosa construção jurisprudencial européia .

Numa palavra, o processo é lento e o grau de internalização de fraca densidade.

O segundo, a falta de um sistema funcional de solução de controvérsias, já que o Protocolo de Brasília foi concebido como uma solução transitória, nos termos do artigo 3 do Tratado de Assunção.

“ Durante o período de transição que se estenderá desde a entrada em vigor do presente Tratado até 31 de dezembro de 1994, e a fim de facilitar a constituição do Mercado Comum, os Estados Partes adotam um Regime Geral de Origem, um Sistema de Solução de Controvérsias e Cláusulas de Salvaguarda, que constam como Anexos II, III e IV ao presente Tratado”.

O Anexo III estabelece apenas que:

“ 1- As controvérsias que possam surgir entre os Estados Partes como consequência da aplicação do Tratado serão resolvidas mediante negociações diretas.

No caso de não lograrem uma solução, os Estados Partes submeterão a controvérsia à consideração do Grupo Mercado Comum que, após avaliar a situação, formulará no lapso de 60 dias as RECOMENDAÇÕES pertinentes às Partes para a solução do diferendo. Para tal fim, o Grupo Mer-

cado Comum poderá estabelecer ou convocar painéis de especialistas ou grupos de peritos com o objetivo de contar com assessoramento técnico.

Se no âmbito do Grupo Mercado Comum tampouco for alcançada uma solução, a controvérsia será levada ao Conselho do Mercado Comum para que este adote as RECOMENDAÇÕES pertinentes.

2 - Dentro de 120 dias a partir da entrada em vigor do Tratado, o Grupo Mercado Comum levará aos Governos dos Estados Partes uma proposta de Sistema de Solução de Controvérsias, que vigorará durante o período de transição.

3 - Até 31 de dezembro de 1994, os Estados Partes adotarão um Sistema Permanente de Solução de Controvérsias para o Mercado Comum".

De seu turno, o Protocolo de Brasília permite examinar e decidir eventuais casos de descumprimento das normas do Mercosul, levantados por um Governo contra outro Governo ou por um agente privado contra um Estado Parte.

Neste caso, o particular, pessoa física ou jurídica, formalizará a sua reclamação perante a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum, que levará a questão ao Governo do País objeto da reclamação, através da respectiva Seção Nacional ou diretamente ao Grupo Mercado Comum, *se considerar a demanda justificada* - arts. 25 a 32 do Protocolo de Brasília - .

Observa-se, assim, que:

Não existe qualquer conotação ou consideração de ordem jurídica, tudo se passando ao nível técnico e político, com predomínio da atividade diplomática sobre qualquer outra.

Os destinatários são os Estados Partes, evidenciando-se a quase desconsideração aos direitos dos particulares, pessoas físicas e jurídicas, na defesa e salvaguarda dos seus direitos. O que configura, sem dúvida, uma inadmissível "capitis deminutio" do particular, lesado ou em vias de ser lesado, por força de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal, em violação do Tratado de Assunção ou das normas de direito derivado.

O Protocolo de Brasília vigoraria até 31 de dezembro de 1994, data em que, com a constituição do Mercado Comum, se adotaria um Sistema Permanente de Solução de Controvérsias.

Todavia, o Protocolo de Brasília foi ratificado pelo Protocolo de Ouro Preto, no Capítulo VI "Sistema de Solução de Controvérsias".

Nas letras do artigo 43, que reproduz os dizeres do artigo 1 do Protocolo de Brasília, " Art. 43 - As controvérsias que surgirem entre os Estados Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, bem como

das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul, serão submetidas aos procedimentos de solução estabelecidos no Protocolo de Brasília, de 17 de dezembro de 1991”.

Em meu entender, o dispositivo conduz, em linha reta, à criação de uma Corte de Justiça Supranacional, a única capaz fixar a interpretação e assegurar a aplicação eficaz e uniforme das normas originárias e derivadas do Mercosul.

Observe-se, no particular, o comando do artigo 164 do Tratado da Comunidade Européia cometendo ao Tribunal de Justiça garantir o respeito do direito na interpretação e na aplicação do Tratado.

O Protocolo de Brasília divide o procedimento em duas etapas:

A primeira - intergovernamental e conciliatória

A segunda - jurisdicional arbitral

Prevê 4 instâncias resolutivas:

- 1- Negociação direta;
- 2- Intervenção do GMC;
- 3- Tribunal ad hoc;
- 4- Reclamações de particulares.

Existem, destarte, dois métodos complementares de soluções de controvérsias:

- a) vias diplomáticas.
- b) tribunal arbitral.

Conclui-se, assim, que inexistente labor jurisprudencial em termos de interpretação do direito originário e do direito derivado do Mercosul, porquanto, como é óbvio, essa tarefa não compete a um Tribunal Arbitral, cuja faculdade de afastar as leis no caso concreto e de julgar ex aequo et bono ou com base num direito corporativo, constitui a sua maior valia.

Com efeito, no sistema de arbitragem o árbitro goza de uma liberdade, que o autoriza a afastar as disposições estatais, a combinar diferentes leis, a tomar em consideração a existência de um direito corporativo.

Como fonte de direito de comércio internacional é importante pela rapidez e por atender ao desejo dos vendedores e dos compradores internacionais de possuírem as suas jurisdições próprias.

Mas o árbitro não é, nem pode ser, o guardião da ordem normativa de um sistema comunitário.

O Grupo Ad Hoc que tem a seu cargo o estudo dos Aspectos Institucionais do Mercosul poderia propor, de imediato, a fixação de prazos para a incorporação das normas do Mercosul, a admissão, nos precisos dizeres do art 42 do Protocolo de Ouro Preto, da aplicabilidade direta de algumas, a elaboração de um relatório anual a cargo do Grupo Mercado Comum sobre a incorporação das normas nos ordenamentos nacionais, com a sua conseqüente divulgação, em obediência ao princípio democrático da transparência da Administração, indagando, quando necessário, a razão da não incorporação ou da sua incorporação incorreta ou intempestiva.

Dever-se-ia criar um Comitê de Encontros, como acontece na Comissão das Comunidades Europeias, com o seu Comitê de Encontros de Diretivas que reúne com habitualidade, para se apararem arestas ou afastarem certos obstáculos à transposição correta e no prazo, das diretivas comunitárias.

Em relação a determinadas diretivas, inclusive, a Comissão das Comunidades Europeias faz publicar no Jornal Oficial questionários sobre a sua transposição, que servirão de base para a elaboração dos relatórios que os Estados-membros são obrigados a enviar-lhe.

Enquanto não fosse publicado o Boletim Oficial do Mercosul, com as características próprias de um Jornal Oficial, os Estados Partes deveriam criar um Suplemento ao seu Diário Oficial, denominado Mercosul, onde seriam publicados todos os atos normativos nacionais de incorporação das normas mercosulinas, dando, assim, mais transparência ao processo.

Nunca será de mais lembrar que os processos de integração econômica constituem um fator de reordenamento e de estabilização do mundo moderno, reclamando, o maior empenho e o maior zelo na sua consolidação e no seu aprofundamento.

A criação do mercado comum, finalidade precípua do Mercosul- Mercado Comum do Sul - que assenta na liberdade de circulação de bens, pessoas, serviços, capitais e na coordenação das políticas macroeconômicas, faz nascer um direito novo que, penetrando as fronteiras, se impõe aos Estados e aos seus cidadãos, regendo no quadro comunitário as relações recíprocas dos cidadãos, das empresas - aos quais cabe um papel-chave pela dinâmica própria que emprestam ao processo - das instituições e dos Estados.

No cerne deste processo, como seu garante, encontra-se o Poder Judiciário.

De conseqüência, na decisão de qualquer litígio relativo ao processo de integração e defluente da união aduaneira - circulação de bens, imposições tarifárias, restrições indevidas, etc - bem como o originado do regimento dos Protocolos já promulgados e que são parte integrante do Tratado de Assunção, devem os juizes adotar o método de interpretação finalístico ou teleológico, sistemático e evolutivo, atentos aos princípios específicos da integração, com base nas disposições do Tratado de Assunção, por forma a que este seja realmente um Tratado normativo, e não um Tratado nominalista ou semântico, para usar a terminologia de Karl Loewenstein a respeito das Constituições.²

É preciso que tenham consciência jurídica comunitária, dando, se for preciso - notadamente no campo dos direitos dos particulares - efeito direto às normas mercosulinas ainda não incorporadas.

Importa ter presente que, à medida que um sistema constitucional privilegia a vigência da lei interna por cima dos compromissos internacionais, o processo de integração fica altamente comprometido.

Reitere-se que a realização do mercado comum não se limita, à adoção das medidas nacionais necessárias à aplicação do direito comunitário. Traduzido, em termos de direito, o mercado comum se expressa justamente por um ordenamento jurídico próprio, marcado pelos vectores da unidade, uniformidade e eficácia.

De conseguinte, um processo de integração não pode subsistir sem a participação, esclarecida e atenta, dos operadores do Direito, designadamente, do juiz nacional, capaz

de identificar novas fontes de produção do direito, porquanto lhe cabe assegurar a existência real do direito comunitário, perspectivando-o no dia a dia do exercício da sua judicatura.

Assim sendo, é óbvio que a pedra angular de um processo de integração não é só a norma comum, mas igualmente a sua aplicação e interpretação uniformes e simultâneas pelos juízes nacionais em toda a extensão do espaço comunitário.

No caso da liberdade de circulação de mercadorias e do estabelecimento da TEC, só um órgão jurisdicional estatal pode garantir o efetivo cumprimento das regras relativas à supressão de barreiras tarifárias e não tarifárias, classificações pautais, declaração de origem, à política comercial comum, etc. Lembre-se que alguns dos mais célebres Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, como Van Gend y Loos e Costa X Enel foram prolatados na fase antecedente ao mercado comum europeu.

No caso da liberdade de circulação dos trabalhadores, só uma Corte supranacional pode assegurar a efetiva implementação dessa liberdade, exercendo controle rigoroso sobre restrições indevidas à livre circulação, ao acesso ao emprego, igualdade de remuneração, etc.

Por igual, o livre estabelecimento na indústria, no comércio, na agricultura ou nas profissões liberais, que constitui um vetor da liberdade de circulação de pessoas, há que ter o concurso de um órgão judicial para que seja assegurado o exercício efetivo desta liberdade, notadamente em casos de restrições camufladas ou oblíquas ou, ainda, em caso de omissão das autoridades nacionais.

O mesmo se diga em relação à liberdade de prestação de serviços, de capitais, à livre concorrência, cuja lealdade só estará assegurada se os Estados Partes forem impedidos de ajudar ou subsidiar por esta ou aquela forma as atividades nacionais, favorecendo-as indevidamente e, ainda, em relação às políticas comuns, designadamente, nos domínios da agricultura, do comércio exterior e dos transportes.

O seu papel é, outrossim, de capital importância no campo de responsabilização do Estado Parte por descumprimento de obrigações comunitárias.

Em síntese:

O juiz nacional deve atuar como um órgão fiscalizador do cumprimento das normas do Mercosul, opondo-se a que o Poder Executivo, ostensiva ou camufladamente, afaste a sua aplicação de acordo com os seus interesses ou conveniências conjunturais. O seu papel é de fulcral importância, na medida em que integra a dimensão comunitária ao seu labor judicante, cabendo-lhe, como já referido, assegurar na vida diária o caráter positivo e vinculante das normas do Mercosul.

Tem de tomar “consciência da realidade de um novo ordenamento jurídico, que responde a princípios estruturais próprios, e do seu dever de aplicá-lo, tarefa que dá uma dimensão nova à sua figura”.

Esta nova realidade deve assentar no conhecimento mútuo dos sistemas jurídicos dos Estados nacionais pelos operadores do Direito, notadamente, os juízes, não só para facilitar a cooperação judiciária, mas também para sensibilizá-los para a necessidade de conhecer os procedimentos, instituições e culturas judiciárias recíprocas, conhecer os pontos de convergência e de divergência e, quanto a esta,

procurar ultrapassá-los em clima de abertura, de franqueza e de confiança.

A jurisprudência tem de ser necessariamente evolutiva, para impulsionar o gérmen latente na vontade plasmada no Tratado de Assunção, de Ouro Preto e dos Protocolos que se lhes seguiram.

Se o Mercosul, como deflui do Tratado de Assunção, é uma comunidade de direito, deve dispor de um tribunal supranacional que assegure e preserve o seu ordenamento jurídico próprio, em exata sintonia com os dizeres do parágrafo único do artigo 4 da Constituição Federal de 1988, a teor dos quais

“ A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

A própria dinâmica e lógica do processo vai levar, mais cedo ou mais tarde, à criação do Tribunal, necessário que ele é à consolidação, aprofundamento e alargamento do processo integracionista, aliás previsto no Protocolo de Ouro Preto, no seu artigo 44, em termos de “ revisão do atual do atual sistema de solução de controvérsias do Mercosul”.

O Programa de Ação do Mercosul até o ano 2000 equaciona a problemática do aprofundamento da integração, através da consolidação e do aperfeiçoamento da união aduaneira a caminho do mercado comum, num contexto de regionalismo aberto, refletindo sobre as necessidades institucionais do Mercosul, em particular o estudo para desenvolver e revisar o atual sistema de solução de controvérsias.

Efetivamente, é preciso gerar instrumentos adequados para um processo tão complexo quanto a conformação de um mercado comum, com o atual desafio prévio de completar, aperfeiçoando a união aduaneira.

Os conflitos que têm surgido não foram canalizados pela via do esquema de solução de controvérsias, mas dependeram da vontade política dos poderes executivos dos Estados Partes.

Se este procedimento até aqui tem resultado, obviamente não se pode transformar em instrumento válido de solução de conflitos, sobretudo quando digam respeito a interesses e direitos dos particulares, que são os que dão vida quotidianamente ao Bloco e precisam de constar com um quadro normativo que lhes dê segurança no seu relacionamento recíproco.

De conseguinte, o Mercosul deve dispor de uma instituição jurisdicional supranacional com o seu mecanismo processual próprio e, ao mesmo tempo, reforçar os laços da cooperação judiciária, por forma a assegurar a unidade do sistema jurisdicional do Bloco.

É necessário que nenhum Estado Parte nem nenhum dos Órgãos do Mercosul estejam imunes ao controle dos atos ou das medidas por eles adotados, para se poder aferir da sua conformidade ao Tratado de Assunção, ao Protocolo de Ouro Preto e aos Protocolos que integram o Tratado assumindo, destarte, o direito processual comunitário importância fulcral como garantia dos direitos assegurados nos Tratados e seus Atos Complementares.

Pondere-se que a finalidade do processo é salvaguardar o direito medi-

ante o exercício da jurisdição, servindo-o como um instrumento de criação vivificante, que se realiza a cada dia na jurisprudência.

Destarte, o direito processual comunitário tem por finalidade garantir o cumprimento do ordenamento jurídico do espaço integrado, estabelecendo um sistema jurídico coerente de proteção de direitos e liberdades fundamentais, sancionando as violações e colmatando eventuais faltas de atuação dos órgãos do Mercosul .

No campo da cooperação judiciária têm-se dado avanços significativos, de que são exemplo o Protocolo de Las Leñas sobre Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa que, concluído em junho de 92, entrou em vigor internacional em março de 1996 e foi promulgado no Brasil em novembro do mesmo ano, com o objetivo de promover e intensificar a cooperação jurisdicional. Merecem especial referência os artigos 3.º e 4.º, atinentes à igualdade no tratamento processual de pessoas físicas e jurídicas de um Estado Parte em outro Estado, não sendo exigível nenhuma caução ou depósito em razão da nacionalidade de um jurisdicionado . Disciplina-se a tramitação das cartas rogatórias. Equalizam-se os instrumentos públicos em termos de força probatória e confere-se eficácia extraterritorial, observadas certas condições, às sentenças e laudos arbitrais .

A indicação por parte de cada Estado de uma Autoridade Central encarregada de receber e dar andamento às petições de assistência jurisdicional afigura-se extremamente oportuna para conferir celeridade ao processo.

Merecem também anotação o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual e o Protocolo de Medidas Cautelares.

No campo da arbitragem há que destacar a promulgação pelo Brasil, em maio de 1996, da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, assinada no Panamá em janeiro de 1975, da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, assinada no Panamá em janeiro de 1975 e promulgada pelo Brasil, em maio de 1996 e do seu Protocolo Adicional promulgado pelo Brasil em outubro de 96, da Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, assinada em Montevidéu em maio de 1979 e promulgada no Brasil em dezembro de 1995, da Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Sociedades Mercantis, assinada em Montevidéu em março de 1979 e promulgada no Brasil em novembro de 1997, da Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Cheques, assinada em Montevidéu em maio de 1979 e promulgada no Brasil em setembro de 1994.

No caso da União Européia têm-se vindo a adotar medidas de largo alcance no que toca à cooperação judiciária e, sobretudo, ao diálogo entre os Juizes da Corte de Luxemburgo e os juizes nacionais, considerados juizes comunitários de direito comum.

Por iniciativa da Itália, o Conselho da União Européia adotou uma Ação Comum, no âmbito do 3.º Pilar - o da Justiça e Assuntos Internos -, para instituir o enquadramento para o envio ou o intercâmbio de magistrados particularmente conhecedores dos processos de cooperação judiciária, designados magistrados de ligação, com base em acordos bilaterais ou multilaterais, com o objetivo de aumentar a rapidez e a eficácia da cooperação judiciária e favorecer o intercâmbio de informações relativas aos sistemas

jurídicos e judiciários dos Estados-membros e ao respectivo funcionamento.

Também no âmbito do 3.º Pilar, o Conselho da União Européia, por iniciativa da Bélgica, considerando que a efetiva melhoria da cooperação judiciária entre os Estados-membros exige a adoção de medidas estruturais que permitam, ao nível da União Européia, instaurar contactos diretos adequados entre as autoridades judiciárias, criou uma rede de pontos de contato judiciários entre os Estados-membros, denominada “Rede Judiciária Européia”.

A Rede Judiciária Européia, tendo em conta as normas constitucionais, as tradições jurídicas e a estrutura interna de cada Estado-membro, é constituída pelas autoridades centrais responsáveis pela cooperação judiciária internacional, pelas autoridades judiciárias ou outras autoridades competentes, com responsabilidades específicas no quadro da cooperação internacional, quer em âmbito geral, quer no tocante a determinadas formas graves de criminalidade, tais como o terrorismo, o crime organizado, a corrupção, a pornografia, a prostituição ou o tráfico de estupefacientes.

Os pontos de contacto devem ter permanentemente acesso a 4 tipos de informações: coordenadas completas dos pontos de contacto em cada Estado-membro, lista das autoridades judiciárias e repertório das autoridades, informações concisas de carácter jurídico e prático sobre os sistemas judiciais e processuais dos 15 Estados-membros, e texto dos instrumentos jurídicos pertinentes. Um ano após a entrada em vigor desta Acção Comum, que ocorreu em agosto deste ano, o Conselho procederá a uma primeira avaliação do funcionamento da Rede Judiciária Européia.

Por igual, a Convenção de Bruxelas está sendo objeto de revisão, por forma a ensejar a liberdade de circulação das decisões judiciais.

A proposta da Comissão comporta vários elementos, entre os quais a limitação do controle da autoridade competente para declarar o “*exequatur*”, o regime das medidas provisórias e cautelares que deverá ser reorganizado de molde a acentuar a dimensão européia de tais medidas, lançando-se o debate sobre uma abordagem comum no que diz respeito a determinados aspectos dos direitos processuais nacionais, a fim de assegurar o mais globalmente possível o acesso à justiça rápido, eficaz e pouco oneroso.

Em síntese:

A eficácia do direito comunitário depende, em primeiro lugar, das condições da sua inserção na ordem jurídica dos Estados Partes, sendo, em seguida, condicionada pela amplitude dos efeitos que nela pode produzir.

Dois princípios, em certos aspectos aparentemente contraditórios, devem ser conciliados: a eficácia das normas do Mercosul e a autonomia processual dos Estados. É às jurisdições nacionais que cabe garantir a proteção jurídica que decorre para os particulares, pessoas físicas e jurídicas, das normas do Mercosul, conferindo-se, destarte, aos órgãos jurisdicionais nacionais uma efetiva missão comunitária.

O desafio que se nos oferece é o de fazer avançar o processo da integração até ao seu culminar no Mercado Comum do Sul. Para isso há que revisar o atual Sistema de Solução de Controvérsias, mediante a sua regulamentação integral, tomando como referência, entre outros, o Sistema da Organização Mundial do Comércio, a Lei Modelo da

UNCITRAL -United Nations Commission International Trade Law, por forma a imprimir celeridade, previsibilidade e a devida consideração dos direitos dos particulares, pessoas físicas e jurídicas.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujo cinquentenário se comemora este ano é, segundo Norberto Bobbio, "uma síntese do Passado e uma Inspiração para o Futuro, mas suas Tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre".

Com estas palavras, o renomado sociólogo expressa a idéia de uma evolução permanente dos direitos sociais.

Evolução que está presente no processo da integração que não se compadece com esquemas rígidos, destituídos de flexibilidade, quando não francamente ultrapassados.

O Mercosul, ainda na fase da união aduaneira, constitui, sem dúvida, uma ordem jurídica comunitária, cujo aperfeiçoamento e fortalecimento dependem em larga medida da atuação dos operadores do Direito e do manejo dos instrumentos jurídicionais nacionais e dimanados do Mercosul.

A integração regional do bloco não se pode deter no sucesso das trocas comerciais. Há que avançar em direção a um espaço integrado econômico e monetário, a uma cooperação industrial e tecnológica, a uma apropriada política científica e a políticas sociais e culturais convergentes, em termos da dimensão latino-americana.

A criação do Tribunal de Justiça inscreve-se neste contexto. A sua instituição não deve ser retardada para não se enfraquecer, quando não inviabilizar, o Mercosul no seu efetivo funcionamento e na abrangência das suas finalidades.

O respeito do direito na interpretação e na aplicação das fontes jurídicas do Mercosul só pode provir de uma Corte de Justiça Supranacional, que atue sob uma ótica linearmente jurídica, imune a injunções políticas e a desvirtuamentos conjunturais menores.

O Mercosul deve ser uma Comunidade de Direito.

Caberá ao seu Tribunal assegurar mais que o cumprimento de um simples direito positivo. Competir-lhe-á, sobretudo, garantir a promoção do progresso econômico e social num contexto democrático e de respeito aos Direitos do Homem, nos precisos termos do Tratado de Assunção.

Se queremos os fins, havemos, necessariamente, de querer os meios.

Notas Bibliográficas:

¹ Palestra proferida no I Congresso de Integração Econômica e Regime Jurídico do Mercosul, realizado em Buenos Aires, de 30 de novembro a 01 de dezembro de 1998

² Constituição nominalista - A preponderância da Constituição é precária e parcial sobre as forças políticas

Constituição semântica - a Carta é um mero disfarce retórico para a dominação nua e crua do Executivo.

Constituição normativa - O Poder submete-se completamente à regulação normativa constitucional.

ADMISSIBILIDADE DO CONCURSO DE INFRAÇÕES PENAIS NA EVASÃO DE DIVISAS

Guilherme Calmon Nogueira da Gama

I. Introdução

A perspectiva do trabalho ora apresentado é permitir a abertura do debate acerca de intrincado tema relacionado ao denominado "concurso de infrações penais" nos crimes de evasão de divisas, tendo como antecedente necessário o estudo do possível conflito aparente de normas. A questão de maior relevância diz respeito à verificação quanto a existência de crime único, diante do possível conflito aparente de normas, e, caso superada tal prejudicial, que espécie de concurso de crimes deve ser reconhecida (formal, material ou continuidade delitiva). Diante da complexidade do tema, mormente envolvendo os crimes de *falsum*, imperioso será tecer alguns comentários acerca da natureza do crime de evasão de divisas, tal como tipificado na legislação brasileira, dos bens jurídicos tutelados pela legislação penal, bem como da visão doutrinária e jurisprudencial que vem sendo ministrada ao tema relacionado ao concurso aparente de normas ou concurso de crimes de estelionato e falsificação de documento público ou particular (ou ainda o uso de tais documentos).

A análise parte de uma situação concreta, apurada pelo Banco Central do Brasil: após notícias a respeito de possíveis irregularidades envolvendo a realização de operações de câmbio no território nacional, o Banco Central do Brasil detectou a existência de vários contratos de câmbio (vinculados a operações de importação de produtos) através dos quais uma suposta empresa importadora brasileira adquirira moeda estrangeira (dólar norte-americano) de instituições financeiras bancárias brasileiras devidamente autorizadas a operar na área de câmbio. Após a celebração dos contratos, inclusive com registro das operações junto ao Banco Central, os valores em dólares eram remetidos para o exterior através de documentos bancários para contas correntes em alguns países estrangeiros, sendo apurado que as operações de importação eram fictícias (inexistentes) e, assim, as quantias adquiridas por meio dos contratos de câmbio deixaram o Brasil, provocando evasão de divisas. Para a celebração dos contratos de câmbio, foram apresentados documentos públicos (guias de importação e declarações de importação) e documentos particulares (faturas comerciais e conhecimentos de embarque da suposta empresa estrangeira - exportadora), todos materialmente falsos, aproveitando-se de numeração existente, mormente nas guias de importação supostamente emitidas pela extinta CACEX. Em síntese: diante da apuração feita, centenas de contratos de câmbio, falsificados ideologicamente (já que foram inseridas declarações falsas, com o fito de alterar a verdade sobre a inexistência de importações, além da criação de obrigações para as instituições bancárias nacionais

pois tiveram de remeter os dólares adquiridos pela empresa brasileira para o exterior) e, instruídos com documentos públicos e particulares falsos, provocaram a evasão de milhões de dólares do país. No campo jurídico, surgiu a questão do enquadramento dos acontecimentos dentro das normas penais incriminadoras vigentes: trata-se de hipótese de concurso de aparente das normas previstas no artigo 22, *caput*, da Lei n.º 7.492/86, e nos artigos 297, 298 e 299, do Código Penal, ou caso de concurso entre o crime de evasão de divisas¹ e os crimes de falsidade ideológica² e de falsificação de documento público³ e de documento particular⁴? E, na hipótese de concurso de crimes, que espécie de concurso deve ser reconhecida?

Em recente Julgado do Tribunal Regional Federal da 2.ª Região, exatamente sobre a hipótese em questão, a Quarta Turma considerou que os crimes perpetrados foram tão-somente os de evasão de divisas (em continuidade delitiva), em concurso material com o de falsidade ideológica (também em continuidade delitiva), ficando absorvidos os crimes de falsificação de documentos públicos e particulares pela falsidade ideológica⁵. Verifica-se, pois, que a solução dada no conflito instaurado foi no sentido de não considerar os crimes de *falsum* consumidos pelo crime de evasão de divisas, mas concluiu-se que os delitos de falsidade material estariam absorvidos pelo crime de falsidade ideológica. Há notícia de outros casos relacionados ao crime de evasão de divisas, nos quais houve a consideração da possibilidade do concurso com o crime de falsificação de documento público.

O cerne do estudo é, portanto, proceder à análise do tema concurso aparente de normas penais, assunto dos mais complexos no Direito Penal, com a pretensão de esmiuçá-lo no tocante aos crimes de evasão de divisas quando se verifique que tais crimes foram praticados em conjugação com os crimes de falsidade material e ideológica. De maneira conseqüente, o trabalho abordará aspectos atinentes ao próprio crime de evasão de divisas, analisando o objeto jurídico penalmente tutelado, além dos delitos de *falsum*, no tocante a possibilidade ou não do concurso de crimes de falsidade ideológica e falsidade material.

2. Conflito aparente de normas

A adequação típica de certos comportamentos humanos, na maior parte das vezes, é simples, considerando a identidade própria de cada tipo penal, provido de uma estrutura previamente fornecida pela legislação pertinente, de modo que há independência dos tipos penais, cada um dotado de elementos específicos⁶. Em outras vezes, contudo, a subsunção de determinados comportamentos a um tipo penal pode ser mais complexa, exigindo do intérprete uma especial atenção para avaliar se há conflito de normas penais ou concurso de crimes na hipótese, sendo antecedente lógico da avaliação sobre a existência do concurso de infrações penais a verificação acerca da existência ou não do concurso de normas penais.

Como proclama a doutrina, a unanimidade, o ordenamento jurídico é composto de diversas normas que são ordenadas e harmônicas, e assim, nas palavras de JIMBÉNÉZ DE

ASÚA, "ya sabemos que todo el ordenamiento jurídico, formado por distintas disposiciones, es uno y armónicamente dispuesto: algunas de esas leyes son independientes entre sí, y otras se hallan caordinadas de modo que se integran o se excluyen recíprocamente. A menudo es sencillo decidir cuál de las dos normas del ordenamiento jurídico, concurrentes en el mismo tiempo y lugar, es la aplicable al caso concreto"⁷. Contudo, a própria ordem jurídica contém a solução para resolver acerca da aplicação da norma ao caso concreto que, no âmbito penal, pode envolver um comportamento ou ainda vários comportamentos dentro de um mesmo contexto. "Decimos que es un conflicto aparente, porque el ordenamiento jurídico ofrece, de modo explícito o implícito, criterios para determinar la aplicabilidad de una u otra disposición penal en cada caso concreto; este conflicto sería verdadero si el ordenamiento jurídico no brindase reglas para resolverlo; pero afortunadamente no es así"⁸. Daí o comentário de DAMÁSIO DE JESUS: "neste caso, surge o que denominam de conflito aparente de normas penais, também chamado concurso aparente de normas, concurso aparente de normas coexistentes, conflito aparente de disposições penais, concurso fictício de leis, concorrência imprópria, concurso ideal impróprio e concurso impróprio de normas. As denominações são inadequadas, pois não há conflito ou concurso de disposições penais, mas exclusividade de aplicação de uma norma a um fato, ficando excluída outra em que também se enquadra." ⁹

Trata-se de tema ainda não suficientemente debatido pela doutrina, como foi precisamente observado por JIMENÉZ DE ASÚA¹⁰, sendo que normalmente os penalistas tratam do assunto relacionado ao concurso de crimes, quando na verdade a questão é de aplicação da lei penal¹¹. De todo modo, há relação de antecedente-conseqüente no tocante a obrigatoriedade de se avaliar, inicialmente, se a hipótese é de concurso aparente de normas penais, e apenas no caso negativo, proceder-se à análise da espécie de concurso de crimes.

O tema está relacionado à questão da aplicação da lei penal, ou, nas palavras de FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, à própria adequação típica¹². Normalmente, o assunto não vem disciplinado na legislação dos diversos países: "no es frecuente que los Códigos Penales den reglas sobre este asunto que modernamente se suscita. El Código peruano en sus artículos 105 y 106 y el ecuatoriano en su artículo 9.º, regulan el 'concurso de varias leyes penales' y sobre todo el caso de especialidad. También lo hace el proyecto argentino de José Peco (1941). El Código civil de Venezuela se ocupa de este concurso en su artículo 14: 'Las disposiciones contenidas en los Códigos y leyes nacionales especiales se aplicarán con preferencia a las de este Código en las materias que constituyan la especialidad' ¹³. No sistema do Código Penal, apenas o artigo 12, inserido na Parte Geral, ao estabelecer que as regras gerais do Código se aplicam aos fatos incriminados por lei especial se esta não dispuser em contrário, encampa o princípio da especialidade no tocante às normas gerais aplicáveis aos tipos penais tratados em legislação específica.

A questão que cerca a análise do concurso aparente de normas envolve não apenas um comportamento que pode se adequar, a princípio, a mais de um tipo penal, mas abrange situações jurídicas que abarcam vários comportamentos delinquentiais. Confirma, no con-

texto fático relativo à narrativa feita na introdução, o número de comportamentos adotados pelo agente: contrafação de documentos públicos, contrafação de documentos particulares, celebração de contratos ideologicamente falsos, a remessa de valores em moeda estrangeira para o exterior com base nas operações de câmbio realizadas. Ou, nos exemplos que a doutrina fornece: o indivíduo que subtrai uma folha em branco de cheque e a preenche, consignando-lhe um valor e imitando a assinatura do titular da conta, obtendo o desconto do cheque no estabelecimento bancário; o indivíduo que subtrai um veículo, falsifica sua documentação e, posteriormente, o vende a terceiro. *"O problema não é de simples resolução. Ao contrário, constitui questão árida, renhida e escabrosa, tema dos mais importantes e complexos, de origem relativamente recente, sobre o qual pouco ou quase nada se têm escrito em doutrina. Por essa razão, salienta Frederico Marques, não é de se admirar que a matéria ainda apresente muito aspecto cartilaginoso e incompleto, além de motivo para controvérsias e dissídios doutrinários. Ad primum, (...), não constitui a unidade de fato, como enfatizam alguns autores, pressuposto do conflito aparente de normas penais. Os fatos podem ser plúrimos (ex.: subtração de cheque, falsificação e desconto), porém submetidos a uma unidade preceptiva. Conseqüentemente, por unidade de fato há que se entender a unidade jurídica, e não a fenomênica."*¹⁴ Ao analisar o tema, o penalista argentino CARLOS CREUS observa: *"lo primero que hay que aclarar es qué se entiende por unidad de hecho. Lógicamente no se plantea el problema de concurrencia cuando con una acción única se ataca un bien jurídico único (Pedro mató a Juan), sino cuando la acción única se convirtió en ataque contra distintos bienes jurídicos (el explosivo hecho detonar en un concurrido mercado que mata a varias personas) o cuando con varias acciones constituidas en 'unidad contextual' se ataca el mismo bien jurídico (las distintas lesiones infligidas a la misma persona en un mismo contexto de hecho). De las menciones que acabamos de formular se deduce, sin esfuerzo y ab initio, que para determinar si se está ante una pluralidad o ante una unidad de hechos, no interessa en principio la unidad o pluralidad de movimientos que realiza el autor para completar su conducta típica."*¹⁵

Doutrinariamente, três são os princípios mais aceitos para a solução do concurso aparente de normas: a) o princípio da especialidade; b) o princípio da subsidiariedade; c) o princípio da consunção. São princípios reputados fundamentais sobre o tema: *"se entre os tipos penais houver uma relação de especialidade, subsidiariedade ou consunção, estarão eles coordenados e combinados, de sorte que a aplicação de um deles entrava e oblitera a dos demais. Se, porém, inexistir entre os tipos essa relação, todos conservarão sua autonomia e independência, sobejando simultaneamente aplicáveis ao caso, que, então, tonalizará hipótese de concurso de crimes"*¹⁶. Outros princípios, como os da alternatividade e os da neutralidade, também são apontados por alguns doutrinadores, mas sem a importância dos três acima mencionados. Vejamos, bem sucintamente, as noções a respeito dos princípios fundamentais, procurando analisar, com maior cautela, o princípio da consunção.

"Há relação de especialidade entre tipos legais delitivos sempre que um deles, comparado com outro, contiver os mesmos elementos descritivos e circunstâncias essen-

ciais, com a adição, porém, de outros caracteres, chamados elementos especializantes."17 Ou, nas precisas lições de DAMÁSIO DE JESUS, "diz-se que uma norma penal incriminadora é especial em relação a outra, geral, quando possui em sua definição legal todos os elementos típicos desta, e mais alguns, de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes, apresentando, por isso, um *minus* ou um *plus* de severidade"18. Não há *bis in idem*, considerando que o comportamento do agente somente é enquadrado no tipo especial, que prefere ao tipo geral. O princípio da especialidade resolve o concurso aparente de normas em abstrato, ou seja, pelo simples confronto entre os dois ou mais textos legislativos (ou ainda no mesmo texto, no caso dos tipos encontrarem-se na mesma lei). Daí a referência feita pelo Professor ASSIS TOLEDO no sentido de que a conduta de importar substância entorpecente sem autorização legal é especial em relação ao crime de contrabando, razão pela qual o artigo 12, da Lei n.º 6.368/76, é tipo especial, ao passo que o artigo 334, do Código Penal, é tipo geral19. A doutrina enuncia vários exemplos de perfeita aplicação do princípio da especialidade: a) o infanticídio, em relação ao homicídio, pois além dos elementos deste, o tipo legal do infanticídio contém outros elementos, ditos especializantes, como "sob a influência do estado puerperal", "o próprio filho" e "durante o parto ou logo após"20; b) o latrocínio, em relação ao homicídio qualificado pela conexão teleológica, pois enquanto este se refere a "outro crime" (artigo 121, § 2.º, inciso V, do Código Penal), o tipo legal do artigo 157, § 3.º, *in fine*, menciona crime específico "matar para subtrair"21; c) o estupro, em relação ao crime de constrangimento ilegal, pois além dos elementos do crime previsto no artigo 146, do Código Penal, o estupro exige que a vítima (mulher) seja constrangida à prática de ato específico (conjunção carnal)22. Os tipos básicos (ou fundamentais) são gerais em relação aos tipos qualificados e privilegiados.

Com bastante perspicácia, observa FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO que "adquire vulto, importância e relevo a subsidiariedade na função supletiva e subjacente à especialidade ou como residual de fato ulterior não verificado dentro da progressividade colimada"23. Assim, o princípio da subsidiariedade surge em dois campos distintos. Em primeiro plano, a subsidiariedade pode ter como pressuposto de aplicação uma relação de geral e especial entre os tipos, daí o enunciado *lex primaria derogat legi subsidiariae*24. Assim, sempre que um comportamento não preencher todos os elementos do tipo especial, não se adequando a este, não será considerado atípico, pois sua adequação poderá ser feita em relação ao tipo geral, que o abrigará. "Numa partida de futebol, p. ex., se o jogador titular não atuar satisfatoriamente no evolver do jogo, será providenciada sua substituição pelo jogador do banco da reserva, para que cumpra este o mister que aquele não pôde levar a contento. *Mutatis mutandi*, é o que sucede na subsidiariedade, pois substitui o tipo geral, supletivamente, o tipo principal ou especial, quando neste não se encartar ou subsumir inteiramente o fato criminoso"25. E, em outro contexto, também deve ser aplicado o princípio da subsidiariedade nos casos de desistência voluntária ou arrependimento eficaz, quando os atos praticados, por si sós, já configurarem o que seria o crime-meio para o crime que não se realizou diante da abdicação do agente em prosseguir no *iter criminis* ou em permitir a consumação do crime que inicialmente pretendia realizar: "igual-

mente, tem ensanchas a subsidiariedade quando, no evolver fático progressivo, consume o agente um delito-meio ou membro visando a um delito-fim que, porém, fica combalido em sua verificação típica. Nesse caso, o tipo relativo ao crime-meio assomar-se-á aplicável como remanescente típico do crime fim (sem configuração típica) almejado. Em suma: a subsidiariedade é também residual de tipos consuntivos que não se perfizeram tipicamente"²⁶. O princípio da subsidiariedade, portanto, condiciona a aplicação de uma norma penal dita subsidiária à não-incidência de outra norma, considerada principal e, portanto, prevalente sobre aquela. "Una ley tiene carácter subsidiario respecta a otra principal, cuando ambas describen grados o estadios diversos de la violación del mismo bien jurídico, de modo que el descrito por la disposición subsidiaria, por ser menos grave que el descrito por la principal, queda absorbido por ésta"²⁷. A subsidiariedade pode ser expressa (ou explícita) ou tácita (ou implícita). A subsidiariedade expressa é aquela em que o próprio tipo penal condiciona sua aplicação à circunstância do fato praticado não constituir outro crime, não necessariamente mais grave²⁸. São exemplos de subsidiariedade expressa os tipos previstos nos artigos 129, § 3.º, 132, 177, § 1.º, I, 307 e 308, todos do Código Penal, além dos artigos 21, 29 e 46, da Lei das Contravenções Penais, dentre outros. A subsidiariedade é implícita "quando una figura típica funciona como elementar ou circunstância legal específica de outra, de maior gravidade punitiva, de forma que esta exclui a simultânea punição da primeira: ubi major minor cessat. Neste caso, as elementares de um tipo penal estão contidas em outro, como essentialia ou circunstâncias qualificadoras. Diz-se implícita porque a norma subsidiária não determina, expressamente, a sua aplicação à não-ocorrência da infração principal"²⁹. Alguns exemplos de subsidiariedade tácita são apresentados pela doutrina: a) o crime de constrangimento ilegal é subsidiário em relação aos crimes que têm como meio de execução a *vis absoluta* e a *vis compulsiva*, sendo considerado principal em relação ao crime de ameaça; b) a omissão de socorro é crime subsidiário em relação ao crime de homicídio culposo, pois funciona como qualificadora deste último; c) o crime de dano é subsidiário em relação ao furto qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo à destruição da coisa. É importante observar que as hipóteses consideradas de subsidiariedade tácita são tidos como de aplicação do princípio da consunção: "Se há dicho que las hipótesis de subsidiariedad tácita se dan cuando los tipos penales em juego no implican 'sino una ampliación de la protección penal de um bien jurídico a estadios previos respecto de la lesión del mismo bien jurídico (p.ej., la falsificación de moneda desplaza al delito de tenencia de instrumentos para falsificar) (Bacigalupo). Para Zaffaroni esta relación existe cuando 'hay una progresión en la conducta típica en la que la punibilidad de la etapa más avanzada mantiene interferida la tipicidad de las etapas anteriores': la consumación interfiere el acto preparatorio punible. Sin embargo, para nosotros, éstos son casos de consunción."³⁰

Finalmente, há o terceiro e último princípio fundamental, que é o da consunção. De acordo com os ensinamentos de ASSIS TOLEDO, "o princípio *ne bis in idem*, freqüentemente invocado em direito penal, impede a dupla punição pelo mesmo fato. Este o pensamento orientador do princípio da consunção, muito discutido, de

conceituação pouco precisa e, em alguns casos, de utilidade problemática ante a possibilidade de solução satisfatória com a aplicação dos princípios anteriormente examinados³¹. Vejamos algumas noções conceituais acerca de tal princípio: a) "este princípio (...) ejerce su imperio cuando el hecho previsto por una ley o por una disposición legal está comprendido en el tipo descrito en otra, y puesto que ésta es de más amplio alcance, se aplica con exclusión de la primera. (...) La mayor amplitud de la ley o de la disposición legal puede derivar del bien jurídico tutelado - que comprende también el tutelado por la otra ley - o de la naturaleza de los medios adoptados o de los efectos producidos, o bien de que aquélla asuma como elemento constitutivo o circunstancia calificativa el hecho previsto por la otra ley."³²; b) "la acción de un tipo queda englobada en la más amplia de otro; una acción imperfecta referida a un tipo se reduce dentro de la acción perfecta lograda como desarrollo de aquélla"³³; c) "ocorre a relação consuntiva, ou de absorção, quando um fato definido por uma norma incriminadora é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, bem como quando constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime; nestes casos, a norma incriminadora que descreve o meio necessário, a normal fase de preparação ou de execução de outro crime, ou a conduta anterior ou posterior, é excluída pela norma a este relativa"³⁴; d) "ocorre, segundo ainda Crispigni, quando o fato previsto por uma norma está compreendido em outra de âmbito maior e, portanto, só este se aplica"³⁵. *Lex consumens derogat legi consumptae*, ou seja, na consunção ocorre uma continência de tipos, sendo alguns tipos absorvidos por outro, nomeado de tipo consuntivo, "que atrai os demais para o seu campo de força, consumindo, absorvendo e diluindo-os em seu contexto, prevalece e predomina a final como uma unidade, esboroando a aplicação dos outros"³⁶. São apontados como casos de aplicação do princípio da consunção o crime progressivo (de *minus a plus*), a progressão criminosa, as espécies de antefato ou pós-fato impuníveis.

Há crime progressivo, de acordo com a doutrina, quando o agente, objetivando alcançar um resultado previamente representado, produz um evento menos grave que o objetivo desejado, desenvolvendo seu comportamento que culmina com o resultado desejado. De acordo com HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, "*diz-se crime progressivo quando o agente passa, num mesmo contexto de ação, de crime menos grave para crime mais grave, na violação do mesmo bem jurídico*"³⁷. Vários são os exemplos trazidos à colação: o crime de homicídio absorve a lesão corporal causadora da morte; o crime de dano absorve o crime de perigo; o crime de falsificação de moeda consome o crime de posse de petrechos para falsificação de moeda; o crime de falsidade ideológica fica absorvido pelo crime de bigamia.

Há progressão criminosa quando o agente, após já ter realizado comportamento que se amolda em tipo penal, prossegue com o seu comportamento, produzindo desdobramento no resultado que passou a ser desejado no percurso da prática delitiva. "*O crime progressivo pressupõe um só fato; a progressão criminosa, uma pluralidade de fatos cometidos de forma continuada. Sob o aspecto subjetivo do sujeito, existe no crime progressivo, desde o início, a vontade de cometer a infração de maior gravidade; na progressão criminosa a intenção inicial é de praticar o delito menor, e só*

depois é que, no mesmo iter criminis, resolve ele cometer a infração mais grave."³⁸

O princípio da consunção também é adotado para abranger pluralidade de comportamentos do agente, observando certos critérios valorativos, nas hipóteses conhecidas como antefatos ou pós-fatos impuníveis: "... é o caso de ações anteriores e posteriores que a lei concebe, implícita ou explicitamente, como necessárias, ou aquilo que dentro do sentido de uma figura constitui o que normalmente acontece (*quod plerumque accidit*)"³⁹. Acerca do tema, é justamente a aplicação do princípio da consunção em casos de pluralidade de comportamentos que suscita a maior polêmica tanto na jurisprudência quanto na doutrina, mormente em se tratando de hipóteses que são reconhecidas como *ante factum* ou *post factum*. São exemplos de antefatos impuníveis alguns comportamentos: a) a subtração de cheque em branco, sendo após realizado o preenchimento e a assinatura do mesmo com o objetivo de obter vantagem econômica através de saque na agência bancária⁴⁰; b) a posse de 'instrumentos empregados usualmente na prática do crime de furto' é consumida pela prática do furto posterior⁴¹; c) a violação de domicílio, como meio empregado para a prática do furto⁴²; d) a falsidade documental para a prática do crime de bigamia⁴³. A questão referente às condutas de contrafação de documentos e obtenção de vantagens patrimoniais mediante induzimento da vítima em erro mediante artifício, ardil ou outro meio fraudulento, no Direito brasileiro, ainda é bastante discutida doutrinariamente e mesmo na jurisprudência, a despeito da edição de súmula acerca do tema. De acordo com a orientação doutrinária de FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, "*ocorre o post factum impunível sempre que, visando ao exaurimento de delito anterior, desenvolva o agente nova atividade típica*"⁴⁴, daí os exemplos citados pelo doutrinador: o adultério como fato irrelevante diante do crime de bigamia anterior; a destruição de coisa subtraída cometida pelo autor do furto. "*Nessa conjuntura, quando constitui o fato posterior - segundo quod plerumque accidit - mera atividade complementar do crime anterior ou simples consequência normal do primitivo delito, destinadas ao seu exaurimento, sem desproporção manifesta na grandeza dos ilícitos, temos para nós ocorra a absorção consuntiva*"⁴⁵. Veja, ainda, o exemplo fornecido por JIMENÉZ DE ASÚA: "*el que hurta un objeto lo hace para aprovecharse de él; por eso es inadmisibile la jurisprudencia argentina, que ha considerado la existencia de dos delitos (concurso) si el que roba o hurta vende después a outro la cosa sustraída (...) en vez de proclamar que esta forma de defraudación se debe considerar como agotamiento del hurto o del robo.*"⁴⁶

No caso do crime de evasão de divisas, na situação-modelo apresentada na introdução, em matéria de conflito aparente de normas, o princípio a ser analisado é o da consunção, no que pertine ao antefato ou pós-fato impuníveis, em bastante aproximação com a solução para a questão que envolve o *falsum* e o estelionato.

3. Natureza do crime de evasão de divisas

A Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986, tem como objetivo assegurar a proteção ao Sistema Financeiro Nacional, adotando mecanismos de Direito Penal, diante da criminalização de uma série de comportamentos que coloquem ou possam colocar em risco o Sistema

Financeiro “*enquanto estrutura jurídico-econômica global valiosa para o Estado brasileiro*”⁴⁷, incluindo as instituições que participam do Sistema e o público em geral como investidores de economias no Sistema Financeiro. Dentre os interesses penalmente protegidos pela legislação citada, está a garantia da consecução das políticas governamentais no plano econômico, inclusive a política cambial⁴⁸. As operações de câmbio, de acordo com a legislação pertinente, devem ser regidas pelo princípio da transparência, permitindo o estrito controle governamental através de mecanismos próprios como a fiscalização realizada pelo Banco Central do Brasil: “*por seus reflexos na política cambial do Estado, na balança comercial, nas reservas internacionais e no próprio equilíbrio da economia do país, as operações cambiais realizadas por particulares sujeitam-se a estrito controle governamental, para evitar-se o êxodo de divisas e a sonegação fiscal, e sua efetivação só é possível nos casos previstos pelas normas aplicáveis*”⁴⁹.

O artigo 22, da Lei n.º 7.492/86, no seu *caput*, incrimina a conduta lesiva do agente que efetua operação de câmbio não autorizada, com o objetivo de promover evasão de divisas do país. Diante da descrição legal do comportamento incriminado, nota-se claramente que o crime ali definido é crime formal (de evento naturalístico cortado ou de consumação antecipada), pois o tipo menciona o comportamento e o resultado, não exigindo a produção deste para a sua consumação: “*atente-se que, embora o elemento subjetivo do tipo deva ser representado pelo agente, quando da realização da ação típica, não há necessidade, para consumação, que tal escopo seja efetivamente alcançado; assim, independentemente da fuga de divisas, o crime estará consumado com a concretização da operação de câmbio, e a tentativa poderá ocorrer consoante as diversas modalidades de operações*”.⁵⁰ É importante notar que o tipo legal não exige a obtenção de qualquer vantagem econômica em favor do agente, muito menos que seja adotado qualquer procedimento fraudulento na prática delituosa. A expressão “não autorizada”, contida no citado dispositivo, constitui elemento normativo do tipo, podendo ser aferida por outras expressões ou palavras contidas em outros dispositivos incriminadores de outras condutas: “sem autorização” (artigos 189, 193, 196, § 1.º, XII, 281 e 282, todos do Código Penal); “indevidamente” (artigos 151, 162, 192, inciso I, 196, § 1.º, VII, 296, § 1.º, 316, 317 e 319, todos do Código Penal); “sem justa causa” (artigos 153, 154, 244, 246 e 248, do Código Penal), dentre outras. O elemento normativo do tipo “não autorizada” exige a formulação de um juízo de valor da situação de fato detectada, sem que necessariamente tenha havido fraude ou falsidade documental para a prática do crime de evasão de divisas.

Constata-se, portanto, pela completa distinção entre os crimes de evasão de divisas e o crime de estelionato, este tratado no artigo 171, do Código Penal, não se podendo cogitar tratar-se aquele de tipo especial em relação a este. Desde a classificação doutrinária que divide os crimes em materiais, formais e de mera conduta, até a análise dos elementos dos tipos em questão, verifica-se que são completamente distintos os crimes mencionados, até mesmo pelos bens jurídicos penalmente protegidos. Costuma-se, na praxe policial, atribuir-se a denominação de fraudes cambiais para designar os acontecimentos que resultaram na evasão de milhões de dólares decorrente das práticas narradas na introdução. Trata-se de jargão utilizado para ilustrar a prática exaurida do crime de evasão de divisas

(relativamente a efetiva remessa do numerário para o exterior) aliada às práticas fraudulentas como falsificação de documentos públicos e particulares, além de falsidade ideológica dos contratos. Contudo, deve-se ter em mente que, em termos jurídicos, os comportamentos são completamente autônomos e independentes, não sendo exigida a prática de fraude para o cometimento da conduta incriminada no tipo legal do artigo 22. Na verdade, poder-se-ia cogitar na introdução de nova conduta incriminada que absorvesse os diversos comportamentos delinqüenciais enunciados, mas, de acordo com a legislação em vigor, não há como se entender possível a absorção dos crimes de *falsum* pelo crime de evasão de divisas. Assim sendo, não é possível acolher a posição, ainda que não expressa, sobre o tema, do penalista TIGRE MAIA: "*dentre os meios executivos usualmente utilizados para perpetrar o crime avultam, por sua freqüência, a fraude e a falsidade documental*"⁵¹.

A despeito das ponderações acima, quanto a impossibilidade de se dar o mesmo tratamento legal do artigo 171, do Código Penal, ao tipo penal cuidado no artigo 22, da Lei n.º 7.492/86, conveniente é a análise, em matéria de concurso aparente de normas, da questão que envolve os crimes de *falsum* e de estelionato.

4. Concurso aparente de normas nas fraudes com resultado patrimonial

Acerca da conduta do agente que, após haver falsificado um documento, o emprega na prática de estelionato, na doutrina e jurisprudência brasileiras há quatro posições diferentes. Em outros países, contudo, inexiste controvérsia, ao menos na jurisprudência, acerca da solução para tal questão: "*na Itália, por exemplo, na concorrência de falso e estelionato não se reconhece que o delito mais grave absorve o outro, ou que o estelionato exclui o falso por ser este meio para a sua prática; o reconhecimento de ombos os crimes é jurisprudência costunte o pacífica*"⁵².

De acordo com a primeira posição, o crime de falsificação de documento absorve o estelionato. Nas palavras de NÉLSON HUNGRIA, quando o *falsum* é o único meio empregado pelo agente para obtenção de vantagem patrimonial, esta deve ser a solução: "*em nossa opinião, o caso comporta duas soluções diversas, conforme seja, ou não, o falsum o único meio fraudulento empregado pelo agente. Na primeira hipótese, tem-se de identificar um crime único, isto é, apenas o de falsidade. É bem certo que a obtenção de efetivo lucro ilícito é indiferente ao crimen falsi, que é de natureza formal, classificado como ofensivo da fé pública, e não do patrimônio. Nada obstante, porém, o falsum está adstrito à potencialidade de um proejudicium alterius, tanto assim que deixará de existir quando falte, no caso concreto, essa potencialidade. O falsum não se desnatura quando o agente visa a um lucro ilícito, e nem mesmo quando este vem a realizar-se. O efetivo proejudicium alterius, em tal hipótese, nada mais é que o exaurimento do falsum. Quando a um crime formal se segue o dano efetivo, não surge novo crime: o que acontece é que ele se exaure, mas continuando a ser único e o mesmo (à parte a sua maior punibilidade, quando a lei expressamente o declare). A obtenção de lucro ilícito mediante falsum não é mais que um estelionato qualificado pelo meio (IMPALLOMENI)*"⁵³. O fundamento de

tal orientação reside na qualificação do crime de *falsum* como crime formal, considerando o proveito econômico obtido como exaurimento da conduta incriminada (a falsidade).

A segunda posição considera que o crime de estelionato absorve o crime de falsidade de material: “o *falsum* como ressurre irrefragável, representa, no caso, meio e passagem necessária para a consecução da vantagem ilícita, finalidade e escopo últimos do agente. Nessa conjuntura, constitui o *falsum* o próprio engodo, embuste, enliço ou ardid destinados a induzir outrem em erro e a ilaquear sua boa-fé. É crime-meio ou membro para, inserido no desenvolvimento da progressividade fática, o *summatum opus* do crime-fim. (...) Assim, quando o *falsum* constitua a própria encenação, a própria fraude constitutiva do estelionato, sendo este a meta e o escopo do agente ao longo de todo iter criminis, temos para nós ocorra a absorção consuntiva. Dessa forma, por força da consunção, a falsidade se dilui no estelionato, que, atraindo-a para seu campo de força, a absorve, como, aliás, já assente por farta messe de julgados...”⁵⁴. Trata-se da posição do Superior Tribunal de Justiça, contida na súmula n.º 17, devidamente explicitada por um de seus brilhantes integrantes, o jurista ASSIS DE TOLEDO: “... modalidades de *falsum* e estelionato, quando aquele se exaure na fraude, que constitui elemento essencial deste último. Isso acontece, por exemplo, na falsificação de um documento que, usado como fraude para obtenção de lucro patrimonial indevido, se esgota em sua potencialidade lesiva, permanecendo sem qualquer outra finalidade ou possibilidade de uso (ex.: alguém falsifica a assinatura do correntista em um cheque e obtém, no Banco sacado, o pagamento indevido). Como o cheque esgotou-se na consumação do estelionato, não podendo mais ser utilizado para outros fins, o crime-fim de estelionato absorve o *falsum*”⁵⁵. Assim, a falsidade constitui meio de execução para o crime de estelionato, inserindo-se na elementar “qualquer meio fraudulento”, sem maior potencialidade lesiva. Vale notar que, de acordo com a orientação de ASSIS DE TOLEDO, caso o *falsum* não esgote sua potencialidade lesiva no estelionato, a hipótese é de concurso formal de crimes⁵⁶.

