

# REVISTA

**ESCOLA DE  
MAGISTRATURA  
REGIONAL  
FEDERAL**



**EMARF**

TRIBUNAL  
REGIONAL  
FEDERAL

2ª REGIÃO



**Nº 2**

**ABRIL/2000**

Revista

# **EMARF**

Escola de Magistratura  
Regional Federal

TRF 2ª Região - Rio de Janeiro - Nº 2 - P. 7 - 201 - 2000

## TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª 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 REGUEIRA  
*Desembargador Federal* FERNANDO MARQUES  
*Desembargador Federal* RALDÊNIO BONIFÁCIO COSTA  
*Desembargador Federal* SÉRGIO FELTRIN CORRÊA  
*Desembargador Federal* FRANCISCO PIZZOLANTE  
*Desembargador Federal* BENEDITO GONÇALVES

## EDITORIAL

O aparecimento da Revista da EMARF, destinada, prioritariamente, à divulgação dos trabalhos jurídicos dos magistrados que integram a Justiça Federal da 2ª Região, e da produção cultural desenvolvida na Escola, foi saudado com entusiasmo e despertou considerável interesse, certamente pela excelência do seu conteúdo.

A partir deste 2º volume, sua periodicidade será quadrimestral. Tenho convicção de que, assim, nossos objetivos serão mais facilmente atingidos.

**Paulo Freitas Barata**  
Diretor-Geral da EMARF

# SUMÁRIO

■ A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA MANUTENÇÃO DO VALOR REAL DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS	
Maria Amélia Seno de Carvalho .....	7
■ A EMENDA DO JUDICIÁRIO – “QUEM GARANTIRÁ AS GARANTIAS?”	
José Eduardo Nobre Matta .....	22
■ A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	
Marco Falcão Critsmelis .....	41
■ AS APÓLICES DA DÍVIDA PÚBLICA FEDERAL EMITIDAS PELA PRIMEIRA REPÚBLICA	
Trabalho apresentado no IV Encontro de Magistrados Federais do TRF da 2ª Região, de 18 a 21 de novembro de 1999, Club Méditerranée de Rio das Pedras - RJ	
João Paulo de Almeida Magalhães .....	60
■ ACABOU-SE O QUE ERA DOCE...	
Uma análise do Parágrafo Único do Artigo 5º da Lei 3373, de 12 de março de 1958, frente a Constituição Federal de 1988	
Fernanda Duarte L. L. da Silva .....	68
■ ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS: CONSIDERAÇÕES	
Arnaldo Esteves Lima .....	89
■ ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS JUÍZADOS ESPECIAIS CÍVEIS FEDERAIS	
Alberto Nogueira Jr. ....	91
■ COMO TORNAR MAIS EFETIVO O DIREITO AMBIENTAL	
Maria Helena Cisne Cid .....	104
■ CONFLITO ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS	
Dra. Liliâne do Espírito Santo Roriz de Almeida .....	108
■ DIREITO ADQUIRIDO	
Roy Reis Friede .....	112
■ DO RECONHECIMENTO <i>EX OFFICIO</i> DA PRESCRIÇÃO A FAVOR DA FAZENDA PÚBLICA	
Isabel Maria de Figueiredo Souto .....	118
■ EFICÁCIA DA SENTENÇA	
Augusto Guilherme Dieffenhaefer .....	121
■ LEI Nº 9.718 – ALGUNS ASPECTOS INCONSTITUCIONAIS	
Frana Elizabeth Mendes .....	123
■ MERCOSUL, HARMONIZAÇÃO TRIBUTÁRIA E COMÉRCIO INTRA-REGIONAL: RAÍZES E PERSPECTIVAS	
Alberto Nogueira .....	147
■ NOTAS SOBRE A LESÃO NO DIREITO CIVIL	
Marcelo da Fonseca Guerreiro .....	169
■ O CRIME DE HERMENÊUTICA	
Henry Chalu Barbosa .....	175
■ PROBLEMAS E REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL	
Aluisio Gonçalves de Castro Mendes .....	178
■ PROVIMENTOS ANTECIPATÓRIOS E PRIVATIZAÇÕES	
Valéria Medeiros de Albuquerque .....	196
■ TAXAS DE INSCRIÇÃO, EXCLUSÃO E DEMOCRACIA	
William Douglas Resinente .....	200

✓  
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 ERTHAL

*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  
Kátia Alessandra da Silva  
Assistente de Redação  
Claudia Blasetti  
Revisão  
Monica Costa  
Tiragem  
5.000 exemplares  
Circulação  
Nacional  
Distribuição  
Gratuita

Produção e Comercialização :  
REVISTAS OFICIAIS  
e-mail: emarf@sol.com.br  
Fone/Fax: (11) 287-7115

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  
Edir Gil de Alcantara  
Maria de Fátima E. Bandeira de Mello