A terceira posição defende o concurso formal entre o estelionato e a falsificação documental, por considerar que houve unidade de ação, de designio, mas pluralidade de bens jurídicos violados. Trata-se da posição do penalista E. MAGALHÃES DE NORONHA⁵⁷, bem como encampada pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁸, mas criticada pela doutrina: “o concurso formal exige unidade de conduta (CP, art. 70). Na espécie, existe pluralidade de comportamentos (da falsificação e do estelionato), normalmente distanciados no tempo. Suponha-se que o sujeito falsifique o objeto material em janeiro e engane a vítima em dezembro: como considerar a presença de uma só ação? Para isso, teríamos que apresentar a falsidade e o estelionato como atos de uma mesma conduta. Ora, é difícil aceitar a falsificação só como um ato.”⁵⁹

A quarta e última orientação defende o concurso material entre os crimes de estelionato e de falsificação de documento. Trata-se da posição de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO⁶⁰ e de DAMÁSIO E. DE JESUS, tendo este apresentado os seguintes argumentos: “sob o prisma técnico, aplicando-se os princípios doutrinários, existe concurso material de crimes: falso e estelionato. Não é possível reconhecer-se um conflito aparente de normas e, diante disso, aplicar-se o princípio da progressão criminosa, consideran-

do-se um só delicto absorvente do ante factum ou do post factum impunível. (...) No caso, a falsidade atinge a fé pública; o estelionato, o patrimônio. No primeiro, o Estado é o sujeito passivo; no segundo, o lesado. Além disso, o falso não é um meio executório necessário ou normal para a prática do estelionato. Por fim, incidem sobre objetos materiais diferentes: no falso, sobre o documento; no estelionato, sobre a pessoa iludida e a vantagem ilícita”⁶¹.

Em síntese apertada, são estas as quatro principais posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema envolvendo o estelionato e a falsidade material quando o documento é utilizado para o induzimento ou manutenção do lesado em erro, e, assim, o agente obtém vantagem econômica indevida. E, das quatro orientações, é de se reconhecer que, em obediência ao princípio da consunção, diante da noção do antefato impunível, deve ser adotada a solução que aponta para a prática tão somente do crime de estelionato, desde que o *falsum* não tenha maior potencialidade lesiva a não ser a exercida no estelionato, caso contrário a solução será a do concurso material de crimes.

5. Concurso de crimes de evasão de divisas e de *falsum*

O raciocínio acima apresentado no tocante ao estelionato e à falsidade documental não pode ser adotado relativamente aos crimes denominados de “fraude cambial”, ou seja, a evasão de divisas e os crimes de falsidade documental material e ideológica, dentro do contexto da narração feita quanto à situação fática que se verificou nas apurações realizadas pelo Banco Central do Brasil. Trata-se de questão nova, mas que não guarda similitude com o estelionato e o *falsum* nas suas relações e confrontos.

Para reconhecimento de crime único, por força de aplicação do princípio da consunção, não é requisito que os comportamentos adotados violem o mesmo bem jurídico penalmente protegido. Mas é necessário que a conduta descrita em norma penal incriminadora seja meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, ou pelo menos, constitua conduta anterior ou posterior do agente, perpetrada com a mesma finalidade prática atinente ao crime desejado.

Na situação fática apresentada, o conteúdo delituoso dos comportamentos havidos se deveu ao objetivo final de promover a evasão de divisas, obtendo posteriormente lucro fabuloso com a repatriação dos dólares remetidos para o exterior com o câmbio negro (diante da diferença de cotações à época alcançar patamar superior a cem por cento). Contudo, outros fins foram perseguidos pelos agentes, dentre os quais se aproveitar da numeração de guias e declarações de importação autênticas para confeccionar documentos públicos falsos, fabricando, outrossim, documentos particulares falsos cujos dados deveriam constar dos primeiros e estavam sujeitos à conferência. Houve prejuízo direto para aqueles que haviam obtido guias e declarações de importação verdadeiras, cujos números foram indevidamente utilizados, pois com o registro dos documentos no Banco Central, era impossível a celebração de novos contratos de câmbio (com as guias autênticas) diante dos valores já contratados espuriamente pelas empresas fictícias.

Assim, no caso específico das denominadas “fraudes cambiais”, ainda que se cogitasse em adotar o mesmo raciocínio expresso na súmula n.º 17, do Superior Tribunal de Justiça, consoante o qual há crime único de estelionato quando a potencialidade lesiva do *falsum* se esgota naquele ⁶², a hipótese não seria de reconhecimento de crime único, qual seja, o da evasão de divisas, considerando que a potencialidade lesiva dos crimes de falsidade material (tanto no tocante aos documentos públicos, quanto nos particulares) não se esgotaria no crime contra o sistema financeiro nacional definido no artigo 22, *caput*, da Lei n.º 7.492/86.

Independentemente da conclusão acima tirada, é oportuno reiterar que o crime tipificado no artigo 22, supramencionado, não contém qualquer elemento do tipo relativo à fraude como meio necessário ou fase normal de preparação ou execução do crime de evasão de divisas. Restaria, tão-somente, a verificação do *ante factum* impunível relativamente ao crime contra o sistema financeiro nacional. Contudo, não há relação de meio-fim entre os comportamentos adotados, ou seja, os crimes de falsidade não foram perpetrados como etapa necessária, tendo como objetivo único e autônomo de obtenção de êxito na realização das operações de câmbio, mas sim com a intenção de obstrução do controle regular realizado pelas autoridades monetárias, aliada ao objetivo (ainda que não direto) de provocação de prejuízo àqueles detentores dos documentos autênticos e, portanto, regularmente autorizados a celebrarem contratos de câmbio com as instituições financeiras autorizadas a operarem no mercado de câmbio. *Mutatis mutandis*, é o mesmo raciocínio apresentado por FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, no tocante à possibilidade de concurso material de crimes de roubo e seqüestro na hipótese em que a privação da liberdade da vítima se verifica após a apreensão da coisa alheia móvel, com o objetivo de assegurar e resguardar, por algum tempo, o desconhecimento do crime, para sua pronta comunicação para as autoridades responsáveis⁶³.

Assim sendo, o julgamento acima mencionado, oriundo do Tribunal Regional Federal da 2.ª Região, no sentido da admissibilidade do concurso material entre o crime de evasão de divisas e da falsidade ideológica, retrata exatamente a orientação mais consentânea com a realidade jurídica, ao considerar que o crime de *falsum* não pode ser considerado consumido pelo crime de evasão de divisas. O equívoco do Julgado, no entanto, se deu ao não considerar o concurso material entre os crimes de falsidade material (de documentos públicos e particulares) e de falsidade ideológica (quanto aos contratos de câmbio, com informações acerca das importações realizadas, mas que nunca de fato ocorreram). Daí a importante observação feita pelo Procurador Regional da República e ilustre Professor universitário, GUSTAVO TEPEDINO: “Com efeito, na falsificação de documentos públicos e particulares, há uma falsidade material, em que se frauda a própria forma do documento, isto é, o agente altera, no todo ou em parte, forja ou cria um documento novo. Já na falsidade ideológica, o conteúdo do documento é falso, ou seja, a idéia ou a declaração nela expressa não corresponde à verdade. (...) A falsificação de documentos públicos e particulares se consumou na medida em que os acusados instruíram os contratos de câmbio com documentos públicos e particulares falsos (guias de importação, declarações de importação, faturas da SICPA BENELUX, etc). Por sua vez, a falsidade

ideológica restou configurada pelo fato de os acusados inserirem, nos indigitados contratos de câmbio, declarações inverídicas sobre importações que nunca foram realizadas”⁶⁴.

É importante concluir, portanto, no sentido da perfeita admissibilidade do concurso material de crimes envolvendo a evasão de divisas e as falsidades documentais (material e ideológica), observando-se, estritamente, a regra normativa prevista no artigo 69, do Código Penal brasileiro, diante da existência de vários comportamentos delituosos (de índole formal) causadores de crimes autônomos e independentes, devendo se proceder à soma das sanções aplicáveis a cada um dos crimes, não se tratando de hipótese de concurso aparente de normas. Nas palavras de HANS WELZEL, “*el autor comete varias acciones punibles independientemente (pluralidad de hechos): en este caso tiene que darse lugar, por principio, a la acumulación de todas las penas individuales. Este principio de acumulación rige en forma ilimitada sólo para las penas perpetuas privativas de la libertad.*”⁶⁵

Bibliografia

¹ O crime de evasão de divisas vem previsto no artigo 22, da Lei n.º 7.492, de 16/06/1986, nos seguintes termos: “*Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País. Pena - Reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída da moeda ou divisa para o exterior; ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente*”.

² O crime de falsidade ideológica, na sua modalidade genérica, vem previsto no artigo 299, do Código Penal, in verbis: “*Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar; ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão, de um a três anos, se documento é particular.*”

³ O crime de falsificação de documento público vem previsto no artigo 297, do Código Penal: “*Falsificar, no todo ou em parte, ou alterar documento público verdadeiro. Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa*”.

⁴ O crime de falsificação de documento particular encontra-se tipificado no artigo 298, do Código Penal: “*Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro. Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa*”.

⁵ Eis o trecho do voto do Relator acerca do tema: “*... quanto ao concurso material, entre todos os crimes de falso, previstos nos artigos 297, 298 e 299, entendo que há excessivo rigor na sistemática adotada. Na realidade, o crime de evasão de divisas, previsto no artigo 22 e parágrafo único da Lei n.º 7.492/86, não absorve o falso, como se fosse este seu elemento integrante. Trata-se de delito que tanto pode ser praticado mediante falsificação de documentos, como sem prévio recurso a esse expediente. Se o agente falsifica documentos e com base nele promove a evasão de divisas, depositando no Exterior os recursos irregularmente captados, na realidade pratica dois crimes e não um só, como se fosse o falso meio necessário à prática do crime fiscal. Nesse particular, portanto, a sentença não merece censura. Apenas entendo que o falso aí previsto é só o do artigo 299, ou seja a falsificação idealógica de importações não realizadas; praticado, ora mediante falsificação de documentos públicos, ora mediante falsificação de documentos particulares; e não esse crime mais o de falsificação de documentos públicos (art. 297) e mais o de falsificação de documentos particulares (art. 298). Nesse caso, sim, é que se pode falar em absorção das variedades, pelo crime genérico” (Apelação Criminal n.º 97.02.00210-9, da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 2.ª Região, Relator CLÉLIO ERTHAL, julgado em 10/12/97, publicado no DJ de 07/04/98).*

⁶ Daí a precisa observação de FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, segundo a qual “*têm os tipos, destarte, em princípio, identidade própria, decorrentes da estrutura que lhes é dada pela lei, de modo que cada um é distinto do outro*” (*Conflito aparente de normas penais*, in Revista dos Tribunais, São Paulo, (673), nov de 1991, p. 291).

⁷ *Princípios de Derecho Penal - La Ley y el Delito*, reimpressão da 3. Ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 141. No mesmo sentido: Damásio E. de Jesus: “*Algumas leis são independentes entre si, outras se coordenam, de forma que se integram ou se excluem reciprocamente. Não raro, precisa o intérprete resolver qual das normas do ordenamento jurídico é a aplicável ao caso*” (*Direito Penal - Parte Geral*, vol. 1, 12. Ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1998, p. 92).

⁸ JIMENÉZ DE ASÚA, *Princípios de Derecho Penal*, ob. cit., pp. 141/142.

⁹ *Direito Penal - Parte Geral*, vol. 1, ob. cit., p. 93. No mesmo sentido: FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, *Princípios básicos de Direito Penal*, 5. Ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1994, p. 51.

¹⁰ Eis o trecho quanto à observação feita: “*la doctrina alemana era, hasta hace muy poco, la única que se ocupó en este asunto, distinguiendo el concurso formal de delitos, del concurso de leyes. La distinción se remonta a Adolfo Merkel, y se halla consagrada en los Tratados de Binding, Mayer, Hippel, Liszt-Schmidt, Mezger, etc., y há sido objeto de trabajos monográficos, como los de Lent, Baumgarten, Hirschberg, Honing y otros.*”

¹¹ Daí as críticas feitas por JIMENÉZ DE ASÚA (ob. cit., p. 142), DAMÁSIO E. DE JESUS (ob. cit., p. 94), CELSO DELMANTO (*Código Penal Comentado*, 3. Ed., Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1991, p. 112), HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (*Lições de Direito Penal, A nova Parte Geral*, 7. Ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1985, p. 374), dentre outros.

¹² O autor explica o seu pensamento, em seguida: “*o problema pertine, destarte, não apenas com a mera aplicação da sanção juris, como advogam alguns penalistas, mas, sobretudo, com a própria adequação típica, pela necessidade de se aquilatar e desumir do tipo ou tipos realmente aplicáveis, ressurtindo a inflição da pena que cauber como simples consecatório ou carolário da subsunção típica operada*” (*Conflito aparente de normas penais*, ob. cit., p. 291).

¹³ JIMENÉZ DE ASÚA, ob. cit., p. 144.

¹⁴ FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, *trab. cit.*, p. 292.

¹⁵ *Derecho penal - Parte general*, 4. ed. atual. y ampl., Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996, pp. 275/276.

¹⁶ FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, *Conflito aparente de normas penais*, cit., p. 293.

¹⁷ FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, *trab. cit.*, p. 293. O mesmo autor complementa a definição apresentada: “*estabelece-se, de tal arte, a correlação entre tipo geral e tipo especial, ervergando este todas as características daqueles, contudo com acréscimos especiais. O tipo especial, por conseguinte, preenche integralmente o tipo geral, com a exigência, porém, de outras particularidades necessárias à configuração jurídica do crime. Assim, quem perpetra o tipo especial incide também no tipo geral*” (ob. cit., p. 293).

¹⁸ *Direito Penal - Parte Geral*, ob. cit., pp. 94/95.

¹⁹ *Princípios básicos de Direito penal* ob. cit., p. 51.

²⁰ DAMÁSIO E. DE JESUS, *Direito Penal - Parte geral*, ob. cit., 95; FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, *Conflito aparente de normas penais*, *trab. cit.*, p. 293; HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito penal - A nova Parte Geral*, ob. cit., p. 375.

²¹ DAMÁSIO E. DE JESUS, *Direito Penal - Parte geral*, ob. cit., p. 95.

²² FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, *Conflito aparente de normas penais*, cit., p. 293. O mesmo autor ainda enuncia vários outros exemplos, como o rapto em relação ao seqüestro; o peculato em relação à apropriação indébita, o tipo penal do artigo 176, do Código Penal, em relação ao estelionato comum.

²³ FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, *Conflito aparente de normas penais*, cit., p. 293.

²⁴ Assim, de acordo com os ensinamentos de FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, “*a enunciação do princípio, literalmente, tem o mesmo significado, com outras palavras, que o princípio da especialidade, aduzinda que a preceito de lei principal (tipo especial) prevalece sobre o que*

lhe é subsidiário e supletivo (tipo geral) (...). Assim, sempre que um tipo especial não puder, por um motivo qualquer, abrigar tipicamente o episódio que se analisa e examina, o tipo geral, subsidiária e supletivamente, como reserva do tipo especial (já que contém todos os seus elementos), outorgará guarida típica ao fato" (Conflito aparente de normas, cit., p. 294).

²⁵ FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, *Conflito aparente de normas penais*, cit., p. 294.

²⁶ FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, *Conflito aparente de normas penais*, cit., pp. 294/295.

²⁷ JIMENÉZ DE ASÚA, *Principios de Derecho penal - La Ley y el Delito*, ob. cit., p. 147.

²⁸ A respeito de tal afirmação, confira a orientação de FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO: *"não comungamos, porém, do pensamento daqueles que somente visualizam a subsidiariedade se o tipo que a abriga for menos grave que o tipo descartado. Mais ou menos grave, ressurte aplicável o tipo subsidiário sempre que o especial, do qual é ele geral, sobrejar sem campo fértil ou ensanchas para compreender o fato" (Conflito aparente de normas penais, cit., p. 294).*

²⁹ DAMÁSIO E. DE JESUS, *Direito Penal - Parte geral*, cit., p. 98.

³⁰ CARLOS CREUS, *Derecho Penal - Parte general*, ob. cit., p. 281.

³¹ *Principios básicos de Direito penal*, ob. cit., p. 52.

³² JIMENÉZ DE ASÚA, *Principios de Derecho penal - La Ley y el Delito*, ob. cit., p. 147.

³³ CARLOS CREUS, *Derecho Penal - Parte general*, ob. cit., p. 281.

³⁴ DAMÁSIO E. DE JESUS, *Direito Penal - Parte geral*, ob. cit., p. 99.

³⁵ E. MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, vol. 1, atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, 25. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1987, p. 265.

³⁶ FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, *Conflito aparente de normas penais*, cit., p. 295.

³⁷ *Lições de Direito penal - a nava Parte Geral*, cit., p. 376. *"... no crime (ou infração) de conteúdo progressivo há uma sucessão ou progressão de tipos que se realizam no avaliar fático, no plano concreto, na situação em que fenomenicamente laborou o sujeito ativo. Não se nos antolha entretanto precedente exigir, para o efeito da consunção em crimes progressivos, que a anterior ostente menor gravidade que o subsequente. Nem sempre, portanto, a absarção do maior pelo menor despantará como um paradoxo." (FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, *Conflito aparente de normas penais*, cit., p. 296).*

³⁸ DAMÁSIO E. DE JESUS, *Direito Penal - Parte geral*, cit., p. 102.

³⁹ HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito penal*, ob. cit., p. 377. No mesmo sentido, as lições de DAMÁSIO E. DE JESUS (*Direito Penal - Parte geral*, ob. cit., pp. 102/103).

⁴⁰ Exemplo citado por FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, *in* *Conflito aparente de normas penais*, cit., p. 297.

⁴¹ Exemplo citado por DAMÁSIO E. DE JESUS, *in* *Direito Penal - Parte geral*, ob. cit., p. 102.

⁴² Exemplo citado por ASSIS TOLEDO, *in* *Principios básicos de Direito penal*, cit., p. 53.

⁴³ Exemplo citado por HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *in* *Lições de Direito penal*, ob. cit., p. 377.

⁴⁴ *Conflito aparente de normas penais*, cit., p. 300. O autor acrescenta que *"assevera-se acontecer o exaurimento do delito quando, após sua consumação, obtiver seu sujeito ativo todas as vantagens que buscava e perseguia com o seu cometimento"* (cit., p. 300).

⁴⁵ FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, *Conflito aparente de normas penais*, cit., p. 301.

⁴⁶ *Principios de Derecho Penal - La Ley y el Delito*, ob. cit., p. 148.

⁴⁷ RODOLFO TIGRE MAIA, *Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, São Paulo, Editora Malheiros, 1996, p. 15.

⁴⁸ Daí a referência feita por TIGRE MAIA, ao comentar o disposto no artigo 21, da Lei n.º 7.492/86: *"Através deste dispositivo inicia-se a proteção, na Lei de Regência, da política cambial do Estado brasileiro. O câmbio tem sido historicamente objeto da preocupação constitucional e a Carta Magna em vigor não foi exceção, ao estabelecer a reserva de competência da União para disciplinar a política cambial, através do Congresso Nacional"* (*Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 128).

⁴⁹ RODOLFO TIGRE MAIA, *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*, ob. cit., p. 133.

⁵⁰ RODOLFO TIGRE MAIA, *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*, ob. cit., p. 133.

⁵¹ *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*, ob. cit., pp. 133/134. E, em complementação à sua posição, o autor narra situação fática idêntica àquela mencionada na introdução deste trabalho: "Assim, v.g., a utilização de guias e declarações de importação de bens de capital falsas, quer pela inexistência da importação, quer pela presença de 'empresas fantasmas' e 'testas de ferro' nos pólos das operações, para justificar a elaboração dos decorrentes contratos de câmbio.

Quase sempre estas importações tinham por objeto bens e matérias primas protegidas por isenções tributárias, como ocorreu no campo de equipamentos de informática e de produtos químicos para uso na agricultura, o que produzia ainda sonegação fiscal como efeito colateral" (ob. cit., p. 134).

⁵² E. MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, v. 1, ob. cit., p. 267.

⁵³ *Comentários ao Código Penal*, v. VII, 4.^a ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1980, pp. 213/214. O próprio autor ressalva a hipótese em que o *falsum* é acompanhado de outros meios fraudulentos, e o caso em que o proveito econômico não decorre do próprio *falsum* (ob. cit., pp. 215/216)

⁵⁴ FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, *Conflito aparente de normas penais*, ob. cit., p. 297.

⁵⁵ *Princípios básicos de Direito Penal*, ob. cit., p. 53.

⁵⁶ Confira o exemplo dado: a falsificação de um instrumento de mandato para a emissão de cheque do pretense mandante e seu recebimento no Banco sacado, sendo que após o saque, a procuração ainda pode ser utilizada para outros fins (*Princípios básicos de Direito Penal*, cit., p. 53).

⁵⁷ Apud DAMÁSIO E. DE JESUS, *Direito Penal*, v. 4, São Paulo, Editora Saraiva, 1988, pp. 42/43.

⁵⁸ In Revista Forense, 105/553.

⁵⁹ DAMÁSIO E. DE JESUS, *Direito Penal*, v. 4, ob. cit., pp. 43/44.

⁶⁰ *Lições de Direito Penal*, ob. cit., p. 378.

⁶¹ *Direito Penal*, v. 4, p. 43. O mesmo autor, apesar de defender tal posição, considera que em virtude de princípios de Política Criminal, deve ser adotada qualquer uma das outras posições, no sentido prático, considerando-as mais justas do que a quarta orientação.

⁶² O que, diga-se *en passant*, não pode sequer ser cogitado em tema de evasão de divisas, diante das profundas diferenças com o crime de estelionato.

⁶³ *Conflito aparente de normas penais*, cit., pp. 298/299.

¹ De acordo com as ementas dos v. Acórdãos proferidos no julgamentos dos *Habeas Corpus* n.^{os} 03021595 e 03035814, tendo como Relator CÉLIO BENEVIDES, do Tribunal Regional da 3^a Região, verifica-se que as imputações feitas contra os pacientes foram de evasão de divisas e de falsificação de documentos públicos, em concurso material, ao lado da quadrilha (publicados, respectivamente, no DJ de 24/08/94 - p. 45.635, e de 13/12/95 - p. 86.695).

⁶⁴ Trata-se de Recurso Especial apresentado pelo Ministério Público Federal, nos autos da Apelação Criminal n.^o 97.02.00210-9, datado de 16/02/1998, justamente contra o v. Acórdão que entendeu não haver concurso material de crimes entre o *falsum* material e o *falsum* ideológico.

⁶⁵ *Derecho penal alemán - Parte general*, 12. ed., trad. por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, 3.^a ed. castellana, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1987, p. 324.

“ASPECTOS GERAIS DA NOVA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DIRETA E INDIRETA NA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 19/98”

Alberto Nogueira Júnior

Inicialmente, gostaria de agradecer o gentil convite que me foi feito pelo Prof. Leonardo Greco, que foi também de inestimável apoio como meu Orientador quando do desenvolvimento da minha Dissertação de Mestrado, para que participasse como expositor destes estudos sobre a Emenda Constitucional n.º 19/98, há pouco publicada.

Peço, ainda, a compreensão dos senhores, haja vista não só o tempo limitado disponível para a exposição, como, também, dado o fato de que, por se tratar de emenda assaz recente, ainda não surgiram estudos ou demandas tendo por objeto as alterações produzidas, de modo que podemos apenas especular, ao momento, quanto aos possíveis desdobramentos da aplicação da referida emenda.

A primeira alteração relevante da EC n.º 19/98 diz respeito ao art. 22, inciso XXVII, que passou a ser assim redigido:

“Art. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as Administrações Públicas Diretas, Autárquicas e Fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1.º, III”.

A supressão da expressão “...e indireta, *incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público*...” poderia dar a ensejar a conclusão de que as fundações teriam sido excluídas do âmbito da Administração Pública Indireta e, assim, estariam excluídas da área de fiscalização do Tribunal de Contas dos respectivos entes políticos.

Fundamento histórico para esta conclusão não falta.

O Decreto-lei n.º 200/67, em seu art. 4, equiparou as fundações instituídas pelo Poder Público às empresas públicas, para os efeitos ali previstos.

Posteriormente, o Decreto-lei n.º 900/69 dispôs que estas fundações, instituídas por lei federal, não mais constituíam órgãos da Administração Pública Indireta, apenas lhe sendo aplicada a supervisão ministerial prevista nos arts. 19 e 26 do Decreto-lei n.º 200/67 quando recebessem subvenções ou transferências à conta da União Federal.

Por conseguinte, deixaram de pertencer à Administração Pública Indireta, sem que passassem a integrar a Administração Pública Direta, ficando em um estranho limbo, até o advento da Lei n.º 7.596, de 10/04/87, que tornou a incluir as fundações públicas no rol dos órgãos integrantes da Administração Pública Indireta. (v. ODETE MEDAUAR, Controle da Administração Pública, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993)

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, no art. 22, XXVII, estabelecia que as “normas gerais de licitação e contratação” eram aplicáveis à “...administração indireta, *incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público*”, dando a entender, assim, que continuaram ditas fundações a integrar a Administração Pública Indireta, embora o art. 37, “caput” da mesma desse a entender que havia três formas de organização dos serviços da Administração Pública, quais sejam, as “direta, indireta ou fundacional”. Contudo, o art. 37, XXI estabelecia a obrigatoriedade, para a contratação ou a licitação de obras, serviços, compras e alienações, de licitação, para todas as três formas.

Este vaivém tem a sua razão de ser. Não fazendo parte da Administração Pública Indireta, as fundações, ainda que instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, não mais poderiam ser fiscalizadas pelo Tribunal de Contas da União, a não ser apenas, e tão somente, quanto à utilização do dinheiro público recebido da União Federal, para os fins para os quais os recebeu, argumento este, aliás, em nada inovador.

De fato, como dito por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, ainda sob a égide da CF/69:

“O cerne está em prever fiscalização parlamentar da Administração descentralizada (como dizia o texto promulgado em 1967), da Administração Indireta (como reza a Emenda 01). Não raro, sonegaram-se os atos dessas administração indireta à fiscalização parlamentar, sob a alegação de que, tendo as entidades que a desempenham personalidade jurídica própria, distinta do Estado, estavam fora do alcance do controle parlamentar que só abrangeria a atividade direta e centralizada do Estado”. (“Comentários à Constituição Brasileira”, vol. 1, 2.^a ed., 1977, p. 244, “apud” Odete Medauar, op. cit., p. 104)

Desvirtuamento este reconhecido pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado, ao afirmar que “*muitos abusos foram cometidos, alguns dos quais pelos Ministérios supervisores, que usaram as instituições a eles vinculadas para fugir da rigidez administrativa a que estavam - e à qual permanecem - atrelados*”. (“Agências Executivas”, Cadernos MARE, Brasília, 1998, p. 10)

Não que o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União, ou dos Estados, tenha sido eficiente o bastante, antes da vigência da Constituição Federal de 1988, para despertar este tipo de preocupação naqueles entes políticos, ou nos órgãos descentralizados destes.

A título exemplificativo, sob o regime constitucional anterior, lamentou o Prof. LUIZ DE ANHAIA MELLO, ex-Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que “*o que se vê é esse panorama contristador de os Tribunais, no tocante à administração direta e centralizada, não serem mais que acompanhantes, e sem força, da realização da despesa*” e que “*ao invés disso, ficamos em meio do caminho, assinamos prazos, sustamos atos se o Chefe do Executivo não ordenar o contrário, e na hipótese de contratos, onde mais alto se fazia sentir a nossa atuação, ficamos aguardando a palavra do Legislativo, que se não fizer ouvir, como soe acontecer, inútil e insubsistente será a nossa atividade*”. (“apud” Odete Medauar, op. cit., p. 113)

Também MIGUEL SEABRA FAGUNDES lamentava esta situação, ao afirmar que “o

controle de contas, como hoje se exerce, é puramente formal, o que vale dizer, nada significa com relação à legitimidade e moralidade da aplicação das dotações orçamentárias. Resulta apenas no coonestamento de tudo quanto se faz". ("Reformas Essenciais ao Aperfeiçoamento das Instituições Políticas Brasileiras", in RDA 43/12)

Mas, com o advento da atual Constituição Federal, os Tribunais de Contas conquistaram novas atribuições a autonomia, principalmente no que diz respeito ao "julgamento das contas de todos os órgãos da Administração Direta e Indireta em seus aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais, propiciando, pelo controle operacional", a englobar o controle quanto à legalidade, à legitimidade, à probidade e à economicidade dos atos administrativos, "a avaliação do desempenho global da Administração", no dizer de JAIR LINS NETTO ("Tribunal de Contas: Sempre Combatido, Nunca Conhecido", in RDA 200/79).

Mudança de postura esta que ainda está em desenvolvimento. Assim, por exemplo, conquanto tenha o TCU procurado exercitar este poder de fiscalização, em todos os seus aspectos, inclusive quanto aos Fundos de Incentivos Fiscais, que descortinaram "*distorções, abusos e irregularidades, resultantes, em boa parte, da precariedade e morosidade dos instrumentos de ação fiscal*" (LUCIANO BRANDÃO ALVES DE SOUZA, "A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União", RDA 175/40), ainda em novembro de 1993 encontrava-se estudando o melhor meio de fiscalizar os órgãos da Administração Pública Indireta, notadamente, as fundações públicas, consoante a decisão proferida no Processo n.º 3500/91. (RDA 194/339)

Esta busca por uma maior efetividade na atuação de fiscalização é evidente, servindo de exemplo decisão recentíssima proferida pelo TCU, determinando a suspensão da venda de 25 por cento das ações da Tele Norte Leste, que engloba a TELERJ e mais 15 operadoras, por parte do BNDES, enquanto se desenvolve investigação acerca dos motivos pelos quais o Banco "entrou no negócio", "a legalidade e regularidade dos atos dos dirigentes do BNDES na aquisição" daquelas ações, se o BNDES pode financiar o leilão de venda das denominadas "empresas-espelho" e "porque o BNDES comprou os 25% se o consórcio Telemar conseguiu recursos para depositar a quantia - equivalente a 40% do preço mínimo - e essa garantia poderia ter sido utilizada para quitar a primeira parcela da compra, que era de R\$ 1,373 bilhão". (JORNAL DO BRASIL, 15/10/98)

Entretanto, o art. 169, § 1.º da CF/88, também alterado pela EC n.º 19/98, condicionou "*a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos ou funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público*", aos requisitos ali estabelecidos.

Pelo que parece não fazer sentido excluírem-se as fundações públicas do conceito de entes integrantes da Administração Pública Indireta, de modo a não obrigar as mesmas à observância das normas gerais de licitação e contratação fixadas para os demais órgãos administrativos, e inclui-las dentro daquele conceito, apenas para fim de estabelecer limites e condições para a criação de cargos, empregos ou funções, ou alteração de estruturas de

carreiras, bem como de fixação de aumento de vantagem ou de remuneração, ou para admissão ou contratação de pessoal.

A segunda alteração introduzida no art. 22, inciso XXVII, diz respeito às “empresas sob controle” dos entes políticos, na redação original do dispositivo, tendo o texto passado a referir-se às “empresas públicas e sociedades de economia mista”, estipulando, ainda, que obedeceriam, no que tange às normas gerais de licitação e de contratação, ao disposto no art. 173, § 1.º, III da CF/88, também alterado pela EC ora sob exame.

De imediato, contudo, vale a pena salientar que não há, aqui, qualquer redundância na distinção entre “empresas sob controle do Estado” e “empresas públicas e sociedades de economia mista”, ao menos do ponto de vista histórico e legislativo.

A divisão dos órgãos de prestação de serviços públicos em integrantes da Administração Pública Direta ou Centralizada, e da Administração Pública Indireta, ou Descentralizada, com a inclusão, nesta, das autarquias, fundações públicas a elas equiparadas, empresas públicas e sociedades de economia mista, deu-se com a publicação do Decreto-lei n.º 200/67.

Mas o Decreto-lei n.º 200/67 não impediu que houvesse verdadeira inclusão de empresas privadas no rol dos entes integrantes da Administração Pública Indireta, mediante a simples participação acionária, com maioria de votos com poder de decisão, empresas aquelas que, pelo só fato de passarem a ter o Estado como acionista majoritário, não deixaram, contudo, de ter natureza privada.

Exemplo bastante significativo deste posicionamento foi dado pelo item 136 do Parecer expedido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, visando a anulação de contrato de refinanciamento da dívida da VASP, junto ao Tesouro Nacional, por intermédio do Banco do Brasil S/A, tendo como fiador o Estado de São Paulo, quando da privatização da companhia, ocorrida em setembro de 1990, o qual ora passa a ser lido:

“136. Patente, pois, no caso da VASP que, inobstante não haja sido criada por lei, desde a edição da lei estadual autorizativa da assunção de seu controle acionário pelo Estado de São Paulo (Lei n.º 2.561, de 10/01/36, já citada), sempre integrou a Administração Indireta daquele Estado, já que não só deteve ele o poder de comando sobre suas operações e sua administração, como ainda se dedicou a empresa à finalidade exclusiva da prestação de um serviço público, a viação aérea, mediante concessão das autoridades federais”. (Boletim de Direito Administrativo, ADCOAS, novembro de 1992, p. 678)

A “empresa sob controle” assim, desde que assumida pelo Estado para a prestação de um serviço público, poderia, como foi, ser considerada sociedade de economia mista, independentemente de prévia criação legal.

Diversamente, se tal assunção fosse “ocasional”, assim quando, por exemplo, nas hipóteses de “herança jacente, penhora, compra, *apport* isolado, obrigação fiscal, etc.”, dita empresa, ainda que “sob controle”, não poderia ser considerada ente privado integrante da Administração Pública Indireta do Estado - Membro (CELSO BANDEIRA DE MELLO, “Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta”, 2.ª ed., Ed. Revista

dos Tribunais, 1983, p. 99, "apud" Boletim de Direito Administrativo, op. cit., p. 680)

Um outro critério de definição de sociedade de economia mista, empregado para fundamentar a desnecessidade de contratação de empregados após concurso público por parte da LIGHT S/A, foi o de considerar como tal a pessoa jurídica criada por lei, como disposto no Decreto-lei n.º 200/67, *mas cujo controle acionário não fosse de obrigatória manutenção permanente pelo ente integrante da Administração Pública Indireta, daquele instituidor*, no caso, a ELETROBRÁS. (RDA n.º 200/257)

De modo que a alteração importou em adoção de conceitos e conteúdos mais restritos, deixando clara a desnecessidade destas empresas de, embora sob controle do Estado, por não exercerem serviço público típico, observarem rigorosamente as normas gerais de licitação e contratações, impostas pela Constituição Federal aos demais entes da Administração Pública.

O art. 37, inciso XIX da CF/88 dispunha, em sua redação original, que "*somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedades de economia mista, autarquia ou fundação pública*".

Mas o preceito alcançava apenas a criação formal destas entidades administrativas, não, entretanto, a hipótese de assunção de empresa privada para prestação de serviço público, como visto.

A nova redação dada a este dispositivo constitucional pela EC n.º 19/98 tem o seguinte teor:

"XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação".
(grifei)

Não se confundindo a criação com a instituição, parece-me que, com a alteração efetuada, não mais existe a possibilidade de os Estados, sem lei, apenas adquirindo ações de empresas privadas, possam vir a transformá-las, materialmente, em órgãos integrantes da Administração Pública Indireta.

A observância das normas gerais de licitação e contratação editadas pela União Federal também é de ser feita, obrigatoriamente, pelas agências executivas, tais como a ANATEL.

Mas isto não significa que, por serem gerais, não possam ser distintas, estabelecendo-se tratamento mais brando para estas agências.

Pelos menos as premissas oficiais até hoje divulgadas permitem imaginar ser esta, precisamente, a finalidade da alteração.

Tais agências executivas são criadas sob a forma de autarquias ou de fundações públicas, objetivando a implantação de um modelo de administração gerencial, caracterizado por decisões e orientadas para resultados, baseados no planejamento permanente e executadas as demandas dos usuários dos serviços de forma descentralizada e transparente. (Cadernos do MARE, cit., p. 12)

Para implementarem este modelo de administração gerencial, pretendem ter elevado grau de autonomia, em relação a orçamento e finanças; gestão de recursos

humanos; e no que tange aos serviços gerais e à contratação de bens e serviços.

No que se refere à autonomia orçamentária e financeira, “pretende-se que as agências executivas tenham seu orçamento disposto de uma forma mais agregada, com os recursos alocados em apenas um projeto ou subatividade, respeitada a distinção entre os grupos de despesa (pessoal e outros custeios e capital)”, bem como que seja afastada “a possibilidade de cortes ou contingenciamento que inviabilizariam a consecução dos compromissos acordados no Contrato de Gestão”. (Cadernos do MARE, cit., p. 26, “fine”/27)

Quanto à gestão de recursos humanos, “busca-se uma relação com os servidores baseada no desempenho e no mérito, com a definição de mecanismos financeiros de reconhecimento, como, por exemplo, a concessão de formas de bonificação por desempenho”. (Cadernos do MARE, cit., p. 27)

E no que se refere à gestão de serviços gerais e contratação de bens e serviços, “objetiva-se dotar as agências executivas de um mínimo essencial de autonomia de gestão”, com a “concessão de um limite diferenciado de dispensa de licitação para contratação de serviços, compras e obras de engenharia” e de “permissão para que possam, mediante edição de regulamento próprio, dispor sobre assuntos relacionados a itens como: opcionais de segurança a serem instalados em veículos automotores de carga, fiscalização, pesquisa ou de transporte de servidores e fixação de limites para atendimento de despesas de pequeno vulto”, dispensando-as, ainda, da “obrigatoriedade de assinatura de termos aditivos a convênios de vigência plurianual, quando destinados exclusivamente à indicação do crédito orçamentário que dará suporte ao gasto no exercício”. (Cadernos do MARE, p. 27).

Daí o art. 51, § 2.º da MP n.º 1.549, que dispôs, quando de sua 39.ª reedição, em 29/01/98, que:

“Art. 51 - O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que:

§ 2.º - O Poder Executivo editará *medidas de organização administrativa específicas para as Agências Executivas*, visando assegurar a sua autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos nos Contratos de Gestão”. (grifei)

Também com base nestes objetivos, o art. 1.º do Decreto n.º 2.488, de 02/02/98, que diz: “Art. 1.º - As autarquias e fundações integrantes da Administração Pública Federal, qualificadas como Agências Executivas serão objeto de medidas específicas de organização administrativa, com a finalidade de ampliar a eficiência na utilização dos recursos públicos, melhorar o desempenho e a qualidade dos serviços prestados, assegurar maior autonomia de gestão orçamentária, financeira, operacional e de recursos humanos, e eliminar fatores restritivos à sua atuação institucional”.

Mas o ordenamento constitucional vigente até a publicação da EC n.º 19/98, e que continuará vigendo até a regulamentação desta, não permite a liberdade de contratação pretendida pelo Poder Executivo, e mais especificamente, por suas Agências Executivas.

Foi precisamente com fundamento na obrigatoriedade constitucional da licitação para a celebração de contratos de concessão e permissão, segundo normas legais gerais de conteúdo genérico e abstrato, que o Eg. STF, quando do julgamento da ADIN n.º 1.668-5-

med. lim. - DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julg.: 20/08/98, suspendeu a eficácia dos arts. 19, IV e 119 da Lei n.º 9.472, de 16/07/97, este quanto às expressões “*simplificado*” e “*nos termos por ela regulados*”.

É a seguinte a redação destes artigos:

“Art. 19 - À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

IV - *expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público.*” (grifei)

“Art. 119 - A permissão será precedida de procedimento licitatório *simplificado*, instaurado pela Agência, *nos termos por ela regulados*, ressalvados os casos de inexigibilidade previstos no artigo 91, observado o disposto no artigo 92 desta Lei.” (grifei)

A EC n.º 19/98, incluiu o § 8.º no art. 37, com a seguinte redação:

“§ 8.º - A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades de administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes;

III - a remuneração de pessoal”.

Pergunta-se: no caso do inciso II, sendo insuficientes os critérios e controles de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes, poderiam tais critérios e controles serem desenvolvidos, hermeneuticamente, pelo Poder Judiciário?

Formulando melhor a questão: caberia, ao Poder Judiciário, admitir como sua função o controle do desempenho e das obrigações de dirigentes de agências executivas e de empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos?

Penso que, no que tange ao controle do desempenho, pressuposto seria admitir-se a possibilidade de as agências executivas furtarem-se à responsabilidade pelo controle e fiscalização do desempenho das concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o que acabaria por resultar em criação indireta de verdadeiros monopólios privados.

Esta, aliás, é uma das possibilidades malélicas à sociedade, decorrentes de privatizações mal legisladas e implantadas, segundo a Organização das Nações Unidas, “UNDP, 1993, Human Development Report, New York, Oxford University Press, p. 05, “apud” JORGE A. LAWTON, “Privatization and Poverty”, North-South Center Press, University of Miami, 1995, p. XXV, nota 02, “*verbis*”:

“2. On the basis of the approximately 1400 privatizations carried out chiefly in Latin America between 1980 and 1991, the UNDP lists the following as the “seven sins of privatization”: 1) maximizing revenue without creating a competitive environment;

2) replacing public monopolies with private ones; 3) using non-transparent and arbitrary procedures; 4) using the proceeds to finance budget deficits; 5) simultaneously crowding the financial markets with public borrowings; 6) making false promises to labor and 7) privatizing without building a political consensus. The same report does not hesitate to argue that "the state needs to regulate and correct (when markets do not produce a desirable outcome). This would include protecting competition through anti-monopoly laws, consumers through regulations on product standards, workers through adequate and well-enforced labor legislation, and such vulnerable groups as children and the elderly. It would also include protecting the environment, by banning certain types of pollution and ensuring that polluters pay".

Notícias divulgadas pelo Presidente da ANATEL (O GLOBO, 29/07/98), de que a agência só aplicará multas a empresas de telecomunicações a partir de 1999, ao mesmo tempo em que admite não ter quadro de fiscais e técnicos próprios, utilizando servidores do Ministério das Comunicações (JORNAL DO BRASIL, 29/07/98, p. 18); e do assessor especial do Ministro dos Transportes, de que não irá aplicar sanções neste ano às empresas que não cumpriram as metas de produção, no setor ferroviário (FOLHA DE SÃO PAULO, 16/08/98, p. 17), permitem concluir que a formação de monopólios privados indiretos, em prejuízo dos consumidores e usuários dos serviços em geral, não é assim tão remota, antes pelo contrário.

Ainda, há que se precisar o que se enquadraria no conceito de "fiscalização".

Creio que a lição de OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO permanece atual, no sentido de que "a fiscalização compreende os seguintes atos: a) de *regulamentação da organização e funcionamento do serviço concedido*; b) de *autorização ou aprovação das atividades dos concessionários, cujo procedimento em casos pré-determinados está sujeito à audiência prévia ou posterior dos inspetores fiscais*; c) de *supervisão sobre os serviços do concessionário e mesmo de interferência na gestão do próprio serviço, quando assim for julgado necessário ao bom desempenho dele*; d) de *verificação pura e simples de como vem sendo levado a efeito o serviço ou cumpridas as determinações de fiscalização*". ("Aspecto Jurídico-Administrativo da Concessão de Serviço Público", RDA - Seleção Histórica, 34/225)

Haja vista o disposto, e.g., nos arts. 29, I, II e III e 32, todos da Lei n.º 8.987, de 13/02/95, que dispõem:

"Art. 29 - Incumbe ao poder concedente:

I - Regular o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

II - Aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

III - Intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei (...)."

"Art. 32 - O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

Parágrafo único - A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que conterà a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida".

Se exercido, este controle inevitavelmente se fará sobre o mérito do ato administrativo de fiscalização, segundo o maior ou menor grau de efetividade e de eficiência das decisões proferidas, principalmente, pelas agências executivas.

Mas não só sobre as decisões proferidas: também, e principalmente, sobre as omissões evidenciadas, quando o órgão ou autoridade não agir para o melhor atendimento do serviço público, mesmo estando vinculado por lei a fazê-lo.

Há que reconhecer, ao Poder Judiciário, como sua função, para a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos consumidores e usuários dos serviços públicos, competência para, em se omitindo o Poder Público, e segundo o maior ou menor grau de risco de danos, ou prejuízos efetivos, sofridos pela população, de impor, de forma originária, direitos, obrigações e sanções, tanto ao Poder Público como em relação aos particulares concessionários e permissionários.

Que os direitos fundamentais podem também estender-se às relações de consumo e de uso de serviços públicos, não há dúvida possível, sabido que *“la evolución y ampliación progresiva del complejo democrático puede contribuir al surgimiento de nuevos derechos fundamentales, como también pueden existir otros que hasta que no sean material de controversia pasarán inadvertidos y, por ende, no serán objeto de consideración para su expreso reconocimiento”*, assim como que *“cada vez serán necesarias otras nuevas aplicaciones de los elementos o criterios de base material (no formal) determinantes de la naturaleza fundamental de los derechos y libertades, que aún se traducirán en el reconocimiento expreso de otros derechos inalienables, así como en la adopción de garantías para su salvaguarda”*. (FRANCISCO CÓRDOBA ZARTHA, “La Carta de Derechos y La Jurisprudencial de La Corte Interamericana”, Ed. Témis S/A, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1995, p. 37, “fine”/38).

E que, em circunstâncias extremamente graves para a sociedade, pode o Poder Judiciário impor aqueles direitos, obrigações e sanções, inclusive estabelecendo regras procedimentais, não previstas por lei *stricto sensu*, o Direito Constitucional Comparado oferece o exemplo da doutrina do estado de necessidade constitucional (*doctrine of necessity*), no âmbito do sistema da “common law”, sendo seu propósito *“to ensure the very existence of the State”*, doutrina esta aplicável sempre que verificados *“a) an imperative and inevitable necessity or exceptional circumstances; b) no other remedy to apply; c) the measure taken must be proportionate to the necessity; and d) it must be of a temporary character limited to the duration of the exceptional circumstances”*. (“Necessity in Manitoba: The Role of Courts in Formation on Crisis Periods”, Prof. PETER W. HOGGI, in “The Role of Courts in Society”, ed. by Shimon Shetreet, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 15)

Controle este que, a despeito das dificuldades técnicas que também, inevitavelmente, adviriam, como resultado das próprias matérias e interesses conflitantes envolvidos, o mais das vezes plurissubjetivos, poderia, creio, ser efetuado inclusive preventivamente, face o disposto no art. 5.º, XXXV c/c o art. 1.º, II, ambos da CF/88.

Ainda, cabe tecer ligeiras considerações acerca dos limites reinuneratórios dos servidores públicos e dos órgãos de Poderes.

O art. 37, inciso XI da CF/88, com a alteração dada pela EC n.º 19/98, estabeleceu que o teto da remuneração e dos “subsídios” dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos, da Administração Direta, Autárquica e Fundacional, dos membros de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dos demais agentes políticos, e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, “incluídas as vantagens pessoais” ou de qualquer outra natureza, não poderão exercer o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

À primeira vista, haveria na submissão das parcelas relativas a “vantagens pessoais” ao limite de remuneração acima mencionado, criado por norma constitucional secundária, ofensa ao princípio do direito adquirido, expresso no art. 60, § 4.º, IV da CF em verdadeira “*fraus constitutioni*”, consoante entendimento do ilustre Professor desta Casa, Dr. FRANCISCO MAURO DIAS. (RDA 211/135)

O próprio Supremo Tribunal Federal, ainda, firmou o entendimento de que as vantagens pessoais incorporam-se ao patrimônio do servidor respectivo, não podendo ser reduzidas, de qualquer forma, pelo órgão público.

De modo que apenas a influência política pode explicar a redação deste dispositivo, e a sua manutenção pelos órgãos do Poder Judiciário, o que, acredito, acontecerá, sob pretexto de permitir-se o atingimento dos limites máximos de destinação de receitas públicas ao pagamento do funcionalismo, estabelecidos pela Lei Complementar n.º 82 de 27/03/95.

Dispõe o art. 37, § 9.º da CF/88, acrescido o parágrafo pela EC n.º 19/98, que os limites acima referidos são de aplicarem-se, também, às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, *que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral.*

Antes do advento da EC n.º 19/98, entendeu-se inicialmente que era inaplicável a vedação ao recebimento de gratificação pelo exercício de função de conselheiro em órgãos colegiados de empresas públicas e sociedades de economia mista, por não poderem ser considerados “servidores públicos”. (cf. Parecer n.º JCF-18/93, do Sr. Consultor-Geral da República, in RDA 191/227)

Posteriormente, pretendeu-se inexistir possibilidade jurídica de dirigente de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ou de subsidiária desta, ainda que desempenhando, a entidade, atividade estritamente econômica, deixar de observar as restrições impostas aos demais servidores públicos, inclusive quanto à percepção da gratificação acima aludida. (cf. Parecer AD-01, de 10.06.93, RDA 195/282)

Ainda no citado Parecer, restaram excetuadas as empresas coligadas, em que não há o controle, mas simples participação acionária, com dez por cento do capital, ou mais.

Mas o Tribunal de Contas da União, entendendo haver “incompatibilidade entre as diversas datas-base dos empregados e o reajuste da remuneração do Ministro de Estado”, decidiu não haver irregularidade no fato de dirigentes da TELEPAR - Telecomunicações do Paraná S/A, terem recebido suas remunerações além dos limites então previstos no art. 37, XI da CF. (Prestação de Contas n.º 574.033/

93-9, Rel. Min. Valmir Campelo, DOU de 02/08/98, n.º 189-E, Seção 1, p. 30)

De modo que, mantido este critério, de pouca ou nenhuma valia será o referido parágrafo 9.º.

O art. 37, X da CF, com a alteração dada pela EC n.º 19/98, assegura aos servidores públicos e órgãos do Poder a revisão geral anual de suas remunerações e subsídios, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

Há muito fixou-se a jurisprudência do Eg. STF no sentido de que “a lei que instituiu a data-base (Lei n.º 7.760/88) e as outras que a repetem, não são normas auto-aplicáveis no sentido de que obriguem o Chefe do Poder Executivo a expedir proposta legislativa de revisão de vencimentos, face ao princípio constitucional que lhe reserva a privatividade da iniciativa (CF, art. 61, § 1.º, II, “a”)”. (RDA n.º 205/172)

Mantida a iniciativa privativa do Presidente da República para o encaminhamento de projeto de lei que fixe ou altere a remuneração dos servidores públicos em geral, nada impedirá que este continue, se quiser, a não reajustar os vencimentos dos servidores públicos, como forma de contenção de despesas, gerando receitas para contrabalançar as despesas decorrentes das estratosféricas taxas de juros pagas aos especuladores internacionais.

Quanto ao art. 37, XI há ainda que se fazer uma pequena observação.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em Sessão Administrativa, entendeu que não poderia fixar, por ato administrativo próprio, o teto salarial do funcionalismo público, visto que seria necessária a publicação da lei específica reclamada.

A Lei de n.º 9.655, de 02/06/98, prevista no art. 93, V da CF, com a redação dada pela EC n.º 19/98, foi editada, estabelecendo-se, no que tange aos órgãos do Poder Judiciário, que as diferenças resultantes da fixação do valor máximo dos subsídios retroagiria a janeiro de 1998, na forma de abono não incorporável e, a partir da publicação da lei relativa ao teto salarial, seria incorporada aos subsídios.

Posteriormente, o Conselho da Justiça Federal, considerando haver disponibilidade de verba orçamentária, decidiu fixar, por ato próprio, o valor do teto dos subsídios dos Ministros daquela Corte e dos Juízes dos Tribunais e instâncias inferiores.

Dita resolução foi suspensa por decisão proferida pelo STF em ADIn proposta pelo Sr. Procurador-Geral da República e, em alguns Tribunais, cujos órgãos já tinham percebido os valores de forma retroativa, estão estes sendo compelidos a devolver os dinheiros recebidos. (caso do TST; GAZETA MERCANTIL, 15/10/98 ; ADIn n.º 1899-7-med.lim.-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 21/10/98, Seção 1, p. 29)

A lei de fixação do teto salarial, entretanto, terá que ser aprovada, até mesmo face à EC n.º 19/98, de forma que, de todo modo, a retroação de seus efeitos a janeiro de 1998 será inevitável.

Pergunta-se, então, porque do escândalo que se formou, e porque da ordem de devolução dada pelo STF ?

Ainda: nos termos da EC n.º 19/98, toda e qualquer quantia percebida pelos juízes, de forma acumulada, inclusive quanto ao exercício de magistério, à semelhança da situação dos serviços públicos em geral, não poderá ultrapassar o valor máximo estabelecido como teto salarial.

De modo que se o somatório dos subsídios com os salários percebidos tivesse sido inferior ao teto fixado pela Resolução do Conselho da Justiça Federal, haveria, ao invés de aumento de despesas públicas, economia.

O mais interesse é que, ao que consta, o MARE dispõe dos valores percebidos, a título de salários, pagos pelo exercício de magistério, pelos juízes e Ministros dos Tribunais Superiores, não tendo querido, entretanto, sequer confirmar a ocorrência da economia acima especulada, nem mesmo em termos genéricos. (GAZETA MERCANTIL, 15/10/98)

Aliás, segundo o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, o Secretário-Executivo do Ministério da Fazenda, Sr. Pedro Parente, deu aval para que o aumento resultante da implementação do art. 37, XI da CF, com a redação dada pela EC n.º 19/98, fosse concedido (ESTADO DE SÃO PAULO, 18/10/98), tendo ainda o Sr. Ministro da Fazenda reconhecido que, segundo avaliação do Tesouro Nacional, dito aumento não provocará aumento de despesas em relação ao que está previsto na reforma administrativa estabelecida pela EC n.º 19/98. (FOLHA DE SÃO PAULO, 17/11/98)

Vale a pena lembrar que há quatro anos que os juízes federais não têm qualquer reajustamento, quanto mais aumento salarial.

Isto em que pese o próprio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIn n.º 965, Rel. Min. Paulo Brossard, ter decidido que “a exigência de lei formal, de iniciativa do Poder Judiciário, aplica-se às hipóteses de aumento real de vencimentos e não às de extensão, aos magistrados, dos reajustes gerais de vencimentos do funcionalismo estadual”.

Estas são as ligeiras observações genéricas que tinha a fazer, considerado o tempo disponível, acerca da nova estruturação administrativa após a EC n.º 19/98.

Muito obrigado.

BREVES COMENTÁRIOS À LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (N.º 9.279/96)

Tânia Heine

A Propriedade Industrial é um ramo da Ciência do Direito que se desenvolveu no último século visando a reprimir atos de concorrência desleal, regulando basicamente os direitos de marcas e patentes. Em decorrência das relações internacionais que envolve, vários tratados começaram a surgir, como a *Convenção de Paris* e o *Tratado de Madrid*, relativo ao registro internacional de marcas.

Depois de cinco anos de discussões no Congresso e debates entre os diversos segmentos da sociedade com interesse no assunto, foi editada a Lei n.º 9.279, em maio de 1996, que entrou em vigor em maio de 1997. No primeiro ano apenas vigorou o "pipeline", destinado às patentes farmacêuticas, químico-farmacêuticas, e alimentícias com proteção garantida por tratados ou convenções, não-garantidas pela legislação anterior.

A matéria era regulada também, basicamente, por duas convenções: a de *Paris*, de 1883, com a adesão de cerca de 140 países, e o TRIPS, de dezembro de 1994, com cerca de 125 países, e que, no art. 2, expressamente declara que os membros cumprirão o disposto nos artigos de 1 a 12 e 15 da *Convenção de Paris* e que não estão derogadas as obrigações existentes. Os artigos 1 a 12 do *Texto de Estocolmo* já estavam internalizados no Brasil pelo Decreto n.º 635/92.

A lei atual brasileira introduziu conceitos modernos, para se adequar especialmente ao TRIPS. (*Agreement on Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights*). Assim como o tratado prevê sanções, inclusive na área comercial, a nova Lei tem um Título destinado aos crimes contra a Propriedade Industrial, em que são previstas penas de detenção e multa.

De acordo com o Departamento de Segurança Nacional e de Relações Internacionais do Governo Americano, o TRIPS teria sido concebido com o objetivo de contornar os limitados progressos realizados por esse país em intensificar mundialmente a proteção de direitos de propriedade intelectual através da Organização Mundial de Propriedade Intelectual.

1. Patentes

Em relação às patentes foram eliminadas muitas proibições da lei anterior para sua concessão, como nas áreas farmacêutica, química, alimentícia, de medicamentos e seus processos de preparação. Hoje, praticamente toda invenção, desde que seja nova, tenha aplicação industrial e represente uma atividade inventiva, pode ser protegida. São patenteáveis as invenções e os modelos de utilidade.

Existe uma decisão do Supremo Tribunal Federal, de 1970, no sentido de que o ato de concessão de patente é vinculado, logo, preenchidos os pressupostos legais, o INPI é obrigado a concedê-la.

As proibições estão no artigo 18 da Lei, refletindo o artigo 27 do TRIPS, dispondo que não são patenteáveis:

“I - o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde pública;

II - as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico;

III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8, e que não sejam mera descoberta.”

O prazo para a patente passou de 15 para 20 anos. O da patente de modelo de utilidade é de 15 anos, também a partir da data do depósito. Concede-se, porém, um prazo mínimo, nunca inferior a 10 anos, para as patentes de invenção, e de 7 anos para modelo de utilidade (art. 40), visando a resguardar o direito do requerente, na hipótese de retardamento na análise do pedido.

No art. 49 permite-se o direito de adjudicação da patente que houver sido requerida por terceiro, à revelia do autor da invenção. Em lugar de se decretar a nulidade da patente concede-se a titularidade ao verdadeiro inventor.

O processo administrativo foi simplificado, bem como a averbação do contrato de licença e abolição de restrição ao pagamento e reinsssa de *royalties*.

Inicia-se o processo com documentação parcial, podendo ser complementada no prazo de 30 dias, consoante o disposto no art. 21.

O artigo 68 prevê a hipótese de licenciamento compulsório da patente se o titular praticar abuso de poder econômico ou não explorá-la no território brasileiro ou se a comercialização não satisfizer as necessidades de mercado.

O requerente tem um prazo de três anos após a concessão da patente para fazê-lo, demonstrando legítimo interesse e capacidade técnica e econômica para explorá-la.

Consoante o artigo 80 da Lei n.º 9.279/96, assim como disposto na *Convenção de Paris*, a caducidade somente pode ser decretada após a licença compulsória, caso não seja sanado o abuso ou desuso no prazo de dois anos, cabendo a instauração de ofício do processo.

O aperfeiçoamento ou desenvolvimento de um mesmo conceito inventivo é protegido pelo certificado de adição (art. 76), desde que a matéria se inclua no mesmo conceito inventivo, sendo um acessório da patente, com o mesmo prazo de vigência desta.

2. Marcas

As marcas só podem ser requeridas em relação à atividade que o requerente exerça de modo direto ou através de empresas que controle direta ou indiretamente (art. 128 § 1.º).

Foram criadas: a marca coletiva, requerida por pessoa jurídica representativa de coletividade, e marca de certificação, por pessoa sem interesse comercial ou industrial direto no produto ou serviço atestado.

O prazo continua a ser de 10 anos, prorrogável por períodos iguais e su-

cessivos, desde que pague a retribuição devida (art. 133 e §§).

Caducará o registro, caso o titular não inicie o uso no Brasil ou interrompa-o pelo prazo de cinco anos, não comprovando que deixou de fazê-lo por *razões legítimas*. A caducidade pode ser decretada parcialmente, somente para a classe em que não for utilizada, e requerida por qualquer pessoa com legítimo interesse (art. 143).

Extinguiu-se a revisão administrativa.

Grande novidade foi inserida no § 1.º do art. 129 sobre o direito de precedência daquele que, de boa fé, na data da prioridade ou do depósito, usava no país, há pelo menos seis meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim. Esse uso deve ser comprovadamente em escala comercial.

O registro da marca tem caráter atributivo, comportando essa exceção, quando se aplica o sistema declaratório, que é o adotado nos Estados Unidos da América do Norte, onde o uso anterior gera direitos ao usuário da marca.

O "*Lanham Code*", de 1946 (*US Code*), define que "*the term use in commerce means use of a mark in the ordinary course of trade, commensurate with the circumstance and not made merely to reserve a right in a mark.*"

O conceito de marca registrável inclui também sinais distintivos visualmente perceptíveis, como as marcas tridimensionais (art. 122).

Criou-se distinção entre marca notoriamente conhecida e marca de alto renome, assim definidas: "*A marca registrada no Brasil considerada de alto renome será assegurada proteção especial, em todos os ramos de atividade.*", e "*A marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade, nos termos do art. 6 bis (I), da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, goza de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil.*" (arts. 125 e 126), protegendo-se o valor patrimonial da marca. Essas definições, por certo, irão dirimir várias dúvidas, que persistam desde a época da legislação anterior, gerando incertezas quanto à extensão exata do disposto na Convenção de Paris.

Algumas inovações são comuns a marcas e patentes, entre elas:

1) A tradução foi bastante simplificada (art. 16 § 2.º), não sendo mais necessária a tradução juramentada.

2) Eliminou-se a fase de oposição, podendo terceiros apresentar documentos e informações desde a publicação do pedido até o final do exame (art. 31), não mais existindo o recurso contra o deferimento da patente do registro da marca ou do certificado de adição (art. 212 § 2º), o que, por certo, agilizará o procedimento administrativo.

Deferido o pedido, há um prazo de 60 dias para pagamento da taxa de expedição da carta patente (art. 38), com possibilidade de fazê-lo em mais 30 dias, expedindo-se o certificado. Após a concessão, o pedido administrativo de nulidade poderá ser apresentado no prazo de seis meses, não tendo efeito suspensivo.

3. Desenhos Industriais (Art. 94)

Em 1842 os Estados Unidos estabeleceram a proteção dos desenhos industriais por meio de patentes.

A atual Lei Brasileira prevê um registro, de forma simplificada, levando em conside-

ração as peculiaridade do *design*, que requer uma renovação constante, para estar sempre atualizado, em atenção ao mercado consumidor.

O prazo de validade é de 10 anos, prorrogável por três períodos de 5 anos.

4. Indicações Geográficas

A Lei disciplina as indicações geográficas, constituídas pela indicação de procedência ou a denominação de origem, assim definidas nos artigos 177 e 178:

“Art. 177. Considera-se indicação de procedência o nome geográfico do país, cidade, região ou localidade de seu território, que se tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço.

Art. 178. Considera-se denominação de origem o nome geográfico do país, cidade, região ou localidade de seu território, que designe produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluídos fatores naturais e humanos.”

Está previsto na Lei que o INPI estabelecerá as condições de registro.

Esses conceitos são primordiais para que os produtos brasileiros se adequem às exigências internacionais e possam ser comercializados mais facilmente no exterior.

5. Licenciamento (Art. 211)

O INPI registra os contratos que impliquem transferência de tecnologia, contratos de franquia e similares, para produzirem efeitos em relação a terceiros, e que pretendam gerar pagamento de *royalties* e dedução, como despesas operacionais.

A lei concedeu um prazo de 30 dias para a decisão administrativa mas não estipulou nenhuma sanção, caso tal não ocorra.

Os contratos de licença para exploração de patente (art. 62) e de licença para uso de marca (art. 140) deverão ser averbados no INPI para que produzam efeitos contra terceiros.

6. Considerações Finais

No Brasil não existem Cortes especializadas em Propriedade Industrial, constando do art. 241 da Lei nº 9.279/96 que o Poder Judiciário fica autorizado a criar Juízos Especiais para dirimir questões relativas à Propriedade Intelectual.

O Juiz pode, ao receber a ação, conceder uma tutela antecipada, nos termos expressos dos artigos 173 e 209, § 1.º, da Lei n.º 9.279/96, aplicando-se, porém, o Código de Processo Civil. Mesmo que não houvesse essa previsão legal, o magistrado poderia fazê-lo.

Essa nova Lei completou um ano de vigência integral em maio de 1997. Não há jurisprudência firmada a respeito, apenas algumas poucas decisões de juízes de primeiro grau, a grande maioria consistente em tutelas antecipadas e, eventualmente, agravos de instrumento nos Tribunais.

A jurisprudência anterior poderá auxiliar na interpretação das novas regras, haven-

do, porém, questões inteiramente novas e uma possibilidade enorme de registro de patentes, o que, com certeza, irá aumentar bastante os casos de contrafação.

O art. 198 prevê que poderão ser apreendidos de ofício ou a requerimento do interessado, pelas autoridades alfandegárias, produtos com marcas falsificadas ou falsa indicação de procedência. Não tendo sido ainda estruturada a alfândega para tal, parece-me conveniente que a apreensão decorra de ordem judicial.

A Lei traz em seu bojo um Título "*Dos crimes contra a propriedade industrial*", cominando penas de detenção e multa (arts. 183 a 195), com tipicidade específica.

O art. 206 prevê que: "*Na hipótese de serem reveladas, em juízo, para a defesa dos interesses de qualquer das partes, informações que se caracterizem como confidenciais, sejam segredo de indústria ou de comércio, deverá o juiz determinar que o processo prossiga em segredo de justiça, vedado o uso de tais informações também à outra parte para outras finalidades.*"

Expressamente o art. 209 reconhece o direito a perdas e danos em decorrência de atos violadores dos direitos de propriedade industrial e concorrência desleal, disciplinado, no artigo seguinte, o critério de cálculo para os lucros cessantes, *in verbis*:

"Art. 209 – Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes:

- I – os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou
- II – os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou
- III – a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem."

Posteriormente foram editadas as Leis n.ºs 9.459/97, 9.609/98 e 9.610/98, que dizem respeito, respectivamente, à proteção de cultivares, proteção à propriedade intelectual de programa de computador e direitos autorais, compatibilizando a legislação anterior aos dispositivos do TRIPS.

Com essas novas disposições legais o Brasil pretende efetivamente se inserir no rol dos países que protegem os direitos da propriedade intelectual, com mecanismos efetivos de combate à pirataria, cujos efeitos já se fazem sentir.

A Propriedade Industrial é um dos ramos do direito em que mais se fazem presentes os efeitos da globalização. Os Mercados Comuns fazem desaparecer fronteiras comerciais. Os produtos circulam rapidamente, fabricados e distribuídos nos mais diversos países.

Os meios de comunicação, especialmente via computador, se sofisticam cada vez mais, dificultando o controle sobre os direitos autorais.

A Comunidade Européia já instituiu o registro de marcas e patentes, válido para todos os países que a integram.

No limiar do próximo século é imperioso que tais matérias sejam disciplinadas através de tratados, com uma legislação interna que permita um controle rígido e efetivo, e um órgão, como o INPI, estruturado para atender as demandas do futuro.

CNPJ CADASTRO NACIONAL DE PESSOA JURÍDICA

Theophilo Antonio Miguel Filho

Tem sido freqüente a utilização do mandado de segurança por empresas que se insurgem contra ato supostamente ilegal praticado pelo Delegado da Receita Federal ao negar-lhes a inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), em razão da existência de irregularidades fiscais constatadas em relação às pessoas dos sócios integrantes da pessoa jurídica requerente.

Como causa de pedir, sustentam que tal conduta afigura-se conflitante com o disposto no parágrafo único do artigo 170 da Constituição da República.

Aprioristicamente, cumpre esclarecer que a legitimatio ativa ad causam é da empresa impetrante, e não dos sócios que tenham dado ensejo ao indeferimento da pretensão deduzida em sede administrativa. Vale lembrar que o pedido indeferido fora realizado por ente já dotado de personalidade jurídica de direito privado, conforme se constata da análise do contrato social arquivado na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro – Jucerja, segundo exigência legal insculpida nos artigos 16 e 18 do Código Civil.

A rigor, não vislumbro ilegalidade no ato administrativo indeferitório praticado pela autoridade impetrada.

Entretanto, não se pode deixar de reputá-lo desarrazoado, à luz dos princípios constitucionais insculpidos no caput do artigo 37 da Constituição da República, bem como da indeclinável função jurisdicional de proceder ao controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Passemos à análise da vexata quaestio da presente lide.

A norma legal que dá supedâneo à conduta assumida pela autoridade administrativa exige que, para a concessão do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ, os sócios – quotistas integrantes da mesma estejam em situação regular com o Fisco, não podendo, em relação ao Cadastro de Pessoas Físicas – CPF dos mesmos, constar débitos ou irregularidades.

Ocorre que indigitada exigência legal afigura-se desarrazoada pelos motivos abaixo declinados.

Aprioristicamente, registre-se que o diploma legal em epígrafe desconhece o conceito de personalidade jurídica. Incorre em equívoco primário ao confundir a pessoa do sócio com a pessoa da sociedade, já que os mesmos têm personalidades jurídicas distintas e autônomas. Daí se dizer que quem comercia é a sociedade, verdadeira fictio juris, e não os sócios.

Fran Martins, na 6ª edição de seu Curso de Direito Comercial, Editora Forense, p. 204, assevera, in verbis:

“Entende-se por *pessoa jurídica* o ente incorpóreo que, como as pessoas físicas, pode ser sujeito de direitos. Não se confundem, assim, as pessoas jurídicas com as pessoas físicas que deram lugar ao seu nascimento; pelo contrário, delas se distanciam, adquirindo patrimônio autônomo e exercendo direitos em nome próprio. Por tal razão, as pessoas jurídicas têm nome particular, como as pessoas físicas, domicílio e nacionalidade; podem estar em juízo, como autoras ou coo rés, sem que isso se reflita na pessoa daqueles que as constituíram. Finalmente, têm vida autônoma, muitas vezes superior às pessoas que as formaram; em alguns casos, a mudança de estado dessas pessoas não se reflete na estrutura das pessoas jurídicas, podendo, assim, variar as pessoas físicas que lhes deram origem sem que esse fato incida no seu organismo.”

Rubens Requião, no 1.º volume da 18.ª edição de seu Curso de Direito Comercial, Editora Saraiva, p. 278, esclarece, in verbis, que “formada a sociedade comercial pelo concurso de vontades individuais, que lhe propiciam os bens ou serviços, a consequência mais importante é o desabrochar de sua personalidade jurídica. A sociedade transforma-se em novo ser, estranho à individualidade das pessoas que participam de sua constituição, dominando um patrimônio próprio, possuidor de órgãos de deliberação e execução que ditam e fazem cumprir a sua vontade.” (grifo nosso).

Assim, as sociedades são pessoas dotadas de patrimônio, nome, domicílio, nacionalidade e personalidade jurídica próprios, autônomos e distintos das pessoas dos sócios que as integram. Em suma, dívidas dos sócios não são dívidas da sociedade. Por conseguinte, não se confundem CPF's, CGC's e CNPJ's.

Não obstante, ignorando a clareza da lição doutrinária acerca do assunto, vincula o Poder Público o deferimento do pedido de inscrição de uma pessoa jurídica à regularidade fiscal dos sócios integrantes da mesma.

Tal expediente administrativo, denominado sanção política, não é novidade, já tendo sua constitucionalidade sido anteriormente rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal ao editar os enunciados 70, 323 e 547.

Objetiva transferir para o contribuinte um encargo que, a rigor, é seu, mas, por questões políticas, de puro comodismo, bem como de falta de efetividade dos mecanismos próprios para a cobrança da dívida ativa desempenha verdadeira execução indireta.

Vale esclarecer que esse procedimento executório às avessas afigura-se, conforme anteriormente ressaltado, inconstitucional, na medida em que atinge os princípios do devido processo legal substantivo e da razoabilidade.

Ad argumentandum tantum, não se pode olvidar que inobstante tal conduta seja lícita, eis que conforme a lei, em sendo desarrazoada, por violar o devido processo legal substantivo, não pode caracterizar-se como legítima, por ser contrária ao Direito.

Existe, logo, a possibilidade da lei aplicável ser inconciliável e incompatível com a ordem vigente, emergindo, daí, a necessidade de reconhecimento, por parte do Poder Judiciário, de sua ilegitimidade, em razão de evidente afronta à Lei Maior.

Destarte, faz-se mister concluir que a função jurisdicional implica em um plus em relação à aplicação da lei ao caso concreto, com o escopo de deslindar a lide, mas, em

verdade, na aplicação da ordem jurídica como um todo, considerando, inclusive, os princípios gerais de direito, ante a possibilidade de restar a lei declarada ilegítima.

Neste diapasão, impende distinguir a ilicitude da ilegitimidade. Enquanto aquela significa contrariedade com a lei, esta implica incongruência com o razoável, com o Direito Natural, inerente a todo e qualquer ser humano, em suma, com os princípios gerais de direito, que se prestam como norte do legislador.

Para o jusnaturalismo, uma lei só é válida se for justa.

Lucas Rocha Furtado, em artigo intitulado "Controle constitucional de leis restritivas de direitos fundamentais", publicado na coluna Direito & Justiça do Correio Braziliense, em setembro de 1996, comentando o livro "O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais", de Suzana de Toledo Barros, Editora Brasília Jurídica, 1996, identifica uma evolução no conceito da cláusula constitucional do devido processo legal, para acompanhar o que a doutrina moderna convencionou denominar vício de inconstitucionalidade substancial decorrente de excesso de poder legislativo, incumbindo ao Poder Judiciário examinar a compatibilidade dos meios escolhidos pelo legislador para atingir determinado fim, dentre as opções políticas que lhe eram possíveis, quando da elaboração da lei.

Afirma a autora acima mencionada que "a possibilidade de um controle material da lei em vista de vícios intrínsecos é exalçada no âmbito dos direitos fundamentais em razão da formulação do princípio constitucional da proporcionalidade, que exige do legislador a menor intervenção possível na esfera privada desses direitos."

Lucas Rocha Furtado acrescenta que "o princípio do devido processo legal é muito mais do que a consagração dos seus sub-princípios, como o do juiz natural, do contraditório, do procedimento regular etc. Agora, eleva-se a princípio que traz insito em seu conteúdo um ideal supremo de justiça, na busca de leis mais razoáveis (*reasonable*), forma de se proteger da ação do legislador que edita leis "arbitrárias". Como ensina San Tiago Dantas, lei arbitrária é aquela que formalmente está correta, mas substancialmente não."

Elogiando a obra de Suzana de Toledo Barros, aduz que "é necessário cuidar para que as leis, sob o primado do devido processo legal, sejam não apenas formalmente corretas, mas que também sejam justas, que atentem para a justiça e para o razoável, em uma ponderação entre os custos e benefícios, entre o sacrifício imposto ao indivíduo e o interesse público perseguido."

Ele conclui afirmando que "o princípio do *due process of law* busca esta compatibilidade da lei com a justiça, uma constitucionalidade mais ampla, baseada também nos princípios de liberdade, igualdade, equidade, sendo o Poder Judiciário o órgão que vai valorar, em última análise, se esses ideais foram ou não mantidos quando a lei foi editada.

O devido processo legal substancial serve de proteção contra a lei substancialmente arbitrária, e não apenas contra a lei formalmente arbitrária. É uma nova forma de controle de constitucionalidade de leis restritivas de direitos, por meio da qual deve-se fazer uma ponderação entre o sacrifício imposto ao indivíduo e o fim objetivado pela lei, atentando para a justiça e na busca de uma igualdade proporcional. O controle das leis realizado através do princípio da proporcionalidade condiciona o legislador - e por isso é tratado

como “nova” forma de controle da constitucionalidade - para impedir que no exercício de sua função legislativa sejam cometidos abusos que levem à fraude da Constituição através da Lei. Ele impõe limites negativos e positivos à ação de legislador.”

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Excelentíssimo Doutor Carlos Mário Velloso, em palestra proferida no Curso de Especialização latu sensu em Direito Processual Civil, no dia 27 de agosto de 1996; ministrada no Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília – Distrito Federal, ao comentar a cláusula constitucional insculpida no inciso LIV do artigo 5, que abriga o devido processo legal substantivo, ressalta que o juiz não é escravo de nenhuma lei, porque deverá sempre examinar o seu conteúdo, incumbindo-lhe comprovar que os excessos de racionalismo que geraram os excessos de positivismo não constituem verdades incontestáveis.

Em primoroso artigo intitulado “Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional”, publicado no Boletim de Direito Administrativo – março de 1997, Luis Roberto Barroso, Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Professor de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, discorre sobre o histórico da evolução das duas vertentes da cláusula do devido processo legal – processual e substantiva – emanando dessa última o princípio da razoabilidade.

Afirma que “a versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. É por seu intermédio que se procede ao exame da razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.

De toda a sorte, a cláusula enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins.

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça.

É razoável o que seja conforme a razão, supondo o equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. Há autores, mesmo, que recorrem ao direito natural como fundamento para a aplicação da regra da razoabilidade, embora possa ela radicar perfeitamente nos princípios gerais da hermenêutica.”

Com efeito, basta atentar para a orientação insculpida no artigo 5 da Lei de Introdução ao Código Civil:

“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

No mesmo sentido, afirma San Tiago Dantas, in “Igualdade perante a lei e due process of law”, Revista Forense, CXVI/357, 1948, p. 362, que “não é apenas a doutrina do Direito Natural que vê no Direito uma ordem normativa superior e independente da Lei. Mesmo os que concebem a realidade jurídica como algo mutável e os princípios do Direito como uma síntese das normas dentro de certos limites históricos reconhecem com esses princípios, cuja presença no sistema positivo fere a coerência deste, e produz a sensação íntima do arbitrário, traduzida na idéia de lei injusta.”

Em suma, a preconizada razoabilidade consubstancia-se na perfeita harmonia entre os motivos, os meios e os fins da atividade estatal de produção da norma de caráter geral, impessoal e abstrata.

Entretanto, se por um lado existem autores que rechacem a aplicação desta técnica de controle jurisdicional do mérito dos atos normativos oriundos do órgão legiferante, sob alegação de afronta à pretendida separação e harmonia dos poderes estatais, insculpida no artigo 2 da Constituição da República, por outro, não se pode olvidar a atuação do Supremo Tribunal Federal no sentido de efetivar, dissimuladamente, a aplicação da vertente substantiva do devido processo legal, aferindo a razoabilidade da lei.

Os acórdãos colhidos abaixo encontram-se publicados na Revista Trimestral de Direito Público 13/1996, Malheiros Editores, em artigo da lavra de Caio Tácito, intitulado "A razoabilidade das leis".

Em acórdão de 21/09/51, relatado pelo Ministro Orozimbo Nonato, o Supremo Tribunal Federal destacou que "o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade" (RF 145/164).

Retomou, a este propósito, a concepção de que o poder fiscal deve ser exercido moderadamente, como Bilac Pinto documentou, à luz da elaboração da jurisprudência norte-americana ("Finanças e Direito", RF 82/551 e seguintes).

Na Representação número 930, o Relator, Ministro Rodrigues de Alckmin, enfatizou, como fundamento da decisão adotada pelo Supremo Tribunal, a necessidade de preservar o núcleo essencial da liberdade de exercício da profissão de corretor de imóveis, acentuando a submissão da exigência de condições de capacidade ao critério de razoabilidade.

Lei paulista criando serventia de registro de imóveis e determinando prioridade absoluta de provimento em favor de determinado serventuário foi repelida, por inconstitucional, em decisão de 31/08/67, no Recurso em Mandado de Segurança n.º 16.912, pelo caráter discriminatório de favorecimento, importando abuso de poder, como destacou o voto de Ministro Victor Nunes Leal (RTJ4S1530 e seguintes).

A carência de dois anos, após a aposentadoria, para permitir aos magistrados, membros do Ministério Público, servidores públicos e militares o exercício da advocacia, presente no artigo 86 da Lei n.º 4.215/63, foi declarada inconstitucional em julgamento de 04/04/84, na Representação n.º 1.054 (RTJ 110/937 e seguintes).

O voto do Relator, Ministro Moreira Alves, realça a incongruência e a irrazoabilidade da interdição temporária da profissão, que não atende a interesse público pertinente.

À luz do princípio da proporcionalidade e da proibição do excesso de poder, a Suprema Corte fulminou por inconstitucional a Lei n.º 385 de 1980, do Estado do Rio de Janeiro, que elevava imoderadamente valores da taxa judiciária, violando a regra da "equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar", nos termos do voto do relator, Ministro Moreira Alves.

A taxa judiciária excessiva cria obstáculo capaz de impossibilitar a muitos a obtenção da prestação jurisprudencial (RTJ 112/34 e seguintes).

O Supremo Tribunal Federal considerou inaceitável a norma regulamentar de concurso para a magistratura que submetia os candidatos a julgamento secreto e subjetivo de idoneidade, correspondente a veto arbitrário a aprovação do candidato (acórdão de 10/04/87 no Recurso Extraordinário n.º 111.400, RTJ 122/130 e seguintes).

Igual fundamento alicerça o parecer de Seabra Fagundes no sentido da inconstitucionalidade de lei fluminense que condicionava a habilitação de candidatos a concurso para o Ministério Público à aprovação em exame psicotécnico (RDA 109/280).

Em caso a que antes nos referimos e sobre o qual emitimos parecer, a Corte Suprema declarou inconstitucional lei do Estado do Paraná que tornava obrigatória, à vista do consumidor, a pesagem de botijões ou cilindros de gás liquefeito de petróleo.

O exame da razoabilidade da norma foi objeto do voto do relator, Ministro Sepúlveda Pertence, que destaca “o questionamento da proporcionalidade ou da razoabilidade” da exigência, como inovação onerosa e de duvidosos efeitos úteis (RDA, 194/299 - acórdão - e parecer p. 347).

A matéria restou assim ementada:

Gás de petróleo – Lei estadual – Princípio da proporcionalidade “Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos artigos 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §, 25, § 2.º e 238.º, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida.”

(Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 855 – Paraná.

Requerente: Confederação Nacional do Comércio

Requeridos: Governador do Estado do Paraná e Assembléia Legislativa do Estado do Paraná).

Em duas decisões, adotadas em 11 de maio de 1994, o Tribunal Supremo rejeitou, sob invocação da regra do devido processo legal, como medida da razoabilidade da norma jurídica, a restrição oposta aos partidos sem registro definitivo impedindo a apresentação de candidatos a pleitos eleitorais (apud livro citado de Suzana de Toledo Barros, p. 120, e prefácio de Gilmar Ferreira Mendes, p. 16).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 223, embora negando a suspensão liminar da MP n.º 175 - que vedava a concessão de liminares em mandado de segurança e em ações cautelares -, a ementa do acórdão de 05/04/90 assinala “a necessidade de controle de razoabilidade das leis restritivas ao poder cautelar (RTJ 132/572).

O limite máximo de trinta e cinco anos de idade na inscrição em concurso para Advogado de Ofício de Justiça Militar não é razoável - afirma o acórdão de 01/03/91, do plenário do Supremo Tribunal Federal, dando provimento ao Recurso em Mandado de Segurança n.º 21.033, invocando o relator, Ministro Carlos Velloso, julgamento anterior no mesmo sentido (RTJ 135/958 e seguintes).

Em decisão de 19/12/94, o Supremo Tribunal Federal expressamente admite que ofende o critério de razoabilidade e caracteriza desvio ético jurídico a norma que concede a servidor inativo a gratificação de férias atribuída aos servidores em atividade.

Pondera o Ministro Sepúlveda Pertence que, “em nome do princípio da moralidade, ou do princípio da igualdade, não se pode conceder remuneração absolutamente despida de causa no serviço público. A lei agride o princípio da razoabilidade, a meu ver, patentemente”.

A decisão mereceu comentário de Marcelo Figueiredo, abonando a aplicação do princípio da razoabilidade como fundamento do aresto (RDA 202/260 e seguintes).

O antigo Tribunal Federal de Recursos afina no mesmo diapasão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como comprova o arrolamento feito por Carlos Alberto de Siqueira Castro, na obra citada.

A aferição da falta de razoabilidade da exigência de prova de esforço físico em concurso público para delegado da polícia fundamentou a declaração de inconstitucionalidade do artigo 9, inciso V, da Lei n.º 4.878, em julgamento de 19/08/86.

Em outro julgado, proferido em 20/10/83, o requisito de entrevista de natureza subjetiva para ingressar na carreira de diplomata foi considerado arbitrário e discriminatório (Mandado de Segurança n.º 101.898).

Em diversos casos, o Tribunal Federal de Recursos contestou a validade de sanções administrativas como meio de obter pagamento de tributos federais, de que é exemplo o acórdão na Remessa ex-officio n.º 87.155, emitido em 1980, como exemplifica Carlos Alberto de Siqueira Castro (obra citada, p. 197).

Consolidando entendimento dominante, o Supremo Tribunal Federal expressa no verbete número 70 da Súmula de Jurisprudência o ditame de que “é inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”; e, na mesma linha de ausência de razoabilidade, impugna “a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos” (verbetes n.º 323) e proclama que “não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadoria nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais” (verbetes n.º 547).

Um último exemplo é a exigência do pagamento de todas as multas lançadas contra o proprietário para que o Departamento de Trânsito – Detran proceda ao licenciamento do seu veículo.

Conclui Caio Tácito afirmando que “em todas estas hipóteses, o que se condena é a discrepância entre o meio utilizado e o fim desejado, que não guardam congruência ou adequação, tornando excessiva e desarrazoada a interdição de direitos.”

Em elucidativo artigo publicado no caderno Direito & Justiça no Jornal Correio Braziliense, no dia 27 de abril de 1988, Hugo de Brito Machado esclarece que “em Direito Tributário, a expressão “sanções políticas” corresponde a restrições ou proibições impostas ao contribuinte como forma de obrigá-lo ao pagamento do tributo, tais como a interdição de estabelecimento, a apreensão de mercadorias, o regime especial de fiscalização, entre outras. Qualquer que seja a restrição que implique cerceamento da liberdade de exercer atividade lícita é inconstitucional, porque contraria o disposto

nos artigos 5, inciso XIII, e 170, parágrafo único, do estatuto maior do país.”

Vale lembrar, ainda, que a atividade profissional é desempenhada, em verdade, pela sociedade, que possui personalidade jurídica distinta dos sócios que a integram, conforme já sustentado.

Acrescenta o ilustre tributarista que “todas essas práticas são flagrantemente inconstitucionais, entra outras razões, porque:

a) implicam indevida restrição ao direito de exercer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, assegurado pelo artigo 170, parágrafo único, da vigente Constituição Federal;

b) configuram cobrança sem o devido processo legal, com grave violação do direito de defesa do contribuinte, porque a autoridade que a este impõe a restrição não é a autoridade competente para apreciar se a exigência do tributo é ou não legal.”

Assim, pagamento de tributo não pode ser colocado como condição para o exercício de atividade econômica. Tal providência é desarrazoada na medida em que o fim colimado - cobrar tributo devido - não justifica os meios inidôneos utilizados - execução indireta.

Para Hugo de Brito Machado, “a inscrição no cadastro de contribuintes não pode ser transformada em autorização para exercer atividade econômica. Nem o seu cancelamento em forma de obrigar o contribuinte a cumprir seus deveres para com o Estado... A ilicitude de não pagar os tributos devidos não exclui o direito de exercer a atividade econômica, que é direito fundamental. Atividade econômica lícita, é certo, mas a ilicitude do não pagar o tributo não faz ilícita a atividade geradora do dever tributário. Uma coisa é a ilicitude de certa atividade. Outra, bem diversa, a ilicitude consistente no descumprimento da obrigação tributária, principal ou acessória.”

Suficientemente municiados dos argumentos acima expendidos, podemos concluir: é desarrazoada e ilegítima a legislação em que se baseia a autoridade impetrada para indeferir a pretensão autoral de obtenção de inscrição no CNPJ, tendo em vista a situação de irregularidade fiscal que seus sócios eventualmente apreseutem.

Entretanto, concordamos que esse instrumento administrativo seja largamente utilizado como forma de, tão-somente, identificar os contribuintes faltosos, para que, aí sim, possa o Fisco valer-se de mecanismos legais adequados e idôneos, como a ação de execução fiscal, regulada pela Lei n.º 6.830/80, para cobrar de forma direta, e não indiretamente, os seus créditos tributários.

COISA JULGADA

Augusto Guilherme Diefenthaler

O problema da coisa julgada liga-se ao fato da mortalidade. É esta que determina a necessidade de definitividade das coisas que se passam entre os homens, que embora contemplativos, não podem, em face dos conflitos de interesses que naturalmente surgem no seio social, continuar eternamente em busca da verdade concreta para solucioná-los.

É preciso decidir, com conhecimento de causa, sem dúvida, mas decidir, para que a vida possa fluir.

Indutivo, assim que a definitividade dos julgados sempre foi objeto de preocupação.

Para os romanos do período clássico a coisa julgada sempre foi o efeito da sentença “Dig. 42, I, de re iudicata et de effectu sententiarum” (SCIALOJA, Procedimento civil romano, p.414). Aliás, o seu único efeito, pois tinham que o julgamento estabelecia a verdade dos fatos, já que não concebiam a existência do direito senão através da “actio”. Constituído o direito pela sentença e aliado isso à impossibilidade de renovação da ação e à inexistência de recursos, a verdade estava estabelecida. Mas a coisa julgada tinha significado, então, pela existência de um julgamento e não por seu conteúdo, tendo um resultado puramente negativo (“exceptio”), na medida em que impedia nova ação (BOTELHO DE MESQUITA, A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença, p. 11).

Segundo LIEBMAN, somente a partir de Justiniano começou a haver distinção entre os efeitos da sentença e a sua “autoritas”, contudo sem surtir efeitos práticos na doutrina (Eficácia e autoridade da sentença, p.4).

Ultrapassado o período das “actiones” como criadoras do direito, insculpindo-se estes de forma sistematizada, a prestação jurisdicional passou a ser vista pela doutrina no sentido meramente declarativo, como apontado, com precisão, por Montesquieu:

“Porém, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam jamais do que um texto exato da lei. Se fosse uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos (O espírito das Leis, p.189).”

...

“Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, mulo” (o.c. p.190).

...

“Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças de lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor” (o.c. p.193).

Embora a doutrina já admitisse que a sentença pudesse ter efeito constitutivo,

partindo daquela premissa, continuou-se a sustentar que a coisa julgada era o efeito de imutabilidade da sentença, ou, na concepção de HELLWIG, a imutabilidade do efeito declaratório (eficácia de declaração) (LIEBMAN, o.c. pp. 17/18). Assim, CHIOVENDA (BOTELHO DE MESQUITA, o.c. p. 25) sustentava que “preclusas todas as questões propostas ou proponíveis, temos a coisa julgada, isto é, a afirmação indiscutível e obrigatória para todos os juizes de todos os futuros processos, duma vontade concreta da lei, que reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes.

Para LIEBMAN, entretanto, dever-se-ia distinguir efeito da sentença e coisa julgada, já que aqueles podem vir a produzir-se antes que esta ocorra (a exemplo seria a sentença de despejo da qual caiba recurso apenas no efeito devolutivo). Ademais, para o autor, sobre aqueles efeitos atuava a coisa julgada, tornando-se imutáveis, assim como à sentença, donde não poderem ser comparados.

Dando novo impulso ao desenvolvimento sobre o que se deve entender por coisa julgada, LIEBMAN definiu-a como “a imutabilidade do comando emergente da sentença” (o.c. p. 54) acrescentando:

“Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais interna e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato”.

Vale notar que, ao falar em “comando”, LIEBMAN distinguiu definitivamente a coisa julgada da eficácia natural da sentença como pronunciamento estatal que a todos atinge.

Nesse breve apanhado histórico, contudo, não poderia deixar de fazer menção à polêmica de nosso tempo estabelecida entre OVÍDIO BAPTISTA e BARBOSA MOREIRA.

Com base nos estudos deste último, sustentam os autores mencionados que, embora a concepção de LIEBMAN tenha elucidado toda a doutrina sobre a coisa julgada ao distinguir que esta não se constitui efeito da sentença, mas algo que a qualifica a partir de determinado momento (trânsito em julgado), na verdade em parte restaram incorretas as conclusões daquele mestre, considerando que os efeitos da sentença são modificáveis, pela vontade das partes ou não. Assim é que, na ação condenatória de cobrança de dívida, nada obsta que após o trânsito em julgado o credor perdoe a dívida, ou deixe de cobrá-la, sem que se efetive o efeito executivo.

A discussão estabelece-se, contudo, a partir da afirmação de BARBOSA MOREIRA de que o que passa em julgado é o conteúdo inteiro da sentença e não apenas a declaração nela existente; contrariando a posição tradicional, sustentada por OVÍDIO BAPTISTA, segundo a qual o que se torna inatável na sentença é a declaração de direitos.

A posição de BARBOSA MOREIRA guarda suas razões no fato de que “O efeito é algo que está, necessariamente, por definição, fora daquilo que o produz, quer se trate de fato natural, quer de ato jurídico” (RAJURIS, 35/205), embora isso nem sempre seja facilmente distinguível quando se fala, por exemplo, no ato de declarar e no efeito declaratório: “Deveria ser cristalino que o efeito não se confunde com a declaração mesma” (RAJURIS, 35/207).

Também a questão da sentença constitutiva é especificamente abordada pelo autor, sustentando que:

"Sucedee que a palavra modificação é, em certa medida, equívoca: pode indicar o ato que pelo qual se modifica alguma coisa, ou o estado conseqüente a esse ato."

...

"...a modificação enquanto ato situa-se no conteúdo da sentença".

...

"Já a modificação enquanto efeito é evidentemente exterior à sentença" (RAJURIS, 35/207/208).

Assim, o que se torna imutável, assumindo "status" de coisa julgada, são os elementos constitutivos (conteúdo) da sentença, não os efeitos (externos à sentença), que, como se disse, são imutáveis até mesmo independentemente da vontade das partes. Mas, pondera o autor, todos os elementos (declaração, modificação, condenação, etc.) e não apenas o elemento declaratório.

Entanto, para OVÍDIO BAPTISTA, na esteira da doutrina tradicional, na qual predominou HELLWIG, o núcleo e a essência da coisa julgada material é o efeito certificativo (eficácia declaratória) contido na declaração sentencial, que necessariamente ocorre em todas as sentenças, o qual consiste no juízo de subsunção praticado pelo julgador, ao considerar incidente no caso concreto a regra nominativa constante na lei (RAJURIS, 33/60/61). Assim, somente a declaração (eficácia declaratória) assume "status" de coisa julgada tomando-se imutável, não as demais eficácias que compõem o conteúdo da sentença.

Afirmando que as soluções jurídicas exigem muito mais proximidade com o desenvolvimento histórico do que com a geometria ou matemática, "percorrendo-se os casos concretos em busca de soluções particulares" (Sentença e coisa julgada, p. 97), para o insigne jurista a "eficácia" faz parte do conteúdo da sentença como virtualidade operativa capaz de produção de efeitos, enquanto estes, quer se produzam no campo jurídico, quer no mundo dos fatos, são a própria manifestação concreta das eficácias (RAJURIS, 33/65), estando, portanto, fora do conteúdo. Entanto, para o autor, esta lógica nem sempre se aplica quando se determina o conteúdo e os efeitos de uma sentença:

"Em primeiro lugar, porque a sentença é um ato jurídico de extrema complexidade, onde poderiam coexistir, sem qualquer ofensa aos princípios da lógica, o conteúdo da ato jurisdicional e alguns de seus efeitos; em segundo lugar, porque a sentença, não obstante ser um ato jurídico, em sentido lato, é também, e essencialmente, o último elo de uma cadeia de atos que lhe antecedem, e cuja causa está na demanda formulada pelo autor. Valendo-se da comparação entre os fenômenos jurídicos e os fatos naturais, poderíamos ilustrar a situação da sentença de procedência, que produz efeitos além da declaração, relativamente à ação para a qual ela seja dada, como a relação que se estabeleceria entre o iluminar-se de uma lâmpada elétrica e o prévio acionar do interruptor da corrente, que impedia tal efeito de manifestar-se. A lâmpada elétrica ilumina ou ilumina-se? Certamente a luz produzida pela lâmpada é a lâmpada, na medida em que o efeito, que é a luminosidade por ela produzida, só é possível se houver antes dele precisamente a lâmpada; e não obstante, é possível afirmar-se que a luz não está fora da lâmpada, ainda que seja seu efeito principal" (Curso de processo civil, p.420).

A partir daí o autor demonstra que o próprio efeito encontra-se no conteúdo nas ações declaratórias e constitutivas, pois, pondera, com a pretensão declaratória o que se quer é que o juiz declare a existência ou a inexistência da relação jurídica, sendo o verbo declarar conteúdo e efeito da sentença (RAJURIS, 33/61), e, com a constitutiva, o ato de modificar, que envolve a modificação e o estado subsequente de estar modificado (Curso, o.c. p.424). E, se assim, é, também deve compor o "conteúdo" o "ato sentencial que pronuncia a condenação, ou que ordena, nas sentenças mandamentais, que se expeça o mandado contendo a ordem judicial; ou o outro mandado, próprio das sentenças executivas ("lato sensu"), para que se cumpra desde logo a sentença, transferindo-se a coisa do patrimônio de demandado para o poder do demandante vitorioso" (RAJURIS,33/67), concluindo que:

"... enquanto as eficácias constitutiva, ou mandamental, ou executiva - a que se pode acrescentar a condenatória, sem prejuízo da exposição do autor - podem ser objeto de transação ou de renúncia, ou de perdão, nenhum negócio jurídico envolvendo o efeito declaratório da sentença que importe em renúncia, ou perdão, ou confissão contrária ao que o Juiz declarou, terá qualquer eficácia jurídica, por ser negócio jurídico absolutamente inválido, por contrário e ofensivo à coisa julgada" (RAJURIS, 33/69).

Bibliografia

¹ MONTESQUIEU, p. 189 - Note-se, pela primeira parte da transcrição, que para Montesquieu a magistratura não deveria ser fixa, devendo ser exercida "por pessoas extraídas do corpo do povo, num certo período do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário" (o.c. p. 188). Isto para que "o poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a uma certa situação, nem a uma certa profissão, tornar-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se tem constantemente juizes diante dos olhos e teme-se a magistratura, mas não os magistrados" (mesma página). Vale dizer que Aristóteles já sustentava tal idéia (A. política, p. 189).

DA AÇÃO MONITÓRIA

Firly Nascimento Filho*

1. Introdução

A recente Lei n.º 9.079, de 14 de julho de 1995, publicada no D.O. de 17/07/95 instituiu no sistema processual civil nacional um novo instituto: a ação monitoria.

Vasculhando, em pesquisa perfunctória, dicionários jurídicos pátrios, conseguimos descobrir dois vocábulos com significado próximo, do ponto de vista etimológico, ao indicado na novel lei: monição e monitor.

Sobre a primeira palavra, assim se pronuncia PLÁCIDO E SILVA:

“...Do latim *monitto*, de *monere* (advertir, avisar), na significação jurídica, e, em uso antigo, era o aviso ou convite para vir depor a respeito de fatos contidos na monitoria. A monitoria, assim, era a carta de aviso ou de intimação para depor.

Monição. Na terminologia do Direito Canônico, é a advertência feita pela autoridade eclesiástica a uma pessoa, para que cumpra certo dever ou não pratique um ato, a fim de que evite a sanção ou a penalidade a que está sujeita, pela omissão ou ação indicada”.¹

O vocábulo monitor, por sua vez, tem a mesma raiz latina (*monere*: advertir, lembrar, dirigir).²

Ambas as palavras, no entanto, não apreendem o real significado do instituto ora inserido no vigente sistema processual.

Sob o prisma histórico, por influência dos canonistas, a introdução do procedimento de índole sumária decorreu da crítica ao lento, custoso e formal procedimento ordinário medieval, sendo marcante a bula *Clementina Saepe contingit*, de 1306, do Papa Clemente V.³

Outros procedimentos surgiram, citando JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI o *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*, caracterizado por ser de cognição reduzida e identificado pelos juristas que perseguiram a origem histórica da ação monitoria “como o instituto mais assemelhado ao adotado pelas legislações continentais, como o *procedimento d’ingunzione*, na Itália, o *Mahnverfahren*, na Alemanha e Áustria, a *injonction de payer*, na França e na Bélgica, etc.”⁵

2. Conceito

A ação monitoria gera um procedimento de injunção, de larga utilização na Europa, há muitos anos, que está localizado entre o processo de conhecimento e o de execução. Entre nós, o termo injunção, foi introduzido pela via constitucional, ao integrar o título de garantia constitucional aplicável para o suprimento de omissão legislativa dian-

te da inércia do Poder competente. Com estes contornos quer dizer ordem, mandamento.⁶

Para a utilização do procedimento monitorio é necessário que inexista título executivo. É o que se depreende da letra do artigo 1102a, *verbis*:

“Art. 1102a. A ação monitoria compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.”

A cognição a ser desenvolvida pelo magistrado é a sumária, devendo o mesmo emitir provimento executivo desde logo, caso não ocorra o oferecimento de embargos ao pedido formulado inicialmente.

O mestre paulista KAZUO WATANABE, enfocando o tema da ação monitoria, defende o ponto de vista de que haverá cognição plena e exauriente quando o demandado tornar a iniciativa de defesa. É o que chama de cognição eventual, trazendo, a propósito, o exemplo da ação de prestação de contas.⁷

Versando sobre a questão da tutela antecipatória, LUIZ GUILHERME MARINONI invoca as lições de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, valendo transcrever o excerto referido:

“O processo injuncional ou monitorio, sustenta-se em dois princípios básicos: o princípio da sumariedade da cognição (*summaria cognitio*), com base na qual o juiz emite o preceito liminar; e a outorga antecipada da eficácia sentencial, por sua vez, provoca a inversão de contraditório, obrigando o réu a comparecer e defender-se, sob pena de transformar-se a decisão liminar em sentença condenatória final, dando ensejo à execução forçada”.⁸

Para o autor paranaense os processos injuncionais não têm em consideração *periculum in mora*, sendo o procedimento monitorio documental de cognição parcial e exauriente.⁹

3. Espécies

Em obra clássica, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR faz referência a duas espécies de procedimento monitorio: o puro e o documental.¹⁰

No primeiro caso permite-se que a ordem seja expedida com base somente nas declarações unilaterais do credor, *inaudita altera parte*, sem necessidade de qualquer prova. Nesse caso, apresentados os embargos, a ordem perde o efeito. Em inexistindo os mesmos, a ordem de pagamento é convertida em mandado executivo.

Na segunda espécie o procedimento somente é instaurado diante da apresentação de prévia prova documental, mas o rito adotado também permite o deferimento da medida *inaudita altera parte*, ocorrendo a transformação da ordem em mandado executivo caso não sejam opostos embargos.

A oposição de embargos tem o condão de instaurar o contraditório, gerando uma atividade cognitiva típica, a ser resolvida por sentença.

4. A influência italiana

Em obra conhecida FRANCESCO CARNELUTTI, já analisava o processo monitorio

afirmando que o mesmo não existia no Direito Italiano, efetuando as mesmas observações de ordem doutrinária sobre o tema já expendidas no corpo do presente trabalho.¹¹

Posteriormente o mestre italiano passou a defender a existência do instituto diante da redação dada ao artigo 633 do Código de Processo Civil Italiano, como nos informa o professor HUMBERTO THEODORO JÚNIOR.¹²

Em obra recente¹³, EDOARDO GARBAGNATI desenvolveu o tema, à luz de inúmeras contribuições doutrinárias fornecidas pelos juristas italianos, incluído o clássico estudo de CARLOS ALBERTO NICOLETTI.¹⁴

Na atualidade, diversas decisões dos tribunais de cassação da península se pronunciam sobre o assunto, consoante nos informa o atualizado "Codice de Procedura Civile, anotado por FRANCESCO BARTOLINI:¹⁵

"a) Esperibilità della procedura, in genere.

a-1) Liquidità del credito.

. Poiché il requisito della liquidità del credito deve non solo esistere, ma essere documentalmente provato al momento in cui il procedimento monitorio se instaura con la presentazione del ricorso, l'eventuale emanazione del decreto nel difetto di una tale condizione, considerata dalla legge come uno dei presupposti di detto procedimento, importa la illegittimità del decreto stesso, la quale non è destinata a sanarsi per il fatto che la prova scritta venga fornita in tempo successivo. Nella fase del giudizio di opposizione, tale prova sarà poi vagliata secondo le norme del giudizio di cognizione. (Cass. civ., sez. I, 29 luglio 1968, n. 2724).

. Con l'ingiunzione di pagamento - dovendo questa avere ad oggetto, ai sensi dell'art. 633, primo comma, c.p.c., esclusivamente una somma liquida di denaro o una determinata quantità di cose fungibili o una cosa mobile determinata - il creditore non può domandare (in aggiunta alla somma dovutagli ed ai relativi interessi) il risarcimento, ai sensi dell'art. 1224, secondo comma, c.c., del maggior danno derivatogli dal ritardo nell'a dempimento, ma può formulare tale richiesta (che integra una ementatio libelli) nel giudizio di opposizione avverso l'ingiunzione. (Cass, civ., sez. lav. 22 febbraio 1993, n. 2106. Nello stesso senso Cass. II, 30 maggio 1987, n. 482).

a-2) Consegna di cose.

. È pienamente ammissibile la domanda, proposta nelle forme del ricorso per ingiunzione, con la quale venga esercitata un'azione de carattere personale avente ad oggetto la restituzione di una cosa in quanto l'art. 633 cod. proc. civ., nel riferirne alla domanda di chi ha diritto alla consegna di una cosa mobile determinata, sta a indicare qualsiasi prestazione di dare che costituisca il contenuto di un rapporto obbligatorio. (Cass. civ., sez. II, 14 dicembre 1978, n. 3820).

. È inammissibile la domanda, proposta nella forma del ricorso per ingiunzione, con la quale viene esercitata un'azione di rivendicazione avente por oggetto una cosa mobile determinata. La inammissibilità della domanda comporta la irrituale instaurazione e l'irrituale svolgimento del processo; la quale irritualità, oltre a colpire la fase sommaria del processo, travolge anche la successiva fase procedurale di cognizione ordinaria instaurata con la notificazione dell'atto di opposizione al de-

creto ingiuntivo. Pertanto, il giudice dell'opposizione, rilevata (anche d'ufficio) la inammissibilità della domanda (in quanto non poteva essere proposta nella forma del ricorso per ingiunzione), deve limitarsi a revocare il decreto ingiuntivo, senza procedere ulteriormente all'esame della domanda nel merito. (Cass. civ., sez. III, 18 novembre 1974, n. 3690).

. Nel procedimento monitorio avente per oggetto la consegna di una cosa mobile non può non comprendersi il caso in cui la cosa mobile determinata, di cui si chiede la consegna, sia una chiave (nella specie, di accesso ad un terrazzo), poiché il giudice non è tenuto ad accertare preventivamente, ai fini della pronuncia dell'ingiunzione, se l'immobile, cui inerisce la chiave, sia posseduto legittimamente o meno dal destinatario dell'ingiunzione. Tale accertamento, infatti, riguarda una questione diversa, che può essere introdotta col giudizio di merito conseguente all'opposizione, incumbendo alle parti la dimostrazione dei rispettivi assunti secondo i principi che regolano l'onere della prova. (Cass. civ. sez. II 25 gennaio 1979, n. 567).

a-3) Pendenza di giudizio.

. La pendenza di un giudizio di cognizione, promosso dal debitore per ottenere l'annullamento o la risoluzione del contratto da cui scaturisca la sua obbligazione, non osta a che il creditore possa chiedere ed ottenere decreto ingiuntivo, fondato sul contratto stesso, salva l'eventuale riunione per connessione dei due procedimenti, tenuto conto che la proposizione in via riconvenzionale della pretesa creditoria, in quel, in quel giudizio instaurato dal debitore, integra una facoltà e non un obbligo del creditore medesimo. (Cass. pen., sez. I, 22 giugno 1981, n. 4069).

. La pendenza di un giudizio diretto all'accertamento negativo di un credito non costituisce ragione di improponibilità del ricorso per decreto ingiuntivo, per il riconoscimento ed il pagamento del credito medesimo, ma può soltanto comportare, in relazione al giudizio instaurato con l'opposizione al decreto, una situazione di litispendenza, nel caso di procedimenti dinanzi a giudici diversi, ovvero di riunione obbligatoria, ai sensi dell'art. 273 secondo comma cod. proc. civ. nel caso di procedimenti dinanzi allo stesso giudice od a giudici appartenenti allo stesso ufficio. (Cass. civ. sez. I, 16 ottobre 1978, n. 4636).

a-4) Presenza di clausola compromissoria

. Poiché nel procedimento per arbitrato rituale non è prevista l'emanazione di provvedimenti monitori, il giudice ordinario, che ne sia richiesto, può emettere decreto ingiuntivo anche in ordine a rapporto oggetto di clausola compromissoria. Questa può portare alla declaratoria di incompetenza, con conseguente revoca del decreto solo a seguito di eccezione dell'ingiunto, nel giudizio di opposizione avverso il decreto, sempre che, al momento della relativa pronuncia, non siano venute meno le condizioni del giudice medesimo (nella specie, al seguito di sopravvenuta risoluzione consensuale del compromesso). (Cass. civ., sez. III, 22 maggio 1976, n. 1852. Nello stesso senso, con riguardo ad arbitrato irrituale, Cass., I, 9 luglio 1989, n. 3242).

a-5) Crediti in materia di lavoro e previdenza.

. L'entrata in vigore della L. 11 agosto 1973 n. 533 non ha precluso la possibilità di ricorso alla tutela monitoria ex art. 633 e seguenti cod. proc. civ., in materia di crediti

di lavoro, salva restando in ogni caso la competenza esclusiva del pretore. (Cas. civ., sez., lav., 29 maggio 1981, n. 3531; conf., cass. civ., sez. I, 6 dicembre 1984, n. 6430).
. In tema di violazioni in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie, l'obbligo di rispettare le forme previste dal primo comma dell'art. 18 della L. 24 novembre 1981, n. 689 (modifiche al sistema penale) sussiste, ai sensi dell'art. 35, ultimo comma della medesima legge, anche quando il ricorso, da parte degli enti ed istituti previdenziali, al procedimento ingiuntivo di cui agli artt. 633 e seguenti c.p.c. sia volto a conseguire i soli contributi e premi non versati e relative somme aggiuntive (sempre che si tratti di contributi e premi per i quali ricorra la violazione di omesso versamento di cui al secondo comma del citato art. 35 o il cui omesso o parziale versamento derivi dalle altre violazioni di cui al terzo comma dello stesso articolo), non essendo il predetto obbligo riferito alla sola sanzione amministrativa e neppure subordinato alla contestuale riscossione di essa. (Cass. civ., sez. lav. 19 dicembre 1990, n. 12040, Insp. c. Ditta P.C.S. - C.p.c., art. 633; L. 24 novembre 1981, n. 689, art. 35). 99106950. a-6) Domanda basata su provvedimenti ex art. 708 c.p.c.

. L'ordinanza con la qual il presidente del tribunale dà, ai sensi dell'art. 708 c.p.c. i provvedimenti temporanei ed urgenti di contenuto economico nell'interesse dei coniugi e della prole, non costituisce titolo per la pronuncia di ingiunzione di pagamento ai sensi dell'art. 633 c.p.c., trattandosi di provvedimento che può formare oggetto di esame soltanto nel contesto del procedimento cui accede e che è autonomamente presidiato da efficacia esecutiva che assicura sufficiente garanzia di realizzazione dell'interesse del creditore. (Cas. civ., sez. I, 29 aprile 1991, n. 4722).

b) Pagamento di onorari.

. Il professionista che chiede il compenso per le sue prestazioni ha l'onere di dimostrare la sussistenza del credito, ossia la esecuzione delle opere, nell'adempimento dell'incarico commessogli e l'entità delle stesse. Tale prova ai fini dell'emissione del decreto ingiuntivo di pagamento può essere fornita con la produzione della parcella e del relativo parere dell'organo professionale competente, ma tale documentazione non è più sufficiente nel giudizio di opposizione il quale si svolge secondo le regole ordinarie della cognizione, ed impone quindi al professionista, nella sua qualità di attore di fornire gli elementi dimostrativi della pretesa con la conseguenza che il giudice del merito non può assumere, come base del calcolo per la determinazione del compenso, le esposizioni delle parcelle contenute dal debitore con riferimento alle opere effettivamente eseguite e alla misura degli importi. (Cass. civ., sez. II, 21 aprile 1981, n. 2342)

c) obbligazioni contrattuali.

. Al fine di ottenere l'emanazione del decreto ingiuntivo in tema di contratti con prestazioni corrispettive l'istante non è tenuto a fornire una duplice completa dimostrazione, quella cioè dell'esistenza dell'obbligazione di cui si invoca il soddisfacimento e quella dell'avvenuto adempimento dell'obbligazione propria cui l'esigibilità della prima sia subordinata essendo sufficiente la dimostrazione limitata al primo dei suaccennati effetti, cui si accompagni l'offerta di elementi indiziari in ordine al secondo. (Cass. civ., sez. I, 24 giugno 1968, n. 2112; conf. sez. III, 8 febbraio 1971, n. 330).

. La parte che abbia eseguito un pagamento per merce non acquistata e restituita al mittente, può chiedere l'emissione di decreto ingiuntivo per la restituzione della somma pagata, senza l'obbligo di offrire elementi atti a far presumere l'adempimento della controprestazione (restituzioni), perchè le ragioni di credito fatte valere non sono subordinate all'adempimento di alcuna controprestazione né all'avveramento di alcuna condizione. (Nella specie la merce era stata respinta al mittente a mezzo dello stesso spedizioniere, presso il quale era rimasta giacente per averne il mittente rifiutata la riconsegna). (Cass. civ., sez. III, 6 settembre 1969, n. 3076).

d) Divieto di notifica all'estero.

. La nullità del decreto ingiuntivo (nella specie, per essere stato notificato all'estero contro il divieto di cui all'art. 633, ultimo comma, cod. proc. civ.) deve essere eccepita nell'atto di opposizione, mentre ove l'opponente svolga solo le difese di merito, mostra tacitamente ma inequivocabilmente, di rinunciare all'eccezione, sicché la nullità deve, in tal caso, ritenersi sanata. (Cas. civ., sez. I, 10 gennaio 1975, n. 70).

. Il divieto, posto dall'art. 633 co. proc. civ., di emettere il decreto ingiuntivo nel caso in cui questo debba essere notificato fuori del territorio dello Stato, concerne una causa di inammissibilità del procedimento speciale monitorio, ma non priva il giudice del potere di conoscere della controversia cui il decreto si riferisce. Pertanto, siffatta inammissibilità, rilevabile con l'atto di opposizione ai soli fini regolamento delle spese processuali relative della fase monitoria, non impedisce la prosecuzione del giudizio instaurato con l'opposizione, sino alla pronuncia di merito. Invero l'opposizione a decreto ingiuntivo dà luogo ad un normale ed autonomo giudizio di cognizione che si svolge secondo il rito ordinario nel contraddittorio delle parti con la conseguenza che il giudice dell'opposizione è investito del potere-dovere di giudicare dell'opposizione sulla pretesa fatta valere con l'ingiunzione e sulle eccezioni contro di essa proposte, ancorché il decreto sia stato emesso la ingiunzione, o per difetto di altri presupposti processuali, manchi la possibilità di emettere una decisione di merito nei confronti delle parti. (Cass. civ., sez. I, 6 marzo 1976, n. 757).

5. A tutela antecipada

A instituição da ação monitória ocorre em momento de reformas do Código de Processo Civil que incluiu a instituição da tutela antecipada no ordenamento jurídico nacional.

O instituto foi previsto no art. 273 do C.P.C., aplicável a qualquer procedimento.

Comentando o citado dispositivo, o eminente magistrado e professor J. E. CARREIRA ALVIM, após tecer inúmeras considerações sobre os critérios que devem informar o novel instituto, cita, no direito italiano inúmeros exemplos de antecipação provisória de tutela de índole não cautelar, calhando transcrever suas preciosas lições:

“Ao contrário do que se supõe, o ordenamento jurídico italiano é rico em provimentos antecipatórios de natureza não-cautelar no procedimento ordinário (arts. 186-bis, 186-ter e 423 do CPC italiano); nos procedimentos especiais (decreto injuncional), arts. 665 e 708; em leis especiais (Lei n.º 3000, de 20/05/70 e 990, de 24/12/69; e até na jurisdição voluntária (art. 336 CC, modificado pela Lei n.º 151, de 19/05/75. Com base

no art. 24 da Lei n.º 990/69, o juiz italiano pode fixar ao prejudicado em acidente de trânsito (*incidenti stradali*), que se ache em estado de necessidade, uma quantia até quatro quintos do presumível valor do dano ressarcível (cf. MANDRIOLI, Crisanto. Corso di diritto processuale civile, 9.ed., Torino, v.III, p. 282).¹⁶ (grifos nossos)

Fácil verificar que o procedimento injuncional decorrente da ação monitória está perfeitamente enquadrado como uma espécie de tutela antecipada, com contornos perfeitamente definidos por sua estrutura normativa.

6. A lei brasileira

O legislador brasileiro aderiu ao sistema monitorio que exige a prévia prova documental, não admitindo que se instaure o processo se somente baseado nas declarações do autor.

O litígio deve versar sobre a entrega de dinheiro, coisa fungível ou bem móvel, independentemente de valor.

A demanda deve ser concretizada através de petição inicial nos moldes determinados pelo art. 282 do C.P.C., com a necessária assistência de advogado.

Em existindo a prova escrita, deverá o juiz expedir mandado de pagamento ou de entrega da coisa devida, que deverá ser cumprido no prazo de quinze dias.

A defesa do réu se corporificará através da oposição de embargos, oferecidos no mesmo prazo de quinze dias deferido pela lei para o cumprimento do mandado.

Sendo prazo de defesa, devem ser aplicados ao tema os critérios que informam a contagem para o oferecimento da peça defensiva no processo de conhecimento, ou seja, o *dies a quo* será o da data da juntada aos autos da certidão do oficial da entrega do mandado cumprido ou da juntada aos autos do aviso de recebimento (AR.), caso a comunicação seja efetuada pelo serviço postal.

Cumpra observar, a propósito, que a entrega do mandado deverá ser acompanhada da entrega de via citatória, sem a qual a relação processual não chega a se formar.

Na verdade, apesar da nomenclatura utilizada pelo legislador, originária, certamente, da fonte inspiradora do instituto (*opposizione*, do direito italiano), os embargos no procedimento monitorio são assemelhados à contestação do processo de conhecimento: a) tem o mesmo prazo (quinze dias); b) independem de segurança do juízo; c) são processados nos próprios autos da ação monitória; d) tramitam pelo rito ordinário.

A não oposição de embargos e sua rejeição tem o mesmo resultado: será instaurado processo executivo, com base em título judicial.

A lei é omissa sobre o assunto, no entanto em existindo embargos os mesmos serão decididos por sentença de mérito, dela cabendo recurso de apelação a ser recebido no duplo efeito. Assim sustentamos pois não se configura, no caso, exceção à regra geral. Acresça-se, ainda, o fato de que a simples oposição de embargos torna sem eficácia a decisão inicial proferida.

Inexistindo embargos, ocorre a criação de nova modalidade de título executivo judicial: a decisão liminar na petição inicial da ação monitória. Tal decisão não está inscrita no rol dos títulos judiciais previstos no C.P.C. adquirindo tal característica, eis que haverá

automaticamente a transformação do mandado de entrega inicialmente expedido em mandado executivo. Tal interpretação parece não ser a mais adequada diante do sistema existente no próprio Digesto Processual Civil e, embora os dispositivos pertinentes não especifiquem, o magistrado, diante da inércia do réu, deverá proferir sentença julgando procedente o pedido, cominando ao réu as verbas sucumbenciais.¹⁷ Nesse último caso, seria perfeitamente adequada a decisão eis que o cumprimento do mandado espontaneamente isenta o réu do pagamento das custas e dos honorários advocatícios.

Outra questão a ser enfrentada diz respeito à possibilidade de arresto e penhora no processo executivo, bem como o posterior oferecimento de embargos diante da segurança do juízo. Ora, o diploma legislativo pertinente faz, em duas oportunidades, remissão a dispositivos aplicáveis à execução do título judicial originário do processo monitorio, quer seja a decisão inicial, quer seja a sentença quando oferecidos embargos, referindo a aplicabilidade das regras inscritas no Livro II, Título II, Capítulos II e IV.

O Livro II alberga as regras do processo de execução, sendo o Título II atinente às várias espécies de execução, referindo-se ao Capítulo II à execução para entrega de coisa e ao Capítulo IV à execução por quantia certa contra devedor solvente.

Depreende-se de tais regras que é perfeitamente possível ocorrer o arresto e a penhora dos bens do devedor, observados os princípios regentes da execução, inclusive a extensa lista de bens impenhoráveis.

Por outro lado, também parecem aplicáveis as regras pertinentes ao exercício do direito de defesa através da oposição de embargos com fundamento no art. 741, do Digesto Processual Civil, vez que inexistente proibição sobre o assunto e não há incompatibilidade entre o novel instituto e as demais regras aplicáveis ao tema.

Sobre a questão da competência para o conhecimento da ação monitoria a mesma é a genérica, podendo alcançar o juizado de pequenas causas, ao alvedrio do autor, caso o valor da demanda seja correspondente a até vinte salários mínimos.¹⁸

O campo de aplicabilidade da ação monitoria é vasto, eis que abrange qualquer relação que possua documento escrito e cujo objeto seja soma em dinheiro, bens fungíveis e bens móveis. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, no seu festejado trabalho, refere-se à cobrança de encargos de condomínio, seguro obrigatório de veículos, responsabilidade tributária de terceiros que não figuram no lançamento e na inscrição da dívida ativa, além da duplicata sem aceite.¹⁹

É presumível que o instituto face à sua simplicidade seja aplicado largamente. Com efeito, a sua utilização acarreta menores ônus, maior efetividade e menor gasto de tempo, possibilitando ao autor obter a satisfação do seu crédito ou o cumprimento de prestação consistente na entrega de coisa, sendo de especial valia nas relações de consumo, embora os seu âmbito de incidência extravase tais relações.

Lei n.º 9.079, de 14 de julho de 1995

Altera dispositivos do Código de Processo Civil, com adoção da ação monitoria.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º É acrescentado ao Livro IV, Título I, da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, o Capítulo XV, sob a rubrica "Da ação monitoria", nos seguintes termos:

Capítulo XV
DA AÇÃO MONITÓRIA

Art. 1102a. A ação monitoria compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

Art. 1102b. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias.

Art. 1102c. No prazo previsto no artigo anterior, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV.

§ 1.º Cumprindo o réu o mandado, ficará isento de custas e honorários advocatícios.

§ 2.º Os embargos independem de prévia segurança do juízo e serão processados nos próprios autos, pelo procedimento ordinário.

§ 3.º Rejeitados os embargos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, intimando-se o devedor e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV.”

Art. 2. Esta Lei entra em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Brasília, 14 de julho de 1995; 174.º da Independência e 107.º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

NELSON AZEVEDO JOBIM

(D.O. 17/07/95)

Bibliografia

¹ Vocabulário Jurídico, Volume III, Forense, Rio de Janeiro, 1987, 1.ª edição, p. 205.

² Op. citada, p. 205.

³ Tucci, José Rogério Cruz e. Apontamentos sobre o Procedimento Monitorio, p. 161, in Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional, RT, São Paulo, 1993.

⁴ Valiente, Tomás. Estudio Histórico-jurídico del proceso monitorio, in Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1960(1):51-2, apud Tucci, op. citada, p. 162.

⁵ O desenvolvimento dos institutos citados consta do perecuente estudo do professor paulista José Rogério Cruz e Tucci “Apontamentos sobre o Procedimento Monitorio”.

⁶ Quaresma, Regina. O Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. Forense, 1995, Rio de Janeiro.

⁷ Da Cognição no Processo Civil. RT. São Paulo. 1987, p. 90.

⁸ Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. RT. 1992, p. 114. Silva, Ovídio Baptista da. Comentários ao Código de Processo Civil, 2.ª edição, Porto Alegre, LEJUR, 1986, p. 33.

⁹ Op. citada, p. 117.

¹⁰ O Procedimento Monitorio como possível solução para o problema da execução da duplicata sem aceite. Editora Vitória, Uberaba, 1976, p. 39.

¹¹ Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano, 1942, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, pp. 60/61.

¹² Op. citada, p. 40.

¹³ Il Procedimento d’Ingiunzione, Milão, Giuffrè, 1991.

¹⁴ Note sul procedimento ingiuntivo nel diritto positivo italiano, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1975(3).

¹⁵ Il Codice de Procedura Civile commentati esclusivamente con la giurisprudenza, Francesco Bartolini. Editrice la tribuna, Piacenza, 1995, pp. 1633/1635.

¹⁶ Código de Processo Civil Reformado, Del Rey, 1995, p. 109

¹⁷ Contra esta posição pronuncia-se JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI à luz da legislação italiana e alemã, defendendo a executividade do ato decisório liminar. Op. citada, p. 171.

¹⁸ Atualmente quarenta salários mínimos, por força da novel lei n.º 9.099/95.

¹⁹ Op. citada, p. 49.

DA IMPORTÂNCIA DOS CURSOS NO EXTERIOR PARA O DESENVOLVIMENTO DOS JUÍZES

Regina Coeli M. C. Peixoto

1. Histórico sobre sistema de trocas

Desde os mais remotos tempos o homem se desloca de suas áreas de origem em busca do novo, do inusitado.

Inicialmente, trocavam-se mercadorias transportando-as por todas as vias disponíveis, inclusive marítimas, visando suprir necessidades, ou mesmo por pura satisfação, como era o caso das especiarias da Índia e das sedas do oriente, entre outras.

Os fenícios, em épocas antigas foram considerados os grandes comerciantes das vias marítimas, posteriormente, após o absolutismo, a era do mercantilismo tomou conta da Europa.

Até mesmo a religião católica foi divulgada através de viagens empreendidas pelos apóstolos de Cristo, após a sua morte, conforme nos dá conta o Novo Testamento, através das cartas dos discípulos de Jesus.

Os ciganos, posteriormente, passaram a ser os grandes responsáveis pela divulgação das novas invenções, eram considerados os grandes alquimistas e aguardados pelas populações mais distantes com ansiedade, pois traziam as novidades, como bem relata Gabriel García Marquez, no seu livro "Cem anos de solidão".

Em razão dessas trocas, inicialmente, por economia de escambo, ocorreram diversas descobertas, ao ponto de se ter descoberto este País, quando se procurava um caminho mais curto para chegar à Índia.

Com a invenção da imprensa, pelos ingleses, muita coisa mudou, pois, através dos livros, a informação era enviada de forma extensiva e intensiva, sem intermediários e diretamente aos interessados. Ganhou-se tempo na divulgação das idéias.

O colonialismo, de certa forma, retardou o intercâmbio cultural de idéias e do próprio comércio, entervando o desenvolvimento das colônias por razões óbvias de defesa dos próprios territórios conquistados. Vale dizer que, quando Dom João VI veio para o Brasil, só o fez premido pela ameaça dos franceses que estavam às portas da capital portuguesa. Com isso vieram à cõrte os recursos da Europa, as bibliotecas, conhecimentos científicos e a instalação das primeiras escolas superiores que não haviam no Brasil, v.g., Medicina e Engenharia militar para a defesa de nossa costa contra a pirataria.

Decorreram cerca de dezessete séculos até o início do primeiro acontecimento que precedeu à Revolução Industrial, que foi a descoberta da máquina à vapor. Daí em diante, a Revolução Industrial se ampliou alcançando em menos de um século avanços jamais previstos pelo homem.

Daí para a descoberta do telégrafo, do telefone, da televisão, do computador, que, na verdade, foi uma evolução dos teares ingleses, foi um salto e daí a explosão da comunicação.

Não há dúvida que, mesmo intuitivamente, no início dos tempos, o homem sempre procurou se comunicar, no sentido de obter informações de outros, para melhorar seu desenvolvimento, visando um melhor bem-estar seu e de sua comunidade.

Das necessidades básicas, que tão bem nos informa Kelsen, com sua popular pirâmide, o homem saltou para necessidades mais sofisticadas, que lhe pudesse otimizar o tempo, melhorar a “performance” das suas atividades, objetivando uma melhor qualidade de vida.

Sem dúvida alguma vem alcançando o seu intento, a considerar que no princípio de tudo para alimentar-se precisava fabricar artesanalmente os seus utensílios de caça e embrenhar-se nas florestas para obtê-los, diariamente, sendo certo que hoje basta dirigir-se à uma esquina, e num supermercado do seu bairro fazer o seu estoque de alimentos, pelo prazo que desejar.

Se desejava guardar alguma informação, precisava esculpí-la em pedra, conforme nos informam as descobertas arqueológicas.

Desde aquelas longínquas eras, tudo muito mudou e hoje, a nossa principal mercadoria, a mercadoria nobre do século XX, é sem sombra de dúvidas a informação.

2. Informação: A mercadoria do século XX

Com o advento das Universidades, o homem começou a se abeberar do conhecimento dos grandes pensadores, dos mestres nos grandes ofícios, como a Medicina e o Direito.

Vale lembrar que as primeiras grandes universidades, como as de Cambridge e Oxford, na Inglaterra, e, posteriormente, a Universidade de Paris, no século XI, estavam adstritas ao poder eclesiástico que tornava-as extremamente tradicionais e por isso dificultavam a sua expansão.

Do famoso “L’Etat c’est moi”, de Luiz XIV, à pretensão do planeta terra como uma aldeia global, via internet, muito se percorreu e em tempo recorde, graças à informação. Valendo lembrar que a informação, também, passou por etapas na sua disseminação, em função do desenvolvimento dos meios de comunicação, sendo certo, que a partir da via marítima passou pela via aérea, pelos cabos submarinos e hoje atinge a velocidades incalculáveis pelas ondas hertzianas.

Sem dúvida, a informação passou a ser a mercadoria nobre do século XX. Uma mercadoria cara, sem dúvida, mas que passou, a ser entre as necessidades básicas kelsenianas, uma questão de sobrevivência, neste novo mundo resultante da revolução do “chip”.

Para se tomar qualquer decisão, nos dias de hoje, é necessário que se disponha de todas as informações necessárias a avaliar os resultados.

A era das decisões com base em “common sense” e intuição, há muito se perdeu na poeira do tempo.

A política do laissez-faire, laissez-passé, não é mais sequer mencionada nos cursos

de administração, pois esta é ensinada com base na tomada-de-decisão, consubstanciada em informações precisas e seguras, pois como bem afirmam os filhos do Tio Sam, "time is money".

A informação passou a ser um bem tão valioso, que foi necessária a criação de toda uma legislação especial para a sua preservação.

3. O "know-how" como forma de informação

A expressão americana "know-how", de acordo com o dicionário "MICHAELIS-concise dictionary", significa : experiência, técnica, prática, perícia.

Não é uma expressão nova, os romanos a conheciam, como modus faciendi, isto é, a forma de realizar alguma tarefa.

Passou, então, o "know-how" a fazer parte do grupo de informação de alto valor que necessitava de preservação, para que aqueles que a detinham ou para que aqueles que descobriram uma determinada forma de fazer alguma coisa, pudessem administrar a disseminação dessa preciosa mercadoria. Assim, nasceu a patente de invenção, que hoje é um dos temas mais polêmicos do mercado internacional, reclamando legislação rigorosa e eficiente.

Em princípio, na área jurídica, não houve a preservação de informações quanto ao "know-how". Parece que nenhum País deste planeta se importou em manter em sigilo a legislação nele produzida, bem como o modus operandi na sua aplicação.

Os Tribunais internacionais, ao contrário, divulgam seus trabalhos, suas pesquisas, sua maneira de tratar o universo jurídico de forma graciosa.

Não há dúvida que nos encontramos num mercado em que prevalece o escambo, isto é, trocam-se experiências entre os Estados para otimizar a justiça e as leis de cada um.

É certo que as culturas divergem em muito e, certamente, nunca uma legislação poderá ser inteiramente copiada, na íntegra, de um País para outro, sem que haja uma adaptação pelo sistema jurídico receptor.

Já no passado, tornaram se clássicas obras sobre o assunto como a de Taine, que abordou a relação entre o tempo e as leis. Porque, na verdade, o direito evolui nas suas objetividades, adaptando-se às circunstâncias da evolução da civilização, mas a essência da ciência jurídica permanece a mesma como diria a definição mais correta e ampla do direito: jus est ars boni et aequi.

Mas isso, efetivamente, não importa e um pouco de humildade para reconhecer que determinados países encontram-se mais avançados em matéria legislativa e procedimental do que o nosso, não nos desmerece em nada.

Parafraseando um ex-Presidente da República, copiar o que é bom é sinal de inteligência.

Naturalmente, distinguir o que é bom, também, exige um alto grau de discernimento por parte daqueles que pretendem importar alguma legislação ou procedimento processual, ou até forma de organização do judiciário de determinado país.

Mas para que se possa analisar se algo é bom ou ruim é de mister que se tenha parâmetros de comparação.

Primeiramente, faz-se necessário conhecer profundamente o próprio sistema e após, começar a estudar os sistemas alheios, para que se possa aproveitar idéias e técnicas.

Não há dúvida que os países de primeiro mundo, detêm sistemas jurídicos mais aprimorados, o que é bastante lógico, pois sendo países mais ricos, puderam investir mais em pesquisas para otimizar os sistemas existentes.

É lógico que países como o Brasil, considerado como país em desenvolvimento, não precisam, necessariamente, trilhar passo a passo todo o caminho percorrido pelos países desenvolvidos até encontrarem um sistema jurídico mais eficiente.

Os países, ditos em desenvolvimento, podem dar um salto no tempo, queimando etapas e estudar as soluções adotadas pelos países desenvolvidos para otimizar os seus sistemas jurídicos e tentar adaptá-los à sua situação.

Há, sem dúvida, várias formas de se adquirir o conhecimento dos diversos sistemas jurídicos em vigor no mundo inteiro: a doutrina, a jurisprudência desses Tribunais, a participação em Congressos e Seminários e cursos especiais, sobre temas específicos, ministrados pelas universidades estrangeiras, incluindo palestras e visitas que permitam a observação do seu modus operandi.

4. Conclusão

O mais importante, na verdade, é mantermos uma janela aberta para com o mundo exterior, para que possamos respirar novos ares e oxigenar o nosso sistema jurídico.

A questão de olhar os sistemas existentes e aplicá-los a outros meios com resultados benéficos não é coisa recente, pois como bem nos traz o modelo europeu de criação de Estado, a França, segundo Joseph Strayer, foi o primeiro País a resolver o problema da criação de um Estado a partir de províncias virtualmente independentes e o modelo francês acabaria por se impor na Europa. (in Miranda Jorge, Manual de Direito Constitucional, tomo I, Coubra Editora, Limitada, 4.ª edição, 1990, fl. 71, notas de rodapé).

O nosso Poder Legislativo, com as devidas reservas, não pode ser considerado como um dos mais sérios dentre os existentes na face da terra.

Os representantes do povo, e que vão elaborar os projetos legislativos, na sua grande maioria, são pessoas de poucas luzes jurídicas, além de não preencherem devidamente com juristas de peso, as assessorias que lhe deveriam dar o devido suporte nesta área, preferindo valer-se desse privilégio, para presentear parentes e amigos, com salários e gratificações de gabinetes, muitas vezes funcionários fantasmas, que emprestam seus nomes para engordar o salário desses políticos.

O resultado é o que vemos na realidade brasileira. Um sistema jurídico que mais parece uma colcha de retalhos, pois não há uma integração na cultura jurídica utilizada para a elaboração das normas vigentes.

Acredito até, que no mundo inteiro, em futuro próximo, o sistema representativo que exprime o legislativo como poder venha a sofrer restrições em face das mudanças e das exigências da civilização moderna.

Karl Larenz vislumbrou o sistema jurídico interno como um sistema aberto:

"No sentido de que são possíveis, tanto mutações na espécie de jogo concertado dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios; seja em virtude de alterações de legislação, seja em virtude de novos conhecimentos da ciência do Direito ou modificações na jurisprudência. A razão última disso é, para falar como Canaris, 'que o sistema, como unidade de sentido de uma ordem jurídica concreta, comunga da modo de ser desta, quer dizer, assim como não é estático, mas dinâmico, apresenta, portanto, a estrutura da historicidade'." (Larenz, Karl. Metodologia na ciência do direito. Trad. José Lamego. 2.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 581-582).

Sabe-se que o sistema necessita de reformulação, mas não se encontra condições de material humano suficientes para projetar essa reformulação. Há uma tendência da intelectualidade jurídica desse País em ficar o mais afastado possível da política e de tudo que lhe diz respeito. Talvez por medo de contaminação.

Assim, as leis emanadas do nosso Poder Legislativo, tendem a ser leis inobserváveis, pois que totalmente fora das necessidades do sistema, vez que elaboradas por pessoas absolutamente desintegradas do contexto jurídico.

Entendo que a enorme gama de jurisprudência existente, demonstra claramente, que o Poder Judiciário, fica encarregado não só de aplicar a lei ao caso concreto, como é da sua competência, mas através de suas decisões, complementar o vácuo do desconhecimento jurídico e da in experiência do legislativo na elaboração das leis. Na verdade, os juizes estão legislando concretamente à mingua de suporte legal para decisões à luz da realidade social.

Ressalte-se que estes comentários não são uma crítica ao sistema tripartite de Montesquieu, descrito no seu livro "L'esprit de loi" na sua concepção inicial, que certamente o imaginou, dentro da filosofia de se colocar as pessoas certas no lugar certo, conforme nos informa a moderna ciência da administração. Não há dúvida que a máxima da Teoria de Estado Francesa "Le pouvoir arrete le pouvoir", (*in* Jellinek, L'Etat Moderne), adequa-se, perfeitamente, ao Estado Moderno, este é que não se encontra adaptado, ao menos no que tange ao Poder Legislativo, às idéias do mestre.

Entendo, ainda, que, a participação dos juizes em cursos no exterior é sobremaneira importante, não só para ampliar os seus horizontes, hennetizados pela carga diária de trabalho que não lhe permite abeberar-se de fontes outras que não o próprio conhecimento, mas como também, para que possa participar, ativamente, através de suas decisões e da forma de condução das regras procedimentais, do processo de mudança do próprio sistema jurídico, otimizando-o, com novas idéias e técnicas, que teve oportunidade de vivenciar alhures, onde foram obtidas soluções diversas das aqui adotadas.

Segundo Jorge Miranda :

"O estudo universitário assenta na liberdade, no espírito crítico, no confronto de idéias, na capacidade de fundamentar as opiniões e as teses a que se adira. Ninguém deve satisfazer-se com um única maneira de ver qualquer questão, pois sempre são múltiplos os aspectos a dilucidar, a objetividade muitas vezes só se encontra em face de diferentes subjectividades e o que conta é a elaboração pessoal que cada uma venha a fazer." (Miranda Jorge, op. cit., p.37).

Vale ressaltar a hodierna teudência à globalização que fatalmente conduzirá o planeta a uma formação de unidade jurídica, linguística, cultural básica diferenciada, unicamente, pelos seus aspectos geográficos e regionais, conforme previram os monistas kelsenianos que se voltaram para a perspectiva ideal de que um dia se instauraria a ordem jurídica única. (in Resek Francisco, Direito Internacional Público, Curso Elementar, 4.ª edição, 1994, Sarai-va, São Paulo, p.5).

Paul Reuter, também, neste mesmo giro, costumava observar que as desigualdades reinantes entre os Estados - no que concerne à sua extensão territorial, à dimeusão demográfica, aos recursos econômicos - uão obscurecem sua fundamental igualdade qualitativa: da Dinamarca à Mauritânia, os objetivos do Estado são sempre os mesmos, e têm por sumário a paz, a segurança, o desenvolvimento. (in Reuter, Paul & Combacau, Jean, Institutions et relations internationales. Paris, PUF, 1980, citado por Resek, José Francisco, op. cit. p.251).

Enfim, parafraseando Marcel Proust, novos olhos podem ser adquiridos, a partir da observação dos sistemas diferenciados que nos são apresentados pelos nossos irmãos de terras distantes.

Por fim o pensamento de Jhering:

“A vida do direito é uma luta: luta dos povos, do Estado, das classes dos indivíduos. Todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta; todas as regras importantes do direito devem ter sido, na sua origem, arrancadas àqueles que a elas se opunham, e todo direito, direito de um povo ou direito de um particular, faz presumir que se esteja decidido a mantê-lo com firmeza.” (Jhering Rudolf Von, A luta pelo direito, 3.ª edição, 1909, Typografia José Bastos, Lisboa, tradução de João de Vasconcellos, p.31).

**Juíza Federal da 18.ª Vara Federal-Seção Judiciária do R.J.*

DAS REFORMAS CONSTITUCIONAIS

Roy Reis Friede*

Não obstante as diversas críticas apresentadas por ocasião dos trabalhos constituintes que deram origem a atual Constituição - dentre as quais a sublime advertência que a mesma, da forma como estava redigida, acabaria por tornar ingovernável o País, em face, sobretudo, dos preceitos nitidamente demagógicos que passaram a incorporar o texto constitucional final -, a verdade é que a Constituição de 1988 acabou sendo promulgada no calor das paixões políticas que nuclearam a sua concepção originária, tornando, em poucos anos de sua vigência, realidade plena não só toda a sorte de previsões sombrias, mas, sobretudo, ensejando, por efeito conseqüente, uma ampla discussão sobre a sua necessária e ampla reforma, apenas quatro anos após o início de sua vigência.

Como resultado último deste genuíno processo reformador, inaugurado com a Emenda Constitucional n.º 1, de 31 de março de 1992, diversas emendas foram propostas e aprovadas, alterando, sobremaneira, o texto constitucional original, adaptando-o, em última instância, à realidade sócio-política-econômica brasileira.

Embora o processo de reforma da Constituição (que, de certa maneira, é permanente) esteja distante de sua conclusão (pelo menos no que concerne a seus aspectos fundamentais), é fato que, até o presente momento, diversas emendas (além de seis de revisão) já foram aprovadas, alterando diversos aspectos políticos-jurídicos da Constituição.

Não obstante, continuam em tramitação no Congresso Nacional as denominadas Reforma Administrativa, Reforma Previdenciária, Reforma Tributária, Reforma do Poder Judiciário e a chamada Reforma Política.

1. Reforma Administrativa

Das cinco grandes reformas projetadas para o vigente texto constitucional, sem a menor sombra de dúvida, destaca-se, pela imperiosa necessidade da modernização urgente da chamada máquina governamental, a reforma administrativa que, em última análise, objetiva modernizar (adaptando a realidade brasileira atual) as relações entre o Estado e a sociedade (no que diz respeito, particularmente, à prestação dos serviços públicos) e entre o Estado e seus agentes (no que alude, sobretudo, ao maior rigor na disciplina jurídica do servidor público), estabelecendo novos regramentos concernentes aos princípios constitucionais relativos à função pública (e, em certos aspectos, aos próprios cargos públicos).

Os principais pontos da denominada reforma administrativa dizem respeito, sobretudo, à disciplina jurídica dos agentes públicos, - no que concerne particularmente ao estágio probatório (o lapso temporal necessário para o funcionário público tornar-se estável, originalmente de dois anos, sobe para três anos), à flexibilização do regime de estabilidade (por insuficiência de desempenho e excesso de quadros), ao estabelecimento de teto salarial, à

disponibilidade remunerada, às acumulações e vinculações, à revisão anual de salários, ao estabelecimento público de subsídio e à definição de carreiras de Estado -, à qualidade dos serviços públicos e ao controle sobre os gastos públicos nos seguintes termos:

a) **Quebra da Estabilidade por Insuficiência de Desempenho:** Pela primeira vez poderão ser demitidos servidores estáveis que não tiverem uma avaliação satisfatória de seu desempenho. Contudo, o regulamento não será auto-aplicável, devendo o Congresso aprovar uma lei complementar estabelecendo as regras para esse tipo de demissão. O objetivo é evitar, em última análise, as demissões políticas e a eventual perseguição de funcionários. A lei tratará do direito de defesa do servidor e dos critérios para aferir a insuficiência de desempenho.

b) **Quebra de Estabilidade por Excesso de Quadros:** União, Estados e Municípios também poderão demitir funcionários quando a despesa com a folha de pagamento dos servidores exceder o limite com gastos de pessoal estabelecido pela chamada "Lei Camata", que é de 60 % da receita. Para se adequar a esse parâmetro, por efeito, poderá ser quebrada a estabilidade dos servidores. Mas, antes de demitir os estáveis para reduzir as despesas, os Governos terão primeiro que cortar em pelo menos 20% os gastos com os cargos de confiança e demitir os funcionários não-estáveis (são aqueles que foram admitidos sem concurso público após 5 de outubro de 1988). Além disso, o cargo do servidor demitido será extinto imediatamente, sendo proibida a criação de cargo semelhante durante quatro anos, evitando, desta feita, as demissões de natureza política.

c) **Teto Salarial:** É fixado um valor máximo de remuneração (os vencimentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal) para os salários de todo o funcionalismo federal, incluindo o Presidente da República e os integrantes dos Poderes Judiciário e Legislativo. Os Governos estaduais e municipais deverão fixar seus subtetos ou adotar o teto federal como limite para os salários dos seus servidores.

(Exceção ao teto: Os funcionários das entidades paraestatais lucrativas como a Petrobrás, ficam de fora do teto salarial. Isso porque o teto só vale para os funcionários das empresas que usam dinheiro do Tesouro para o pagamento de suas folhas, e não para aquelas que possuem recursos próprios).

d) **Disponibilidade:** Os servidores que ficarem em disponibilidade remunerada terão salário proporcional ao tempo trabalhado e não mais receberão vencimentos integrais, retornando, por consequência, ao regramento vigente na CF/67.

e) **Acumulações e Vinculações:** Acabam a possibilidade de acumular dois empregos públicos (exceto nos casos de médicos e professores) e as vinculações de categorias para efeito de aumento de salário.

f) **Revisão Anual de Salário:** A partir da nova lei, os salários dos servidores e dos integrantes dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário terão de ser fixados por lei específica. Deputados e senadores não poderão, como permite o texto original da CF/88, aumentar seus próprios salários por decreto legislativo. Também é assegurada a revisão geral, anual e sempre na mesma data dos salários dos servidores.

g) **Subsídios:** Os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário ficam obrigados a publicar, todo ano, o valor dos subsídios (nova designação para os salários do Presidente, dos Ministros e dos Parlamentares), assim como das remunerações pagas aos servidores em geral.

h) Carreiras de Estado: Serão definidas por lei específica as chamadas carreiras típicas do Estado. E acaba a imposição ao Governo de contratar servidores pelo Regime Jurídico Único, permitindo contratações pela CLT, por exemplo. Além disso, o Governo poderá colocar funcionários em disponibilidade, pagando salários proporcionais ao tempo de serviço.

i) Qualidade de Serviço: A emenda prevê a criação do Código de Defesa do Usuário do Serviço Público, uma nova lei que permitirá ao Ministério Público e à Defensoria Pública defenderem o cidadão mal atendido.

j) Contrato de Gestão: Novo instrumento que permite autonomia a órgãos da administração pública, com definição de gerenciamento e sistema salarial próprios e definição de metas. Servirá a órgãos de excelência, como institutos de educação, controle de qualidade e metrologia.

l) Orçamento: Os órgãos da Administração pública que economizarem seus orçamentos poderão receber essa dotação no ano seguinte para melhorar salários, recompor quadros ou contratar funcionários para suprir vagas, além de incremento a programas que necessitam de novas verbas. Atualmente, o dinheiro que sobra retorna integralmente ao Tesouro para que o Governo possa aplicar aonde quiser, desincentivando, em certa medida, a economia de recursos.

m) Transferência de Recursos para Estados e Municípios: Aqueles que não cumprirem a denominada "Lei Camata" não terão direito à transferência voluntária de recursos, antecipação de receita ou operação de créditos junto aos bancos oficiais para cobrir a folha de pagamento.

O texto final da Emenda Constitucional n.º 19/98 - que ainda alude a outros aspectos - restou consignado através da seguinte redação:

Emenda Constitucional n.º 19/98.

(Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal e dá outras providências).

"Artigo 1 - Os incisos XIV e XXII do artigo 21 e XXVII do artigo 22 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 21. Compete à União:

XIV - organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio;

XXII - executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações pública diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1.º, III;

Artigo 2 - O § 2.º do art. 27 e os incisos V e VI do art. 29 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação, inserindo-se § 2.º no art. 28 e renumerando-se para § 1.º o atual parágrafo único:

Art. 27 § 2.º O subsídio dos Deputados Estaduais será fixado por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa, na razão de, no máximo, setenta e cinco por cento daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Federais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4.º, 57, § 7.º, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I.

Art. 28 § 1.º Perderá o mandato o Governador que assumir outro cargo ou função na administração direta ou indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público e observado o disposto no art. 38, I, IV e V.

§ 2.º Os subsídios do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado serão fixados por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4.º, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I."

Art. 29 V - subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4.º, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I.

VI - subsídio dos Vereadores fixado por lei de iniciativa da Câmara Municipal, na razão de, no máximo, setenta e cinco por cento daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Estaduais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4.º, 57, § 7.º, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I;

Artigo 3 - O caput, os incisos I, II, V, VII, X, XI, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XIX e o § 3.º do art. 37 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se ao artigo os § 7.º a 9.º.

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como o aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende da natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4.º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privada em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de quais-

quer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;

XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público;

XIV - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores;

XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4.º, 150, II, 153, III e 153, § 2.º, I;

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;

c) a de dois cargos privativos de médico.

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos a funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

§ 3.º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros informativos e a informações sobre os atos de governo, observado o disposto no art. 5, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

§ 7.º A lei disporá sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas.

§ 8.º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal;

§ 9.º O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou custeio em geral.

Artigo 4 - O *caput* do art. 38 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:

Artigo 5 - O art. 39 da Constituição passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 39 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes:

§ 1.º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:

I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;

II - os requisitos para a investidura;

III - as peculiaridades dos cargos;

§ 2.º A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aprimoramento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados.

§ 3.º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

§ 4.º O membro do Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

§ 5.º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderá estabelecer a relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, XI.

§ 6.º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos.

§ 7.º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do servi-

ço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade. § 8.º A remuneração dos servidores públicos organizados em carreira poderá ser fixada nos termos do § 4.º.

Artigo 6 - O art. 41 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1.º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

§ 2.º Invalidadada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 3.º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até o seu adequado aproveitamento em outro cargo.

§ 4.º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

Artigo 7 - O art. 48 da Constituição Federal passa a vigorar da seguinte maneira acrescido do seguinte inciso XV:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por lei de iniciativa conjunta do Presidente da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4.º, 150, II, 153, III e 153, § 2.º, I."

Artigo 8 - Os incisos VII e VIII do art. 49 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

VII - fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4.º, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I;

VIII - fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros."

2. Reforma Previdenciária

Das diversas reformas constitucionais efetivadas e projetadas, a reforma previdenciária é a que tem gerado maior polêmica, em decorrência, particularmente, das alterações radicais propostas que objetivam, em última análise, adequar, à realidade econô-

mica do País, o sistema previdenciário atual, tornando-o viável para o próximo século.

Os principais pontos da reforma administrativa aludem aos seguintes tópicos:

a) **Fim da Aposentadoria Especial no Setor Público:** Os magistrados, integrantes dos Tribunais de Conta da União e dos Estados e do Ministério Público não terão regras especiais. Como os demais funcionários públicos, terão de comprovar 35 e 30 anos de contribuição, e sujeitar-se-ão ao teto previsto na reforma administrativa no valor das aposentadorias.

b) **Tempo de Contribuição:** Para requerer a aposentadoria é preciso comprovar 35 anos de contribuição (homem) e 30 (mulher). A regra vale para os setores público e privado. Acaba a aposentadoria por tempo de serviço.

(Tempo de Serviço: É o período mínimo de trabalho efetivo para que uma pessoa possa requerer aposentadoria atualmente. Pela Constituição de 88 esse tempo é de 35 anos (homens) ou de 30 anos (mulheres), salvo algumas categorias consideradas especiais, que se aposentam cinco anos mais cedo. Hoje, para se obter a aposentadoria, no entanto, não é preciso que a pessoa comprove ter contribuído todos os 30 anos ou 35 anos para a Previdência. Ela pode ter contribuído apenas uma parte, mas precisa provar que trabalhou todo o tempo. Muitas vezes, basta um documento assinado por um antigo patrão, como comprovação de trabalho, mesmo sem carteira assinada ou contribuição para a Previdência. O cálculo da aposentadoria é feito com base nos últimos três anos de contribuição.)

Tempo de Contribuição: é o período mínimo de contribuição para o INSS que passa a dar direito à aposentadoria. A mudança prevista na reforma acaba com o tempo de serviço, substituindo-o pelo tempo mínimo em que as pessoas pagam ao INSS, que será de 35 anos para o homem e de 30 anos para a mulher. Pela interpretação corrente, quem, em princípio, não contribuir não vai se aposentar.)

c) **Limite de Idade nas Regras de Transição:** Em princípio, haverá uma idade mínima (60 anos para homens e 55 para mulheres) para a aposentadoria para aqueles que estiverem ingressando no mercado de trabalho após a promulgação da emenda previdenciária. Quem já estiver integrado ao sistema até a promulgação da emenda pode optar por uma regra de transição que permite ao homem se aposentar aos 53 anos e à mulher aos 48 anos, desde que já tenham contribuído 35 ou 30 anos. Quem não tiver completado essa exigência, e quiser se aposentar antes, terá de trabalhar mais 40% do tempo de contribuição que ainda falta (se uma mulher tem 48 anos e 28 anos de contribuição, por exemplo, terá de trabalhar mais 40% dos dois anos que faltam para completar os 30 anos de contribuição exigidos.)

d) **Provento dos Servidores da Iniciativa Privada:** O teto do setor privado (regime geral da previdência) é R\$ 1.200,00. Quem ganha acima disso e quer aposentadoria maior tem de recorrer às aposentadorias complementares privadas.

e) **Acúmulo de Aposentadoria e Salário:** Médicos, professores, detentores de mandatos eletivos e cargos em comissão podem acumular aposentadoria e salário de emprego público, desde que não ultrapassem o teto estabelecido na reforma administrativa. Os demais servidores ficam proibidos.

f) **Fundos de Pensão:** Deverão se ajustar, em dois anos, à norma que proíbe as empresas de repassar contribuição maior do que a recolhida pelos segurados, ou seja, a proporção não poderá ultrapassar um por um.

- g) **Paridade:** Os aposentados do serviço público terão direito às mesmas alterações de salário dos servidores da ativa. Isso vale para benefícios ou vantagens concedidas após a aposentadoria, inclusive quando decorrentes de transformação ou reclassificação dos cargos antes ocupados.
- h) **Aposentadorias Especiais do Setor Privado:** Acabam, nos casos de professores universitários e jornalistas, por exemplo. Só têm direito a se aposentar aos 30 anos (homem) e 25 anos (mulher) os professores do ensino básico e os profissionais que exercem atividades insalubres previstas pela Organização Internacional do Trabalho.
- i) **Trabalhador Rural e Outros:** Trabalhadores rurais, garimpeiros, pescadores e os que trabalham em regime exclusivo de economia doméstica poderão se aposentar aos 60 anos (homens) e 55 anos (mulheres), mesmo, à guisa de excepcionalidade, sem comprovação efetiva, de contribuição.
- j) **Anistiados Políticos:** Prevaecem as regras atuais de reajuste dos benefícios. Pela Lei da Anistia, a aposentadoria tem caráter indenizatório, por efeito, não há a limitação ao teto geral do INSS de R\$ 1.200,00.

3. Reforma Tributária

Uma das mais importantes reformas constitucionais diz respeito à alteração do regramento fundamental do regime fiscal, estabelecendo uma normatização estrutural no que concerne não só à arrecadação e à competência dos governos federal, distrital, estaduais e municipais, em termos de imposição de tributos, mas também da responsabilidade pela provisão dos bens e serviços públicos, nas várias esferas do governo.

A base da proposta é que o conjunto dos novos impostos permita somar a mesma arrecadação de cerca de R\$ 100 bilhões que os tributos que irão desaparecer. Outra premissa fundamental é que a carga tributária do País - estimada em 31% do Produto Interno Bruto (PIB) - fique estável e que os Estados e Municípios não percam recursos, não obstante o acréscimo de arrecadação outorgado pela Constituição de 1988, particularmente aos Municípios, sem o devido e correspondente acréscimo de responsabilidade no que alude a prestação de serviços públicos.

(A discussão sobre a dimensão ótima do Estado (setor público) no que concerne aos limites do Estado na esfera da União, dos governos Estaduais e Distritais e dos poderes municipais foi sistematizada pela primeira vez (ainda que de forma rudimentar) na literatura econômica por Adam Smith (1723-1790) em sua obra "A Riqueza das Nações" (1776) e experimentada, ao limite, na efetivação plena do capitalismo social da Escandinávia que, através do chamado "socialismo fiscal", permitiu que os gastos públicos chegassem ao montante de 76% do PIB durante a década de 80.

Mais recentemente, no entanto, - após incontáveis anos de experiência, incluindo, dentre estas, o período da derrocada da economia centralmente planejada de feição socialista -, ensaios contemporâneos (Vito Tanzi e Ludger Schuknecht,) parecem concluir no sentido do "tamanho ótimo" para os gastos públicos (financiados exclusivamente através da carga tributária) na magnitude de 30% do PIB, entendendo que gastos inferiores produ-

ziriam carências em áreas vitais (atividades essenciais, como: segurança pública, garantia da soberania externa, função legislativa e judiciária) e também em setores sociais (tais como: educação, saúde, transportes, etc.). Para gastos superiores ao patamar de 40% do PIB, preconizam os estudiosos do tema que o Estado passaria a uma autêntica "administração do desperdício", permitindo que a receita perdesse a necessária correspondência com a despesa. Nesse contexto, segundo as mais recentes estatísticas do Fundo Monetário Internacional (FMI), nos Estados Unidos os gastos públicos já teriam recuado de 41% para 34% do PIB, na Inglaterra de 56% para 39% e, na Suécia, a queda contabilizada teria sido de 72% para 46%.

No Brasil, apesar das estimativas que admitem uma despesa pública anual de aproximadamente 37% do PIB, o governo insiste em números menores, que, não obstante o reconhecido déficit da contas públicas (financiado com recursos externos (dívida externa) e interna (déficit fiscal)), estariam mais próximos do valor global da arrecadação tributária (31% do PIB.)

As mudanças já definidas, tecnicamente, para os impostos federais, são:

- a) **IMF (Imposto sobre Movimentação Financeira)**: que, na proposta da reforma tributária substitui, de forma permanente, a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), na qualidade de antecipação do Imposto de Renda, permitindo, de forma não vinculativa (ao financiamento do setor de saúde), cobrir diversos gastos (inclusive no setor de saúde) da manutenção da máquina pública.
- b) **IVA (Imposto sobre o Valor Agregado)**: que substituirá o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). A partir do momento em que for criado, nascerá livre de incentivos ou benefícios fiscais. Para os incentivos existentes, haverá uma regra de transição. A tendência é de que seja um imposto de uma única alíquota e base de cálculo facilmente identificável, embora os técnicos admitam que possa haver, como em vários países, uma alíquota reduzida para a comercialização de bens específicos (cesta básica e medicamentos).
- c) **IOF (Imposto sobre Operações Financeiras)**: na reforma a intenção do projeto é de que esse imposto sobre operações financeiras volte a ser regulatório e não tenha a função de hoje que é de arrecadar receitas. Passaria, assim, a oscilar, para cima ou para baixo, conforme as necessidades da política macroeconômica, de incentivar ou reprimir a oferta de crédito ou o ingresso de capitais externos no país. Para que, no futuro, a receita desse imposto financie gastos correntes, a idéia é destiná-la à reserva de contingência.
- d) **IR (Imposto de Renda)**: que, segundo o projeto da reforma, permanece como está, assim como não deverá haver mudanças nos impostos regulatórios sobre comércio exterior nem no Imposto Territorial Rural (ITR).
- e) **Contribuições Parafiscais**: A Contribuição Social sobre o Lucro Líquido será extinta, assim como PIS-PASEP e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Mas a União não perderá receita, já que as alíquotas dos demais impostos serão calibradas de forma a compensar perdas com os que serão eliminados.

Para os Estados a proposta de reforma apresenta as seguintes formas de arrecadação:

- f) **IVV (Imposto sobre Vendas a Varejo)**: que será a principal fonte de receita dos Estados,

em substituição ao ICMS. O Ministério da Fazenda propõe alíquota única para todos os Estados da federação, colocando, assim, um fim na guerra fiscal dos governadores em busca de mais investimentos e vantagens para seus Estados. A competência para fixar a alíquota do IVV deverá ser do governo federal.

g) Imposto Seletivo: este é outro caso de imposto cuja competência regulatória será da União, que delegará aos Estados a tarefa de cobrar o tributo que deverá incidir sobre alguns bens (como cigarros e bebidas) e serviços. A arrecadação fica como os Estados, que contam, ainda, com parte da receita do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotivos (IPVA).

Para os Municípios, as fontes de arrecadação serão:

h) IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano): já existente.

i) ITBI (Imposto Sobre Transmissão de Bens Intervivos): também já existente. O imposto sobre serviços será extinto.

A concepção básica do projeto de reforma é que ela seja “neutra” na partilha das receitas entre a União, os Estados e os Municípios. O que assegurará essa neutralidade é a criação de um fundo especial de cerca de R\$ 10 bilhões (cerca de 8% da receita tributária total), que fará a compensação entre as unidades da federação. Em princípio, esse fundo poderá conviver com os já existentes - fundos de participação dos Estados e dos Municípios -, ainda que isto não esteja decidido. A idéia central, em todos os casos, é desonerar a atividade produtiva, imprimir forte impacto sobre as exportações, eliminar tributação em cascata e, por fim, evitar guerra fiscal, tudo isso sem repercussão sobre os preços.

4. Reforma do Poder Judiciário

A denominada reforma do Poder Judiciário, segundo seus mais importantes defensores, objetiva, acima de tudo, tornar mais ágil a prestação da tutela jurisdicional, desafiando os juízos monocráticos e os diversos tribunais de um volume de processos que vem crescendo em proporções geométricas, comprometendo (e até mesmo, em alguns casos, inviabilizando) a distribuição da justiça.

O principal ponto da proposta de reforma alude a criação da chamada “súmula vinculante” que, em última análise, impediria a insensata repetição de julgamentos de causas idênticas, em deserviço à necessária eficiência e presteza da máquina judiciária (86). Porém, a proposta é, em essência, mais ampla, e inclui ainda a “desconstitucionalização” de diversas matérias que passariam a ser reguladas por lei ordinária e a “descentralização legislativa”, pelo menos, parcial para os Estados-Membros, reduzindo, sobremaneira, o excessivo volume de matérias disciplinadas exclusivamente por lei federal e pela Constituição, reduzindo a necessidade de constante pronunciamento das denominadas instâncias especial (STJ) e extraordinária (STF).

“O Estado Democrático de Direito não se realiza plenamente sem um Judiciário independente e eficaz, que promova o efetivo cumprimento da Constituição e das leis do País, garantindo a credibilidade do sistema jurídico. Para isso, a reforma constitucional deve incluir o Judiciário. O funcionamento eficaz da Justiça não

depende apenas do Judiciário, mas também da polícia, do Ministério Público e dos advogados. No entanto, é preciso modernizar o Judiciário, aparelhando-o com os meios materiais e os recursos humanos necessários e eliminando-se anacronismos legislativos e administrativos que geram a lentidão na prestação jurisdicional e o acúmulo de processos.

As propostas de reforma constitucional do Judiciário sugeridas pelo ministro da Justiça, Nelson Jobim, em artigo publicado pela Folha de São Paulo de 25 de fevereiro próximo passado, são, a nosso ver, de grande seriedade e demonstram pleno conhecimento dos problemas e das dificuldades existentes no setor.

Há anos vem se agravando a situação do acúmulo inaceitável de processos nos tribunais superiores, especialmente no Superior Tribunal de Justiça (que sucedeu ao extinto Tribunal Federal de Recursos) e no Supremo Tribunal Federal. Quem conhece bem estes tribunais - ministros, procuradores e advogados - sabe que a maioria das questões submetidas a julgamento já foram decididas anteriormente em casos análogos, mas valendo apenas para "as partes". A *res judicata* beneficia apenas a parte vencedora da causa. Assim, cerca de metade dos processos em andamento nos tribunais diz respeito a questões já decididas, que não podem ser "estendidas" aos interessados em situação absolutamente idêntica. E, o que é mais grave, a maioria envolve o próprio Estado como sucumbente, do qual o Judiciário faz parte, sendo que aqui os interessados devem aguardar anos, nas filas dos precatórios judiciais, para cumprimento das decisões. Se isso aos olhos do jurista parece inaceitável, para o leigo é uma estupidez, ou um absurdo.

Tal situação, além de produzir grande acúmulo de processos (não apenas nos tribunais superiores, mas no Judiciário em todo o país) gera, obviamente, a instabilidade jurídica com alguns sendo beneficiados por decisões judiciais e outros não, mesmo após decidida em última instância a questão.

O problema torna-se mais grave diante das peculiaridades históricas da federação brasileira. Todas as matérias relevantes são reguladas por lei federal. É a Constituição Federal, excessivamente analítica, inclui muitas normas apenas formalmente constitucionais. As questões jurídicas, pois, na sua maioria, passam a ser federais, quando não constitucionais, e tendem a chegar ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

Assim, ao lado da necessidade de "desconstitucionalização", matérias que devem ser realmente reguladas por lei ordinária, e da descentralização legislativa, pelo menos parcial, para os Estados, deve-se conferir o "efeito vinculante" às decisões dos tribunais superiores, especialmente do STJ e do STF. Não é possível que as decisões dos tribunais mais importantes do País tenham eficácia tão limitada, após amplamente discutidas as questões na Justiça Federal ou Estadual de 1.^a instância e nos tribunais regionais federais ou nos tribunais de justiça dos estados.

Por outro lado, o acesso ao Judiciário e o *due process of law* garantidos pela Constituição asseguram o "duplo grau de jurisdição", mas não o direito a quatro instâncias judiciais. As instâncias extraordinárias ou especiais existem para as

questões nacionais no campo da interpretação das leis federais e da Constituição. Na prática, todavia, os recursos extraordinários ou especiais existem para as questões nacionais no campo da interpretação das leis federais e da Constituição. Na prática, todavia, os recursos extraordinários no STF têm se tornado os mais comuns e de "extraordinários" só tem mesmo o nome. O mesmo ocorre com relação aos recursos especiais no STJ.

Ao conferir "efeito vinculante" às decisões dos tribunais superiores, proferidas por três quintos dos seus membros, que aprovem "súmulas" de sua orientação jurisprudencial - vinculando a tal orientação todo o Judiciário e a administração pública, as áreas federal, estadual e municipal - a proposta de reforma constitucional permitirá, sem novos processos, a realização da justiça para os interessados em situação idêntica e reduzirá significativamente a quantidade de processos em tramitação no Judiciário, o que contribuirá para a melhor qualidade da prestação jurisdicional. Além disso, com as súmulas podem ser revistas ou canceladas, permitindo-se a flexibilidade necessária para adaptar a jurisprudência as novas situações surgidas no contexto social, não haverá riscos de dano pela cristalização. A reforma, pois, será extremamente salutar para a eficácia da Justiça e a credibilidade do sistema jurídico.

As medidas propostas, na verdade, encontram fundamento na experiência bem-sucedida no Direito Comparado. Não é preciso citar a prática mais recente do Direito Continental Europeu, por intermédio das Cortes Constitucionais. Nos Estados Unidos da América, de acordo com a doutrina do *stare decisis*, que estabelece o primado do precedente judicial, o problema nem mesmo chega a existir. Decisões da Suprema Corte (*U.S. Supreme Court*) vinculam o Judiciário e valem para todo o país e para todos. O mesmo ocorre relativamente à Corte Federal de Apelação (*Federal Court of Appeals*). No Brasil, inexistente tal doutrina - a despeito da inspiração da primeira república no direito constitucional americano - criou-se, a partir da Constituição de 1934, o papel do Senado de suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais, dando caráter *erga omnes* às decisões judiciais, posteriormente em relação apenas às decisões do Supremo Tribunal Federal. Este caráter, no entanto, não se confunde com o "efeito vinculante", nem a missão pode ter pleno êxito pela conotação subalterna que assumiu.

A experiência americana, cujo Judiciário sempre esteve mais perto da população, de acordo com a tradição do *common law*, demonstra o espírito democrático no qual se inspiram tais propostas de reforma constitucional do Judiciário brasileiro. Todos esperam, na defesa dos seus direitos, que solucionem rapidamente e com justiça os conflitos intersubjetivos de acordo com o ordenamento jurídico, o que gera estabilidade. Os princípios de legalidade e da igualdade - essenciais ao Estado Democrático de Direito - não fariam qualquer sentido sem um poder capaz de fazer cumprir e por em prática, para todos, com a necessária presteza, a Constituição e as leis do País." (Geraldo Brindeiro in *As Reformas Políticas e do Judiciário*, JCB, 3/4/96).

(Deve ser observado, por oportuno, que a concepção básica do efeito vinculante nasceu originalmente com a edição de Emenda Constitucional n.º 3/93 que, dentre outras, modificou o disposto no art. 102 da Constituição Federal de 1988 - especialmente o seu § 2.º -, emprestando-lhe nova redação, *verbis*:

“Art. 102 -

I-

a) a ação direta de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

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

§ 2.º - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

Não obstante esta mesma norma jurídica - cristalizadora do denominado Poder Constituinte Derivado Reformador (ou simplesmente Poder Constituinte de 2.º Grau) - ter sido objeto de impugnação junto ao Supremo Tribunal Federal, sob o argumento básico de que a mesma contrariava preceitos constitucionais (*rectius*, cláusulas pétreas e disposições fixas) limitadores do chamado Poder Legislativo de Reforma (poder de emenda ou poder revisional), esta mesma Corte Constitucional, através de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, entendeu, por voto de maioria do plenário, pela inconstitucionalidade do dispositivo que concebia um novo tributo, *strictu sensu* (IPMF) para vigor no mesmo ano fiscal de sua criação, preservando, - por entender plenamente eficaz à luz do atual ordenamento constitucional em vigor - os demais dispositivos, especialmente o que alude à denominada “Ação Direta de Constitucionalidade” (ou ação negativa de inconstitucionalidade) (art. 102, I, alínea a, da CF/88 com a nova redação dada pela EC-3/93) e ao chamado efeito vinculante das decisões de mérito do STF prolatadas nas ações declaratórias de constitucionalidade.

Desta forma, o atual ordenamento jurídico brasileiro em vigor passou - pelo menos nas situações específicas dos julgamentos definitivos pelo STF, das ações de constitucionalidade positivas e negativas de lei em tese, previstas no art. 102, I, alínea a, da CF/88 - a acatar a tese da ampla vinculação jurisprudencial (até então, em nosso País, a jurisprudência era considerada fonte não formal do direito (cf. a respeito o nosso *Curso de Direito Administrativo*, Forense Universitária, 1993, p. 6), uma vez que as decisões da Suprema Corte, até então, não empenhavam qualquer tipo de vinculação direta e compulsória aos demais juízes de instância inferiores, típica do direito anglo-saxônico, modificando, pelo menos em parte, a tradição luso-brasileira em que somente a lei *lato sensu* possui sinérgico efeito vinculante a todos os julgadores.

Por efeito conclusivo, o Direito Brasileiro passou, a partir de 17 de março de 1993, a admitir - ainda que inicialmente de forma restrita aos casos de ação direta, positiva ou negativa, de constitucionalidade da lei em abstrato - o inafastável efeito vinculante a todos os integrantes do Poder Judiciário quanto às decisões meritórias definitivas, proferidas pelo STF, nessas ações, impondo, por consequência, uma autêntica (ainda que velada) restrição à norma jurídica *lato sensu* (revestida sob o arcabouço próprio de lei em sentido amplo) e, até mesmo, de *incidenter tantum* deixar de aplicar a lei *stricto sensu* por reconhecê-la inconstitucional. (é conveniente ressaltar que apenas a Suprema Corte pode “declarar”, por via de ação direta, a eventual inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese, com efeito *erga omnis*).

Incidentalmente (ou seja, no curso de uma determinada ação de objetivo diverso), o magistrado pode apenas e tão somente “reconhecer” a inconstitucionalidade

de um ato dispositivo, por via de exceção, com efeito inter partes).

No primeiro julgamento de uma “Ação Direta de Constitucionalidade”, inclusive, o Supremo Tribunal Federal fez questão de mencionar o efeito vinculante às instâncias inferiores do Poder Judiciário da decisão que, por fim, entendeu pela declaração de absoluta constitucionalidade da chamada COFINS (contribuição parafiscal, de interesse social, que substituiu, por imposição da Lei Complementar n.º 70, de 30/12/91, o antigo FINSOCIAL), encerrando - de forma impositiva, em nosso entender - a tramitação dos processos, versando sobre a matéria, no 1.º e 2.º graus de jurisdição.

“Julgamento. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 1-1

Origem: Distrito Federal

Relator: Min. Moreira Alves

Requerentes: Presidente da República, mesa do Senado Federal e mesa da Câmara dos Deputados.

Decisão: Por votação unânime, o Tribunal conheceu em parte da ação e, nessa parte, julgou-a procedente, para declarar, com os efeitos vinculantes previstos, no § 2.º do art. 102 da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional n.º 03/93, a constitucionalidade dos arts. 1, 2 e 10, bem como da expressão ‘A contribuição social sobre o faturamento não extingue as demais fontes de custeio da Seguridade Social, contida no art. 9 e também da expressão: ‘Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte aos noventa dias posteriores àquela publicação’, constante do art. 13, todos da Lei Complementar n.º 70, de 30/12/91. Votou o presidente. Falou pelo Ministério Público Federal, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, procurador-geral da República. Plenário, 01/12/93.”

Também, a este especial propósito e, - por absoluto respeito à verdade histórica dos fatos -, nunca é demais lembrar que a concepção originária do efeito vinculante, - que, em última instância, se deseja ampliar, na oportunidade da reforma do Judiciário, através da adoção da tese da “súmula vinculante”-, surgiu pela imperiosa necessidade de encontrar um mecanismo constitucional alternativo e substitutivo do anterior instituto da avocatória (inaugurado por ocasião do advento da EC 7/77 à CF/67) que, à época de sua vigência, permitia, nas hipóteses de questões de relevância jurídica repetitiva, o julgamento único, por reunião de processos, no STF que, desta feita, passaria a decidir em única e última instância, em nome da necessária imposição da segurança jurídica (neste contexto, merece ainda ser consignado, em necessária adição ao acima exposto, que, com a extinção da avocatória, em face da edição da Constituição de 1988, e, em alguma medida, com a posterior revogação da Lei n.º 6.825/80, em 1991, restringindo drasticamente a efetiva utilização dos embargos infringentes na Justiça Federal, o volume de recursos aos tribunais, de modo geral, foi dramaticamente ampliado, sobrecarregando, - com o acréscimo de novos processos decorrentes da própria imperfeição da normatização constitucional inaugurada com a Constituição de 1988-, toda a estrutura do Judiciário que, não obstante sua contínua ampliação desde aquela data (a um astronômico custo econômico-financeiro para a Nação), passou a situação de quase inviabilidade da prestação jurisdicional, precipitando, em grande medida, os debates sobre a reforma do sistema).

Ainda que, neste aspecto, tenhamos, em outras oportunidades, defendido a tese do melhor aproveitamento dos instrumentos constitucionais já existentes (efeito vinculante e

ação direta de constitucionalidade, prevista na EC - 3/93, em lugar da imediata adoção de uma ampla reforma do Judiciário, não podemos deixar de concordar que a situação da prestação da tutela jurisdicional no Brasil, a partir da segunda metade da década de 90, chegou a um ponto de efetivo risco de absoluto e insuperável comprometimento, particularmente pelo inviável custo econômico relativo da máquina judiciária nacional.)

6. Reforma Política

Das cinco principais reformas constitucionais projetadas, a denominada reforma política - por envolver mais proximamente os próprios interessados no que concerne a seus efeitos e resultados - parece ser, de todas, a mais complexa no sentido de sua objetiva consecução.

Não obstante a aparente unanimidade em alguns pontos - como, por exemplo, a imperiosa necessidade de aprimoramento da democracia brasileira através do fortalecimento dos partidos e das instituições políticas, de modo geral -, é fato que uma ampla variedade de interesses oligopólicos divergentes tem adiado os debates relativos ao tema, comprometendo, em certa medida, a própria urgência da efetivação última da chamada reforma política.

“O Brasil deverá ingressar no Século XXI com a reforma constitucional plenamente realizada, a fim de permitir o desenvolvimento econômico e social e que o Estado possa efetivamente exercer o seu papel de promover a segurança, a justiça e o bem estar, num regime democrático, participativo e estável. Na reforma constitucional, para assegurar a prosperidade da democracia brasileira, parece-nos indispensável o aperfeiçoamento dos sistema eleitoral e partidário. Tem razão, a nosso ver, o presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Ministro Carlos Velloso, quando insiste que as reformas políticas têm de ser realizadas o mais rápido possível.

Para o aprimoramento da democracia brasileira, é preciso evitar a fragmentação partidária excessiva e introduzir um sistema de eleições para o Legislativo que estimule o interesse do eleitor na atuação de representantes. O sistema proporcional tem gerado distorções na apreensão da vontade popular, elevados índices de abstenção nas eleições parlamentares e anomalias políticas como as chamadas “legendas de aluguel”.

A conveniência e a viabilidade da adoção de um sistema distrital no Brasil tem sido defendida por juristas eminentes, como Josaphat Marinho, Oscar Dias Corrêa e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, e por políticos da importância do Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, do Vice-Presidente Marco Maciel, do presidente do Congresso Nacional, Senador José Sarney, e do próprio Ministro da Justiça, Nelson Jobim. Nas grandes democracias, presidencialistas ou parlamentaristas, como os Estados Unidos da América, a Inglaterra e a França, adota-se o sistema distrital puro. A Itália adotou-o recentemente. A Alemanha há muito mantém um sistema misto. Os partidos políticos, por outro lado, devem ainda ser valorizados, estabelecendo-se a fidelidade partidária, vinculando-se a eles os mandatos eletivos, para fortalecer a democracia representativa” (Geraldo Bandeira in As Reformas Políticas e do Judiciário, JCB, 3/4/96).

**Mestre e Doutor em Direito Público, é atualmente Professor Titular e Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação/Lato Sensu na UNESA, Magistrado Federal e ex-membro do Ministério Público, é autor de diversas obras jurídicas, dentre as quais “Curso de Direito Constitucional”, Forense, RJ*

DOS ATUAIS EFEITOS DA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA PARA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DE TRIBUTO E PARA AUTORIZAR A COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS

Tanyra Vargas de Almeida Magalhães*

Com satisfação participo desta publicação e penso que deve ser o foro para o debate das nossas dúvidas, e não das nossas convicções, que consistem em nossos votos, e por lei integram os respectivos acórdãos.

A legislação tributária vem mitigando os efeitos da suspensão da exigibilidade do tributo, por liminar em mandado de segurança, o que justifica uma reflexão sobre o assunto.

A Lei n.º 1.533, de 31.12.1951, que disciplina o mandado de segurança, determina, em seu art. 7, que a medida liminar deve ser deferida quando for relevante o fundamento e o ato impugnado puder resultar na sua ineficácia, e a jurisprudência já esclareceu que a liminar é direito da parte, se presentes seus pressupostos, sendo vedada a exigência de qualquer contra-cautela.

O Código Tributário Nacional (CTN), em seu art. 151, IV, estabelece que a concessão de liminar em mandado de segurança suspende a exigibilidade do tributo, e, no seu art. 206, estatui que o tributo cuja exigibilidade esteja suspensa por liminar em mandado de segurança ensejará certidão positiva de débito fiscal, mas com efeito de negativa.

O Decreto n.º 70.235, de 06.03.1972, que tem eficácia de lei e disciplina o procedimento administrativo de constituição do crédito tributário, em seu art. 62 vedava a instauração de procedimento fiscal relativamente a tributo cuja exigibilidade estivesse suspensa por liminar em mandado de segurança.

Além disso, até 1992 o tributo cuja exigibilidade estivesse suspensa por liminar em mandado de segurança não perdia sua dedutibilidade para efeitos de apuração da base de cálculo do imposto de renda (IR).

Em síntese, até 1992, a concessão de liminar em mandado de segurança para suspender a exigibilidade do tributo produzia os seguintes efeitos:

- a) impedia a autoridade fazendária de autuar o contribuinte;
- b) transformava em negativa a certidão positiva de débito fiscal e
- c) não interferia na dedutibilidade do tributo para fins de IR.

Por conseguinte, o deferimento de liminar em mandado de segurança para suspender a exigibilidade de tributo era extremamente útil para o contribuinte e podia causar evidente prejuízo à Fazenda, porque o débito fiscal era acrescido de juros de mora de 1% (inferior aos do mercado financeiro) e ainda se questionava se, decorridos mais de cinco anos, a autoridade teria perdido o seu direito de efetuar o

lançamento tributário, visto que o prazo de decadência não se interrompe.

Isso não era razão para se ter como regra a negativa de liminar. Mas, com todos esses efeitos, é fácil justificar que o deferimento de liminar em mandado de segurança para suspender a exigibilidade de tributo pressupunha do magistrado exame estrito do *fumus boni iuris* (subjeto, que seria a primeira impressão da tese do contribuinte, e objetivo, existência, ou não, de precedentes judiciais sobre a questão) e do *periculum in mora*, que a jurisprudência pacificou ser a probabilidade de o contribuinte ser autuado, visto que o lançamento é ato administrativo vinculado.

Algumas liminares foram concedidas com liberalidade e os meios de comunicação chegaram até a falar de “indústria da liminares”, em tom evidentemente pejorativo, tentando inibir o Judiciário no exercício da função judicante.

Com evidente objetivo de esvaziar os efeitos da liminar em mandado de segurança para suspender a exigibilidade de tributo, foram publicadas leis para:

- a) tornar indedutível, para efeitos de apuração da base de cálculo do IR, o tributo não pago, por qualquer motivo, inclusive o da suspensão da exigibilidade por força de liminar em mandado de segurança (art. 8 da Lei n.º 8.541, de 23.12.1992), e
- b) permitir à autoridade fazendária autuar o contribuinte mesmo na vigência de liminar, sem multa de lançamento (em regra 75% do valor do tributo), mas com juros de mora, calculados à taxa Selic (que é a taxa média do mercado financeiro), passando a incidir ainda a multa de mora (20% do valor do tributo) se o tributo com exigibilidade suspensa não for pago até trinta dias após a cassação da liminar (art. 63 da Lei n.º 9.430, de 27.12.1996).

A partir de 1997, a liminar em mandado de segurança para suspender a exigibilidade de tributo passou a ter apenas uma única utilidade para o contribuinte, qual seja, a de tornar negativa a certidão positiva de débito fiscal (art. 206 do CTN) e deixou de causar prejuízo para a Fazenda, porque esta recebe antecipadamente o IR pela não dedutibilidade do tributo não pago (se a despesa não é dedutível, não reduz o lucro e o IR passa a incidir sobre essa parcela de lucro não reduzida pela indedutibilidade da despesa) e porque pode, desde logo, autuar o contribuinte, com juros calculados à taxa Selic, desaparecendo o risco de perda do direito de cobrar o tributo pela decadência do direito de constituir o crédito tributário e com a certeza de que o débito será acrescido da multa de mora (se o tributo não for pago até 30 dias contados da cassação da liminar), independentemente da possibilidade de ser também acrescido da multa de lançamento (se não houver o pagamento integral do débito após os trinta dias).

Lembro que as certidões negativas de débito fiscal, ou positivas com efeito negativo, são de suma importância porque sem ela o contribuinte estaria impedido de celebrar com a Administração Pública Federal, direta e indireta, convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvessem desembolso, a qualquer título, de recursos públicos (Medida Provisória n.º 1699 – 41, de 29.10.1998 – art. 7), participar de licitações (art. 29 da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993) e de obter a inscrição no cadastro nacional de pessoa jurídica (CNPJ - Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n.º 27, 05.03.1998 - arts. 15, § 1.º e 18).

Nesse passo, sei que a aplicação do art. 7 da MP n.º 1.699/88 e do art. 15, § 1.º da IN-

SRF n.º 27/98 está suspensa por força das liminares deferidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.ºs 1454 e 1859, respectivamente, mas o fato público e notório para aqueles que militam na área é o de que, na prática, as certidões negativas ou positivas débito fiscal, com efeito negativo, continuam a ser exigidas pelas autoridades para todos aqueles e outros efeitos.

Excluída a vedação para a instauração de procedimento fiscal tendente à constituição do crédito tributário dos efeitos da liminar em mandado de segurança para suspender a exigibilidade de tributo, e reduzido este efeito à transformação em negativa da certidão positiva de débito fiscal, é razoável sustentar que o *fumus boni iuris*, um dos requisitos para a concessão de liminar, deixou de ser a “probabilidade de sucesso no mérito da questão” e passou a ser o exame do direito do contribuinte a ter certidão positiva com efeito negativo.

Assim sendo, deve-se recordar o enunciado de algumas Súmulas do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de que é vedado à administração pública promover qualquer ato que impeça ou cerceie o exercício da atividade social do contribuinte em prol da satisfação de débito fiscal:

SÚMULA 70

“É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para a cobrança de tributo.”

SÚMULA 323

“É inadmissível a apreensão de mercadoria como meio coercitivo para pagamento de tributo.”

SÚMULA 547

“Não é lícito a autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.”

Pelo enunciado destas Súmulas do STF, não se pode impedir o exercício da atividade social do contribuinte, sob a alegação de que não obteve certidão negativa de débito fiscal porque tal atitude caracterizaria indiretamente ato coercitivo para a cobrança de tributo.

Em suma, mitigado o efeito da liminar em mandado de segurança para suspender a exigibilidade de tributo, reduzido deve ser o exame do requisito para sua concessão: sendo a transformação em negativa de certidão positiva de débito fiscal o único efeito da liminar e a não obtenção de certidão negativa tem como único objetivo cercear a atividade social do contribuinte, o *fumus boni iuris* passa a ser o exame da seguinte questão: tem, ou não, a Fazenda direito de cercear a atividade do contribuinte que quer discutir a exigibilidade de determinado tributo, questão esta que, como visto, já foi apreciada e sumulada pelo STF no sentido que favorece o contribuinte.

Quanto ao *periculum in mora*, a mitigação dos efeitos da liminar em mandado de segurança para suspender a exigibilidade de tributo produz os seguintes efeitos: mantém a questão anterior, qual seja, a probabilidade do contribuinte ser autuado com todos os acréscimos legais, inclusive a multa de lançamento, e acrescenta uma nova, qual seja, a relativa aos danos causados pela não obtenção de certidão positiva com efeito de negativa.

Ora, se o *fumus boni iuris* passou a ser o exame de questão já apreciada e sumulada pelo STF e se o *periculum in mora* continua sendo a questão de há muito pacificada na jurisprudência, a única conclusão lógica que se pode tirar é a de que, com a mitigação dos efeitos da liminar em mandado de segurança para suspender a exigibilidade de tributo, a liminar deverá ser sempre concedida, porque a jurisprudência também já se firmou no sentido de que, presentes seus pressupostos, é direito da parte o deferimento da liminar.

À primeira vista essa conclusão pode surpreender, mas não se pode desconsiderar que sua conseqüência é deferir uma liminar cujos efeitos estão reduzidos à transformação em negativa de certidão positiva de débito fiscal.

Faço, por fim, algumas considerações sobre as liminares em mandado de segurança deferidas para autorizar a compensação de tributos.

O Direito Tributário, ramo autônomo que é, tem suas normas gerais previstas em Lei Complementar (art. 146, III, da CF/88), que são as do CTN. Este, por sua vez, estabelece, em seu art. 156, II e X, que a compensação e a decisão judicial passada e julgada são formas de extinção do crédito tributário.

Assim, a decisão liminar que autoriza a compensação de tributo, na verdade, não extingue o crédito tributário porque, pelo CTN, apenas a decisão transitada em julgado tem esse condão. O que essa decisão liminar produz é a suspensão da exigibilidade do tributo que será quitado, por compensação, quando transitar em julgado a decisão final do mandado de segurança.

Logo, a decisão liminar que autoriza a compensação tem o mesmo efeito da decisão liminar que suspende a exigibilidade de tributo. A diferença está na decisão final do mandado de segurança: numa declarar-se-á o indébito e na outra a extinção do tributo por compensação.

Dessa forma, a liminar que autoriza a compensação de tributo não é satisfativa (nem poderia ser), porque ela tem apenas o condão de suspender a exigibilidade do tributo que será considerado compensado somente com o trânsito em julgado da decisão concessiva da segurança e, como já visto, esse condão não impede a autoridade de autuar, desde logo, o contribuinte; ademais, cassada a liminar, o contribuinte tem até trinta dias para pagar o tributo que estava com a exigibilidade suspensa acrescidos de juros de mora calculados à taxa Selic, sob pena passar a incidir a multa de mora e de ser devida a multa de lançamento, se não ocorrer o referido pagamento.

Por estes motivos entendo que os mesmos pressupostos exigidos para se deferir a liminar suspensiva da exigibilidade do tributo devem ser satisfeitos para se conceder a liminar autorizativa de compensação de tributos (nem mais, nem menos), face à identidade de efeitos.

Em conclusão, eis a minha dúvida: Por que não caberia liminar para compensar tributos, se os seus efeitos são exatamente os mesmos de liminar para suspender a exigibilidade e quanto a esta não há a menor dúvida sobre o seu cabimento, notadamente após a mitigação dos seus efeitos?

**Desembargadora Federal e Integrante do Tribunal Regional Federal da 2.ª Região.*

DIREITO AMBIENTAL

Maria Helena Cisne

"Desperdiçar e destruir os nossos recursos naturais, despojar e exaurir a terra, ao invés de usá-la de modo a aumentar sua utilidade, arruinará a única prosperidade que temos o dever e o direito de legar ampliada e desenvolvida a nossos filhos".

Theodore Roosevelt: Mensagem ao Congresso em 3 de dezembro de 1907.

Sumário

1. INTRODUÇÃO
2. PRESERVAÇÃO AMBIENTAL X DESENVOLVIMENTO
 - 2.1. A Indústria: Seu Papel no Desenvolvimento e na Degradação Ambiental
 - 2.2. A Escolha das Opções
3. O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL
 - 3.1. A Busca de Soluções
 - 3.2. O INCAE
 - 3.3. Pobreza X Agricultura X Desmatamento
4. AS MEDIDAS INTERNACIONAIS
 - 4.1. A ECO/92
 - 4.2. A ISO – O Que é
 - 4.3. Normatização X Desenvolvimento Sustentável
5. BRASIL X COLÔMBIA: IRMÃOS EM PROBLEMAS E ALIADOS NA BUSCA DE SOLUÇÕES
 - 5.1. A Busca Comum
 - 5.2. O Direito Ambiental da Colômbia
 - 5.3. O Direito Brasileiro Quanto à Preservação Ambiental
 - 5.3.1 Aspectos Gerais
 - 5.3.2. A Nível Constitucional
 - 5.3.3. A Nível Infra Constitucional
 - 5.3.4. A Lei Penal Ambiental – Lei nº 9.605/98
6. CONCLUSÃO
 - 6.1. A Efetividade das Medidas Ambientais
 - 6.2. Restam, Ainda, Esperanças?
 - 6.3. Educar o Homem – Eis a Solução

1. Introdução

Os acidentes de Bophal, na Índia, de Chernobil, na ex-URSS, e o de Three Miles Island, nos EUA, mostraram ao mundo a necessidade de cuidar do meio ambiente. Além deles, os noticiários estão repletos de outras ocorrências igualmente danosas que agredindo cada vez mais a natureza, muitas vezes associadas às atividades produtivas, vem ameaçando a própria possibilidade de vida neste Planeta.

A cada dia que passa é mais forte a consciência mundial de que o imperativo de preservação da natureza não é demagogia de integrantes de partido verde. Não é simplesmente modismo. É imperativo da própria sobrevivência da raça humana.

Já foi dito, com muita propriedade¹, que:

"A natureza é sábia. Sábia, abundante e paciente. Sábia porque traz em si o mistério da vida, da reprodução, da interação perfeita e equilibrada entre seus elementos. Abundante em sua diversidade, em sua riqueza genética, em sua maravilha e em seus encantos. É paciente. Não corta seus ciclos em horas, minutos e segundos, nem no calendário gregoriano com o qual nos acostumamos a fazer planos, cálculos e contagens. Sobre tudo é generosa, está no mundo acolhendo o homem com sua inteligência, seu significado divino, desbravador, conquistador e insaciável. Às vezes, nesse confronto, o homem extrapola seus poderes e ela cala. Noutras, volta-se, numa autodefesa, e remonta seu império sobre a obra humana, tornando a ocupar seu espaço e sua importância".

Sim, o Homem não pode agredir, impunemente, a Natureza.

O conceito de *universo* evoluiu. Nesta época de física quântica, de robótica, de cibernética, com os paradigmas newton-cartezianos sendo revistos, não se pode mais aceitar que uma parcela da sociedade aja como se não fizesse parte de um todo, como se o mundo fosse dividido em setores estanques, do qual cada um pode tirar seu proveito individual como bem lhe aprouver.

Estamos caminhando para a globalização total. No setor econômico, com os tratados internacionais reunindo parceiros dantes inimigos seculares. Nesse sentido, a Comunidade Européia, o Mercosul, o Nafta, o acordo que reuniu os denominados Tigres Asiáticos, todos buscando um desenvolvimento compartilhado.

A conscientização de que os problemas dos países do Terceiro Mundo não são problemas só deles, e sim de todos, - na medida em que a satisfação das necessidades básicas dos povos subdesenvolvidos, se não satisfeitas em seus territórios, terão de sê-lo nos daqueles que têm condições de supri-las - está fazendo com que as nações ricas preocupem-se com o desenvolvimento das pobres, se não apenas informadas por questões humanísticas, pelo menos pela filosofia epicurista da *caridade interesseira* - proteção do que é seu, sob pena de terem que conviver e administrar levas e mais levas de imigrantes à procura de um lugar ao sol.

Questões de ecologia e de proteção do ecossistema não podem ser encarados como problemas setoriais. Nenhum país consegue deter a poluição do ar nos lindes do território vizinho. A poluição da pequena quantidade de água potável, estinada em 1% (um por cento) do potencial hídrico do mundo, a todos afeta, atingindo quer aqueles que a poluem

como os mais longínquos centros habitados e que dela necessitam. Carreando os rios para o mar os detritos, são eles, após, devolvidos à terra em forma de chuva ácida, ou interferindo na atmosfera, provocando aquecimento da temperatura (efeito estufa) responsável por tantos males, inclusive o degelo das calotas polares, provocando a subida do nível dos oceanos, que descamba em avanço de suas águas sobre a parte seca do globo, engolindo cidades inteiras.

A poluição de nossa atmosfera está influenciando diretamente sobre a saúde da população, tanto no campo das vias respiratórias, quanto no do sistema imunológico; agravando e desencadeando processos asmáticos é responsável, também, pelo aumento da incidência de câncer de pele, por diminuição da camada de ozônio, filtro natural dos raios ultravioleta.

A despeito disto, O **HOMEM** continua sua senda destrutiva.

Em nome de um progresso que não lhe traz paz interior, e que beneficia apenas a ínfima parcela que tem acesso às suas conquistas, vem destruindo, em segundos, o que a natureza levou milênios para construir.

Na tentativa de deter esse processo, vêm trabalhando pessoas e instituições. Mas nada se conseguirá sem a conscientização de todos da necessidade de um esforço conjunto em defesa do meio ambiente.

A ciência vem avançando e, assimilando a milenar cultura oriental, dantes encarada como misticismo de civilizações superadas, descobre que o universo não é uma máquina da qual nosso mundo é uma peça, construído de matéria nos seus estados perceptíveis aos nossos sentidos - a concepção mecanicista de Newton - e, sim, de energia, (um grande pensamento do Criador, no entender da teosofia). Vê, hoje, a ciência, que a matéria não é senão uma forma de energia condensada que, por sua vez, produz energia, *tudo* vibrando.

A relatividade do Universo, descoberta por Einstein, a partir da elaboração da física quântica, levou à criação de teorias revolucionárias, qual a "Hipótese de Gaia", desenvolvida pelo biólogo e químico inglês James Lovelock, sustentando que *a Terra é um organismo vivo que se auto-regula*, e constitui uma unidade com todas as formas de vida terrena, incluindo o Homem.

Merece destaque aquela outra formulada pelo físico nuclear austríaco Fritjoj Capra², autor dos *best sellers* "O Ponto de Mutação" e "O Tao da Física" que, em traduzindo conceitos da física quântica e da teoria de relatividade, formulou a teoria do pensar total, que se traduz em uma ecologia profunda, onde o mundo é encarado como uma "rede de inúmeros relacionamentos", o que importa considerarem-se todos os fenômenos interligados, dependentes um dos outros. E, nessa linha de raciocínio, ver-se o homem como parte da natureza, dentro, e não fora dela, como um integrante na rede de vida.

E no evoluir constante da ciência - em após a descoberta da holografia pelo físico Dennis Garbor, prêmio Nobel de Física em 1971, quando se constatou que TUDO está no TODO, que o Universo inteiro funciona como um holograma, ou, no dizer de David Bohm, onde cada uma das partes interpenetra as outras; em que qualquer alteração se transmite ao todo; portanto, a constatação de que cada célula do nosso corpo reflete o Cosmo inteiro -- o mundo está se conscientizando de que é extremamente pouco inteligente o que o Homem vem fazendo à Natureza.

O princípio do Universo holográfico, ao afirmar que todos carregamos o padrão da totalidade, e que foi a confirmação do princípio hermético da correspondência, formulado por Hermes Trismegisto há 4.700 anos, com uso difundido na acupuntura (no diagrama do "homenzinho na orelha"), ou empregado pelos irislogistas, que vêem na íris todo o organismo do indivíduo; na prática do *DO-IN*, acessando, através das plantas dos pés, todas as partes do corpo humano, ou, ainda, na quiromacia, onde o referencial é a palma das mãos, está a demonstrar que é preciso proteger o Homem dele mesmo, com vistas à sua preservação.

Portanto, nesse momento em que tudo tende à integração do indivíduo com o todo, buscando o equilíbrio, mudando-se do "racional para a intuição, da análise para a síntese, do que divide para o que une", desprezando-se, pois, o pensamento racional-analítico que exclui, separa e serve ao individualismo, não se concebe possa, uma parcela da humanidade, comprometer o todo, a biosfera, impunemente.

Não se pode admitir que em nome de uma ética individualista seja quebrado o equilíbrio do globo, ultrapassando-se as estreitas margens de tolerância que, na sua autorregulação, (no que tange à temperatura, níveis de oxigênio, acidez do solo, composição da atmosfera e dos oceanos) a Terra propicia a manutenção de vida, manifestada segundo a ciência há 3,5 bilhões de anos.

Todas as formas de vida terrena, nelas incluídos o Homem e o próprio Planeta, formam uma unidade vital. Poluir o ar e a água significa poluir o ar que respiramos e a água que bebemos. Desertificar as áreas produtivas significa menos alimento, mais fome, mais pobreza, mais miséria, mais violência. Cada espécie de animal que extinguímos passa a ser uma parte para sempre perdida de nós mesmos. "Cada arranhão produzido na superfície da Terra significa, metaforicamente, cortes que produzimos em nossa epiderme".

Urge, pois, que se dê um basta. A degradação dos sistemas que suportam a vida na Terra a ninguém aproveita, sequer àqueles que a agridem.

Recentemente, a "Sociedade para o Apoio da Administração Planetária" (*Society in Support of Planet Management*) com sede em Montreal, Canadá, produziu um opúsculo denominado "*Você Conhece as Sete Maiores Ameaças do Mundo?*" onde são relacionados os sete maiores fatores, na opinião dos ecologistas, que são responsáveis pela crise ecológica com a qual se defronta a humanidade.

São elas:

- a destruição das florestas tropicais;
- a destruição da camada de ozônio;
- a erosão do solo e a expansão dos desertos;
- a poluição industrial;
- o efeito estufa;
- a fome e a pobreza;
- os desperdícios (principalmente em armamentos).

Deixando o terreno filosófico, cujo palmilhar permite uma visão global do problema, demonstrando a necessidade de substituir-se a ética ególatra, (traduzida no Brasil pela "Lei de Jerson"), pela ética do compartilhamento solidário dos problemas, no objetivo do repartimento das soluções e vitórias, mais compatível com a ética da legalidade, por não se

poder aceitar mais no Estado moderno a ética absolutista, retoma-se ao mundo dos fatos, à nossa realidade fenomênica que é deveras preocupante. A Terra não mais está calada! Está dando respostas! Está reagindo! Tem-se que escutá-la e ir-se em seu socorro!

O problema tem que ser encarado com muita seriedade e pouca demagogia. O Mundo está dividido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, entre ricos e pobres, entre incluídos e excluídos dos processos de desenvolvimento. A despeito da inegável melhoria das condições de vida da maior parte da humanidade, trazida pelo progresso econômico e tecnológico, ainda hoje uma quinta parte da população mundial continua à margem do processo de consumo. São 1,2 bilhão de pessoas. É gritante o contraste entre ricos e pobres, disparidade essa denunciada no Relatório do Desenvolvimento Humano-1998, da ONU, conforme noticiado na Revista "Planeta"³,

Os 20% Mais Ricos da População Mundial:

- 1) Consomem 58% da energia total utilizada no mundo,
- 2) Possuem 74% do total de linhas telefônicas,
- 3) Consomem 84% do total de papel,
- 4) Possuem 87% dos veículos existentes em todo o mundo,
- 5) São responsáveis por mais de 50% da emissão de dióxido de carbono e outros poluentes à atmosfera.

Os 20% Mais Pobres da População Mundial:

- 1) Usam menos de 4% da energia total,
- 2) Têm 1,5% do total das linhas telefônicas,
- 3) Gastam 1, 1 % do total de papel usado no planeta,
- 4) Usam menos de 1 % dos veículos automotores do mundo,
- 5) São responsáveis por apenas 3% das emissões de dióxido de carbono e outras substâncias poluentes.

Neste relatório também é dito que na Suíça, Suécia ou Estados Unidos, há mais de 600 linhas telefônicas para cada mil habitantes. No Afeganistão, Camboja ou Chade, só existe um telefone para cada mil habitantes.(Fonte: PNUD-1998-CCA)

Esses preocupantes dados levam à conclusão de que, inquestionavelmente, o mundo encontra-se em um impasse: os países ricos do Norte esgotaram suas reservas naturais que lhes propiciaram o desenvolvimento. Querem eles, agora, que aqueles que as preservaram, seus vizinhos do Sul, subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, conservem-nas em nome do bem estar do Planeta, mas às vezes com incríveis sacrifícios para a população nativa.

Sim, o Planeta pede socorro, mas é preciso que se escute também o clamor dos excluídos.

Sérias reflexões têm que ser feitas antes que se peça a um povo que tem fome que se sacrifique para o bem de todos, se os que serão beneficiados não se importam com a sorte de seus benfeitores. É necessário, sim, que se coarctem ações de grupos aproveitadores que agrideem o meio ambiente em busca de lucros indevidos. Mas não se pode exigir que a população pobre sucumba mirando o tesouro que deverá proteger para os ricos. É certo que também o fazem para si próprios, porém, é bom não se esquecer que, do que tem fome, não se pode exigir ética nem, sequer, solidariedade. As nações ricas precisam entender isso. O problema do meio ambiente é, sim, um

problema de todos. Mas o custo do sacrifício também tem que ser compartilhado. Como bem salientou Richard Leakey – Diretor da Kenya Wildlife Service “Para cuidar do meio ambiente é preciso pelo menos uma refeição decente por dia”⁴.

2. Preservação Ambiental X Desenvolvimento

2.1. A indústria: Seu papel no desenvolvimento e na degradação ambiental.

É possível atrelar-se o desenvolvimento à preservação do meio ambiente?

Líderes empresariais de todo o mundo, conscientes de que expressiva parcela das necessidades essenciais do Homem só poderão ser satisfeitas através de bens e serviços decorrentes de atividades industriais, e que a “indústria tem o poder de realçar ou degradar o meio ambiente”, e que, invariavelmente, vem fazendo as duas coisas, reuniram-se para o estudo de medidas que, sem entravar o desenvolvimento e sem degradar o meio ambiente, propiciassem a erradicação da pobreza. Desse concerto, saiu a lume o livro “Mudando o Rumo”⁵, escrito por líderes empresariais do *Business Council for Sustainable Development*, estabelecendo os rumos que tanto o setor empresarial como os governos deverão seguir para assegurar que não seja comprometida a capacidade das gerações futuras de criarem as suas próprias oportunidades de negócio, se satisfeitas forem as necessidades das atuais, conscientes de que as gerações futuras são titulares de direitos, e não de obrigações.

Por sua pertinência com o tema, expressivo é o seguinte excerto que se permite transcrever do livro “Mudando o Rumo”:

“O Desenvolvimento Sustentável Como Atividade Empresarial. Muitas tendências globais oferecem esperança à medida que entramos no terceiro milênio. A expectativa de vida, o atendimento médico e a educação melhoraram consideravelmente na segunda metade deste século. A produção mundial de alimentos ficou bem além do aumento populacional. O mundo não será assolado por qualquer escassez de matéria-prima em futuro previsível. Mas nosso mundo está passando por uma grave ameaça. Consideramos que:

- *Um planeta já superlotado provavelmente terá de suportar o dobro de pessoas no próximo século.*

- *Não se está dando tempo para que os recursos renováveis se renovem. Estamos vivendo mais do capital do planeta do que de seus rendimentos.*

- *Os “sumidouros”, ou sistemas de destinação final segura de resíduos, estão sendo sobrecarregados.*

- *O uso excessivo ou o mau uso dos recursos naturais leva à perigosa poluição do ar, das águas e dos solos. Isso poderia ocasionar mudanças no clima e nos sistemas de circulação atmosférica.*

- *Muitas partes do nosso meio ambiente estão-se degradando rapidamente. As fecundas terras aráveis estão-se transformando em desertos, as florestas em pastagens sem valor e as terras alagadas de água doce em solos mortos e salgados. Ecossistemas degradados perdem a bio-diversidade, numa forma irreversível de destruição. O declínio ambiental e econômico faz parte da mesma espiral descendente que se observa em vários lugares. Mais de um bilhão de pessoas não conseguem suprir suas necessidades básicas.*

Uma ação se faz claramente necessária. A incerteza científica, porém, torna difícil saber como e quando agir. Uma solução sensível – geralmente endossada pela maioria dos governos e por um número crescente de empresas – é adotar o “princípio da precaução”, que implica que a falta de certeza científica não deve ser usada como pretexto para adiar medidas que evitem uma degradação maior e irreversível... A evidência do declínio ambiental não deixa dúvidas de que temos de mudar os nossos modos de ser para garantir que o progresso seja sustentável, e que ele atenda “às necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as futuras gerações atenderem às suas próprias necessidades.” ⁶

2.2. A escolha das opções

O reconhecimento desses problemas pelas nações ricas do Norte, muito pertinentes, não pode, todavia, vir desvinculada da consciência de que as nações endividadas e depauperadas do Sul não podem aceitar que seu desenvolvimento seja simplesmente interrompido, pela aceitação das condições impostas em nome de uma globalização da qual está alijada social e economicamente. Modernizar-se a qualquer custo, pressionando o estoque de recursos naturais, é tão deletério quanto pretender prosseguir com padrões de vida ambientalmente inviáveis. Tem-se que lutar para que a opção não seja decorrente da escolha entre o desenvolvimento e o meio ambiente, mas entre as diversas formas de desenvolvimento que implique numa maior justiça econômica para com os países em desenvolvimento, guardiãs das riquezas que os desenvolvidos já dilapidaram.

É bom que os países ricos se lembrem das lições de Albert Einstein, de que

*“O mundo que criamos hoje, como resultado de nosso pensamento, tem agora problemas que não podem ser resolvidos se pensarmos da mesma forma que quando os criamos”*⁷.

De igual pertinência as lúcidas palavras de Ratan N. Tata – Presidente da TATA Industries Ltd.

*“O mundo em desenvolvimento tem duas opções. A primeira é ficar sentado e reagir somente quando os problemas aparecerem, assim como fez o mundo desenvolvido. A segunda é agir como cidadãos globais conscientes e se colocar acima dos interesses particulares em benefício das futuras gerações, para que a história não registre que nós as deixamos desprovidas de sustento”*⁸.

3. O desenvolvimento sustentável

3.1. A busca de soluções

“Temos que acreditar nas utopias. Elas não resolvem os problemas, mas nos ajudam a caminhar” (Padre Antônio Vieira).

Os países da América Latina, que se incluem dentre os chamados países em desenvolvimento, preocupados com o fenômeno da globalização e as condicionalidades impos-

tas pelas nações desenvolvidas, com o escopo de enfrentar questões tão relevantes quanto o desenvolvimento possível, sem a degradação do meio ambiente, iniciaram um processo de busca conjunta de soluções. Para tanto, reuniram-se os Chefes de Estado da América Central, signatários da *Alianza Centroamericana para el Desarrollo Sostenible*, coordenados pelo INCAE e a Universidade de *Harvard*, com outros representantes de governos e do setor privado, com o propósito de formular uma estratégia regional consistente em recomendações de política em importantes áreas de desenvolvimento econômico e social, em cinco oportunidades: em Costa Rica (Jan/95), em Boston (Out/95), no Canadá (Mai/96), em Manágua (Jun/96) e em Costa Rica (Jul/96).

Foram efetuados estudos e recomendações nas seguintes áreas: o desenvolvimento de infra-estruturas, a promoção de inversões e o sistema regional aduaneira, com incursões em temas específicos em macroeconomia, manejo do meio ambiente, infra-estrutura portuária, seguridade, cidadania, geração e distribuição de energia.

3.2. O INCAE

O INCAE é uma instituição multinacional privada, dedicada ao ensino de administração de negócios em geral, à economia aplicada, à administração do ambiente e ao desenvolvimento sustentável e à administração da indústria e da tecnologia, fundada em 1964, com a assistência técnica da Universidade de Harvard, com o apoio dos governos e da iniciativa privada dos países da América Central, financiadas pela USAID.

A missão do INCAE está, assim, definida:

"Impulsar activamente el desarrollo integral de los países donde sirve, formando líderes de los sectores claves, por medio del mejoramiento de prácticas, actitudes y valores, mediante:

- *La investigación, enseñanza y difusión de conceptos y técnicas gerenciales.*
- *El fortalecimiento de la capacidad analítica y la comprensión de los fenómenos económicos, sociales y políticos.*
- *El fomento del entendimiento, el diálogo y la colaboración entre personas, sectores y países"*.

Grandes são as expectativas de sucesso desse programa que se convencionou chamar de desenvolvimento sustentável, principalmente a nível de Brasil, país de dimensões continentais, emiunemente agrícola e possuidor da maior floresta tropical do globo. *"A agricultura e a exploração florestal são temas centrais para o desenvolvimento sustentável, devido à grande quantidade de pessoas empregadas nessas duas áreas, do dinheiro gerado, e aos impactos extensos e diretos que ambas têm sobre os recursos renováveis e o meio ambiente. Cerca de 40% do emprego global dos ativos mundiais estão associados a essas duas atividades"*¹⁰. Agricultura e exploração florestal podem se transformar em grandes agentes degradadores do meio ambiente.

3.3. Pobreza X Agricultura X Desmatamento

Aliados à indústria, esses são os demais fatores que mais degradam o meio ambiente.

Em que pese sejam atribuídos aos países mais ricos os maiores danos ao meio ambiente, no que concerne à agricultura parece ocorrer exatamente o oposto. Compreender as razões disso é essencial para alcançar a meta da agricultura sustentável -- meta de três componentes: alimentar uma crescente população, sustentar as rendas agrícolas para manter os agricultores em produção constante e proteger a capacidade de a terra fornecer alimentos. Esse é o grande desafio!

A destruição ambiental na maioria dos países pobres decorrente da agricultura está se agravando aceleradamente. A degradação dos solos surgiu como o problema ambiental mais sério de muitos países em desenvolvimento. Quase a metade das terras aráveis irrigadas do mundo em desenvolvimento está exigindo recuperação imediata, devido à salinidade e à deficiência de drenagem¹¹. A erosão e a esterilidade do solo estão degradando simultaneamente 30% das terras aráveis com regime pluvial na América Central, 17% na África, 20% no Sudoeste da Ásia, e 36% no Sudeste Asiático¹².

A maior parte do grave problema de desmatamento nos países em desenvolvimento, ademais da ganância por lucros indevidos por parte das madeiras, ocorre pelo fato de que os agricultores abandonam campos degradados, outrora produtivos, para abrir novos espaços para seus cultivos. A derrubada de árvores, porém, geralmente acelera o processo de degradação, uma vez que os solos das florestas tropicais raramente se prestam para o cultivo continuado ou para a pastagem intensiva. Outro importante motivo do desmatamento tem sido o crescimento da criação de gado. Desde 1950, a produção mundial de carne triplicou. Na América Latina, 20 milhões de hectares de florestas tropicais foram transformadas em pasto desde 1970¹³.

As substâncias químicas de uso agrícola são um problema ecológico crescente em certas regiões do mundo em desenvolvimento (sobretudo com as águas efluentes, provenientes das riziculturas irrigadas da Ásia), e são igualmente um sério problema para a saúde humana.

4. As Medidas Internacionais

4.1. A ECO/92

As intenções das Nações Estrangeiras, participantes da Reunião da ONU, realizada no Rio de Janeiro em junho de 1992 - a ECO/92 - sobre o meio ambiente, sem dúvida foi um impulso decisivo para o movimento de normatização ambiental internacional, sendo que no Brasil muitas já foram formalizadas, merecendo destaque o Anteprojeto de Sistematização das Leis Ambientais, em tramitação no Congresso Nacional, bem como a edição da recente Lei dos Crimes Ambientais, Lei n.º 9.605/98.

Durante a ECO-92 foi proposta a criação junto à *International Organization for Standardization* (ISO - Organização Internacional para Normatização) de um grupo especial para estudar a confecção de normas ambientais. Após alguns meses de trabalho, este grupo propôs a criação de um comitê específico e independente na ISO para tratar as questões ambientais. Em março de 1993, ocorria a instalação do Comitê Técnico - Gestão

Ambiental (ISO/TC 207), com a função de elaborar a série de normas ambientais em nível mundial. Na cerimônia de implantação, em Toronto, no Canadá, em junho de 1993, os responsáveis pela criação do Comitê Técnico concluíram que:

O ISO/TC-207 será responsável pelo desenvolvimento da mais importante série de normas jamais produzidas, pela sua abrangência e pelos inúmeros benefícios que propiciará à sociedade e às empresas.

A publicação das primeiras normas ambientais internacionais produzidas pelo ISO/TC-207, tratando da implantação de sistemas de gestão ambiental nas organizações, foram batizadas pelo nome de ISO SÉRIE 14000.

4.2. A ISO – O que é?

International Organization for Standardization - ISO é uma federação mundial de entidades nacionais de normalização, que congrega mais de 100 países, representando praticamente 95% da produção industrial do mundo. É uma organização internacional, não governamental, constituída desde fevereiro de 1947, com sede em Genebra, Suíça, com o objetivo principal de criar normas internacionais.

Como uma instituição normatizadora internacional, ela elabora e avalia normas através de vários comitês técnicos, compostos por especialistas dos diversos países membros. Em relação às propostas de normas ambientais, o Comitê técnico especialmente designado para o assunto foi o de número 207 (TC-207), intitulado Gestão Ambiental, que conta com a participação de cerca de 56 países. Este Comitê está inter-relacionado com o comitê responsável pelas normas de qualidade (TC-176).

O Brasil participa da ISO através da ABTN. A Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABTN) é uma sociedade privada, sem fins lucrativos, fundada em 1940, reconhecida pelo governo brasileiro como o Fórum Nacional de Normatização. Seu objetivo principal é promover a elaboração de normas em diversos domínios de atividades. Além disso, a ABTN pode efetuar a certificação de produtos e sistemas. A associação também foi fundadora da ISO em 1947, e, portanto, considerada como membro "P", ou seja, com direito a voto no fórum internacional de normatização.

São objetivos da ISO o estabelecimento de normas que representem e traduzam o consenso dos diferentes países do mundo para homogeneização de procedimentos, medidas, materiais, uso etc. Os representantes dos diversos países discutem, analisam e chegam ao consenso quanto a uma determinada norma, demonstrando a preocupação mundial com o Meio Ambiente.

Países como a Suécia e Dinamarca, na Europa, respondem às pressões dos consumidores integralmente. Por sua vez, o movimento de adaptação se dissemina por todo o continente europeu, atingindo até países do antigo bloco socialista.

4.3. Normatização X Desenvolvimento Sustentável

À medida em que os povos foram se conscientizando da necessidade de proteção ao meio ambiente, foram surgindo no mundo movimentos e conceitos que hoje são utiliza-

dos freqüentemente. A expressão desenvolvimento sustentável, por exemplo, foi popularizada pela Comissão Mundial do Meio Ambiente e Desenvolvimento, nomeada pela primeira-ministra norueguesa, Gro-harlem Brundtland, no início da década passada.

O conceito contido na publicação da Comissão diz que:

“...o desenvolvimento sustentável é um processo de transformação no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e as mudanças institucionais se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro, a fim de atender às necessidades e aspirações humanas”.

Pode-se definir, ainda, desenvolvimento sustentável como:

“O processo de desenvolvimento onde os recursos naturais são usados de forma racional para manter as condições de vida adequadas para s gerações atuais e futuras.”

As pressões sobre as atividades produtivas adquirem grande relevância na medida em que se reconhece o importante papel da indústria como fonte predadora e poluidora. Com base nessa constatação, não é o bastante o fato de um produto ter qualidade assegurada, mas cresce a exigência de que ele seja ambientalmente sadio. A qualidade ambiental passa a englobar confiabilidade do produto e um meio ambiente saudável.

Assim é definida uma norma ambiental pela Comissão:

Uma norma ambiental é a tentativa de homogeneizar conceitos, ordenar atividades e criar padrões e procedimentos que sejam reconhecidos por aqueles que estejam envolvidos com alguma atividade produtiva que gere impactos ambientais.

O desenvolvimento deste tipo de norma responde às exigências da comunidade internacional de um desenvolvimento compatível com as condições físicas e biológicas do planeta e com a sobrevivência condigna das gerações futuras.

“...to meet the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs”¹⁴

As normas ambientais contribuem, portanto, decisivamente, para o esforço mundial de diminuição e controle da poluição ou degradação ambiental. O setor produtivo passa a não ser mais uma simples alavanca do crescimento de um país, mas também um gerador de condições e recursos para solucionar os problemas ambientais já existentes.

Esse tipo de norma internacional, de implementação voluntária, demonstra a preocupação dos países com as condições ambientais da Terra. A diminuição da camada de ozônio, as chuvas ácidas, o efeito estufa e as alterações climáticas recentes são alguns sinais dos efeitos causados pela atividade humana. Como os sistemas produtivos respondem por boa parte das alterações ambientais, nada melhor do que um conjunto de normas para gerenciar essas atividades, impedindo a poluição.

Os rumos do desenvolvimento mundial foram definidos nas alentadoras palavras do “The President’s Council on Sustainable Development. Foi dito:

“Our vision is of a life-sustaining Earth. We are committed to the achievement of a dignified, peaceful, and equitable existence. A sustainable United States will have a growing economy that provides equitable opportunities for satisfying livelihoods and a safe, healthy, high quality of life for current and future generations. Our nation will protect its environment, its natural resource base,

and the functions and viability of natural systems on which all life depends".¹⁵

O que se espera, o que se anseia, é que nesta caminhada aja espaço para os muitos "excluídos".

5. Brasil X Colômbia: Irmãos Em Problemas E Aliados Na Busca De Soluções

5.1. A busca comum

Primeiro e segundo maiores países em matéria de diversidade biológica, Brasil e Colômbia tem interesses comuns nas questões de meio ambiente, como por exemplo, a poluição das águas o controle do desmatamento, a proteção à fauna e à flora, a certificação de madeiras, e especialmente, temas ligados à humanização, educação e preservação de identidade cultural e social das populações autóctones, ribeirinhas, considerando, quanto a este último tema, que o Brasil possui quase metade do seu território encoberto por matas, sendo que a Floresta Amazônica se estende por cerca de 13% do território colombiano, em sua fronteira sul.

Essa identidade de interesses ligados à área ambiental tem sido responsável pela troca de experiências entre esses dois maiores países da América Latina, como o recente Tratado de Cooperação Amazônica, versando, inclusive, sobre medidas comuns relacionadas à preservação e comercialização do mogno (ou "caoba", para os colombianos), madeira de grande valor e procura no exterior.

Brasil e Colômbia, no esforço de superar problemas que afligem os países em desenvolvimento, vêm estabelecendo acordos de cooperação técnica na busca de troca de experiências em áreas como agricultura, meio ambiente, saúde e captação de Recursos Humanos na telefonia, eletricidade e administração pública, com criação de cursos de extensão e especialização e estágios, iniciativas, no Brasil, de instituições como Eletrobrás, Telebrás, Embrapa e Flocruz, ademais de cursos de iniciativa governamental, com apoio de organismos internacionais como o OEA e o "Japan International Cooperation Agency" – Sica.

Oitavo maior exportador para a Colômbia, após EUA, Venezuela, Japão, Alemanha, Equador, México e Panamá, o Brasil estabeleceu com seu amigo e vizinho do norte um importante projeto de cooperação na área energética, envolvendo o fornecimento de carvão colombiano da Costa Atlântica e minério de ferro de grão fino brasileiro, com um duplo objetivo: atender à crescente demanda de energia do nordeste brasileiro (segundo estimativas de 670 MW/ano) e produção de aço para exportação para mercados internacionais (principalmente Japão), mediante tecnologia denominada "redução direta", que usará o gás colombiano da região La Guajira.

Esse importante projeto, onde estudos têm sido efetuados no sentido de implementá-lo sem que se agride o meio ambiente, mediante estudos prévios e sérios de impacto ambiental, considerando o caráter eminentemente poluidor da extração do carvão, que tem o apoio dos governos do Brasil e da Colômbia, sendo de iniciativa, do lado brasileiro, da Companhia Vale do Rio Doce, do Grupo Gerdau e da White Martins. Do lado Colombiano, o setor siderúrgico local tem prestado apoio a esse grande empreendimento, denominado "projeto ancora".

As relações políticas entre o Brasil e a Colômbia têm sido marcadas pela cordialidade. Questões conflitantes, como por exemplo o episódio do Traíra, durante o Governo Gaviria, ou da invasão de terras brasileiras por famílias colombianas em Tabatinga, território brasileiro, ou na devolução à Colômbia de terras erroneamente demarcadas como brasileiras, em 1997, têm sido tratadas com diplomacia e compreensão.

Há esperanças de que as relações de amizade e cooperação entre Brasil e Colômbia sejam estreitadas, através da revitalização da "Comissão de Vizinhança", criada no Governo Gaviria, que contou com a recente IV Reunião, em Brasília, em maio deste ano, onde foi destacada a importância do projeto binacional de integração energético - siderúrgico acima descrito, ademais de terem sido objeto de discussão temas relacionados à cooperação fronteiriça e de transportes aéreos.

A implantação efetiva do mecanismo bilateral de consultas políticas também foi tema insistentemente defendido entre as respectivas chancelarias.

Na área jurídica, a troca de experiências entre Juizes colombianos e brasileiros traz a esperança de que essas duas grandes nações que sofrem com problemas tão parecidos, possuidores de povos tão especiais, consigam atender ao belo lema exposto no artigo 22, da Constituição Nacional Colombiana, que diz: "*La paz es un derecho Y un deber de obligatorio cumplimiento*".

5.2. O Direito Ambiental Da Colômbia

Em matéria de normas de proteção ambiental Colômbia está bem adiantada. O seu Código Nacional de Recursos Naturais Renováveis e de Proteção ao Meio Ambiente, Decreto nº 2.811 de 18/12/1974, pode ser considerado um modelo no mundo. Porém, a efetividade de sua política ambiental tem como marco a recente Constituição Nacional de 1991, que em vários artigos consagra o direito a um meio ambiente sadio e equilibrado.

Aos direitos coletivos e do ambiente foi consagrado, pela Constituição Política da Colômbia, um específico capítulo (o Capítulo 3), onde os artigos 78 a 82 estabelecem o dever do Estado de proteger a diversidade e integridade do ambiente (art. 79) e garantem o desenvolvimento sustentável do país, pelo manejo e aproveitamento planejado dos recursos naturais, proibição e controle da deterioração ambiental e cooperação com outras nações pela proteção dos ecossistemas em zonas de fronteira (art. 80).

Expressamente proibida na Carta Política da Colômbia a fabricação, importação e uso de armas químicas, biológicas e militares, dentre outros (art.81).

Para efetivação desses direitos elevados a nível constitucional fundamental, são previstas a Ação de Tutela (art. 86), as ações populares (art. 88) e outras ações a nível infra-constitucional, (art. 89). Estabelecida a responsabilidade civil objetiva do Estado e particulares por danos ao meio ambiente, e o dever de o Estado proteger o patrimônio cultural e arqueológico da Nação (art. 72), assim como a prevalência dos tratados e convênios internacionais ratificados pelo Congresso sobre a lei interna, bem como a expressa determinação de que os direitos e deveres consagrados na Carta Magna interpretam-se de conformidade com os tratados internacionais sobre direitos humanos (art. 93).

Como deveres da pessoa e do cidadão, estão expressos (art. 95, § 1.º e 2.º):

1.- O de respeitar os direitos alheios e não abusar dos próprios.

2.- Agir de acordo com o princípio da solidariedade social, respondendo com ações humanitárias ante situações que ponham em perigo a vida ou a saúde das pessoas.

O grande povo colombiano na sua luta pelo resgate dos valores éticos e morais, tão bem expressos na sua Carta Constitucional, está munido de um excelente arcabouço normativo de proteção ao meio ambiente, e de acordo com a realidade do seu país. Tem uma grande luta pela frente no que tange à efetivação dessa proteção, mormente pelos atos agressivos praticados pela guerrilha, que incendeia bosques e dinamita oleodutos, fatos que foram denunciados pela imprensa colombiana, em artigo assinado por Enrique Santos Calderón¹⁶.

Porém, é preciso muito mais que boas leis. É preciso vontade política na efetivação das medidas legislativas, ademais da conscientização do povo de que as gerações futuras também têm direito às riquezas naturais que hoje disfrutamos, presente de Deus ao Homem, que não tem dado a elas o valor que possuem.

5.3. O Direito Brasileiro Quanto À Preservação Ambiental

5.3.1. Aspectos Gerais

A legislação brasileira, de um modo geral, vem sendo elaborada de forma fragmentária, muitas vezes em prejuízo da necessária coerência que deve caracterizar todo sistema jurídico. Este fato decorre, entre outras razões, dos diferentes momentos políticos e institucionais que têm marcado a história recente do País. O mesmo fenômeno pode ser observado em quase todas as áreas do Direito, onde a edição de uma grande quantidade de decretos-leis, leis e decretos, e, após a edição da Constituição da República, as medidas provisórias, que ganham foros de definitividade por suas repetitivas reedições, vem dificultando o tratamento sistemático em matérias altamente relevantes.

Na área do direito penal, a doutrina, a despeito de compreender a necessidade de protegerem-se determinados bens, como por exemplo o meio ambiente, a privacidade social ou o patrimônio genético, cuja agressão decorre de uma desordenada industrialização, da invenção e aperfeiçoamentos de aparelhos eletrônicos cada vez mais sofisticados, e da aética incursão da ciência na área da engenharia genética, costuma denunciar a “nomomania ou nomorréia”, ou “hipertrofia penal”, ou “inflação legislativa”¹⁷, que não é privilégio do Brasil, mas que neste país assume proporções alarmantes.

Côncio desse problema, o legislador pátrio instituiu um Grupo de Trabalho para a Consolidação da Legislação Brasileira. O primeiro fruto do trabalho deste Grupo refere-se à Consolidação da Legislação Ambiental, tendo sido publicado, através da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, um anteprojeto de lei e distribuídas cópias para a discussão pela sociedade brasileira.

Em boa hora tal iniciativa. O arcabouço legislativo de proteção ao meio ambiente se apresenta mesmo caótico.

A partir de meados da década de 60, a legislação ambiental brasileira começou a ser elaborada, porém de forma desordenada, dispersiva, abordando um mesmo assunto em diferentes diplomas legais, às vezes de forma contraditória, o que vem dificultando sua aplicação e compreensão. Mister se fazia, com urgência, a unificação dessa legislação esparsa, reunindo em seqüências lógicas as disposições legais sobre temas idênticos ou assemelhados, em busca de coerência, com vistas à sua aplicabilidade, altamente prejudicada por uma regulamentação através de decretos, resoluções e portarias que, não poucas vezes, desbordam dos lindes das leis, acrescentando obrigações e deveres nelas não previstos.

Em que pese um farto arcabouço jurídico, que tem por base a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n.º 6938, de 31 de agosto de 1981), o problema apresenta-se maior quando se procura dar eficácia às leis de proteção, aplicando-as aos casos concretos, ocasião em que é de fundamental importância a atuação dos órgãos públicos criados com a finalidade de executá-las, os quais não vem exercendo, a contento, seu papel.

Demais disso, a própria Lei n.º 6.938/81 remete ao Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, a competência para estabelecer normas e padrões relativos ao controle da qualidade ambiental, sendo que existem matérias importantíssimas disciplinadas apenas por resoluções deste órgão, com por exemplo a questão do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA), hoje com assento constitucional e que, apesar de previsto como importante instrumento pela Lei da Política Ambiental, é ainda regulado por resolução (Resolução 01/86 do Conama).

Ademais da hierarquização das normas legais no trato das questões ambientais, muitas lacunas existem, quer por deficiência legislativa, que deixou ao desabrigo matérias importantes, ou abordou-as de modo pontual mediante tratamento de tópicos muito específicos, sem a definição de regras gerais que permitam estabelecer um eficiente sistema de gestão ambiental, os problemas decorrentes do próprio desenvolvimento da sociedade, a merecer a proteção legal, estão a exigir sejam reguladas por lei federal matérias como:

- gestão do solo e da água na agricultura;
- compatibilização das políticas mineral e de recursos hídricos com a política de meio ambiente;
- saneamento básico e domiciliar;
- controle da poluição sonora;
- controle da poluição do ar;
- controle da poluição do solo;
- controle de resíduos perigosos.

Aguarda-se, com ansiedade, por essa consolidação. Enquanto tal não se obtém, examina-se o arcabouço legislativo pátrio vigente, criado com o escopo de preservar a Natureza contra a ação predadora do Homem.

5.3.2. A Nível Constitucional

A Carta Política de 1988, numa demonstração expressa da preocupação do Poder Constituinte com a ecologia, procurou introduzir mecanismos amplos na defesa do meio

ambiente, estabelecendo uma tricotomia no trato legislativo da matéria, dividida entre a União, Estados-Membros e Município (art. 24, VI, VII e VIII).

A política do Meio Ambiente vem exaustivamente definida em todo o corpo da Carta Magna, especificamente no artigo 225 que, em seu caput, estabelece a responsabilidade do Poder Público e da coletividade em defendê-lo e preservá-lo para as gerações presentes e futuras.

As condutas exigidas do Poder Público para dar efetividade ao direito a um Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, vêm elencadas no § 1.º, do art. 225, e podem ser, assim, resumidas:

- preservação do ecossistema (I) e do patrimônio genético (II);
- fiscalização (II) e controle (V);
- definição dos espaços territoriais que devam ser protegidos (III);
- exigência de estudo prévio de impacto ambiental;
- proteção da flora e da fauna.

Ademais, outras importantes diretrizes foram fixadas:

- o imperativo de incluir-se a Educação Ambiental em todos os níveis de ensino, inclusive o básico (art. 225, IV);
- o dever dos envolvidos em atividades de garimpagem protegerem o Meio Ambiente mediante recuperação do solo de acordo com a solução técnica adequada (art. 225, § 2.º);
- estabelecimento de incentivos para a recuperação de terras áridas;
- estabelecimento de um plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana;
- a inclusão, entre os bens ambientais, das cavidades subterrâneas (art. 20, X);
- remédio constitucional expedito para a proteção do Meio Ambiente, inclusive quando a ofensa partir de órgãos públicos e/ou entes políticos (art. 5, LXXIII);
- ampliação da responsabilidade das pessoas jurídicas, que poderá ser até penal, sem excluir a de seus dirigentes, quanto às atividades lesivas ao Meio Ambiente (§ 3.º, art. 225);
- a preservação ambiental como requisito do conceito de função social, para efeito de impedir o processo expropriatório (art. 186, II).

5.3.3. A Nível Infra Constitucional

Vasta é a normação ordinária editada pelo Poder Central com o escopo da proteção ao Meio Ambiente.

A par dos *Códigos Florestal* (Lei n.º 4.771, de 15/09/65), *de Pesca* (Dec. lei n.º 221, de 28/02/67) e *de Caça* (Lei n.º 5.197, de 03/01/67), regulando suas áreas específicas, foi editada copiosa legislação buscando dar efetiva proteção a esses bens juridicamente relevantes.

Nesse sentido, seguindo uma ordem cronológica, foi editada a *Lei n.º 6.902, de 27/04/81*, que definiu as Estações Ecológicas e as Áreas de Proteção Ambiental - APAS, seguida, no mesmo ano, pela publicação da *Lei n.º 6.938, de 31/08/81*, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, o principal ins-

trumento posto a serviço da Administração Pública Federal na área ambiental.

Para coarctar agressões ao Meio Ambiente pela utilização indiscriminada de agrotóxicos criou-se a *Lei n.º 7.802, de 11/07/89* e, para regular a extração e exploração de areias, a *Lei n.º 8.982, de 24/01/95*.

Além disso, vários diplomas legais, regulando matérias diversas, contém em seu bojo disposições referentes à proteção ambiental naquilo que lhes dizem respeito.

Nesse sentido, a *Lei n.º 6.766, de 19/12/79*, que regula o parcelamento do solo urbano, bem como a *Lei n.º 8.078, de 11/09/90*, que criou o Código de Defesa do Consumidor.

Até a edição da *Lei n.º 7.347, de 24/07/85*, que regula a AÇÃO CIVIL PÚBLICA, o instrumento jurídico posto à disposição do cidadão para defesa do seu direito subjetivo público a um Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, era a AÇÃO POPULAR, remédio constitucional regulado pela *Lei n.º 4.717, de 29/06/66*. Com a edição da Lei de Ação Civil Pública, que teve como principais novidades a ampliação da legitimidade ativa para o feito; a instituição das ações coletivas e do inquérito civil; a possibilidade de pedido acautelatório; a par da possibilidade de ampla dilação probatória, não passou este diploma legal a ter a exclusividade do trato da ofensa ao Meio Ambiente que, em sede constitucional (art. 5, LXXIII), ainda encontra proteção, erigido em direito individual, através da Ação Popular.

Para o bom entendimento da matéria, mister é que se detenha no exame da *Lei n.º 6.938/81*, com as alterações posteriores introduzidas pela *Lei n.º 7.804, de 18/07/89* e pela *Lei n.º 8.028, de 12/04/90* que, ao dispor sobre a Política Ambiental, definiu seus fins e mecanismos de formulação, criando órgãos, estabelecendo competências e subordinações dentro do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado:

CSMA - Conselho Superior do Meio Ambiente, órgão superior, com a função de assessorar o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais, para o meio ambiente e os recursos ambientais.

CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente, órgão consultivo e deliberativo, para assessorar, estudar e propor ao Conselho do Meio Ambiente - CSMA, diretrizes e políticas governamentais para o meio ambiente e recursos naturais, e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões comparativos com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

SEMA - Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República, órgão central, com a finalidade de planejar, coordenar, supervisionar e controlar a política nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o Meio Ambiente.

IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio ambiente e Recursos Naturais Renováveis, órgão executor com a finalidade de coordenar e fazer executar, como órgão federal, a política nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente e a preservação, conservação e uso racional, fiscalização, controle e fomento de recursos ambientais.

- **Órgãos Setoriais** - os órgãos ou entidades integrantes da administração federal direta e indireta, bem como as Fundações instituídas pelo Poder Público, cujas atividades estejam associadas às de proteção de qualidade ambiental ou àquelas de disciplinamento do uso de recursos ambientais (IBDF, DNPM, EMBRATUR e outros).

- **Órgãos Seccionais** - os órgãos ou entidades estaduais, responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a

degradação ambiental (SERLA, FEEMA, DRM e outros).

- *Órgãos Locais* - órgãos ou entidades municipais responsáveis pelo *controle e fiscalização* dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições.

No contexto das relações internacionais, tem o Brasil o dever de proteger o seu ecossistema, na medida em que, através do Decreto n.º 58.054, de 23.03.66, que promulgou a **CONVENÇÃO PARA PROTEÇÃO DA FLORA, FAUNA E DAS BELEZAS CÊNICAS DOS PAÍSES DA AMÉRICA**, foi esse tratado incorporado ao nosso direito positivo interno.

5.3.4. A Lei Penal Ambiental – Lei N.º 9.605/98

A *Lei n.º 9.605 de 30 de março de 1998*, denominada de *Lei Penal Ambiental*, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, é um importante passo dado pelo legislador brasileiro no escopo da proteção da Natureza. A legislação anterior, conforme dito, fragmentária e de difícil aplicação, foi, em que pese ainda merecer acurado exame, razoavelmente consolidada. Várias foram as inovações introduzidas por este diploma legal, sendo o mais significativo, a introdução da responsabilidade penal da pessoa jurídica, que já vinha encontrando agasalho em várias legislações européias, porém rejeitadas no Brasil ao argumento de incompatibilidade com a dogmática jurídico penal aqui vigente.

Não se comporta, neste despretenhoso ensaio sobre Direito Ambiental, o exame detalhado da referida Lei Penal Ambiental, que está a suscitar profundas reflexões dos estudiosos da área e operadores do Direito. De relevante o caráter eminentemente preventivo desta lei, que prestigia, antes de tudo, a reparação do dano ambiental, elevado à categoria de condição para a extinção da punibilidade, concessão do *sursis* e da suspensão do processo, prevista na Lei n.º 9.099/95. Ampla é a possibilidade da transação penal, cabível em todos os tipos penais, à exceção de três.

6. Conclusão

6.1. A efetividade das medidas ambientais

A evolução dos cuidados com o meio ambiente por parte do setor produtivo é pois, hoje, uma realidade. Os Governos estão preocupados com a poluição ambiental e estão envidando esforços no sentido da sua contenção. Normas internacionais estão sendo editadas. Isso pode parecer o bastante, mas, infelizmente não tem atingido o seu escopo. Aumenta terrivelmente a desertização das terras do globo, o que foi objeto da Convención de Naciones Unidas de Lucha contra la Desertización Y Sequia no Chile, da qual Colômbia participou, enviando representante do Governo e do Movimiento de los Países No-Alineados. Ainda ecoam as candentes palavras do representante do povo colombiano, enfatizando a miséria de significativa parcela da humanidade, a ser encarada com realismo e seriedade pelos povos desenvolvidos:

“La pobreza es, a la vez, causa y efecto del problema de la desertización. Causa, puesto que la pobreza ocasiona la sobre utilización del suelo. Sin adecuados sistemas de riego, sin abonos y sin la ayuda de los recursos técnicos indispensables

para incrementar la producción, la población, para sobrevivir, ejerce sobre los recursos naturales una presión tan intensa que pone en grave riesgo su renovación y ocasiona la erosión de la tierra disminuyendo su capacidad productiva.

Efecto, puesto que las tierras degradadas no logran satisfacer las necesidades humanas de los habitantes de las zonas áridas, semiáridas y subhúmedas secas.

Se genera así un proceso cuya consecuencia es trágica: la pobreza produce más desertización, la desertización más pobreza, la pobreza más desiertos y así sucesivamente, en un círculo maligno que es preciso romper.

La erradicación de la pobreza constituye la prioridad más apremiante para los países en desarrollo. En ellos, más de 1200 millones de personas viven en condiciones inhumanas, sin acceso a los servicios básicos de salud, vivienda, alimentación y educación. La exclusión y la discriminación social, el atraso y el subdesarrollo son causa permanente de conflictos, explosiones sociales, grandes migraciones e inestabilidad política.

En realidad, los cambios económicos que se han producido en el mundo durante la última década y que tanto se celebran en los países industrializados, no han influido gran cosa en la parte más pobre y más poblada del planeta. Por el contrario, la pobreza ha aumentado, el progreso económico se ha estancado notoriamente, la riqueza — aún en los países desarrollados — se está concentrando cada vez más en unas pocas manos, el deterioro ambiental se ha agudizado en muy buena parte como consecuencia de los irracionales patrones de consumo de las naciones ricas y la brecha entre países desarrollados y países en desarrollo, lejos de reducirse, se ha hecho cada vez más honda.

La "globalización", considerada hasta hace poco como gran logro de la humanidad y remedio para todos sus males, está siendo severamente cuestionada porque, tal como hoy se la concibe, se ha convertido en nueva expresión de la vieja división del mundo entre pobres y ricos.

Por ello, es cada vez más evidente la necesidad de buscar otras formas de globalización, más humanas, integrando las políticas sociales, económicas y ambientales como una condición imprescindible para el desarrollo de los ideales de la Convención.

Los países en desarrollo han dicho estar dispuestos a asumir los costos que entraña la adopción de los modelos de desarrollo sostenible. Han reconocido que el uso de los recursos naturales no puede ser ilimitado y que se deben aceptar que esa responsabilidad sea una responsabilidad individual de cada país y que deba ser atendida con sus propios recursos. Los problemas ambientales y del desarrollo tienen un carácter global y requieren, por tal razón, una respuesta global, con medidas más concretas y menos retóricas. Allí también debe operar la "globalización" que tanto se recomienda para otros propósitos, a través de compromisos políticos que puedan traducirse de manera rápida y eficiente en beneficios tangibles para los países en desarrollo".

Sim, a Terra está aquecendo, liberando grandes icebergs nos pólos. O ar está poluído, inviabilizando a vida em várias cidades. As terras férteis desertificando-se. No-

tam-se sensíveis alterações climáticas, com preocupante influência sobre o regime das chuvas, comprometendo as safras, com reflexos perversos na miséria que grassa no mundo. Algo precisa ser feito, isso é incontestável.

A despeito de todos os esforços até então empreendidos, cuja pouca eficácia é denunciada pelas candentes palavras acima transcritas, uma pergunta está a merecer resposta: por que o Homem depreda tão levemente a Natureza? A que responsabilizar tanta inconseqüência? A seu atavismo que o impele - ao argumento de ancestral direito natural de sobrevivência - a tomar à força aquilo de que se julga merecedor?

Talvez. Ou, quem sabe, ao orgulho de achar-se superior aos demais, dono de mais direitos, atribuindo-se méritos que não tem mas que, no seu entender, legitima-o a andar na contramão da História?

Serão essas as razões de entender o Homem que não precisa aguardar a sua vez; que pode atropelar seu semelhante; que o acostamento das estradas foi feito para possibilitar-lhe andar mais ligeiro que os demais, agravando-lhes a situação de desconforto; que as filas não são para serem, por ele, respeitadas; que sua "superioridade", quiçá só por ele imaginada (ou respaldada em critérios que não a de qualificação técnica) justifica as "coronas" dadas em seus pares; que pode invadir propriedades alheias aguardando que o tempo convalide sua violência?

É um assunto que merece profunda reflexão de psicólogos, sociólogos, políticos, educadores e daqueles que simplesmente buscam uma vida melhor.

Se não se tem a resposta, que se a procure. Enquanto não se a encontra é preciso que se solucionem os impasses criados por essa parcela da sociedade que se atribui tantos méritos que a coloca na posição acima do Direito. E enquanto o Homem não se sensibilizar de que a injustiça feita a um só ser humano é injustiça contra toda a Humanidade; enquanto uma só criança passar fome, ou um idoso morrer de frio neste lindo, grande e generoso mundo, a Humanidade será inevitavelmente infeliz. Se as coisas permanecerem como estão, talvez reste a esperança de que a dolorosa caminhada da Humanidade seja curta, pois que ela mesma se encarregará de pôr fim a essa esplêndida Obra da Criação que nos foi dada de graça, e talvez por isso não saibamos dar-lhe valor.

6.2. Restam, Ainda, Esperanças?

Sim, ainda há esperança. Não são, ainda, irreversíveis os danos causados aos ecossistemas pela má administração ou pela ganância e irreflexão do Homem. Em que pese não seja ilimitada, é enorme a capacidade de recuperação dos ecossistemas aos acontecimentos traumáticos, devidos a mecanismos próprios de regeneração do seu equilíbrio. Pode-se citar como exemplo o que ocorreu na Inglaterra, que logrou limpar, quando não se acreditava, o mais famoso rio de Londres, o Tâmesis, cuja situação era assim descrita:

"A condição do Rio deteriorou constantemente no decorrer dos anos, sofrendo o que talvez fosse o golpe final durante a Segunda Guerra Mundial, quando grandes estações de tratamento de esgotos foram danificadas ou destruídas. Durante os anos 40 e 50, a saúde do Tâmesis estava no nível mais baixo. O rio era praticamente um esgoto aberto; a água era preta, não contendo nenhum oxigênio, e

durante os meses de verão, o cheiro fétido do Tâmsa era perceptível numa ampla região... Os peixes antigamente abundantes por fim haviam sido expulsos, com exceção de uma poucas enguias, que conseguiram sobreviver por poderem respirar ao ar diretamente da superfície. As aves das regiões centrais, desenvolvidas, entre Londres e Woolwich, ficaram reduzidas a um punhado de marreco-chineses e cisnes-reais, e essas deviam sua existência ao que caía das docas de cereais, em vez de ao suprimento de alimento natural... ”¹⁸. Notícia-se hoje que em 10 anos esse mesmo rio se transformou em um virtual aviário, refúgio de muitas espécies de aves aquáticas, inclusive com uma população hibernante de até 10.000 aves de caça e 12.000 aves pernaltas¹⁹.

Um Mundo Mais Humano, é a meta a ser atingida.

Recursos não faltam. O avanço da tecnologia, mormente no campo da engenharia genética voltada à agricultura, faz com que não haja falta de alimento no globo. O Relatório do Desenvolvimento Humano informa que neste ano o consumo mundial de bens e serviços irá superar os 24 bilhões de dólares, seis vezes mais do que o nível de 1975. Nunca se consumiu tanto em alimentação, energia, educação, transportes, comunicações e lazer. Os sinais de progresso são notáveis. As pessoas vivem muito mais tempo que antes. Há mais saúde, educação e tecnologia. A despeito desse progresso, a cada dia que passa aumenta o fosso que separa o rico do pobre, o incluído do excluído do processo de desenvolvimento.

A globalização aí está. Não se há como dela fugir. O mundo se encontra em um novo processo revolucionário: o da informação, que subverte o conceito de tempo e espaço, tão caro para a Humanidade, pois que lhe dava suporte às suas convicções baseadas na sua tridimensionalidade. Hoje, com o telefax, a Internet e os satélites, há a instantaneidade das comunicações, encurtando-se o tempo e suprimindo-se espaços – sabe-se, ao mesmo tempo, dos luxos e das misérias, das carências e dos desperdícios, dos avanços da ciência e das superstições. O processo globalizante é irreversível e contínuo. Pode-se utilizá-lo para o bem da Humanidade. Pode-se utilizá-lo, também, para a perdição da Humanidade. Dependerá de como for manipulado.

Bem compreendida, a globalização não deve ser encarada como um mal. Conforme salientado por Michel Camdessus²⁰, diretor do Fundo Monetário Internacional (FMI) “é Deus mesmo quem atrai os homens e os atinge pelo processo unificador do universo”. Mas não parece ser essa a política atual que se vê adotada pelo FMI, que, ao prestigiar as políticas monetaristas, estão levando ao esmagamento as economias nacionais, com a transferência dos custos da crise financeira mundial, provocada pelos setores especulativos, para os setores íteis e produtivos da economia.

Essa política não se coaduna com justiça social. A miséria que ainda grassa na terra é revoltante. “É escandaloso que os pobres não possam satisfazer suas necessidades mais elementares”, diz James Gustave Speth, diretor do Programa da ONU para o Desenvolvimento²¹.

Mas nem tudo está perdido. Sim, ainda restam esperanças. Homens de bem estão a preocupar-se com seus semelhantes. A fraternidade ainda encontra abrigo no coração do Homem. Nesse sentido, bem vinda a iniciativa da Organização das Nações Unidas (ONU), ao estabelecer cinco metas centrais para sua proposta de desenvolvimento humano²²:

1) Melhorar a qualidade de vida de mais de 1 bilhão de pessoas que têm ficado à

margem da expansão de consumo no mundo.

2) Alcançar padrões de consumo que diminuam os danos ambientais e sejam mais sustentáveis, preservando os recursos aquáticos, o solo agrícola e as florestas.

3) Proteger os consumidores, promover seu direito à informação e seu acesso aos bens que necessitam.

4) Abandonar os padrões de consumo que reforçam a desigualdade e a pobreza (e que causam a violência urbana, por exemplo).

5) Atingir uma maior justiça social no mundo todo, prevenindo ao mesmo tempo os danos do meio ambiente. (Fonte: PNUD- 1998) (CCA)

6.3. Educar O Homem - Eis A Solução.

Portanto, com relação à recuperação física do planeta, o que poderia ser visto como um “milagre” realmente aconteceu – o ecossistema do Tâmis restaurou-se. Foi preciso um grande empenho do Homem para reverter os estragos causados por sua incúria. Isso mostrou, embora se refira a apenas um pequeno recanto do nosso Planeta, que ainda é possível reverter o quadro inquietante que se apresenta. Mas é preciso que se ataque o outro lado do problema que também, e com uma força estupenda, é responsável pela degradação do Meio Ambiente: a pobreza. A globalização não pode ser encarada como o empenho em construir-se um mundo evoluído, todavia onde não há lugar para aqueles que não são úteis ao processo econômico, destinatários somente dos seus malefícios. Sim, há um longo caminho a percorrer. Tem-se a meta – a valorização do Homem. Necessita-se da vontade impulsionada à sua direção.

Mas isso só se fará com educação e ética, em um esforço conjunto, de países pobres e ricos, em prol do bem comum. Esse esforço, porque tem que partir da vontade de homens, depende que se passe por uma reformulação ética do Homem moderno, por um melhoramento da pessoa humana.

Sim, o Homem precisa mudar. O homem público precisa aprender que não se pode utilizar, como própria, a coisa pública. Os dirigentes das Nações precisam aprender que o exemplo tem que vir de cima, das classes privilegiadas, porque muito foi-lhes dado, porque saciados estão de fome, justiça e saber. Não se pode olvidar que é muito difícil exigir honestidade e civismo de quem tem fome. O homem faminto, e com sede de justiça, esquece o senso ético e o sentimento de solidariedade. Do amoral não se pode esperar consciência.

Em finalizando, conta-se uma pequena estória, que está bem de acordo com o que aqui se discute:

“Numa bela manhã de domingo, dois homens conversavam em um amplo e confortável escritório. Eram, ambos, homens de bem, ocupantes de cargos de expressiva posição na Administração Pública. Discutiam os ongstiantes problemas que afligiam, naquele momento, o Mundo.

O mais velho, o anfitrião, trazia em sua bagagem intelectual muitas esperanças frustradas, frutos de experiências atabalhoadas, de mudanças levianas que não atingiram as metas aspiradas. Ero, por isso, mais prudente.

O mais moço, homem muito preparado, idealista, técnico de renome, muito cons-

ciente do poder da vontade, queria que as mudanças processassem-se no mesmo ritmo em que os pensamentos transitavam na sua mente jovem. Estava mais preocupado com o atingimento do fim do que com a adequação dos meios.

Não chegavam a um acordo, apesar do respeito mútuo que se devotavam e do peso dos argumentos que cada um apresentava, que outros não eram senão as medidas que deveriam ser tomadas em relação às nações que não queriam cumprir as exigências internacionais respeitante à proteção do meio ambiente, ao argumento de insuportável sacrifício do povo nativo.

Nisto, adentrou uma criança, neta do anfitrião. Viera passar o dia com o avô e, muito naturalmente, estava a exigir-lhe a companhia. O avô, que não queria desapontá-la, mas que não podia interromper aquele importante diálogo, atendeu-a carinhosamente, pedindo-lhe um pouco de paciência, dizendo-lhe que, logo logo, sairiam para fazer o tão esperado passeio dominical. A criança saiu, e os grandes problemas volveram à tona.

Alguns minutos após, novamente a criança interrompeu-os, para mostrar ao avô um bichinho que encontrara. Havendo recebido a atenção que queria, e que era a sua meta, retirou-se, para depois retornar para contar uma estória que havia ouvido na escola.

Compreendendo que sua netinha queria a sua companhia, e não querendo desapontar aquele ser muito amado, porém necessitando prosseguir no diálogo com o seu convidado, o avô teve uma idéia: chamou a criança e mostrou-lhe, sobre a mesa, um grande mapa-mundi. Ensinou-lhe ser aquele o maravilhoso Planeta em que viviam. Mostrou-lhe os continentes envoltos pelo azul dos oceanos, o brando das calotas geladas, os grandes e castanhos desertos, o verdor das florestas, as cadeias de montanhas, o continente e o país onde viviam, solicitando-lhe bastante atenção. Passo contínuo, dobrou o mapa várias vezes. Pegou de uma tesoura e recortou-o em inúmeras partes irregulares, formando um verdadeiro quebra-cabeça.

Colocando as centenas de pedacinhos numa caixa, disse à menina: reconstrua este mundo. Será difícil, eu sei, mas sei também que você deve tentar, porque ao homem compete, tão somente, esforçar-se, eis que o resultado pode não depender dele próprio, e sim de outrem. Quando tiver reconstruído o mundo, volte. Então, iremos passear.

A menina retirou-se. Os dois homens sorriram, imaginando que teriam um bom tempo para entregarem-se às suas reflexões, tal a magnitude do encargo dado à garota.

Após menos de um quarto de hora retornou a criança, dizendo haver feito o que o avô lhe pedira. Este, surpreso, argumentou não ser possível. A criança insistia: venha ver vovô.

Dirigiram-se, todos, a uma sala contígua. Sobre uma mesa de vidro encontrava-se o retrato de um homem, perfeito, porém demonstrando que havia sido previamente recortado em vários pedaços. Ao vê-lo disse o avô à pequena: não foi isto que lhe dei; pedi-lhe que construísse o mundo.

A criança sorrindo segurou-lhe as mãos e fê-lo abaixar-se e olhar por debaixo do tampo da mesa, que era de vidro. Disse-lhe, então: veja, vovô, aí está o mundo

perfeito. Não foi difícil. Bastou construir o Homem para reconstruir o Mundo.

Que fique para nós este exemplo. Construamos homens dignos, ressuscitando os valores que jazem adormecidos no seu ímo. Só assim conseguiremos salvar essa magnífica Obra da Criação a que denominamos de Natureza. Como já disse o filósofo, não somos criações miraculosas destinadas a adornar um paraíso de papelão. Somos filhos de Deus, herdeiros dos séculos e co-autores da Obra Divina.

O progresso não pode parar. É inevitável. A técnica é uma conquista da humanidade. Mas o homem não pode se esquecer de que se foi a técnica que levou o Homem até à lua, foi o amor que fez com que um Deus descesse dos Céus até o Homem.

Bogotá, 08 de junho de 1998.

Bibliografia

¹ ARAÚJO, Ubiracy. – A lei da Natureza - Lei de Crimes Ambientais, Publicação do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, Brasília: IBAMA, 1998, preâmbulo.

² CAPRA, Fritjof, O Ponto de Mutaçao, São Paulo: Editora Cultrix, 1997.

– O Tao da Física, São Paulo: Editora Cultrix, 1995.

³ (Edição 314-Ano 26-n.º 11-Novembro 98, p. 35/36).

⁴ SCHMIDHEINY, Stephan, com o Business Council for Sustainable Development. Mudando o Rumo – Uma Perspectiva Empresarial Global sobre Desenvolvimento e Meio Ambiente. Tradução. Rio de Janeiro: Ed. da Fundação Getúlio Vargas, 1992, p. 19.

⁵ Idem, p. 138.

⁶ SCHMIDHEINY, Stephan, com o Business Council for Sustainable Development. Mudando o Rumo – Uma Perspectiva Empresarial Global sobre Desenvolvimento e Meio Ambiente. Tradução. Rio de Janeiro: Ed. da Fundação Getúlio Vargas, 1992, p. 20.

⁷ Idem p. 85

⁸ Ibid. p. 166

⁹ INCAE – Centro Latinoamericano para la Competitividad y el Desarrollo Sostenible. Publicação dirigida ao Governo Brasileiro, 1998.

¹⁰ SCHMIDHEINY, Stephan, com o Business Council for Sustainable Development. Mudando o Rumo – Uma Perspectiva Empresarial Global sobre Desenvolvimento e Meio Ambiente. Tradução. Rio de Janeiro: Ed. da Fundação Getúlio Vargas, 1992, p. 139.

¹¹ FAO. Agriculture toward 2000. Roma, 1987, *apud* “Mudando o Rumo”, op. cit. p.143.

¹² Leonard, Jeffrey (ed.) *Environment and the poor: development strategies for a common agenda*. New Brunswick, N.J., Transaction Books, para o Overseas Development Council, 1989, *apud* “Mudando o Rumo”, op. cit. p.143.

¹³ Durning, Alan B. e Brough, Holly B. *Taking stock: animal farming and the environment*. Washington, D.C., World Institute, 1991, *apud* “Mudando o Rumo”, op. cit. p.143.

¹⁴ The World Commission on Environment and Development (The Brundtland Commission), *Our Common Future* (Oxford: Oxford University Press, 1987), p.43

¹⁵ The President's Council on Sustainable Development, op. Cit. P.IV.

¹⁶ CALDERÓN, Enrique Santos – *Una tragedia anunciada*. El Tiempo, Colombia, 21 de octubre de 1990, p. 4.A.

¹⁷ Francesco Carrara, *apud* Luiz Luisi in “Direito penal e Revisão Constitucional, RT-729 – Julho.

¹⁸ HARRISON, Jeffrey, GRANT, Peter. The Thames Transformed. *Apud* A Sentinela de 15 de Junho de 1998, p. 5.

¹⁹ Idem. p. 5.

²⁰ Citado por RICUPERO, Rubens. O Ponto Ótimo da Crise. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1998, p.93/98, *apud* AVELINE, Carlos Cardoso, in A Crise Global e a Teoria do Curto-Circuito, Revista Planeta, Ed. 314, Ano 26, n.º 11, Novembro 98, p. 35.

²¹ AVELINE, Carlos Cardoso, in A Crise Global e a Teoria do Curto-Circuito, Revista Planeta, Ed. 314, Ano 26, n.º 11, Novembro 98, p. 36.

²² Idem, p. 36.

DIREITO PENAL

ATOS ILÍCITOS E SEUS REFLEXOS NO PLANO TRIBUTÁRIO

Julietta Lídia Machado Cunha Lunz

Sumário:

1. Definição de ato ilícito *lato sensu*.
2. Ato ilícito e fato gerador de tributação.
3. Princípios que informam pena e a tributação.
4. Conclusão.

1. Definição de ato ilícito *lato sensu*

Os atos ilícitos caracterizados como atos humanos contrários ao direito – atuam na ordem jurídica como fatos geradores de indenização ou reparação do dano; como fato gerador de responsabilidade criminal e imposição da pena, e por último como fato gerador de imposição tributária.

A teor do art. 145, II, do Código Civil, se tem o reflexo do ato ilícito na esfera civil, na qual atua o ato ilícito como elemento nulificador da relação jurídica, vez que contraria os bons costumes e, afastando-se a só afirmação moral, torna seu agente responsável pelas conseqüências danosas que defluem da relação negocial nulificada pela ilicitude de seu objeto.

Desde que o Código Civil no art. 145, II, *verbis*:

“Art. 145. É nulo o ato jurídico:

.....
II – quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto;”

– não definiu o que se há de conceituar como ilícito, há de se proceder à indagação quanto a compreender tal expressão à contrariedade à lei e à moral, isoladamente ou não, mesmo porque lícito não é o mesmo que legal, donde que o ato ilícito não é o mesmo que ilegal, posto que ilegais atos existem, sem que o sejam ilícitos.

No direito brasileiro tal como no direito suíço não existe a conceituação do ilícito, donde ser mister a interpretação abrangente para que a impossibilidade jurídica da ilicitude e a imoralidade nulifiquem o ato jurídico em seu objeto.

Em primeira apreciação, todo negócio jurídico que obrigue a prática ou abstenção de atos que contrariem o direito à vida e à liberdade de opção é nulo, posto que ofende garantia constitucional. No sistema jurídico brasileiro a infração aos bons costumes compreende toda e qualquer violação da ordem pública, vez que o ilícito afronta os princípios da ordem social, política, econômica e moral e não apenas esta última, que inserida está na contrariedade ao

direito. Por certo que a natural e gradual transformação dos usos e costumes que baseiam a moral, é mais vagarosa que as transformações políticas, económicas e jurídicas, que se conduzem simbioticamente.

Necessária a distinção entre existência e validade dos atos jurídicos das quais decorrem a ilicitude e a impossibilidade do objeto ante a evolução até mesmo científica, que já permite a explicação do direito à disponibilidade de parte do corpo, ao distinguir no homem duas entidades, a subjetiva e a objetiva, de que trata Carnelutti — que antevia a duplicidade do suporte das relações jurídicas. Enquanto Pontes de Miranda afirma a acentuada unicidade, vez que, no que pertine às partes do corpo e o direito sobre o cadáver, o homem já não está em causa — somente de “coisa” se cogita.

Atual e mais que presente tal distinção ante a existência de fatos ilícitos — que dizem respeito à extirpação de órgãos e sua negociação. Há de se convir que a disponibilidade do direito a parte do corpo enseja negócio jurídico factível, ainda que possa ser increpado de reflexo de ato ilícito.

Por certo que a ilicitude fulmina de nulidade o negócio jurídico entre as partes, sendo tal nulidade inconversível, a teor do art. 146 e seu parágrafo único do Código Civil, *verbis*:

“Parágrafo único. Devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do ato ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las ainda a requerimento das partes.”

Entretanto a inconversibilidade não pode ser confundida com a extravagância ou reflexos da nulidade dos negócios objetivados nos atos ilícitos, para o fim de beneficiar os próprios fraudadores, os quais em última *ratio* estariam a se beneficiar da própria torpeza.

2. Ato ilícito e fato gerador de tributação

Do princípio de que não é lícito a ninguém alegar em seu benefício a própria torpeza, decorre a impossibilidade de projeção da nulidade dos negócios ilícitos, para afastar seus efeitos económicos e reparatórios.

E dos reflexos económicos dos atos ilícitos sobressai a tributação dos rendimentos e do lucro ilícito, vez que a tributação, recaindo sobre fatos de igual teor económico, beneficiaria exatamente os que, infringindo a ordem pública e jurídica, por ela não seriam alcançados quando da tributação, à qual somente obrigados estariam exatamente aqueles que atuam em seus negócios jurídicos pautados pelo respeito à lei, e aos seus parâmetros.

Fato é que o ato ilícito, contendo em si o desdobrar do *iter* factual ilícito, transborda da área civil e penal para a económica, portanto há de ser alcançado, em face ao sistema jurídico tributário.

3. Princípios que informam peua e a tributação

O princípio da isonomia, da igualdade perante a lei e ao Fisco, enunciada no Art. 150 da Constituição Federal, impõe o desdobrar ou multiface das considerações jurídicas quanto ao ato ilícito. Sem dúvida que dos atos ilícitos decorrem responsabilidades extranegociais, nas quais se insere a obrigação tributária, a responsabilidade perante o Fisco, quanto à aquisição de valores e suas disponibilidades em face ao negócio ilícito, sob pena de locupletamento à custa da própria torpeza.

Conveniente precisar a independência das obrigações que decorrem dos atos ilícitos que se distinguem de seus efeitos. O ato ilícito penalmente tipificado na lei penal corresponde à violação de direitos e dele decorrem todas as ações de execução que não podem ser equacionadas tão-somente em "perdas e danos" – previstas no Código Civil – perdimento, arresto e outras medidas previstas nos arts. 132 e seguintes do Código de Processo Penal.

4. Conclusão

Quanto ao conteúdo financeiro dos negócios ilícitos, há de se considerar que, a partir de Adam Smith e J. B. Say, o fator financeiro que permeava a vida em sociedade passou a ser objeto das várias teorias, todas voltadas às estruturas econômicas e institucionais, caracterizando os fatos geradores da atividade fiscal do Estado, a saber:

- processo macroeconômico de repartição das custas do Estado;
- redistribuição da renda resultante da receita;
- característica inpositiva do sistema econômico-financeiro.

As receitas ou ingressos públicos originam-se de duas rubricas:

- as extraordinárias e
- as ordinárias,

– nestas últimas se compreendendo as arrecadações tributárias e as multas que subdividem-se em impostos – taxas – contribuições de melhoria – contribuições parafiscais.

Na arrecadação e repartição tributária o Sistema Tributário se abebera nos princípios contidos no art. 150, da Constituição Federal – dentre os quais se sobressai o da isonomia tributária, a impor que a todo fato econômico gerador de tributo se proceda a devida exação – inobstante qualquer discutibilidade acerca da validade negocial de que se originou. Não se trata de ruptura do Sistema Jurídico, vez que o fomento da atividade Estatal baseia-se nos fatos econômicos e pressupõe a formação e circulação de riquezas, independentemente de sua origem.

Assim, em se cogitando de aplicação de preceitos financeiros, ontologicamente vinculados à ciência das finanças, não se cogita de moralidade ou imoralidade e diz respeito à Política Financeira, inspirada esta em objetivos que visam à composição econômica da vida social sob os aspectos:

- demográficos,
- de desenvolvimento e
- de instrumento da modificação das estruturas em desenvolvimento,

– o que por certo não se enquadra nos preceitos meticulosos que dizem com o fundamento moral dos negócios jurídicos – vez que preocupam-se unicamente com o aspecto econômico – financeiro e fiscal.

Assim, desde que presente o fato gerador da tributação, esta há de ser exercitada, sob pena de se gerar desigualdade e discriminação, especialmente em se cogitando dos reflexos econômicos de fatos ilícitos. A teor do art. 118 do Código Tributário Nacional, na interpretação do fato gerador se subtrai a validade jurídica, a natureza de seu objeto e os efeitos dos atos do contribuinte, responsáveis ou terceiros.

Em síntese, o mesmo princípio jurídico que informa devam ser restringidos os atos ilícitos, impõe que não deva permanecer inerte o sistema estatal ante a criação de paralelo

sistema econômico baseado em receitas advindas de “negócios paralelos”, vez que interferem drasticamente na esfera econômica e constituem formas de infiltração de uma economia informal e divorciada de qualquer comprometimento com a ordem jurídica, muito ao contrário voltada a seu enfraquecimento.

No Código Tributário Nacional depara-se no artigo 118 e seus incisos a fonte legal de imposição tributária dos atos ilícitos, a saber:

“Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I – da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II – dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.”

Não se podendo cogitar de que em seu inciso II, se tenham subtraído os efeitos do fato econômico e não- apenas aquele pertinente ao fato ilícito, posto que o fato econômico distingue-se para lastrear a formação e circulação da receita e o inciso do citado artigo exclui os “efeitos do ilícito”, que reflete a agressão do bem jurídico tutelado pela lei penal e suas consequências, no caso a pena corporal ou a multa ou ambas.

A propósito do tema é conveniente citar quanto ao Imposto de Circulação de Mercadorias, a Lei Complementar n.º 87, de 13/09/96, que dispõe quanto ao fato gerador em seu art. 2, § 2.º, *verbis*:

“Art. 2 – O imposto incide sobre:

.....

§ 2.º A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitui.”

Já no que diz respeito ao imposto sobre a renda, depara-se seu fato gerador independente, da origem quanto à legalidade ou não dos “proventos de quaisquer natureza”, *verbis*:

“Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proveito de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II – de proventos de qualquer natureza, assim entendido os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.”

Quanto ao conceito de provento, é evidente que se trata do léxico de proveito, rendimento ou lucro”, pouco ou nada se aferindo quanto a sua origem se lícita ou não, vez que cuida de conceito de conteúdo meramente financeiro-econômico.

Julgado do Supremo Tribunal Federal sustenta a legalidade da tributação dos atos ilícitos, como se verifica:

“SONEGAÇÃO FISCAL DE LUCRO ADVINDO DE ATIVIDADE CRIMINOSA: “NON OLET”.

Drogas: tráfico de drogas, envolvendo sociedades comerciais organizadas, com lucros vultosos subtraídos à contabilização regular das empresas e subtraídos à declaração de rendimentos: caracterização, em tese, de crime de sonegação fiscal, a acarretar a competência da Justiça Federal e atrair pela conexão, o tráfico de entorpecentes: irrelevância da origem ilícita, mesmo quando criminal, da renda subtraída à tributação. A exoneração tributária dos resultados econômicos de fato criminoso – antes de ser corolário do princípio da moralidade – constitui violação do princípio de isonomia fiscal, de manifesta inspiração ética.

EFEITO ATIVO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

J. E. Carreira Alvim*

Sumário:

1. Introdução.
2. Processo e procedimento.
3. Procedimento escrito, oral e misto.
4. Princípios informativos da oralidade.
5. Natureza das decisões interlocutórias. Recorribilidade.
6. Recurso das decisões interlocutórias. Agravo.
7. Decisões interlocutórias positivas e negativas.
8. Eficácia das interlocutórias positivas e negativas.
9. Objetivo do agravo. O denominado "efeito ativo".
10. Efeito ativo e provimentos condenatórios, declaratórios e constitutivos.
11. Agravo de instrumento e pedido de suspensão da decisão agravada.
12. Sentença de conteúdo negativo. Impossibilidade de efeito ativo.
13. Conclusão.

1. Introdução

No campo da ciência do direito, o processo é, a grosso modo, "uma operação mediante a qual se obtém a composição da lide" (Carnelutti), ou, em vista do seu escopo, "o conjunto de atos destinados à formação ou atuação de comandos jurídicos, cujo caráter consiste na colaboração para tal fim de pessoas interessadas (partes) com uma ou mais pessoas desinteressadas (juizes)" (Carnelutti).

Essa operação ou conjunto de atos deveria desenvolver-se sem maiores percalços, do primeiro ato, que lhe dá vida (petição inicial), ao último ato, que lhe põe fim (sentença), cumprindo o Estado da forma mais rápida e eficaz a prestação jurisdicional a que constitucionalmente se obrigou.

No entanto, antes da sentença, inúmeros são os atos que o juiz pratica no processo, de ofício ou a requerimento das partes, seja relativos as questões de ordem processual, seja a questões de ordem substancial, e que o ordenamento jurídico sujeita, nem sempre com muita razão, ao controle imediato do órgão recursal. Essa característica não é dominante em qualquer processo, dependendo da índole do interesse a que serve: assim, por exemplo, no processo trabalhista, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias é exceção, enquanto, no processo civil, é a regra.

2. Processo e procedimento

Se o processo é um conjunto de atos destinados a uma finalidade, que é a resolução

da lide (processo *stricto sensu*), cuja organicidade se mantém por força de uma relação jurídica que interliga os sujeitos processuais (processo como relação jurídica), aos olhos do observador ele se revela como uma seqüência de atos preordenados que garante o atingimento do seu fim (procedimento).

Processo e procedimento são duas realidades processuais que se apresentam quase sempre unidas, sendo este o campo em que aquele se desenvolve, embora a doutrina dominante insista em negar a existência de um processo voluntário ao lado do processo contencioso, admitindo apenas a existência de um procedimento voluntário.

3. Procedimento escrito, oral e misto

Em sede doutrinária, fala-se em três tipos de procedimento: a) escrito, em que todos os atos processuais são praticados pela forma escrita; b) oral, em que todos os atos processuais são praticados pela forma oral; e c) misto, em que alguns atos são praticados pela forma escrita e outros pela forma oral. Se revisarmos o processo antigo, verificaremos que o processo da *legis actiones* e o antigo processo germânico, embora por causas diversas¹, eram inteiramente oral, enquanto o processo medieval caracterizou-se por ser inteiramente escrito.

Atualmente, nenhum processo ou procedimento é totalmente escrito ou oral, predominando um sistema misto, que se corporifica pelas palavras escrita e oral, fazendo surgir um tipo de procedimento em que a expressão "oral" adquire sentido todo característico.

Assim, embora praticado pela forma escrita, os atos mais relevantes do procedimento são praticados a viva voz, e segundo determinados princípios, que é o que basta para vestir-lhe com o traje da oralidade.

4. Princípios informativos da oralidade

Procedimento oral é aquele informado pelos princípios da imediação, da identidade física do juiz, da concentração e da irrecorribilidade das (decisões) interlocutórias.

O princípio da imediação² significa que o juiz que vai proferir a sentença deve estar em contato com as partes e com as provas, sem intermediários. Traduz a relação do juiz com as partes e com as provas.

O princípio da identidade física do juiz traduz a exigência de que o juiz, de regra, deve ser o mesmo do começo ao fim da causa, devendo, aquele que conclui a audiência, sentenciar³ Esse princípio, porém, não informa nem o processo trabalhista nem o processo penal.

O princípio da concentração consiste em enfeixar, sempre que possível, os atos processuais numa única audiência, apresentando a parte a sua defesa, colhendo-se as provas, produzindo-se as alegações finais, e proferindo o juiz a sua sentença.

Por fim, o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias torna irrecorribéis todas as decisões que não configurem sentenças, só podendo ser impugnadas por ocasião do recurso interposto contra estas, sendo esse princípio dominante apenas no processo trabalhista e no processo arbitral (Lei n.º 9.307/96).

5. Natureza das decisões interlocutórias. Recorribilidade

Segundo a sistemática adotada pelo legislador pátrio, os atos do juiz consistem em sentença, decisão interlocutória e despachos. A sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa; decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve a questão incidente; e despachos são todos os demais atos do juiz, praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, cujo respeito a lei não estabelece forma especial (art. 162 do CPC).

Interessa-nos particularmente as decisões interlocutórias, que, desavisadamente, são tidas como sinônimo de decisões sobre questões processuais, quando, na verdade, o seu conteúdo pode ser também de ordem substancial, o que faz emergir uma especial modalidade de interlocutória, com a qual não está familiarizada a doutrina brasileira, que é a interlocutória de mérito, veiculadora dos provimentos antecipatórios substanciais (tutela antecipada).

Portanto, interlocutória não é senão a forma adotada por um ato processual para veicular determinado provimento, que, sendo de natureza processual, será uma interlocutória processual, ou, sendo de natureza substancial, será uma interlocutória substancial ou de mérito.

O direito processual civil brasileiro paternalisa a recorribilidade de qualquer decisão interlocutória, seja processual ou substancial, levando a tais extremos tal paternalismo que, não sendo cabível o recurso próprio (agravo), admite o mandado de segurança como sucedâneo recursal.

6. Recurso das decisões interlocutórias. Agravo

Nos termos do art. 522 do CPC, “das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, retido nos autos ou por instrumento”.

Portanto, de *lege lata*, o recurso cabível contra as decisões interlocutórias é o agravo, que, se ficar retido nos autos para ser conhecido por ocasião do julgamento da apelação (art. 523, caput), será um agravo retido, e, se for interposto diretamente no tribunal (art. 524, caput), será um agravo de instrumento.

Como as decisões interlocutórias podem agasalhar tanto um provimento processual quanto substancial, é também o agravo cabível das decisões que resolve sobre pedidos de antecipação de tutela (art. 273 do CPC) ou tutela específica (art. 461 do CPC), bem assim, em sede cautelar, sobre pedidos de liminares para garantir a utilidade da sentença que vier a ser proferida no processo principal, quando não tenha a própria liminar feição de satisfatividade, que hoje configura uma exceção.

7. Decisões interlocutórias positivas e negativas

Em princípio, toda decisão judicial, inclusive as interlocutórias são positivas, no sentido de que veiculam uma decisão judicial, mesmo que essa decisão tenha conteúdo negativo.

No entanto, quanto se fala em interlocutória negativa, quer-se referir a determinada modalidade de decisão em que o juiz nega o provimento vindicado pela parte, o que pode

trazer-lhe risco de prejuízo de difícil ou incerta reparação se não for de imediato reformada, seja pelo próprio juiz (juízo de retratação), seja pelo tribunal de segundo grau.

Na linguagem forense, criou-se essa dupla modalidade de interlocutória substancial ou de mérito: a) positiva, quando o juiz acolhe liminarmente a pretensão; b) negativa, quando o juiz não acolhe.

8. Eficácia das interlocutórias positivas e negativas

Quando o juiz profere uma decisão interlocutória substancial ou de mérito, seja positivo ou negativo o seu conteúdo, a sua eficácia é imediata, seja condenando, declarando ou constituindo relação jurídica (ou situação jurídica), caso em que será positiva, seja mantendo o *status quo*, caso em que será negativa.

Se a parte autora postulou e teve deferida a pretensão liminar, a outra parte pode valer-se do agravo de instrumento, para reverter o conteúdo do provimento, cassando a decisão agravada, valendo-se, ao mesmo tempo, da faculdade de pedir ao relator que atribua efeito suspensivo ao agravo, nos termos do art. 527, II, do CPC —, esse artigo diz que o relator, recebido o agravo, poderá atribuir-lhe efeito suspensivo — com o que neutraliza, temporariamente, a eficácia da decisão agravada. Enquanto não for julgado o agravo, a sua eficácia estará neutralizada.⁴

Mas, se a parte autora postula e tem indeferida a pretensão liminar, de nada lhe adianta agravar de instrumento, e pedir efeito suspensivo ao agravo, porque essa providência não lhe trará nenhuma utilidade —, a atribuição de efeito suspensivo ao agravo não tem força para convolar o conteúdo do provimento, de negativo em positivo, que é o que afinal satisfaz o interesse da parte — pelo que, na prática, criou-se o vício de agravar, pedir o efeito suspensivo para o agravo, e, concomitantemente, impetrar mandado de segurança para obter nessa via o que não lhe fora possível obter no próprio agravo. Três providências processuais para se alcançar um mesmo objetivo, mas na contramão da reforma processual, que veio para simplificar.

9. Objetivo do agravo. O denominado “efeito ativo”

Para evitar que a simplificação que se pretendeu por via do agravo direto no tribunal se transformasse numa complicação a mais no tão incompreendido novo figurino recursal, apressou-se a jurisprudência, *pari passu* com a doutrina, em encontrar solução que atendesse melhor ao interesse das partes.

Enquanto o art. 527, II, do CPC, trata de possibilitar o efeito suspensivo ao agravo, o art. 558 do mesmo Código atribui poderes ao relator do recurso (agravo ou apelação), em outros casos além dos nele especificados (prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea), dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. Aqui já não se trata de atribuir efeito suspensivo ao agravo, mas de suspender o cumprimento da própria decisão, embora o resultado seja, em ambos os casos, idêntico. Mas a problemática é a mesma, porquanto, se

a decisão for positiva, o pedido de suspensão do seu cumprimento surte efeito, mas se for negativa, nem se pode, na prática, pedir a suspensão pura e simples do seu cumprimento, porque nada haverá que ser cumprido.

Neste ponto entra o denominado "efeito ativo", para dar ao art. 558 do CPC uma exegese compatível com a sua finalidade e com o interesse das partes.

Se o agravo é um recurso, não se pode negar que o seu objetivo é substituir, no todo ou em parte, a decisão agravada, seja para manter o seu conteúdo, seja para substituí-lo por outro, seja para mantê-lo numa parte e substituí-lo noutra. Assim também a apelação, cujo propósito é substituir, no todo ou em parte, a sentença do juiz, pelo acórdão do tribunal.

Ora, se no julgamento do agravo, pode o tribunal, por razão óbvia, cassar a decisão denegatória, substituindo-a por uma concessiva, pode, igualmente, o relator, antecipar-se à turma nessa providência, mesmo porque a parte inconformada com essa decisão dispõe de "agravo interno" (dito agravo regimental), para, mais uma vez, tentar reverter em seu favor a decisão do relator do recurso.

Portanto, uma vez indeferida a postulação liminar, nada impede que o relator, que também é um órgão (monocrático) do tribunal, antecipando-se à turma, que é outro órgão (colegiado) do tribunal, suspenda a eficácia da decisão agravada e, concomitantemente, outorgue, desde logo, a pretensão liminar (o que equivale a convolar o conteúdo do provimento, de indeferitório em deferitório), independentemente de qualquer outra providência do agravante, pertinente a pedido de suspensão (mesmo porque incabível) ou mandado de segurança (mais incabível ainda).

A essa providência convencionou-se, com muita propriedade, denominar-se "efeito ativo" do agravo, passando, com essa denominação, a figurar nos arestos dos tribunais e nos compêndios doutrinários sobre o recurso.

10. Efeito ativo e provimentos condenatórios, declaratórios e constitutivos.

Muitos provimentos de índole substancial são denegados liminarmente por se apoiarem muitos juizes, em equivocada orientação doutrinária, segundo a qual a antecipação de tutela só tem cabimento em ação condenatória, mostrando-se incompatível com a ação declaratória e constitutiva, o que definitivamente merece ser afastada.

O provimento antecipatório pode conviver com as ações declaratórias, condenatórias e constitutivas, o que não significa que tenha cabimento em qualquer ação declaratória ou constitutiva, mas tal impedimento decorre única e exclusivamente da natureza da pretensão substancial que se veicula por seu intermédio e não da natureza da própria ação. É que determinadas ações constitutivas admitem a antecipação de tutela e outras não, cabendo ao juiz sopesar as circunstâncias em que pode deferi-la num caso e deve indeferi-la noutra. Assim, não se admite antecipação de tutela numa ação de separação judicial ou numa ação de investigação de paternidade (constitutivas), mas nada impede seja deferida numa ação de servidão de caminho ou passagem (igualmente constitutivas). Na ação declaratória, são inúmeros os casos de antecipação liminar, como nas ações em que se pede a declaração de inexistência (total ou parcial) de relação jurídica tributária⁵ ou a autenticidade de um documento, acoimado de inautêntico na primeira fase de uma licitação.

Também o fato de se tratar de ação de estado, de regra indisponível, não importa, porque, se, de um lado, uma ação de investigação de paternidade não comporta provimento antecipado, de outro, a ação de alimentos (igualmente ação de estado), o permite, tanto que admitido expressamente por lei.

Em tais casos, denegado o provimento antecipatório na inferior instância, basta à parte prejudicada agravar, pedindo ao relator que outorgue, liminarmente, o provimento antecipado.

11. Agravo de instrumento e pedido de suspensão da decisão agravada

Se bem interpretada a lei processual, o art. 527, II, do CPC atende às hipóteses de interlocutórias de índole positiva, em que a simples atribuição de efeito suspensivo basta para atender ao interesse da parte, enquanto o art. 558 do mesmo Código atende às hipóteses de interlocutórias de índole positiva ou negativa, para suspender o cumprimento da decisão, no primeiro caso (efeito passivo), e dar-lhe conteúdo positivo no segundo (efeito ativo), embora, em ambos os casos, deva a parte requerente fundamentar o seu pedido, sob pena de denegação.

Pela remissão feita pelo art. 527, II, do CPC, ao art. 558, vê-se que, em qualquer caso, além de agravar, deve a parte demonstrar que da decisão possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, não bastando a prática posta em uso no foro, de agravar e formular o pedido de suspensão, seja em preliminar, seja no final do recurso.

Isto porque, a fundamentação do recurso de agravo é uma e a fundamentação do pedido de suspensão é outra diversa.

Pode o pedido de suspensão ser formulado no corpo do próprio recurso, como pode também ser feito através de petição, caso em o que ter-se-á preventa a competência do relator que despachar o pedido, para o julgamento do agravo.

12. Sentença de conteúdo negativo. Impossibilidade de efeito ativo

No direito processual civil brasileiro⁶, a apelação tem, geralmente, duplo efeito, devolutivo e suspensivo, sendo, porém, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: I) homologar a divisão ou a demarcação; II) condenar à prestação de alimentos; III) julgar a liquidação de sentença; IV) decidir o processo cautelar; V) rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; e VI) julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem (art. 520 do CPC).

Pelo sistema adotado, os efeitos do recurso são "ex vi legis", quer dizer, promanam da lei, sendo esta que dita quais as sentenças que podem ser executadas provisoriamente, na medida em que retira o efeito suspensivo do recurso, mantendo apenas o devolutivo.

Portanto, aquela clássica decisão do juiz inferior, dizendo que recebe o recurso nos seus efeitos devolutivo e suspensivo, não tem, entre nós, na sistemática atual, maior significado, porque a lei já diz quais são esses efeitos, e o juiz não pode recebê-lo nos dois efeitos quando a lei só concede um ou recebê-lo apenas num quando a lei lhe outorga dois. Diversamente ocorre em alguns sistemas estrangeiros, em que a lei deixa ao juiz a faculdade de receber o recurso apenas num ou nos dois efeitos, cabendo-lhe dizer expressamente ditar a extensão que empresta à decisão de recebimento. Assim, preferem alguns juízes dizer que recebem o recurso nos seus efeitos legais, no

que, apesar de “choverem no molhado”, ajustam a sua decisão à determinação legal.

Num sistema como o nosso, uma disposição semelhante à constante do art. 558, parágrafo único, do CPC, com a nova redação dada pela Lei n.º 9.139/95, estendendo as disposições sobre o agravo também à apelação, fazia alguma falta, pois, sem ele, o mandado de segurança vinha sendo utilizado como sucedâneo recursal, nas hipóteses em que a lei previa apenas o efeito devolutivo para o recurso, mas a execução provisória da sentença podia causar danos irreparáveis ou de difícil reparação, como, por exemplo, no despejo de imóvel por falta de pagamento.

Agora, também em sede de apelação, nos casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, pode o relator do recurso suspender o cumprimento da sentença até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara (art. 520, parágrafo único, do CPC).

Embora não haja, relativamente à apelação, uma disposição análoga a do art. 527, II, do CPC, a disposição contida no parágrafo único do art. 558 permite alcançar idêntico objetivo, pois, a suspensão do cumprimento da sentença equivale a atribuir à apelação o efeito suspensivo, quando ela normalmente não o tenha.

O que não se admite em sede de apelo é a outorga do efeito ativo ao recurso, porque não dispõe o relator do poder de inverter o conteúdo da sentença, de negativo em positivo, pois tal poder só dispõe o órgão colegiado do tribunal.

Na hipótese de uma sentença de improcedência do pedido, pode o recorrente ter interesse em manter, por exemplo, os efeitos da decisão que concedeu a tutela antecipada, caso em que, não podendo se valer do efeito ativo da apelação, deve se socorrer da ação cautelar no tribunal, para preservar intangível os efeitos de eventual liminar até o julgamento definitivo do recurso.

13. Conclusão

Estas as considerações que me pareceram oportunas sobre o denominado “efeito ativo” do agravo de instrumento, que tanta polêmica tem causado em sede doutrinária, mas que foi de tal forma absorvido pela jurisprudência, que o agravo vem cumprindo satisfatoriamente o seu papel, tanto para corrigir decisões de conteúdo positivo quanto negativo, evitando o uso do mandado de segurança como sucedâneo recursal.

Bibliografia:

¹ O sistema germânico era oral porque os bárbaros eram analfabetos.

² Este princípio adquire relevância em se tratando de prova testemunhal (*lato sensu*), porque o juiz colhe importantes elementos de convicção deste contato imediato com a fonte, para valorar a credibilidade de um testemunho. A mediação não tem significado algum, quando se trata de prova documental.

³ Este princípio não é observado em muitos casos, como quando o juiz é promovido, removido ou aposentado, casos em que deve passar os autos ao seu sucessor, que proferirá a sentença.

⁴ Já não mais se admite mandado de segurança para essa finalidade, embora nos Juizados Especiais e na Justiça do Trabalho, ele continue a ser utilizado, a meu ver indevidamente, com esse objetivo.

⁵ Notadamente naquelas hipóteses em que já tenha o tributo sido considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

⁶ A Comissão de Reforma do Código de Processo Civil propôs a alteração desse sistema, dando, de regra, ao recurso de apelação apenas o efeito devolutivo, à semelhança do que acontece com o agravo, cabendo ao juiz ou tribunal, a pedido da parte, e em determinadas circunstâncias, também o efeito suspensivo. Este projeto ainda tramita no Congresso Nacional.

*Prof. de Direito Processual Civil, na PUC-RJ; Juiz do TRF-2.ª Região (RJ-ES),
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP

ENTIDADES DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL E COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

José Carlos Garcia*

O art. 58 da Lei n.º 9.649, de 28 de maio de 1998, alterou a natureza jurídica das entidades fiscalizadoras de profissão, antigamente tidas como autarquias, para entidades de direito privado. Ao mesmo tempo, delegou-lhes os serviços de fiscalização profissional, mediante autorização legislativa, deferindo-lhes ainda a fixação, cobrança e execução das contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas, bem como dos preços de serviços e multas, os quais constituirão receitas próprias, servindo as respectivas certidões de dívida como título executivo extrajudicial. Diz a íntegra do referido artigo de lei:

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

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

§ 2.º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, não manterão com os órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

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

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

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

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

§ 7.º Os conselhos de fiscalização das profissões regulamentadas promoverão,

até 30 de junho de 1998, a adaptação de seus estatutos e regimentos ao estabelecido neste artigo.

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

§ 9.º O disposto neste artigo não se aplica à entidade de que trata a Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994."

As normas acima transcritas têm gerado grandes embaraços nas ações judiciais pertinentes, notadamente nas execuções fiscais propostas por aquelas entidades, ensejando uma série de extinções processuais ou remessas de autos à Justiça Estadual, com conseqüentes interposições de agravos ou suscitação de conflitos de competência.

Não poucos colegas vêm considerando o art. 58 inconstitucional, e conseqüentemente também seu § 8.º. Sustentam, em primeiro lugar, que o poder de polícia insito aos órgãos de fiscalização profissional não pode ser delegado a entidades privadas, especialmente no que respeita à capacidade tributária ativa; em segundo lugar, defende-se que, não tendo mais tais entidades natureza de direito público, não podem inscrever seus créditos em dívida ativa, com a decorrente impossibilidade de ajuizamento de execuções fiscais, pelo rito determinado na Lei n.º 6.830; por fim, a pretensa regra de competência do § 8.º seria inconstitucional porque, não se cuidando mais de pessoa jurídica versada no art. 109, I, da Constituição, não mais haveria competência da Federal para processar e julgar tais feitos.

Sou de opinião que é perfeitamente possível a interpretação da referida norma conforme o texto da Constituição, o que implicaria, ainda assim, várias readequações dos operadores jurídicos quanto às matérias já mencionadas.

Em primeiro lugar, é preciso que se lembre que, ao contrário do que costumeiramente se afirma, o poder de polícia não é propriamente indelegável, sendo-o apenas de forma *genérica*, inas não de forma *específica*, não se constituindo em novidade sua delegabilidade a particulares em nosso sistema jurídico. O poder de polícia tem origem sempre no Estado e na necessidade de sua intervenção restritiva quanto às pessoas e aos bens de modo a adequá-los ao interesse público, e neste sentido geral não pode jamais ser delegado; há tempos a doutrina distingue entre *poder de polícia* e *atividade de polícia*, ressaltando que o primeiro, que decorre sempre de lei formal (e, portanto, do Poder Legislativo), não pode ser delegado, mas que a segunda o pode (SILVA, 1978: 243). O *poder de polícia*, implicando restrição a direitos individuais assegurados na Constituição, exige sempre, para a validade das normas que o exteriorizam no Estado Democrático de Direito, a observância da cláusula de reserva formal de lei, pois somente o Poder Legislativo é competente para impor, de modo abstrato e geral, tais restrições (idem: *ibidem*); mas a função da Administração Pública que se exerce mediante atos de polícia pode ser delegada, mesmo a particulares.

CID TOMANIK POMPEU (1977) sustenta tal possibilidade, elencando vários exemplos de delegação dos atos de polícia a particulares, tanto no exterior¹ quanto no Brasil; aqui, elenca exemplos até mesmo de delegação do poder de polícia a pessoas físicas, como na previsão, pelo Código Eleitoral, de caber ao presidente da mesa receptora a polícia dos trabalhos eleitorais (art. 139 da Lei n.º 4.737/65); salienta, ainda,

os serviços de vigilância bancária, realizados por empresas particulares (p. 440).

Também HELY LOPES MEIRELLES menciona o poder de polícia delegado, frisando que este é sempre limitado aos termos da delegação e se caracteriza por atos de execução, não compreendendo, precisamente por isso, a imposição de taxas, porque o poder de tributar é intransferível; mas no poder de polícia delegado está implícita a faculdade de aplicar sanções aos infratores, na forma regulamentar, "pois que isto é atributo de seu exercício" (pp. 115-6).

É também opinião de JOSÉ AFONSO DA SILVA a defesa da delegabilidade da atividade de polícia, de modo limitado e expresso, aos particulares, especialmente às entidades paraestatais - que não compreendem apenas as empresas públicas e sociedades de economia mista, integrantes da Administração Indireta por força do disposto no art. 4 do Decreto-Lei n.º 200, mas também outras entidades estranhas a ela, como os serviços sociais autônomos (SILVA, 1978).

O que temos no caso vertente não é distinto: trata-se de mera conversão de autarquias corporativas em pessoas jurídicas de direito privado, mas ainda assim organizadas especialmente para o desempenho da chamada "polícia das profissões", e, portanto, geneticamente destinadas ao fim exclusivo de atendimento a serviço de interesse social, em colaboração com o Poder Público. Não vislumbro, portanto, maiores problemas em delegar-se a elas o exercício restrito de atos de polícia, desde que se o faça por lei formal e de modo expresso, limitando-se tal exercício aos termos da autorização legal. Neste sentido, a alteração da situação jurídica das entidades de fiscalização de profissões regulamentadas, mais esta vez, somente pode operacionalizar-se por inteiro após a conversão da Medida Provisória n.º 1.549-36, e reedições, em lei, o que apenas ocorreu em 28 de maio de 1998.

Como já vimos, os atos de polícia passíveis de delegação não chegam, como é evidente, à capacidade tributária ativa, restrita à Administração Pública. Por isso mesmo, a redação originária da Medida Provisória n.º 1.549-36 era ainda mais sofrível do que a da Lei n.º 9.649, posto que aludia à instituição e cobrança de taxas e emolumentos. No texto da Lei, figura apenas a possibilidade de fixação, cobrança e execução de contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas, preços de serviços e multas.

Já aqui precisa evidenciar-se que as "contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas", mencionadas no art. 58, § 4.º, da Lei n.º 9.649, não podem evidentemente ser confundidas com as versadas no art. 149, *caput*, da Constituição, já que estas, em primeiro lugar, podem ser instituídas exclusivamente pela União, e, em segundo, sua instituição, fixação e cobrança exigiriam a delegação de capacidade tributária ativa a particulares, o que efetivamente não é possível. Do que aqui se trata é apenas das anuidades dos Conselhos, entendimento seguido pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que não considere aceitável a conclusão (sobre competência) da ementa abaixo transcrita:

"COMPETÊNCIA INTERNA. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. EXECUÇÃO FISCAL. COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÕES NO INTERESSE DA CATEGORIA PROFISSIONAL. COBRANÇA DE ANUIDADES. Se a execução tem por objeto a cobrança de contribuições no interesse da categoria profissional (CF, art. 149, "caput"), compete à Egrégia 1.ª Seção decidir

sobre eventual conflito de competência; se, todavia, a execução visa à cobrança de anuidades, isto é, de receitas privadas previstas pelo artigo 58, § 4.º, da Lei n.º 9.649, de 1998, competente para decidir o incidente será a Egrégia 2.ª Seção.

2. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. *A execução cujo objeto é a cobrança de contribuições no interesse da categoria profissional (CF, art. 149, "caput") deve ser processada e julgada pela Justiça Federal. Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juiz Federal da Vara de Uberlândia, MG." (STJ, 1.ª SEÇÃO, CC 22200/MG (98/0031687-6), decisão de 09/09/1998, DJU de 28/09/1998, p. 2, Relator Ministro Ari Pargendler, decisão unânime; grifei)*

A referência à competência das Seções do STJ é aqui particularmente elucidativa, já que, nos termos do art. 9, § 1.º e 2.º, do Regimento Interno daquele Colendo Tribunal, a competência das seções é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa, cabendo à Primeira Seção processar e julgar os feitos relativos a licitações e contratos administrativos; nulidade ou anulabilidade de atos administrativos; ensino superior; inscrição e exercício profissionais; direito sindical; nacionalidade; desapropriação, inclusive a indireta; responsabilidade civil do Estado; tributos de modo geral, impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios; preços públicos e multas de qualquer natureza; direito público em geral, salvo os mencionados nos itens I, II e III do § 3º do mesmo dispositivo. À Segunda Seção, diversamente, cabe processar e julgar os feitos relativos a: domínio, posse e direitos reais sobre coisa alheia, salvo quando se tratar de desapropriação; obrigações em geral de direito privado, mesmo quando o Estado participar do contrato; responsabilidade civil, salvo quando se tratar de responsabilidade civil do Estado; direito de família e sucessões; direito do trabalho; propriedade industrial, mesmo quando envolverem arguição de nulidade do registro; constituição, dissolução e liquidação de sociedade; comércio em geral, inclusive o marítimo e o aéreo, bolsas de valores, instituições financeiras e mercado de capitais; falências e concordatas; títulos de crédito; registros públicos, mesmo quando o Estado participar da demanda; direito privado em geral, salvo os mencionados no item IV do § 3º daquele artigo regimental.

Contrariamente, as multas podem e devem ser aplicadas pelos conselhos, ainda que agora com personalidade jurídica de direito privado, já que, sendo como são sanções, sua aplicação e cobrança é atributo inerente ao exercício das atividades de polícia, havendo na hipótese expressa delegação de lei em sentido estrito.

As certidões correspondentes aos seus créditos (referentes às contribuições anuais, preços de serviços e multas) constituem-se como títulos executivos extrajudiciais, é o que diz o § 4.º do art. 58 em sua parte final. Ora, não se diz aqui, como de fato jamais se poderia dizer, que tais certidões são certidões de dívida ativa, porque *não o são*: nos termos do art. 2 da Lei n.º 6.830/80, constitui dívida ativa da Fazenda Pública a definida como tributária ou não-tributária na Lei n.º 4.320, bem como qualquer valor cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades descritas no art. 1 da mesma Lei (art. 2, § 1.º). Por outro lado, o referido art. 1 determina que a execução judicial para cobrança da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por aquela Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil. Arrola, pois, de forma taxativa aqueles que podem lançar mão da execução fiscal, o que não inclui qualquer pessoa jurídica de direito privado.

As pretendidas certidões podem quando muito ser, portanto, títulos executivos extrajudiciais, inserindo-se no disposto no art. 585, VII, do CPC. Entretanto, há que se considerar que toda a sistemática de nosso processo de execução aponta no sentido de reconhecer como títulos executivos extrajudiciais apenas aqueles constituídos ou através de chancela estatal (como nos incisos V e VI do art. 585 do CPC), ou bilateralmente (como em todos os demais)". Em outras palavras: em nosso ordenamento jurídico, somente os entes públicos podem constituir unilateralmente seus títulos executivos extrajudiciais, como, aliás, está manifesto nas seguintes decisões do próprio Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. TÍTULO EXECUTIVO. INEXISTÊNCIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 585, II, E 586 DO CPC.

Mesmo subscrito pelo eventual devedor e assinado por duas testemunhas, o contrato de abertura de crédito não é título executivo extrajudicial, ainda que a execução seja instruída com extrato e que os lançamentos fiquem devidamente esclarecidos, com explicitação dos cálculos, dos índices e dos critérios adotados para a definição e a evolução do débito, pois esses são documentos unilaterais de cuja formação não participou o devedor. Precedente da Segunda Seção. Recurso especial não conhecido." (STJ, 4.ª Turma, RESP 130871/RS, decisão de 11/02/1999, DJ de 17/05/1999, p. 207, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, decisão unânime)

"CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. Limitando-se a ensejar a possibilidade de utilizar-se de crédito, obriga apenas quem se dispõe a propiciar o mútuo. Não reflete qualquer obrigação da outra parte, menos ainda líquida, certa e exigível. Impossibilidade de o título completar-se com extratos fornecidos pelo próprio credor que são documentos unilaterais. Não é dado às instituições de crédito criar seus próprios títulos executivos, prerrogativa própria da Fazenda Pública. Entendimento que não se altera em virtude da modificação introduzida pela Lei n.º 8.953/94, pois não afastada a exigência de liquidez e certeza constante do artigo 586 do CPC. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. MULTA. Ausência de fundamentação. Intuito procrastinatório não evidenciado. Ilegalidade da multa imposta." (STJ, 3.ª Turma, RESP 116994/PR, decisão de 06/08/1998, DJ de 12/04/1999, p. 142, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, decisão unânime)

"CONTRATO DE ABERTURA DE CREDITO. LIMITANDO-SE A ENSEJAR A UTILIZAÇÃO DE DETERMINADA QUANTIA, NÃO CONSUBSTANCIA OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA DETERMINADA, INEXISTINDO CORRESPONDENCIA COM O MODELO PREVISTO NO ARTIGO 585, II DO C.P.C. IMPOSSIBILIDADE DE O TITULO COMPLETAR-SE COM EXTRATOS FORNECIDOS PELO PROPRIO CREDOR QUE SÃO DOCUMENTOS UNILATERAIS. NÃO É DADO AS INSTITUIÇÕES DE CREDITO CRIAR SEUS PROPRIOS TITULOS EXECUTIVOS, PRERROGATIVA PROPRIA DA FAZENDA PUBLICA." (STJ, 3.ª Turma, RESP 29597/RS, decisão de 10/08/1993, DJ de 13/09/1993, p. 18.559, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, decisão por maioria)

Já tendo decidido o STJ que as anuidades previstas no art. 58, § 4.º, da Lei n.º 9.649 não se confundem com as contribuições versadas no art. 149, *caput*, da Constituição, como mencionamos acima, conclui-se forçosamente que "a certidão relativa aos créditos decor-

rentes”, como mencionado no tal parágrafo do art. 58, e que seriam títulos executivos extrajudiciais, o serão apenas quando referentes às multas aplicadas no exercício da atividade de polícia delegada por lei. Isto porque, neste caso, ainda que a entidade de fiscalização profissional seja dotada de personalidade jurídica de direito privado, ela exerce função pública delegada por lei, impondo a sanção daí decorrente nos limites deste mesmo exercício. Pode, por isso mesmo, constituir unilateralmente o título executivo extrajudicial respectivo apenas e unicamente neste contexto, e em nenhum outro. Nas hipóteses de anuidades e preços, entretanto, a melhor hipótese ao alcance destas entidades seria, em tese, a ação monitoria.

Quanto às multas, as mesmas poderão ser desde logo executadas, mas as respectivas execuções evidentemente não poderão ser processadas pelo rito da Lei n.º 6.830, e sim pelo previsto no Capítulo próprio do Código de Processo Civil. Esta constatação leva-nos forçosamente à conclusão de que as execuções fiscais em curso já não podem ser processadas após a entrada em vigor da Lei n.º 9.649, porque os exequentes perderam condição de legitimidade para sua propositura, em face da alteração de seu regime jurídico, com o que é inafastável a extinção do feito.

Chegamos, finalmente, à fixação da competência da Justiça Federal. Não vislumbro a ocorrência de vício de inconstitucionalidade neste particular, porque o famigerado § 8.º do art. 58 da Lei expressamente prevê a competência da Justiça Federal para a apreciação das controvérsias que envolvam os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas *quando no exercício dos serviços a eles delegados, conforme disposto no caput*, ou seja, *apenas quanto aos serviços de fiscalização*. Daí que serão de competência da Federal apenas e tão-somente as controvérsias que versarem as atividades-fim dos Conselhos, jamais suas atividades-meio. Neste sentido, os atos disciplinares praticados por seus dirigentes sem obediência ao devido processo legal consagrado no art. 5, LIV, da Constituição, serão passíveis de controle jurisdicional perante a Justiça Federal, inclusive pela via mandamental; como as sanções de caráter pecuniário refogem à auto-executoriedade dos atos de polícia, mesmo para os órgãos integrantes da Administração (MEIRELLES, 1993: 121-2), as execuções movidas para a cobrança das *multas* (e *somente* delas, que são penalidades inerentes ao exercício do poder de polícia) serão processadas perante o Juízo Federal, ainda que de forma alguma pelo rito da Lei n.º 6.830; de outra parte, não o serão, em *nenhuma* hipótese, as ações relativas à cobrança das anuidades ou preços de serviços (que não poderão se fazer pela via executiva), vez que não respeitam diretamente à fiscalização das profissões regulamentadas, objeto da delegação tratada na Lei n.º 9.649/98. Nestes casos, a competência é indiscutivelmente da Justiça dos Estados, por cuidar-se de mero interesse de particulares.

A situação, mais uma vez, não é nova: é o que já se dá no caso de impetração de mandado de segurança contra ato de reitor de universidade particular, apenas para dar um exemplo recorrente na Justiça Federal; do mesmo modo, ainda que as sociedades de economia mista não estejam contidas no rol do art. 109, I, da Constituição, a Federal é competente para processar e julgar os mandados de segurança impetrados contra atos praticados por delegação da União².

Por todos estes motivos, entendo que nossos tribunais vêm enfocando equivocada-

damente a matéria, fazendo uma leitura exageradamente ampliativa daquilo que se contém no art. 58, § 8.º, da Lei n.º 9.649/98, o qual deve ser aplicado *literalmente*, isto é, apenas no que concerne ao exercício das atividades de polícia delegadas, tal como consta de sua parte final. Esta orientação ampliativa talvez se explique pela influência do Enunciado n.º 66 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹, hoje claramente superado pela Lei. Mais adequado à atual realidade normativa sobre o tema me parece o seguinte acórdão da 2.ª Turma do Tribunal Regional Federal da nossa 2.ª Região:

"PROCESSO CIVIL - COMPETÊNCIA - SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES.

I - Em se tornando os serviços de fiscalização de profissões entidades de caráter privado, razão não há para que a ação de execução de dívida tenha curso na Justiça Federal. Só podem ser propostas nesta Justiça ações em que a União tenha interesse, hipótese inexistente no presente caso, ou nos mandados de segurança em que autoridade coatora pratique ato decorrente do exercício de função delegada, hipótese também não verificada aqui.

II - Agravo improvido." (TRF da 2.ª Região, 2.ª Turma, AI n.º 97.02.42269-8-RJ, decisão de 06/05/98, Relator Juiz Castro Aguiar, decisão unânime)

Com a ressalva de minhas posições, acima expressas, quanto às execuções por multa e à inexistência de título executivo extrajudicial quando se tratar de anuidades e preços, entendo ser esta a orientação mais acertada sobre a matéria.

Bibliografia:

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 18.ª ed. 2.ª tir. atualização por Eurico de Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1993;

POMPEU, Cid Tomanik. "O exercício do poder de polícia pelas empresas públicas". Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 258, abr./jun. 1977, pp. 438-41;

SILVA, José Afonso da. "Poder de polícia: Atribuição a entidade paraestatal". Parecer. Rio de Janeiro, Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas, v. 132, abr./jun. 1978, pp. 241-55.

¹ Citando Massimo Severo Giannini e Michel Stassinopoulos, lembra, na Europa, os casos de polícia das estradas de ferro, dos corpos de vigilância urbana comunal, dos corpos particulares de vigilância florestal, das concessionárias de serviços públicos etc. Rafael Bielsa, ainda que advogando a indelegabilidade do poder de polícia, admite a outorga de poderes limitados e expressos ao concessionário, de modo a tornar mais oportuna e eficaz a prestação do serviço (FOMPEU, 1977: 439).

² Por exemplo: "Conflito de competência. Mandado de segurança. Sociedade de economia mista. As sociedades de economia mista não litigam perante a Justiça Federal; isso só acontece excepcionalmente quando agem em nome da União Federal, por delegação desta, sujeitando-se então, nos mandados de segurança que atacam os atos assim praticados, ao foro federal. Hipótese em que o mandado de segurança ataca ato de gestão da própria sociedade de economia mista. Competência da Justiça Estadual." (STJ, 1.ª Seção, CC n.º 16464/PA, decisão de 08/05/1996, DJU de 10/06/1996, p. 20.263, Relator Ministro Ari Pargendler, decisão unânime)

³ Enunciado 66 da Súmula do STJ: "Compete à Justiça Federal processar e julgar execução fiscal promovida por Conselho de fiscalização profissional".

FORTALECIMENTO DO JUIZ NATURAL

Valéria Medeiros de Albuquerque*

A Constituição Federal Brasileira de 1988 ao dispor em seu artigo 5, inciso XXXVII- "Não haverá juízo ou tribunal de exceção", veio a consagrar o excelso princípio do juiz natural, pré-constituído, vedando a constituição de juiz "ad hoc" para o julgamento de determinada causa.

No direito comparado, surgiu pela primeira vez o conceito de juiz natural na Inglaterra. No direito espanhol não se usa a expressão juiz natural que é substituída por juiz competente, tal como se vê na Constituição de 1876, art. 16 e no art. 28 da Constituição Republicana de 1931.

Já o direito alemão emprega a expressão juiz legal. O art. 105 da Constituição de Weimar dispunha que não poderiam ser criados tribunais de exceção e que ninguém poderia ser subtraído de seu juiz legal.

No direito brasileiro o princípio do juiz natural está consagrado no art. 5º, inciso XXXVII: "Não haverá Juízo ou Tribunal de exceção."

Os tribunais de exceção, vedados expressamente na nossa Lei Maior, violariam o princípio do juiz natural, uma vez que seriam órgãos judicantes a que se confere julgamento de crime ex post facto.

Evidente que estes Tribunais devem ser banidos do nosso direito por serem atentados à Justiça, já que voltados para fins específicos e muitas vezes compostos por pessoas sem qualificação profissional ou sem garantias próprias da magistratura.

Não se deve entretanto, confundir o tribunal de exceção com a justiça especializada; esta última encontra raízes profundas no nosso direito constitucional, com precedentes encontrados em quase todos os países, por não ser possível acumular em um único órgão judicante toda atividade jurisdicional.

O juiz natural é o juiz legal, o juiz constitucional. O princípio do juiz natural ocorre pela distribuição dos feitos no Brasil. Todo cidadão tem direito de ser julgado pelo juiz competente na época.

Na lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES, no seu MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL:

"A jurisdição pode ser exercida apenas por órgão previsto na Constituição da República: é o princípio do juiz natural ou juiz constitucional. Considera-se investido de funções jurisdicionais tão só, o juiz ou tribunal que se enquadrar em órgão judiciário previsto de modo expresso ou implícito em norma jurídica constitucional."

Não se deve alegar inconsistência entre o princípio do juiz natural com o juizado penal militar, o qual está estruturado em bases prédefinidas e portanto, em consonância com este princípio, ou entender-se como exceção a este princípio a existência de foro

privilegiado, concedido pela Constituição Federal, como exemplo, ao Prefeito de ser julgado perante o Tribunal de Justiça e a de Deputados Federais, Senadores e Presidente da República de serem processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

No direito brasileiro, a garantia do juiz natural é princípio inscrito na Constituição em mais de um texto e isto, pelo relevo que tem em nossas instituições políticas o PODER JUDICIÁRIO, consagrado o referido princípio no art. 5, inciso XXXV, da Constituição Federal, que dispõe:

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Assim, o juiz natural deve ser entendido não apenas como o juiz da sentença de primeiro grau, mas nele devem estar incluídos todos os Juízes e Tribunais chamados a intervir em determinado feito.

É insuficiente apenas reconhecermos a preponderância do princípio do juiz natural como forma de segurança nos julgamentos brasileiros, faz-se mister também que os julgados além de serem feitos por julgadores pré-definidos, tenham estes também as condições necessárias à sua disposição para que possam efetuar julgamentos mais rápidos e mais perfeitos aumentando a credibilidade do aparelho judiciário, via aplicação imediata das sentenças aos casos concretos.

NO XIV CONGRESSO BRASILEIRO DE MAGISTRADOS realizado em Fortaleza-Ceará, entre 20 e 24/09/95, assim pronunciou-se, muito acertadamente, o Exm^o Ministro EDUARDO TEIXEIRA, ilustre membro do Superior Tribunal de Justiça:

“Proliferam-se processos e recursos processuais e faltam recursos materiais para o juiz trabalhar.”

Esta é efetivamente uma grande verdade, principalmente no tocante à Justiça Federal, uma vez que a quantidade de processos é massacrante e faltam recursos materiais e humanos para o Juiz trabalhar e exercer a difícil arte de JULGAR.

O Juiz de primeiro grau, principalmente, deve ser fortalecido, pois ele é a base da pirâmide, isto é, quem primeiro decide nos autos.

Como sugeriu o Exm.^o Ministro EDUARDO TEIXEIRA, deve haver uma seleção mais forte e rígida de magistrados como também a criação urgente da ESCOLA DE MAGISTRATURA DA JUSTIÇA FEDERAL e entendo a mesma como destinada não só à formação de Juízes novos, mas também à atualização, reciclagem e aperfeiçoamento dos Juízes antigos.

A Eminente e brilhante Juíza Dr^a ELIANA CALMON, membro do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região, em recente pronunciamento sobre o “Poder Judiciário no Brasil atual”, realizado na Justiça Federal, Seção Judiciária do Rio de Janeiro em 19/05/95, bem como no “Painel de Debates do Poder Judiciário e a Imprensa”, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em 24/11/94, em Brasília-DF, discorreu sobre as perspectivas futuras da Justiça Federal, oferecendo sugestões, das quais destaco as seguintes:

“1 - A chave para chegar-se à solução está no fortalecimento da base da pirâmide pelas Escolas de Magistratura, por via das quais poderão ser os julgadores melhor selecionados, melhor acompanhados no seu desempenho e submetidos a

reciclagens, a exemplo do que já existe no estrangeiro.” (grifo nosso)

“2 - A valorização quantitativa e qualitativa do trabalho dos Juizes, cria critérios objetivos e transparentes no acesso à carreira.” (grifo nosso)

Acrescento a estas brilhantes sugestões da Dr^a ELIANA CALMON, a criação urgente dos JUIZADOS ESPECIAIS e PEQUENAS CAUSAS na Justiça Federal, que especialmente nas Seções Judiciárias do Rio de Janeiro e São Paulo, que têm sua 1.^a instância, ou base da pirâmide atravancada e sobrecarregada de processos, alguns destes efetivamente simples e repetitivos, mas como a quantidade sempre prejudica a qualidade, acabam as partes ficando prejudicadas na rapidez da prestação jurisdicional.

Além do mais, para o cidadão que entra com um processo na Justiça, o seu é o “único” e merece preferência na apreciação pelo Juiz.

Perde-se o brilho do “Magister jus dicit” (o juiz diz o direito) se, na verdade, deste apenas se espera a demorada sentença para que se promovam os recursos. O primor de uma sentença deve nascer das mãos de juizes que contem, além de seus esforços e suas capacidades, com todo o apoio necessário para uma melhor e menos tensa fluência de seus serviços.

A tarefa de julgar, como um misto de trabalho científico e artístico, objetiva transcender as contendas humanas, deve estar acima delas, criando direito, dando a uma das partes o poder coercitivo de impor à parte contrária o respeito ou o atendimento a seu direito e com isto, alcançando a tão almejada JUSTIÇA, além de contribuir para que se chegue à SEGURANÇA JURÍDICA, daí efetivamente decorrendo a paz social, o bem estar e a segurança de toda a coletividade.

Bibliografia:

- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, 2.^o volume, Ed. SARAIVA.
 MARQUES, José Frederico
MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, vol. I, 2.^a edição, Ed. SARAIVA, 1974.
 FRANÇA, R. Limongi
ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO, Ed. SARAIVA, 1980.
 Sinótese do pronunciamento realizado pela Dr^a ELIANA CALMON no PAINEL DE DEBATES DO PODER JUDICIÁRIO E A IMPRENSA, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 24/11/94, Brasília, DF.

**Juíza Federal da 9.^a Vara - Seção Judiciária do Rio de Janeiro*

MANDADO DE SEGURANÇA: ASPECTOS ALUSIVOS À COMPETÊNCIA

Arnaldo Esteves Lima*

O nosso Código Civil, em seu art. 75, de forma concisa e lapidar, prescreve que “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”. Fiel a essa regra, tendente a assegurar a liberdade individual e a proteção a direito outro, líquido e certo, ameaçado ou violado, ilegal ou abusivamente, por ato de autoridade, a CF, no seu art. 5, LXVIII e LXIX, respectivamente, institui o *habeas corpus* e o mandado de segurança como ações correspondentes à garantia de tais direitos essenciais. Não é demasia dizer que os dois institutos são de excepcional relevo em nossa ordem normativa, tendo em conta as objetividades jurídicas a que visam proteger. O desiderato deste singelo escrito, no entanto, será a abordagem de aspectos alusivos à competência para o julgamento de mandado de segurança. O assunto tem sido examinado, reiteradamente, em nossa doutrina e jurisprudência. Entretanto, nunca será excessivo lembrar o que é importante e significativo, em nosso dia-a-dia.

Para determinar a competência para o julgamento da ação em foco, a CF fixa, como princípio básico, não único, o da hierarquia funcional da autoridade apontada como coatora¹. A despeito dessa orientação-matriz, tendo em vista a regra contida no inciso I, do art. 109, que prevê a competência da Justiça Federal para julgar as causas em que a UF, autarquias e empresas públicas federais forem interessadas (aí incluindo-se, por extensão, também as fundações instituídas pelo Poder Público - art. 37, da Lei Maior - e jurisprudência do STJ - p.ex. RSTJ 4/1245), a jurisprudência, mormente a do STF, embora com fundado dissenso, orienta-se no sentido da prevalência dessa regra sobre a que está contida no inciso VIII, do mesmo artigo, quando o coator for autoridade que se submeta, originariamente, a juízo diverso do federal, especialmente ao estadual. Esta é a orientação que resulta da Súmula nº 511, e que vem sendo reafirmada pela Excelsa Corte.

A norma inscrita no item I, do art. 109, constitui-se em regra geral de competência atribuída aos juízes federais. Logo, figurando uma das pessoas jurídicas ali apontadas em uma das condições processuais referidas, caberá à Justiça Federal, em caráter absoluto, processar e julgar a causa, respeitadas, obviamente, as exceções que o mesmo preceito contém. De outra parte, a norma contida no inciso VIII, que é especial, atribui aos juízes federais competência para julgar “os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais”. Parece que a especialidade dessa norma restringe a generalidade daquela (inc. I). Tal significa dizer que, embora o mandado de segurança seja, também, causa, a competência da Justiça Federal para julgá-lo só ocorre quando a autoridade coatora for federal (aí incluídos os atos de autoridades outras ou mesmo de particulares, desde que praticados por delegação

federal). Isto pelo que dimana, em princípio, da CF. Tal interpretação mais resguarda a eficácia do inciso VIII, pois, do contrário, tudo estaria contido na abrangência do inciso I, fazendo do VIII preceito de pouca ou, quem sabe, de nenhuma utilidade, pressupondo-se que seu alcance não seja aquele determinante da fixação de competência territorial e nem mesmo funcional entre os vários órgãos e graus da Justiça Federal, pois aquela encontra solução em princípios contidos nas leis processuais e esta já estava solucionada, antes, pela própria Constituição, art. 108, I, g, c/c 109, I.

Quando o juízo natural da autoridade local (estadual, distrital ou municipal), para tal fim, for o de 1.º grau, a questão não oferece dificuldade, nada obstando a submissão do controle jurisdicional do seu ato acoimado de ilegal ou abusivo, ao Juízo Federal do respectivo território, pois aí estará preservada a hierarquia. Quando, todavia, tal juízo natural for o de 2.º grau, vale dizer, o Tribunal de Justiça², é que, na pureza dos princípios, especialmente o federativo, a matéria encerra maior dificuldade. É que se estaria a questionar, perante a Justiça Federal, ato - comissivo ou omissivo - de autoridade que, para o fim, deveria ser submetido, originariamente, a Juízo de 2.º grau do respectivo Estado-membro. Exemplo disto seria um ato do governador, do presidente da Assembléia, de um secretário de Estado ou de um juiz estadual, que venha a ser impugnado por uma empresa pública federal, via *mandamus*. Tal ato seria impugnado em 1.º grau da Justiça Federal, quebrando aquele princípio hierárquico. Penso que o Plenário do STF, para contornar tal dificuldade e quebra de princípios, vem de proferir, majoritariamente, decisão resultante do julgamento do RE 176.881-9 (DJ de 06/03/98, p. 18), muito engenhosa, da relatoria do em. Ministro ILMAR GALVÃO, com a seguinte ementa: "MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR AUTARQUIA FEDERAL CONTRA ATO DE JUIZ DE DIREITO. COMPETÊNCIA. Em princípio, qualquer ação proposta pelos entes relacionados no inc. I do art. 109, da Constituição é de competência da Justiça Federal. Tratando-se, entretanto, de mandado de segurança, que, em nosso sistema jurídico-processual, se rege também pelo princípio da hierarquia, prevê o inciso VIII do mesmo dispositivo a competência dos tribunais federais, obviamente, em razão do respectivo grau hierárquico. Em relação aos juízes federais, a competência é dos tribunais regionais federais (art. 108, I, g, da Carta da República), regra que, por simetria, é de aplicar-se aos juízes de direito. Acórdão que, por encontrar-se orientado no sentido exposto, não merece reparo. Recurso extraordinário não conhecido".

Este importante precedente indica um rumo interpretativo a seguir, embora não resolva, totalmente, a questão. Isto porque a competência originária dos TRF's é restrita a atos do próprio tribunal ou de juiz federal³. Logo, é perfeita a similitude quando o coator for juiz estadual e impetrante uma das pessoas jurídicas arroladas no inciso I, do art. 109. A dificuldade, todavia, ainda remanescerá quando o coator for outra autoridade cujos atos se sujeitem, para tal finalidade, originariamente, ao respectivo Tribunal de Justiça. Nesse caso, estar-se-ia, ao remeter a questão para o TRF da região, alargando, quiçá em demasia, a sua competência originária. Por outro lado, estar-se-ia restringindo a compe-

tência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, prevista nas respectivas Constituições.

Como se nota, ao excepcionar o princípio vetor resultante da CF, qual seja, o de que na ação de pedir segurança o juízo natural é definido, normalmente, pela hierarquia da autoridade coatora, deparamo-nos com dificuldades que resultam do sistema constitucional. Tais problemas, no entanto, mercê do labor interpretativo, haverão de encontrar, em cada caso, adequada solução, preservando-se os princípios normativos aplicáveis, principalmente aqueles que emanam diretamente da CF.

Como se fala em reforma do Judiciário - o que, aliás, é premente -, seria, talvez, oportuna a supressão do referido inciso VIII, tendo em vista que, em tal precedente, embora por maioria, a Suprema Corte reiterou a subsistência da jurisprudência condensada na Súmula 511, ao recusar suprimir do seu texto a expressão "inclusive mandado de segurança", tal como sugerido em seu voto, pelo Relator originário, em. Ministro CARLOS VELLOSO, salvo, naturalmente, nova reflexão da Excelsa Corte sobre o assunto.

Bibliografia:

- ¹ Constituição Federal, arts. 102, I, d, 105, I, b, 108, I, e, 109, VIII e 125, § 1.º, c/c normas de Constituições Estaduais e Leis de Organização Judiciária - LOJ - dos Estados, além da LC 35/79, art. 21, VI, Cód. Eleitoral, art. 22, I, g, etc.
- ² Casos previstos, p. ex. na Const. do Estado do Rio de Janeiro, art. 158, IV, g, n.º 1 a 7.
- ³ Cf. art. 108, I, e.

**Juiz do TRF-2.ª Região.*

MERCADO INTERNO - UMA LEITURA PANORÂMICA AO ART. 219 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Eugênio Rosa de Araújo*

No frontispício da primeira edição da atual Carta Constitucional editada pela Imprensa Nacional, proclamava o deputado Ulisses Guimarães, com as seguintes palavras:

“O homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania.

A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o país.

Diferentemente das sete constituições anteriores, começa com o homem.

Graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a Constituição Cidadã.

Cidadão é o que ganha, come, sabe, mora, pode se curar.

A Constituição nasce do parto da profunda crise que abala as instituições e a sociedade.

Por isso mobiliza, entre outros, novas forças para o exercício do governo e a administração dos impasses. O governo será praticado pelo executivo e o legislativo.

Eis a inovação da Constituição de 1988: dividir competência para vencer dificuldades, contra a ingovernabilidade concentrada em um, possibilita a governabilidade de muitos.

É a Constituição coragem.

Andou, imaginou, ousou, ouviu, viu, destruiu tabus, tomou partido dos que só se salvam pela lei.

A Constituição durará com a democracia e só com a democracia sobrevivem para o povo a dignidade, a liberdade e a justiça.”

Passada uma década da promulgação da Constituição, é oportuna a reflexão sobre sua capacidade de modificação da sociedade brasileira, e cada profissional do direito - especialmente aquele que julga, opina, defende ou promove - deve trazer para si a responsabilidade, ainda que parcial, da não realização da Constituição coragem.

Nosso ordenamento trata de temas de suma delicadeza e fragilidade, dos quais qualquer pessoa de mediana capacidade intelectual não ousaria discordar. Que dizer do analfabetismo, da criança, do idoso, do índio, a pobreza e o racismo, o terrorismo, a liberdade de culto, a proteção da maternidade, a liberdade de opinião, a proibição da pena de morte, são todos de intelecção instantânea do leigo de pouca instrução.

No entanto, o art. 219 da Constituição Federal trata de assunto cuja delicadeza não é menor dos já citados, e, pela sua aparente aridez, pode levar o profissional do direito a lhe dar tratamento desajeitado e sem visão panorâmica.

Reza o preceito:

Art. 219: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem estar da

população e a autonomia tecnológica do país, nos termos da lei federal.”

Embora não localizado no capítulo da ordem econômica, o dispositivo amolda-se ao que se convencionou denominar “Constituição econômica”, já que “as normas constitucionais que disciplinam a economia vão além do sistema simples do estudo do capítulo da Ordem Econômica e Social. Ali está a consequência do modelo de Estado adotado.” (*in* Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirização, Marcos Jurueña Villela Souto, Rio de Janeiro, *Lumen Iuris*, 2.ª Ed., 1998, p.324)

Sobre o conceito de constituição econômica, escreveu Canotilho:

“As normas da “constituição econômica” não se distinguem pela sua natureza das restantes normas da constituição. Seria profundamente errado pressupor que as normas da constituição econômica são de natureza jurídica essencialmente diversa, ou que têm menor eficácia jurídica do que outras normas constitucionais. Elas têm a mesma eficácia que as outras de idêntica natureza. E será igualmente errado supor que os preceitos da constituição econômica são exclusiva ou predominante “normas programáticas”, dirigidas ao Estado e exigindo-lhe determinadas tarefas” (*in* Constituição da República Portuguesa Anotada, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Coimbra, Coimbra Editora, 1978, p. 199).

Não é objeto do presente e despretensioso estudo aprofundar a análise do que venha a ser mercado interno e patrimônio nacional, não só pela brevidade que o espaço exige, mas também pelos numerosos autores que tratam do tema, dentre os quais destaco excelente Curso de Economia de Fábio Nusdeo, RT 1997, Capítulo 2, Manual de Economia da equipe de professores da USP, Capítulos 2 e 4, Saraiva, 1988, de autoria respectivamente de André Franco Montoro Filho, Moacyr Roberto de Pinho Spínola e a imprescindível obra de Washington Peluso Albino de Souza, Primeiras linhas de Direito Econômico, Capítulo XIV, LTR, 3.ª ed., 1994.

Friso, apenas, para a específica finalidade de gizar os contornos do que está sendo dito, que o mercado interno é o palco onde atuam os agentes econômicos: consumidores, trabalhadores e empresários, os quais se inter-relacionam na troca de bens econômicos ou dinheiro, influenciando, em última análise, no sistema de preços das relações de oferta e procura.

Tal atividade, em nossa economia de mercado, fica submetida à correção pela intervenção estatal a quem a constituição incumbiu o papel de reprimir o abuso do poder econômico, a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, sem embargo de garantir a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência (arts. 173, § 4.º e 170, caput, II e IV).

O equilíbrio entre a atividade empresarial, o respeito ao consumidor e à força de trabalho, em tempos de economia globalizada, toma contornos até mesmo dramáticos, tendo em vista que o desequilíbrio no mercado interno pode trazer a quebra de empresas, o desemprego e a fome, fatos tão conhecidos de nossa centenária história brasileira.

Sugiro, portanto, aos pacientes leitores desta análise, deixarem-se aspergir pelos fluidos do § 4.º do art. 225 da CF/88, onde a floresta amazônica brasileira, a mata atlântica, a serra do mar, o pantanal mato-grossense e a zona costeira também foram guindados ao patamar de patrimônio nacional.

A comparação do art. 219 com o 4.º do art. 225, oferece-nos o clima exegético para que tomemos, antes que seja tarde, consciência de que o nosso mercado interno encontra-se, hoje, em posição de extrema fragilidade, tal como ocorre com a floresta amazônica, objeto da rapina

nacional e internacional, desprovida quase totalmente de defesa por parte do Estado, em razão do já citado fenômeno da globalização, das novas conseqüências decorrentes das privatizações e do índice do desemprego que, em conjunto, fragilizam nossa economia.

Nossa realidade demonstra um total descompasso com os países denominados do primeiro mundo, onde o mercado interno é protegido de forma eficaz - somos mais neoliberais que o neoliberalismo.

Todos os países ricos valorizam e protegem sua produção local e aqui ficamos fazendo o que dizem que é nosso papel realizar e não copiarmos o que eles fazem em casa - os países ricos protegem seus mercados!

Para citar alguns exemplos, na França existe uma política regional de inobiliação de créditos para a conversão de indústrias de regiões afetadas desfavoravelmente pela concorrência externa; na Itália, visando uma política para as pequenas e médias empresas, há um suporte financeiro à modernização, pesquisa básica e aplicada, ação nos mercados externos, assessoria e treinamento, desregulação trabalhista e política de desenvolvimento industrial e tecnológico; nos Estados Unidos, existe a imposição das compras governamentais junto à indústria local, com requisitos de conteúdo local dos produtos e definição de preços preferenciais para empresas locais; no México, existe um dos sistemas antidumping mais ativos do mundo e na Índia todos os produtos importados devem ser registrados junto ao governo.

É preciso que tomemos consciência cívica para encararmos a proteção do consumidor e do mercado interno como resposta à recessão e o combate do abuso do poder econômico, pai do aumento arbitrário dos lucros, dando ao preceito a mesma densidade normativa que a proteção do meio ambiente, sob a ótica da não-permissão de sua devastação.

Nesse passo, a casuística forense tem nos dado exemplos de proteção de nosso mercado interno, como na proibição de importação de pneus usados (TRF 5.ª Reg. MAS 0505729-95, CE, 2.ª T, DJ 06/10/97, p. 68097, Rel. juiz José Delgado) e de veículos usados (TRF 1.ª Reg. REO 0123018/95-AM, 3.ª T, DJ 11/04/96, p. 23260, Rel. juiz Tourinho Neto), aceitando o tabelamento de preços como normal intervenção do Estado na economia (TRF 1.ª Reg. AC n.º 0114756/89-DF, DJ 05/03/90, Rel. juíza Eliana Calmon) e a fixação de cotas máximas de exportação de açúcar para o exterior, como forma de proteção ao mercado interno (TRF 5.ª Reg. AMS 00501932-PE, 1.ª T, DJ 21/12/90, p. 31267).

Merece destaque, pela sensibilidade que se espera do magistrado no lidar com o tema enfocado, o voto vencido do Min. Peçanha Martins, no Mandado de Segurança Coletivo 1043, DJU 09/03/92, onde se atacou ato de autorização do governo que permitiu a importação de trigo em grãos, dos EUA, altamente subsidiado, sem que na importação fosse aplicada qualquer tributação compensatória, visando eliminar ou minorar os efeitos de tal importação:

"O subsídio prestado pelo governo americano a seus agricultores é fato denunciado e conhecido neste país, pelo menos durante toda a minha vida.

Entendo que a sua prova não precisaria delimitar exatamente de quanto seria para merecer a impetração do mandado de segurança, que julgo preventivo.

Entendo que essa prova, *data venia* do Eminentíssimo Ministro Garcia Vieira, é notória, é declarada pelo Ministro da Agricultura de agora e pelos ministros que se sucederam desde que me entendi por gente e comecei a participar da vida pública deste país, temos conhecimento do efeito penoso que resultou para a economia, para o desenvolvimento da agricultura nacional, os famosos acordos do trigo. Aliás, ainda há pouco se viu, por exemplo, nos jornais, não só daqui, mas também nos internacionais, os agricultores

franceses protestando por novos ou pela manutenção dos subsídios. Essa é a realidade, que dificulta a livre concorrência pelos produtores nacionais nos mercados internos e externos.” (in *A Derrubada do subsídio do trigo e a liberação das importações - Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na Ordem Constitucional*, Estudos Jurídicos em homenagem ao prof. Washington Peluso Albino de Souza, Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 95).

Enfrentando outros aspetos da questão da proteção do mercado interno, observa Ricardo Antônio Lucas Camargo, em excelente artigo denominado “O Mercado Interno, o Patrimônio Público e o art. 219 da Constituição Brasileira de 1988 - Bases para sua Interpretação (RTRF 1.ª Reg. n.º 8/41, DEZ/96) que podem ser, ainda, considerados como atitudes lesivas ao mercado interno a criação de empresa estatal sem as cautelas da lei específicas (art. 23, 173 e 174 CR/88), a concessão de patente caduca, a emissão irresponsável de títulos da dívida pública e a utilização da marca como instrumento de dominação no mercado.

Muito embora não seja o tema central destas considerações, é certo que a defesa do mercado interno tem ao seu dispor as ações constitucionais da ação popular e ação civil pública, onde os seus legitimados poderão, na defesa do interesse difuso de proteção ao patrimônio nacional, submeter ao judiciário quaisquer irrisignações voltados à sua proteção e preservação.

Proteger nosso mercado interno importa em dar efetividade e densidade normativa ao art. 219 da CF/88, sem que percamos a perspectiva de que, ao cuidarmos de nossa economia, estaremos zelando por um bem tão singelo, frágil e desprotegido, quanto uma rara espécie de orquídea da floresta amazônica.

A fome, o desemprego e a rapina contra o consumidor não podem ser o resultado melancólico de uma década de constituição que, no início, pretendeu inaugurar uma era de cidadania.

Precisamos ter ânimo e acordar do nosso sono profundo e conformado, não permitindo que os nossos valores mais delicados sejam aniquilados diante dos nossos olhares atônitos e inertes.

Por fim, deixo aos meus companheiros operadores do direito, uma passagem de Rui Barbosa, que, para os dias de hoje, pode ser considerada piegas, mas traduz um sentimento que, suponho, deveria ser resgatado por todos nós:

“A pátria não é ninguém, são todos; e cada qual tem no seio dela o mesmo direito à idéia, à palavra, à associação. A pátria não é um sistema, nem uma seita, nem um monopólio, nem uma forma de governo: é o céu, o solo, o povo, a tradição, a consciência, o lar, o berço dos filhos e o túmulo dos antepassados, a comunhão da lei, da língua e da liberdade. Os que a servem são os que não invejam, os que não infamam, os que não conspiram, os que não sublevam, os que não delatam, os que não emudecem, os que não se acobardam, mas resistem, mas esforçam, mas pacificam, mas discutem, mas praticam a justiça, a admiração, o entusiasmo. Porque todos os sentimentos grandes são benignos, e residem originariamente no amor. No próprio patriotismo armado, o mais difícil da vocação, a sua dignidade, não está no matar, mas no morrer. A guerra, legitimamente, não pode ser o extermínio, nem a anulação: é simplesmente a defesa. Além desses limites, seria um flagelo bárbaro que o patriotismo repudia”.

**Juiz Federal Titular da 33.ª Vara Federal*

O JUDICIÁRIO E A APLICAÇÃO SOCIAL DA PENA*

Marco Falcão Critsinelis**

Resumo Informativo

O trabalho dá ênfase à repressão violenta ao tráfico de drogas e de armas e instituição de incentivos familiares para a redução da violência familiar nas camadas mais pobres da sociedade, objetivando a redução da criminalidade infantil. Tece o perfil das razões e das formas de impunidade, acreditando em uma política legislativa de enxugamento das condutas reprimidas pela legislação penal e a aproximação temporal entre a pena e o correspondente delito, o fomento à intervenção mínima do Estado, conjurando a denominada contracultura do Direito. Pincela sobre a situação penitenciária no Brasil, sugerindo a criação do Poder Judiciário, Ministério Público e Segurança Pública no âmbito municipal, bem como a federalização dos presídios, para albergar delinqüentes apenados com penas privativas de liberdade superiores a quatro anos, devolvendo-os à sua origem regional, com a obrigatoriedade da aquisição do produto do preso pelos entes federativos. Faz menção à Lei nº 9.099/95, no tocante à supressão da obrigatoriedade da propositura de ação penal pelo Ministério Público, com a implantação da transação e conciliação para crimes de competência do Judiciário Estadual e Municipal. Por fim, propõe-se a adoção da "plea bargain" e da "guilty plead", como instrumentos de política criminal.

Sumário:

1. Situação penitenciária no Brasil.
2. A pena de morte versus violência e impunidade.
3. Impunidade: razões e formas.
4. Desemprego e violência.
5. A redução da responsabilidade penal como meio inibidor da violência.
6. Novas formas de sanção penal: penas alternativas.
7. O Poder Judiciário e as formas paraestatais de solução de conflitos: o judicial bargain e os Juizados Especiais Criminais.
8. O papel do município no sistema de execução penal.
9. Conclusão.

1. Situação penitenciária no Brasil

O sistema punitivo estatal tem como cerne três fatores indissociáveis para a explicação do fundamento da pena como delegação social ao Estado, que atuam como instrumento de proteção de relevantes bens e interesses: a retribuição, a prevenção e a ressocialização.¹

A pena retrata um anseio social delegado ao Estado para que, ante o seu poder

intervencionista, seja aplicada. A pena é a subjugação do homem ao homem, cômico de sua natureza. É, como dispõe, *cum laude*, a Exposição de Motivos do Projeto Alternativo Alemão de 1966, a amarga necessidade de uma sociedade de seres imperfeitos.

Aviva-se, dia-a-dia, entretanto, em sentido contrário a todas as teorias da criminologia com relação à punição criminológica, o efeito devastador do confinamento do homem sem respeito às suas necessidades básicas e sem qualquer proteção do Estado.

O sistema carcerário, como é atualmente, reduzindo os encarcerados, a qualquer título, a condições subumanas, prescindindo das mais peculiares e básicas necessidades, condenando-os ao jugo (ou subjugo) de uma sociedade prisional regida por valores outros que não aos do homem-cidadão, do homem-natural, é, enfim, um sistema violentador do próprio direito à vida, direito de onde brotam todos os demais direitos; dever do Estado de velar pela garantia indeclinável de sua incolumidade - *reo res sacra est*.²

Ademais, o fenômeno da assimilação dos padrões vigorantes na penitenciária, estabelecidos, precipuamente, pelos internos mais endurecidos, mais persistentes e menos tendentes à recuperação, mormente na atitude sintomática de aquilatar as maestrias do criminoso habitual, desenvolvendo o perfil delinqüente e os denominados fatores universais da prisionização, impingem a situação paradoxal da ressocialização por intermédio da reclusão carcerária.

2. A pena de morte *versus* violência e impunidade

O direito de punir não pode ser a mola propulsora capaz de transformar o Estado em cometedor de ação cuja ética e a moral reprovam e repudiam os cidadãos. Ademais, apesar da natureza representativa da Casa Congressual, o Estado não pode impor indiscriminada e genericamente a todos os cidadãos o ônus de conviverem com o carma de serem o carrasco que executa a morte de um homem. A democracia de representação tem limites sociais.³

No Brasil, por exemplo, em momento algum é permitido a violação ao direito à vida. Este direito fundamental não é limitado pela Constituição, sendo cláusula pétrea intocável, por ser direito natural do homem e não uma conquista social somente. O fato de se permitir as excludentes mencionadas em seara ordinária, não resulta na afirmação de que o povo, hoje em dia, se encontra sob o ataque direto do malfeitor e na batalha de viver ou morrer, como o era no estado selvagem dos primórdios da sociedade, para autorizá-la a determinar a morte de um homem.

Porém, o engodo do recrudescimento da punição é latente. Essa solução é imediatista, porquanto fruto da resistência enfraquecida da sociedade em digladiar contra o terror da insegurança, cujo fôlego já se expirou, gerando anseio de não admitir postergações e remédios de solução a médio ou longo prazo.

Ademais, entendemos que a crescente criminalidade, que progride já acima dos tetos aceitáveis de qualquer sociedade, não será contida pela adoção da pena capital, porque os movimentos políticos pretendem sua realização como meio de combater efeitos, e efeitos são sempre geradores de soluções imediatistas.

E então concluímos, não será a pena de morte suficiente! E então, outro movimento político se levantará: a pena de morte ao condenado por crime hediondo e também extensiva a seus filhos, e depois a seus ascendentes e assim por diante.

É só alterar mais uma cláusula pétrea, aquela que garante aos cidadãos que nenhu-

ma pena passará da pessoa do condenado! E a seqüência condenatória será infundável no sentido contrário às conquistas públicas, sociais e individuais.

3. Impunidade: Razões e formas

O Legislativo não estuda a causa de falência do sistema punitivo, com o objetivo de eliminar problemas conjunturais e estruturais, satisfazendo-se com soluções paliativas que, no fundo, transformam mais impraticável o escopo da ressocialização.

É o caso, por exemplo, da lei de crimes hediondos que vem, tão-só, atender a reclamos setoriais da sociedade, com o fito de lhe dar nma satisfação imediata, com persistência do modelo político-criminal de tendência " paleorepressiva", cujas notas marcantes são endurecimento das penas, a supressão dos direitos e garantias individuais, tipificações novas e o agravamento da execução penal.⁴

No tocante à questão do custo prisional e o encargo pelo qual o preso onera a população, em especial a brasileira, cujo índice salarial é um dos mais baixos do mundo, se não for a menor renda per capita, levam notórios juristas e administradores a realçar sobremaneira a adoção de penas alternativas.

A conclusão foi extraída de reportagem veiculada no " *The Economist* " e alusivas ao Estados Unidos, perfeitamente aplicável ao Brasil, já que o problema carcerário quanto ao seu custo/benefício é questão de preocupação mundial, como dado fenomênico da atualidade dos povos.

4. Desemprego e violência

O Direito recorre a outras ciências para explicar a violência. Políticos insistem no argumento de que, quanto mais um criminoso seja mantido na prisão, tanto mais seguros estarão os homens livres. Estatísticas americanas demonstram que, em estados de sistemas penais diferentes, os índices de aprisionamento não são proporcionais aos de criminalidade. A estatística deixa evidente que mais prisões não diminuem nem criminalidade e nem violência. Dos sistemas existentes para lidar com criminosos, a prisão é o mais caro e seu preço recai sobre o povo. Além de tudo, é injusto em si mesmo. Pune os pobres mais que os ricos; os negros mais que os brancos. Adota dosagens de pena que variam sem critério científico, mas mudam freqüentemente ao sabor de fatos isolados.

Os números do Censo Nacional já anteriormente mencionado trazem dados sobre o grau de instrução dos penitentes, sendo que 74,55% são analfabetos ou possuem o primeiro grau incompleto; 12,67% possuem o primeiro grau completo; para 5,42% que possuem o 2º grau incompleto e 5,98% completo, com apenas 1,38% na faixa do 3º grau, com a população total de 95% de pobres. Coincidência mundial...?

5. A redução da responsabilidade penal como meio inibidor da violência

Não nos parece caminho mais aconselhável o movimento anticriminalidade, capitaneado pela corrente que imprime batalha na adoção, pelo conjunto sistêmico penal, da redução da imputabilidade penal para os dezesseis anos, e até menos, ao revés dos dezoito anos hoje predominante.

A Parte Geral do Código Penal Brasileiro, ainda quando Projeto, teve como justificativa a manutenção da inimputabilidade penal ao menor de dezoito anos, o desenvolvimento biológico e social incompleto desses agentes, como opção de política criminal.

Um questionamento se impõe: qual a modificação da política criminal que se pretende atualmente através da redução da idade para a responsabilidade penal ?

O internato do menor, assim como o cárcere do criminoso adulto, como medida eficiente e vital para a redução da criminalidade e da impunidade, é premissa falsa.

A droga, bem como a bebida alcoólica, conforme relatos científicos da medicina, têm como agravante o fato de não despertarem a violência em círculos sociais restritos, sendo elementos conclusivos e preponderantes na geração da agressividade, pelo simples motivo da convivência das sociedades modernas com problemas globalizados, não restritos, tão-somente, a seu aspecto regional, fruto das ditaduras políticas sociais impostas por vezes pelos governos e pelos fatores de sobrevivência no mercado profissionalizante, tudo atrelado ao progresso galopante cujo desenvolver vai deixando milhões de vítimas mentais de seu rolo compressor.

As causas devem ser, portanto, atacadas: repressão eficaz ao tráfico de drogas e a redução da violência familiar.

O Judiciário, por exemplo, se mostra firme, cumpridor de seus deveres institucionais, porém desacreditado pela sociedade. Criminosos são processados e julgados dia-a-dia, em números de peso. Condenações são prolatadas na mesma quantidade. Mas, assim como as leis, as sentenças são desprovidas da imperiosidade necessária, pois falta conjuntura organizacional administrativa capaz de efetivá-las.

Uma resma de papel, onde estão inseridas leis rigorosas e sentenças destituídas de qualquer sentimento de condescendência com os delinquentes, não passarão de papel.

O que se propõe é o recrudescimento punitivo incrementado por política de eficiência corretiva que filtrem condutas atípicas, cuja potencialidade violem ou ameacem a segurança pública e que venha, *ipso facto*, a correspondente reprimenda. É a ligação das idéias que forma a base de todo o edifício da razão humana...

As leis e as sentenças que possuam efetividade já terão, por si só, a dureza capaz de gerar a prevenção pelo medo de sua real aplicação e a retribuição capaz de comprovar à sociedade que quem comete crimes é encarcerado.⁵

6. Novas formas de sanção: penas alternativas

No Brasil, a política do recrudescimento das leis não vem acertando. É hora de recuar. É hora de, como um estrategista, bater em aparente retirada para que o inimigo abra o flanco.

As penas alternativas são uma tendência mundial pelo consenso da imprestabilidade do efeito reclusivo da prisão, como reprimenda aplicável a crimes de qualquer natureza, sem levar em consideração a sua potencialidade para a sociedade, tendo os efeitos deletérios do sistema prisional fomentado a reincidência, inclusive de condenados recuperáveis que são contaminados, por mais selecionados que sejam den-

tro do complexo carcerário, pelo vírus maléfico caracterizador da "Instituição Total".

A adoção das penas alternativas, em especial a prestação de serviços comunitários ou similar, *i.e.*, o contato direto do delinqüente com problemas sociais de profundidade incontestável, fariam desabrochar seu sentimento de utilidade para a sociedade na qualidade de benfeitor, sensibilizando-o para os percalços das vidas de outréns, amenizando a introspecção ao seu mundo violento e marginalizado, despertando-o para o fato de que se o problema vivencial de sua vida é nefasto, de certo há piores.

Assim, vivenciando o despautério da existência de pessoas solitárias, carentes, deficientes e de crianças órfãs e abandonadas ou privadas da convivência familiar por ato abusivo dos pais, a extensão de sua cosmovisão da realidade alargar-se-ia e inquestionavelmente, a reciprocidade dos laços emocionais entre a sua pessoa e os seus assistidos fariam aflorar sentimentos adormecidos no seu ser por força de sua realidade delinqüente.

A lei de Execuções Penais faculta ao juiz da execução determinar o cumprimento da pena em comarca diferente daquela em que se deu a condenação (art. 86). É, entretanto, uma simples faculdade, que não é usada na prática, vez que a regra é a da competência jurisdicional, isto é, que o apenado cumpra a pena no local da prática do crime. Não é o que se vê, entretanto, sobretudo em razão direta da jurisdição descentralizada do sistema penitenciário que não obriga um determinado governo estadual a receber preso condenado por outro estado. E aí, a nosso juízo, está, a curto prazo, a solução não só do problema da superlotação carcerária, impeditiva da realização da melhor política penitenciária, como também do ideal da ressocialização do preso.

Para o atingimento desse desiderato é preciso que seja transferido para a União Federal o controle da política penitenciária, atualmente confiada aos estados-membros. Poderia então determinar a União Federal que as penas fossem cumpridas onde o condenado tivesse a base de sua família, seja qual for a sua quantidade e o regime de cumprimento. Lá ele teria melhor assistência familiar, que é um dos pilares da ressocialização. Consciente dessa nova regra, as pessoas teriam um freio inibitório maior na perpetração do crime, pelo juízo de censura que ele teria no local onde nasceu, cresceu e está situada a sua base familiar. Seria, sem dúvida, uma fonte de inibição da prática infracional, além de fator de redução da superlotação das prisões, atualmente concentradas nos grandes centros urbanos.

7. O poder judiciário e as formas paraestatais de solução dos conflitos: o "judicial bargain", os Juizados Especiais Criminais

Para ditar novos rumos para o clássico modelo processual-penal atinente à ação penal pública, foi editada a Lei n.º 9.099, de 26/09/95, informada de diretriz primordial da celeridade processual, com o fim precípua da conciliação, da transação e da descarcerização, ou seja, prima em evitar a prisão cautelar.

Apesar da real política criminal de recrudescimento da penalização, que atualmente é praticada pelos congressistas, demonstrada por edições legais recentes, cujo exemplo mais significativo é a lei de crimes hediondos, sem embargo das críticas acirradas a esse

modelo de “hard control”, foi implantada um paradigma de justiça criminal, fundado no consenso, reservando, entretanto, pouco espaço para a denominada forma de “barganha penal”, em que pese haver uma espécie de transação que leva à aplicação imediata da pena, longe, porém, do “plea guilty” (declarar-se culpado) e do “plea bargaining” (que permite amplo acordo entre o acusador e o acusado sobre os fatos, a qualificação jurídica e a pena), continuando o Ministério Público vinculado à obrigatoriedade da instauração da ação penal, desde que assim formada a sua *opinio delicti*, dentro do princípio da discricionariedade regulada ou regrada.

Ela inaugura um novo ciclo que faz emergir modificações benéficas em todas as facetas atreladas ao sistema punitivo desde a perpetração do delito, com passagem na apuração, na *persecutio in iudicio* e no *ius puniendi*, repercutindo ao final no sistema penitenciário. Trata-se de assentamento do princípio da intervenção reduzida do Estado.

A transação prevista na lei, por exemplo, tem essência de acordo; de renúncia da parte acerca dos fatos constitutivos de seu direito; define situação jurídica, constituída pela vontade do sujeito-pretensor e sujeito-obrigado, respectivamente, sujeito ativo e sujeito passivo do referido vínculo, e por essa condição de relação jurídica evidencia conteúdo consubstanciado no complexo de diretrizes e obrigações em seara obrigacional-penal, aceita pelo acusado.

Por isso, entendemos sem propósito a mitigação da transação pelo legislador ordinário. A regra constitucional que a previu, não faz qualquer esboço de restringi-la. O princípio da obrigatoriedade da ação penal é insignificante perante os benesses da transação e da conciliação e, sendo como é, regra indeclinável da ordem pública, o pequeno deve ceder ao grande, tal qual a instrumentalidade processual da obrigatoriedade, que não pode se sobrepor ao princípio de direito retratado pelo princípio da verdade transacionada, que dá solução jurídica à ordem violada pelo crime.

Ora, se os órgãos estatais representados pelo Ministério Público e pelo Juiz visam, ao final do processo, a prestação da jurisdição como fenômeno governamental de intervenção na sociedade, e assim efetivar o dever do Estado em perseguir os delitos que afetem os bens juridicamente tutelados pelo Direito Criminal, objetivando punir o violador, fundamento que dá arrimo à existência do princípio da obrigatoriedade da ação penal, ele estará satisfeito com a supressão do processo judicial ocorrida em razão da conciliação e da transação criminal, porque haverá resultado na prestação jurisdicional penal, com a aplicação da reprimenda decorrente do consenso das partes.

Por isso, mitigar o poder do Ministério Público na conciliação e na transação acerca dos fatos que fizeram incidir a norma penal e acerca das penas, na verdade, é não propiciar ao Estado a regular, a efetiva, a justa e a necessária reprimenda do crime em favor da sociedade, por meio da jurisdição, cujo controle é efetivado pela homologação.

Para a reversão desse quadro, necessária a reformulação da nascente do processo penal, ou seja, é imprescindível a reformulação da discricionariedade do Ministério Público no desempenho do monopólio do exercício da ação penal.

De outra banda, a prestação jurisdicional, como se viu antes, é decorrente da intervenção do Estado apresentado pelos órgãos do Ministério Público e do Judiciário. Por que então, indagamos, só ao juiz é dado o poder de barganha (judicial bargain) penal em

crimes gravíssimos? E por que essa barganha penal não é instrumento para evitar a celebração do processo, já que centrada exclusivamente no juiz, o “plea bargaining”, apesar da delação poder ocorrer antes da deflagração da ação penal, só surtirá efeitos na sentença?

O “guilty plea” é, pois, a forma por excelência de resolução dos casos, sendo que o funcionamento do sistema penal é viável tão-somente porque muitos dos acusados plead guilty (negociam a sua culpa); implicando essa negociação de culpa na admissão de todos os elementos de prova do fato de que se é acusado. O Estado não se encontra ante a necessidade de ter que provar que o acusado é realmente culpado.

Podemos, pois, definir a *plea bargaining* como o processo de negociação que possibilita discussões entre a acusação e a defesa, com vistas à obtenção de um acordo, no qual o acusado se declarará culpado, em troca de uma redução na imputação que lhe é dirigida ou de uma recomendação por parte do Ministério Público, evitando assim a celebração do processo.

Assim, a maioria dos processos penais fica reduzida à fase de *pre-trial*, podendo ser afirmado que nos Estados Unidos encontramos dois modelos de justiça: um modelo teórico, jurisdicional e acusatório, que na prática se converte em um modelo prevalentemente burocrático-administrativo.

Na prática, as *guilty pleas* podem adotar três formas: *A - VOLUNTARY OU UNINFLUENCED* (O acusado confessa); *B - STRUCTURALLY INDUCED* (O acusado se declara culpado porque a lei estabelece uma pena mais severa para aqueles que insistem em ir a juízo); *C - NEGOTIATED* (É a que se obtém antes do juízo e em virtude de uma negociação entre o *prosecutor* e o *defendant*, seja sobre o delito, seja sobre a pena a ser imposta, ou sobre ambos. O acordo a que chegam as partes neste tipo pode ter o seguinte conteúdo: *CHARGE BARGAINING, CHARGE REDUCTION OU CHARGE DISMISSAL*).

Em resumo, o *plea bargaining* é um procedimento simples e rápido que favorece o princípio da economia processual, permitindo a rápida definição e a resolução da maioria dos processos penais, beneficiando assim, tanto no aspecto econômico como no de redução de tempo, a todos os participantes.⁶

Para o Brasil, entretanto, entendemos que o estágio atual totalmente falido do sistema estatal do poder-dever punitivo, faz sopesar em favor da adoção urgentíssima de sistema equivalente à *plea bargaining*, com supressão do princípio da obrigatoriedade da ação penal, agora mitigada ou regrada pela Lei nº 9.009/95.

O Ministério Público deveria obter capacidade representativa constitucional para transacionar, processualmente, acerca da culpabilidade dos infratores, evidentemente com o poder fiscalizatório do Poder Judiciário, em mais uma demonstração da efetividade e imprescindibilidade do sistema do *check and balances*.

Todas essas fases completadas pela transação teriam o divino ANTÍDOTO contra a impunidade.

8. O papel do município no sistema de execução penal

De efeito, em seara penal, a intervenção mínima do Estado na regulação de crimes é providência inquestionável. Para o atingimento dessa diretriz deve ser mantida a compe-

tência privativa da União para legislar sobre direito penal e processual, em especial acerca da regulamentação dos crimes punidos com penas privativas de liberdade igual ou superior a 4 (quatro) anos, com atribuições de manter e fiscalizar os complexos prisionais que receberão os condenados (federalização), podendo as penas serem cumpridas fora do domicílio da culpa, de preferência onde o apenado tiver o seu núcleo familiar.

O primeiro passo é incluir o Município naquele rol, com competência para a regulamentação da execução, por exemplo, das penas alternativas, através de convênios. A segunda é a capacidade dos entes referidos possuírem a competência comum para legislar em sobre o direito penitenciário.

No caso, há o interesse de todos os entes federativos no poder legiferante acerca do direito penitenciário e, com relação ao Município este poder exsurge na determinação da competência estatuída na Constituição para legislar sobre o que denominou de **INTERESSE LOCAL**.

O Estado Federal brasileiro está concebido como a União indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, entidades com personalidade jurídica de direito público, dotadas de autonomia política, administrativa e financeira, sendo mitigada, entretanto, a capacidade de autogoverno do Município no que tange ao Poder Judiciário, só permitido dispor de Poderes Executivo (Prefeito) e Legislativo (Câmara dos Vereadores).

Assim, democraticamente indispensável o estabelecimento de competência constitucional de processamento e julgamento de crimes no âmbito das justiças federal, estadual e municipal, com suas respectivas competências para a execução das sentenças prolatadas pelos juizes de suas jurisdições.

Dessa forma, para os desideratos propugnados neste trabalho no encaminhamento de proposta para a solução do sistema punitivo, mister a institucionalização dos Juizados Especiais Criminais com atribuições de conciliação e julgamento sumaríssimo dos delitos de menor potencialidade, estes discriminados em lei ordinária (penas inferiores a quatro anos), com poderes ao Ministério Público, inclusive municipal, de transação e com mitigação da indisponibilidade da ação penal diretamente ligada à personalidade, comportamento social e demais dados afetos ao infrator.

Sem embargo, nos crimes apenados com QUATRO ANOS, os delinqüentes, por força da conciliação e da transação, que impediriam o processo judicial no todo, receberiam penas alternativas individualizadas (serviços certos e determinados por convênios à comunidade, multa administrativa revertida ao Estado, reparação do dano perpetrado etc.), onde as próprias organizações estaduais ou municipais seriam fiscalizadores. Não haveria período de prova, ou seja, efetuado o cumprimento da pena alternativa única, *ipso facto*, estaria extinta a punibilidade, nada mais vinculando o delinqüente com a justiça.⁷

Nesse diapasão, para os presídios federais onde seriam cumpridas as penas privativas de liberdade de condenados a crimes apenados com penas iguais ou superiores a 4 anos, os condenados provenientes de qualquer Estado ou Município federativo, seriam distribuídos com atenção à sua região de origem, nos termos do artigo 86 da LEP.

Assim, apesar do caráter retributivo e intimidativo, teria como escopo a ressocialização do condenado para o fim de assentá-lo em sua cidade-mãe, onde os laços

familiares, a fraternidade e a solidariedade da sociedade, em seu aspecto bairrista, tendem a facilitar o acolhimento do egresso ao seu seio, gerando também em seu foro íntimo maior responsabilidade para rever o seu conceito e de sua família, em especial a prole. Inclusive, se o apenado for favorecido pelo livramento condicional, adaptado ao novo sistema, uma das condições para sua não revogação seria a sua permanência em sua região de origem, onde também, como uma das especificações por ocasião de sua concessão, ele prestará serviços comunitários enquanto não for declarada extinta a pena privativa de liberdade a que tiver sido condenado. Em seu município de origem, sede de sua família, e juízo social de censura, inibidor de práticas criminais, funciona com significativa vantagem e maior eficiência, no desencorajamento das reiterações.

9. Conclusão

Não acreditamos que reformas setoriais, como aquelas que vêm sendo empreendidas no campo do processo penal, sejam potencialmente hábeis a dar cabo da insatisfação da cidadania brasileira com o problema punitivo.⁸

Sem embargo, como iterativamente refletimos no curso deste trabalho, o problema emergente da execução penal tem correlação íntima com as disposições processuais penais e estas, por sua vez, com a estrutura de competência constitucional dos três Poderes republicanos e suas correspondentes estruturas orgânicas, atingindo, pela gravidade, a essência das instituições afetas à competência dos entes públicos.

Nesse caso, entretanto, o atual Código Penal e de Processo Penal pouco fornecerá, depois de demolido, material para construção do futuro compêndio normativo regulador da persecução estatal, já que se trata de um ordenamento arcaico no que se refere aos avanços exegéticos das doutrinas da efetividade do processo e de tantas outras elocubradas pela teoria geral do processo, em especial àquela vertente que cuida da sua verdadeira instrumentalidade e não um fim em si mesmo, fazendo o direito material sucumbir em seu proveito, como o é a nossa atual legislação processual.

Não vemos também como tirar proveito para a aplicação do princípio da “conservação” nos códigos em vigor, assistemático na proposição de ritos e de princípios de direito, acrescido do argumento de sua dissonância com os novos dogmas constitucionais implantados pela nova ordem democrática.

Bibliografia:

¹ Augusto Thompson, “Questão Penitenciária”, 2.ª ed., RJ, Forense, p. 5: “Oficialmente, tem prevalência o alvo recuperação, mas não se autoriza seja obtido à custa do sacrifício dos objetos punição e intimidação.”

² Gresham M. Sykes, idem supra, p. 17: “Reformar o criminoso pela prisão traduz uma falácia e o aumento de recursos, destinados ao sistema prisional, seja razoável, médio, grande ou imenso, não vai modificar a verdade da assertiva.”

³ Beccaria, “Dos delitos e das penas”, p. 50: “É porque, em uma parte abscondita de nossa alma, onde os princípios naturais não sofreram ainda alteração, achamos um sentimento que nos diz que um homem não possui qualquer legítimo direito sobre a existência de outro, e que apenas a necessidade, que por todos os recantos estende seu cetro de ferro, pode dispor de nossa vida.”

⁴ Damásio E. de Jesus, Boletim IBCCrim, n.º 33, p. 3.

⁵ José Eduardo Faria, "O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas", Brasília, CJP, 1995, p. 78: "Este é um dos maiores problemas hoje enfrentados pelo Judiciário: para que sejam plenamente eficazes, muitas de suas sentenças (e, por conseguinte, as normas e as leis em que elas se fundamentam) passam a depender tanto do empenho quanto da eficácia com que o Executivo cumpre suas obrigações, em matéria de políticas públicas; e na medida em que esse poder, em suas instâncias municipais, estadual, federal, revela-se incapaz de formulá-las e implementá-las, ou, então, as executa com propósitos meramente eleitoreiros, populistas e demagógicos, o Judiciário acaba sendo reduzido a uma posição secundária - como se fosse uma instituição subordinada, e não soberana, autônoma e independente. Não são poucos os casos em que a Justiça, nas suas diferentes instâncias, mostra-se absolutamente impotente diante de normas e leis que, apesar de inovadoras em seus objetivos e modernas em suas concepções, como os já mencionados Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei de Execuções Penais, não conseguem ser plenamente concretizadas por causa da omissão de um outro poder igualmente autônomo, soberano e independente."

⁶ Confira-se excelente estudo "A justiça penal e as formas de transação do direito norte-americano: repercussões", de Nicolás Rodríguez García, professor de Direito Processual da faculdade de direito de Salamanca, Espanha, na Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 13, pp. 79/92.

⁷ Tramitam o Projeto de Lei n.º 2.684-A, de 1996 e o Projeto de Lei n.º 724-A, de 1995, que cuidam das penas alternativas nos crimes comuns e de especial gravidade, respectivamente, ambos do então Ministro de Estado e Justiça Nelson Jobim.

⁸ Veja-se Alfredo Buzaid (Exposição de Motivos anexo ao Código de Processo Civil de 1973) e Chiovenda, "La Riforma del procedimento civile, Roma, 1911, p. 4: "Convien decidersi a una riforma fondamentale o rinunciare alla speranza di un serio progresso."

⁹ Matéria extraída do livro "O PODER JUDICIÁRIO MUNICIPAL E A APLICAÇÃO SOCIAL DA PENA", Marco Falcão Critsinelis e Ney Moreira da Fonseca, editora Forense, RJ, ano 1998.

** Juiz Federal Substituto na 2.ª Região, Vara Federal de Petrópolis-RJ.

SEGURANÇA JURÍDICA, LIBERDADE E SÚMULA VINCULANTE

Alberto Nogueira*

Sumário:

1. INTRODUÇÃO.

A justiça: Conflitualidade e Litigiosidade.

2. SEGURANÇA JURÍDICA.

3. LIBERDADES.

4. SÚMULA VINCULANTE.

5. CONCLUSÃO DO TÓPICO.

6. CONCLUSÃO FINAL.

1. Introdução

A Justiça: Conflitualidade e Litigiosidade

Diante das colossais estatísticas sobre a quantidade de processos que tramitam pelos numerosos órgãos judiciais do país (realidade que também se observa, com maior ou menor intensidade, em todos os demais), fica-se com a nítida impressão de que vivemos o cenário descrito em Hobbes de uma guerra de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*).

Nesse contexto e tendo em vista os debates que, entre nós, nos últimos tempos se tornam cada vez mais amplos, surgem as fórmulas para superação dessa tão complexa como delicada problemática.

Como fazer valer a segurança jurídica sem o sacrifício da liberdade, adotando-se, como preconizado por expressiva corrente de pensadores (juristas, magistrados, políticos, economistas, sociólogos, etc.), mecanismos como o da súmula vinculante e mesmo a privatização da Justiça como solução?

À nossa reflexão, é preciso aprofundar o tema e, nessa linha, levar em conta se a multiplicação de litígios não se constitui a consequência — e não a causa — da crise que se alastra cada vez mais no espaço social.

Em primoroso estudo, António Hespanha, na esteira de forte corrente doutrinária (como anotamos em conhecido trabalho) afirma com certa dose de razão que “a ‘crise da lei’ não é tanto o resultado de insuficiências ‘técnicas’ na feitura das leis como o resultado da sobrevivência do legalismo num contexto político, social e cultural que deixou de lhe

corresponder. O 'fetichismo' típico da mentalidade jurídica atual inverte os dados da questão: começa por transformar a lei no modo único de revelação do direito (no 'fetiche' do direito); depois, assimila todas as condutas não conformes à lei em condutas antijurídicas; finalmente, conclui que as dificuldades do legalismo são os sinais da desagregação do direito e, logo, da ordem social."¹

E, como se estivesse referindo à nossa caótica situação judicial: "Se, no agir de todos os dias, tivéssemos que invocar a lei ou que recorrer aos tribunais para fazer reconhecer os nossos direitos, a convivência seria pura e simplesmente impossível!"²

2. Segurança jurídica

Em que consiste a segurança jurídica e onde obtê-la? Ao nosso entender, abarca ela todos os direitos e garantias assegurados na Constituição de 1988 de forma explícita e implícita, incumbindo à instituição judiciária "a prerrogativa de velar pela Constituição em quaisquer circunstâncias", como proclamada pelo Ministro Francisco Rezek em conferência intitulada "Poder Judiciário e Garantias da Sociedade".³

Embora seja, efetivamente, uma prerrogativa do Poder Judiciário, não se constitui essa função, por assim dizer, natural, uma exclusividade, estando também os demais poderes vinculados à consagração daqueles postulados.

A segurança jurídica envolve também aspectos técnicos, como v.g., o de integral, na fórmula de Miguel Reale⁴, referindo-se aos aspectos social e político, tal como posto, p. ex., no Réquiem para uma democracia nascente, por Fábio Konder Comparato⁵, e operacionais, tal como se focaliza em Celso Bastos⁶, referindo-se às liminares.

Antes de tudo, é preciso distinguir com clareza dois tipos de segurança: a da sociedade e a do cidadão, que nem sempre coincidem. Na primeira, os regimes de força são até mais eficientes, embora, a longo prazo, não a garantam, porque é ela aparente e não real, na medida em que reprime as manifestações de inconformismos e os conflitos. Na Segunda, ela se conecta com outros tipos de segurança (econômica, política, social, etc.). Temos, então, ao lado da segurança jurídica, o contraponto da Justiça Social com todos os seus aspectos, notadamente o da igualdade material (em suas múltiplas formulações), o que somente se pode alcançar com o funcionamento do Estado Democrático de Direito, no qual o devido processo legal (legislativo, executivo e judicial) se faz instrumentalizar através das instituições públicas e privadas. Estão, em ambos os casos, vinculadas à **LIBERDADE**.

No caso brasileiro, percebe-se, de plano, a incompatibilidade do mecanismo das medidas provisórias já um tanto desfocalizados do sistema presidencialista, afinal adotado por escolha plebiscitária, em face de sua indefinição (já que seu modelo inspirador foi o parlamentar italiano), assim mesmo admitidos para "caso de relevância e urgência" (CF, art. 62), máxime utilizada para qualquer situação e como regra.

A segurança jurídica, no plano da legislação exercitada sem limites pelo Executivo, que muitas vezes com a competência ou mesmo com a cumplicidade do Legislativo expõe o nosso sistema de legalidade que, do ponto de vista cultural e histórico, sempre sofreu de certo raquitismo, fica, nesse contexto, comprometida em suas bases.

3. Liberdades

A liberdade somente se torna real quando se assegura o seu exercício e, nessa perspectiva, repousa nas garantias efetivamente postas à disposição das pessoas.

A Justiça, seja através do Judiciário ou por mecanismos não oficiais (mediação, conciliação e arbitragem) é o espaço próprio para atender a essa necessidade.

Como bem assinala Cláudio Vianna de Lima, “não há necessidade de se desfazer da Justiça estatal para exaltação dos meios amigáveis, referidos, de solução de conflitos”⁷. E ainda: “Há casos, sim, em que é indicada a Justiça estatal, em se tratando dos direitos indisponíveis, ou de penalização de crimes, ou, ainda, de questões não resolvidas por meios amigáveis. Mas outros não, a Justiça do Estado - que de formal se converteu em formalista! - é contra-indicada, pela delonga, a ineficiência, a inabilidade para a pronta solução do conflito”⁸.

Nessa linha, abrem-se possibilidades concretas para a “descentralização” da Justiça oficial e também para sua “privatização”, o que, no Brasil, se vem realizando, quanto à primeira hipótese, num primeiro momento pelos “Juizados de Pequenas Causas” e, após, pelos “Juizados Especiais”, tanto no cível como no criminal.

Na segunda, pela criação da Justiça Arbitral (Lei n.º 9.307, de 23/09/1996) destinada a “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1), assim entendidas, conforme lembra Miguel Reale aludindo ao projeto de Código Civil, a “questões de Estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”⁹.

Enfim, as opções de “centralização estatal da Justiça” e de “abertura ou flexibilização” já se explicavam pelos paradigmas de Frederico II, segundo o qual a função de seus funcionários judiciais “não é a de arbitrar disputas, mas sim a de promover julgamentos infalíveis”¹⁰.

O outro paradigma, o de Luis IX (o S. Luis), é o do “Cristo Gótico, o Mestre de rosto humano”, não a terrível figura romanesca de Cristo em Majestade julgando a humanidade, e ainda menos uma personificação pagã da ‘Justiça’”¹¹. Enfim, o modelo da reconciliação dos litigantes, que se traduz na divisa “*pactum legem vincit et amor iudicium*”, ao contrário da adotada por Frederico II: “*Cesaris imperio regni custodia fio quam miseros facio quos variare scio* (Por ordem de Caesar, o guardião do reino sou eu, que desgraçados tornarei aqueles que saibam que discordam de mim)”¹². O modelo de arbitragem se desenvolveu com raro sucesso na Inglaterra, no final da Idade Média, “como uma instituição popular e bem estabelecida, cujos processos, rápidos e honestos, eram adaptáveis a todos os tipos de disputas em todos os níveis sociais”¹³.

A combinação desses modelos parece ser, com as atualizações necessárias (principalmente a democratização da Justiça oficial) a solução mais adequada.

As liberdades públicas, os direitos fundamentais e os direitos humanos, incluindo-se a matéria criminal, cidadania política e o contencioso de constitucionalidade (guarda da Constituição), ficariam sob reserva da Justiça Oficial.

As demais matérias ficariam por conta da Justiça alternativa (conciliação, mediação e arbitragem).

Decorrentemente, a tradicional abordagem de “acesso à Justiça” daria um giro de 180 graus, reduzindo o espaço oficial e ampliando o particular.

A eficiência melhoraria dos dois lados.

4. Súmula vinculante

Embora esteja na ordem do dia à semelhança dos “best-sellers”, que permanecem por muito tempo nas listas dos mais procurados livros da moda, a chamada “súmula vinculante” vem ocupando o espaço destacado no contexto da Reforma do Judiciário.

Em que pese o extenso debate que em torno dessa figura se vem desenvolvendo, o certo é que até agora não se tem uma idéia uniforme de seu conteúdo.

Afinal, o que se deve entender por “súmula vinculante”?

É mais fácil dizer se é contra ou a favor do preconizado instituto, com a ressalva do conceito ou forma de aplicação desse mecanismo.

Tememos, como ilustração, alguns posicionamentos em torno da súmula vinculante.

“O efeito vinculante conta com o apoio dos Ministros do STF, que consideram a medida como uma forma de aperfeiçoamento do sistema judicial”¹⁴ para os “casos repetitivos” que, segundo pesquisa, naquele Tribunal, entre outubro de 1989 e março de 1995, ocorreram em cerca de 70% do número de processos ali tramitados.

“Pela edição das súmulas, decisões de tribunais superiores serviriam de base para julgamento por instâncias inferiores, o que economizaria tempo na tramitação de processos na Justiça. O juiz que não seguisse a orientação da súmula estaria correndo o risco de ser punido”¹⁵. O presidente do STF “considera ponto fundamental da reforma a adoção de súmula de efeito vinculante. Essa mudança está prevista no substantivo do Deputado Federal Jairo Carneiro (PFL-BA), relator da reforma na Câmara”¹⁶.

O Ministro Romildo Bueno de Souza, presidente do STJ, também favorável à introdução da súmula vinculante, assim se posiciona: “A súmula vinculante, entre outras propostas decorrentes da extensão e profundidade da crise da Justiça, à falta de um modelo coerente, adequado às necessidades da sociedade brasileira, é um bom achado. Tem os seus defeitos, pois, de certa forma, restringe o esforço criativo da jurisprudência. Mas, por outro lado, presta-se para separar meras teimosias, que acarretam imensos prejuízos para as partes litigantes. Assim, penso que ele se justifica, no quadro de crise em que nos achamos. Desejável seria, porém, que o País pudesse contar com um modelo de organização e funcionamento da Justiça, que dispensasse reinendos, como a súmula vinculante, entre outros”¹⁷.

Em outra entrevista, respondendo às objeções de que o efeito vinculante prejudicaria a formação espontânea da jurisprudência e a independência jurídica dos juízes, responde: “Quanto à primeira objeção, é claro que se toda e qualquer súmula decorrente de julgamento de Tribunais tivesse o efeito vinculante, haveria, sem dúvida, o grave comprometimento da independência jurídica dos Juízes. Mas não é isso que está proposto. A súmula vinculante esta proposta para as causas repetitivas, em que, como diz muito bem o Ministro Pertence (*Sepúlveda Pertence*, presidente do STF), em que a demanda é proposta por um computador, a defesa é trazida por um outro computador, a decisão do Juiz vem do computador e, depois de todo esse acervo de papéis vindos do computador, é levado para os Tribunais Superiores que, também, resolvem por computador. Então é nesse assunto aí – das demandas meramente repetitivas – onde a independência jurídica dos juízes não está

em jogo, que se propõe a súmula vinculante¹⁸. À pergunta sobre a reação dos magistrados à aplicação desse instrumento, responde: “Quanto a súmula ser acatada pelos juízes, eu não tenho maior preocupação: a experiência e a história inostram que os juízes respeitam e valorizam muito os precedentes. Então, tudo indica que os juízes vão corresponder a essa proposta de forma aceitável. E a própria AMB retirou a objeção que tinha. A questão, então, é se a Administração Pública vai, de fato, cumprir a súmula – ou se setores da Administração vão continuar recorrendo. Por exemplo: se um juiz de primeira instância, um juiz federal, repele uma causa porque já há súmula vinculante, pergunta-se: a Administração vai acatar ou vai inventar um recurso que o juiz vai ter que examinar e o Tribunal dizer que esse recurso não pode prosperar? Na verdade, a súmula vinculante é um esforço de superar essa crise. O êxito dessa proposta depende da boa vontade dos juízes – e eu asseguro que eles terão –, e da boa vontade da Administração Pública, o que é, ainda, uma interrogação¹⁹”.

A Magistratura Nacional está dividida em torno da matéria. Sua entidade representativa máxima (AMB), reexaminando a matéria, por maioria de votos, alterou o posicionamento: “Após vários meses contrariando a idéia de súmulas com efeito vinculante, inclusive porque tal foi a posição adotada pelo último Congresso Nacional de Magistrados, em Fortaleza, a AMB mudou de posição, sendo agora favorável a tal ordenamento²⁰”. Diante de veementes protestos de várias entidades dela integrantes, a AMB redigiu nota oficial, na qual o tópico foi assim focalizado: que se “busque a efetividade da prestação jurisdicional, com a instituição de mecanismo que não importe em violação à independência jurídica do juiz, mas que dê solução racional às demandas iguais que geram multiplicação de recursos²¹”.

Há opiniões as mais disparatadas pelo seu conteúdo desfocalizado da realidade, como, v.g., a dos Deputados Roberto Campos e Wagner Rossi: o primeiro afirma, sem indicar as fontes ou os países, que “o efeito vinculante, que é a regra nas democracias avançadas – onde se procura limitar a proliferação doentia de leis, decretos, atos normativos, etc., que levam, no nosso país, à incerteza jurídica ao paroxismo – significa simplesmente que os juízes devem seguir a jurisprudência firmada nos tribunais superiores²²”. Já o segundo, afirmou: “A atribuição do efeito vinculante às súmulas do Supremo e de outros tribunais superiores deixou de ser uma discussão teórica e passou a ser apenas uma necessidade operacional²³”. E adiante: “...no próprio ato legislativo de instituição das súmulas com efeito vinculante deveremos nós, os legisladores, indicar o prazo e os meios para sua revisão e eventual modificação²⁴”.

Há, por outro lado, opiniões bem fundamentadas, como a do Deputado Vicente Arruda, vice-presidente da Comissão Especial de Reforma do Poder Judiciário e da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, advogado e doutor em Ciência Política pela Universidade de Harvard, ao comentar a súmula vinculante no contexto do Relatório do Deputado Carneiro: “a falta de embasamento doutrinário que sustente a adoção da súmula vinculante, proposta no substitutivo do Deputado Jairo Carneiro, foi o argumento usado pelo Deputado Vicente Arruda para criticar essa emenda criada ‘apenas por razões pragmáticas de conter a avalanche de processos que emperram a máquina judiciária’ (...)”. Mas

esse argumento numérico não pode anular as restrições de ordem constitucional à instituição da súmula vinculante. De fato, a solução para o acúmulo de processos não se encontra na outorga do efeito vinculante. É possível diminuir-se a pauta dos tribunais com medidas de outra natureza, sem ofensa ao nosso sistema jurisdicional, às garantias dos jurisdicionados e ao equilíbrio dos poderes²⁵. Debaten o Deputado Vicente Arruda²⁵.

Quem vai ao fundo da questão, como sempre, é o Ministro Evandro Lins, em sugestivo artigo intitulado "Crime de hermenêutica e súmula vinculante"²⁶, ao lembrar que o tema remonta a mais de um século, quando um magistrado do Rio Grande do Sul foi condenado à pena de 9 anos de suspensão por discordar da orientação do Tribunal de Justiça (cf. Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal, Edgard Costa, 1.º vol., pp. 68 a 70).

No mesmo artigo, o autor reivindica, como "único sobrevivente dos ministros presentes à sessão de sua criação", "o conhecimento de sua origem", para resolver o aumento de processos no Supremo, que se inspirou "em três passagens da Constituição portuguesa, condenadas, desde logo, pela abalizada opinião de Canotilho" e que, segundo "o Dr. Júlio de Castro Caldas, bastionário da Ordem dos Advogados de Portugal, que 'a força obrigatória' de certos acórdãos foi suprimida da legislação portuguesa. Lá já não existem 'decisões vinculantes'"²⁷.

Em primoroso trabalho, o Desembargador aposentado Dinio de Santis Garcia bem demonstra como a doutrina do *stare decisis* "já não é mais aplicada rigidamente nos Estados Unidos, e mesmo na Inglaterra vem se tornando mais flexível"²⁸.

Anota ainda, corretamente, referindo-se aos assentos portugueses, hoje duplamente considerados inconstitucionais (por usurparem funções legislativas e desvirtuarem as judiciais) que "a Súmula da Jurisprudência Dominante, criada em 1963, por iniciativa do Ministro Victor Nunes Leal, pelo Supremo Tribunal Federal (...) são geralmente adotadas pelo juízes e tribunais do país, seja pelo poder de convicção dos acórdãos de que se originaram, seja por motivos de ordem prática"²⁹.

Há mais de dez anos que o STF não edita súmulas (a última, n.º 621 é de 17/10/84, publicada em 29/10/84).

5. Conclusão do tópico

Nossa idéia a respeito desse mecanismo é simples: a) adotar o efeito vinculante (apenas para as súmulas do STF) para a Administração Pública em geral; b) instituir na lei processual preceito que negue recurso ao STF e ao STJ, em matérias sumuladas no respectivo âmbito.

Com isso, obtém-se o efeito desejado (impedir os chamados "feitos repetitivos" ou "ociosos" perante aqueles tribunais) sem prejuízo da natural e espontânea criação da jurisprudência e da absoluta e impostergável independência dos juízes inferiores.

6. Conclusão final

A superação da falta de segurança jurídica depende basicamente da capacidade

que a sociedade civil tenha de fazer funcionar adequadamente as instituições públicas e particulares.

É tarefa complexa permanente, que se torna ainda mais difícil em face da deficiência das instituições, a cujo aperfeiçoamento se vincula.

O espaço da liberdade que o Estado Democrático de Direito oferece para o seu exercício é a base para o rompimento de estruturas sociais com ele incompatíveis.

O devido processo legal, no seu sentido mais amplo e profundo, é um dos instrumentos mais importantes para a construção de uma sociedade livre e justa.

A reforma da Justiça, nesse contexto, deve atender aos postulados contidos na presente exposição.

Bibliografia:

- BASTOS, Celso. No Judiciário, a melhor defesa é o ataque. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 11/10/96.
- BOLETIM DA AJURIS (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul). Porto Alegre, ano V, n.º 77, 1.ª semana de out. 1996.
- CAMPOS, Roberto. O pior corporativismo. *O Globo*, Rio de Janeiro, 26/05/96.
- CLANCY, Michael. Lei e amor na Idade Média. In HESPANHA (Org.) *Justiça e Litigiosidade: história e prospectiva*. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1993, pp. 139-166.
- COMPARATO, Fábio Konder. Réquiem para uma democracia nascente. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14/05/96.
- GARCIA, Dínio de Santis. Efeito vinculante dos julgados da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores. *Tribuna da Magistratura*, caderno de doutrina, ago. 1996, pp. 49-50.
- HESPANHA, António Manuel Botelho (Org.) *Justiça e Litigiosidade: história e prospectiva*. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1993.
- IN VERBIS. Revista do Instituto dos Magistrados do Brasil. Rio de Janeiro: IMB, n.º 1, abr./mai. 1996.
- INFORME JURÍDICO (Informe da Advocacia Celso Botelho de Moraes). São Paulo, n.º 11, out. 1996.
- Juizes discutem reforma no Judiciário. *Jornal do Commercio*. Rio de Janeiro, 05/12/96.
- LIMA, Cláudio Viana de. Mediação, conciliação e arbitragem. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, 12/10/96.
- Pertence pede pressa na reforma do Judiciário. *Gazeta Mercantil*. São Paulo, 09/10/96.
- POWELL, E. A arbitragem e o direito na Inglaterra dos finais da Idade Média. In HESPANHA, António (Org.) *Justiça e Litigiosidade: história e prospectiva*. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1993, pp. 167-186.
- Propostas de reforma da Justiça. *Gazeta Mercantil*. São Paulo, 13/02/96.
- REALE, Miguel. Segurança integral. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 24/08/96.
- REALE, Miguel. Privatização da Justiça. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 05/09/96.
- RESEK, Francisco. Poder Judiciário e garantias da sociedade. *Revista de Direito Tributário*, n.º 63, pp. 148-158.
- SILVA, Evandro Lins e. Crime de henneneutica e súmula vinculante. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 16/09/96.
- Wagner Rossi diz o que pensa sobre a Reforma do Judiciário. *Tribunal da Magistratura*.

- ¹ HESPANHA, Antônio M. B. *Justiça e Litigiosidade: História e prospectiva*. Fundação Calouste Gulbekian, Porto, 1993, p. 23.
- ² *Idem*, p. 27.
- ³ REZEK, Francisco. Poder Judiciário e garantias da sociedade. *Revista de Direito Tributário*, n.º 63, p.150.
- ⁴ REALE, Miguel. Segurança integral. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 24/08/96.
- ⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Réquiem para uma democracia nascente. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14/05/96.
- ⁶ BASTOS, Celso. No Judiciário, a melhor defesa é o ataque. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 11/10/96.
- ⁷ LIMA, Cláudio Vianna de. Mediação, conciliação e arbitragem. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, 12/10/96.
- ⁸ *Idem*
- ⁹ REALE, Miguel. Privatização da Justiça. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 05/09/96.
- ¹⁰ CLANCY, Michael. Lei e amor na Idade Média, In HESPANHA, Antônio (Org.). *Justiça e Litigiosidade: história e prospectiva*, p. 48.
- ¹¹ *Idem*, p. 149.
- ¹² *Idem*, pp. 148/149.
- ¹³ *Idem*, pp. 148/149.
- ¹⁴ Propostas de reforma da Justiça. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 13/02/96.
- ¹⁵ Pertence pede pressa na reforma do Judiciário. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 09/10/96.
- ¹⁶ *Idem*.
- ¹⁷ *IN VERBIS*. Revista do Instituto dos Magistrados do Brasil, abr./maio. 1996, n.º 1, p.8.
- ¹⁸ Informe Jurídico. Informe da Advocacia Celso Botelho de Moraes, n.º 11, out. 1996, p. 4.
- ¹⁹ *Idem*.
- ²⁰ Boletim da AJURIS, ano V, n.º 77, 1.ª semana de outubro/96.
- ²¹ *Idem*.
- ²² CAMPOS, Roberto. O pior corporativismo. *O Globo*, 26/05/96.
- ²³ Wagner Rossi diz o que pensa sobre a Reforma do Judiciário. *Tribuna da Magistratura*, p.13.
- ²⁴ *Idem*.
- ²⁵ Juízes discutem reforma no Judiciário. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, 05/09/96.
- ²⁶ SILVA, Evandro Lins e. Crime e hermenêutica e súmula vinculante. *Jornal do Brasil*, 16/09/96, p. 9.
- ²⁷ *Idem*.
- ²⁸ GARCIA, Dinio de Santis. Efeito vinculante dos julgados da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores. *Tribuna da Magistratura*, caderno de doutrina, ago. 1996, p. 50.
- ²⁹ *Idem*, p. 51.

*Desembargador Federal.