Revista EMARF  
Escola de Magistratura Regional Federal  
Tribunal Regional Federal - 2.ª Região  
Rua do Acre, 80-3.º Andar-Anexo I - Rio de Janeiro-RJ

N. 2 (Março 2000)  
EMARF - TRF 2.ª Região/RJ, 2000 - 201 p.

## “A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA MANUTENÇÃO DO VALOR REAL DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS”

Maria Amélia Seno de Carvalho

*Trabalho apresentado no IV Encontro de Magistrados Federais do TRF da 2ª Região, de 18 a 21 de novembro de 1999, Club Méditerranée de Rio das Pedras - RJ*

### I – A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA QUESTÃO DOS REAJUSTAMENTOS PREVIDENCIÁRIOS – DA UNIFICAÇÃO DO TRATAMENTO LEGISLATIVO (EDIÇÃO DA LEI ORGÂNICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – LEI 3807/60) ATÉ A CF DE 1988

Para melhor compreensão da questão dos reajustamentos previdenciários, é de bom alvitre analisar o tratamento histórico dado à matéria.

Ana Maria Wickert Theisen<sup>1</sup>, Juíza Federal do TRF da 4ª Região, traça minucioso estudo da evolução dos critérios de reajustamento dos benefícios previdenciários e das principais polêmicas suscitadas a respeito e que podemos resumir na seguinte ordem cronológica como preliminar da proposta que queremos formular:

• **Lei 3807 de 26/08/60 (Lei Orgânica da Previdência Social)** – em seu artigo 67 determinou que o reajustamento dos benefícios se desse sempre que os índices dos salários de contribuição dos segurados ativos ultrapassasse em mais de 15% os do ano do último reajuste.

• **Decreto-lei 66 de 21/11/66** – alterou o artigo 67 supra vinculando os reajustes dos benefícios previdenciários à variação da Política Salarial, computando o percentual aplicado ao salário mínimo apenas 60 dias após sua alteração.

• **Lei 5890 de 1973** – altera de novo o artigo para determinar a imediata aplicação da variação da Política Salarial, de forma imediata e não mais diferindo de seus efeitos.

O Decreto 77077 de janeiro de 1976 (Consolidação das Leis da Previdência Social) – em seu artigo 30 mantém o critério anterior mesmo após a edição da Lei 6205 de 29/04/75 que descaracterizou o salário mínimo como fator de correção monetária.

• **Lei 6708 de 30/10/79** – estabelece a correção automática dos salários cujo valor passou a ser corrigido semestralmente pela variação do INPC e dividiu os assalariados em faixas salariais. Por extensão, tal critério aplicava-se também aos benefícios previdenciários.



Entretanto, o enquadramento e o reajuste eram feitos de forma errônea pelo INPS, gerando prejuízo aos beneficiários. Em primeiro lugar, a autarquia passou a aplicar o critério da proporcionalidade, ou seja, o índice de variação da política salarial era repassado proporcionalmente ao mês da concessão, no que diz respeito ao primeiro reajuste dos benefícios, sem que a lei assim o determinasse. Assim, desde a vinculação dos benefícios à Política Salarial (1966), a autarquia efetuava erroneamente o reajuste proporcional.

Em segundo lugar, ainda quanto ao enquadramento deve-se explicar que os salários eram divididos em faixas salariais às quais eram atribuídos índices de reajuste inversamente proporcionais (quanto mais elevado o nível da faixa, menor o reajuste atribuído). Com isso, uma vez editada a alteração da Política Salarial com a divulgação do novo valor do salário mínimo, a autarquia classificava ou enquadrava os benefícios por faixas de acordo com o valor revogado, fazendo com que muitas vezes os beneficiários mudassem de faixa, percebendo índice menor. Este equívoco veio a ser corrigido com a edição do Decreto-lei 2171/84 que esclareceu que o enquadramento deveria ser feito pelo novo valor do salário mínimo. Em 26/05/87, a Lei 7604, reconhecendo o equívoco praticado no passado, determinou a retificação da atualização no período de nov. /79 a maio/84, sem efeitos financeiros pretéritos.

Os dois equívocos acima mencionados ensejaram a edição da Súmula 260 do extinto TFR, cuja aplicação, nos dois aspectos, encontra-se de há muito superada.

Decretos-lei 2284 de 10/03/86 (Plano Cruzado) e 2302 de 21/11/86 – instituíram a escala móvel de salários e o reajuste automático de salários quando a variação acumulada do IPC no ano atingisse 20% a contar da última data-base. Todo mês era verificada a variação do IPC de forma a constatar ou não o atingimento do patamar referido e o repasse aos benefícios do resíduo nos reajustes seguintes.

Lei 7604 de 26/05/87 – determinou o reajuste dos benefícios de acordo com a Política Salarial e conforme as disponibilidades financeiras do Sistema Nacional de Previdência Social.

Em 12/06/87 é editado o Decreto-lei 2335, que extinguiu o gatilho automático pela variação do IPC e instituiu a URP. Entretanto, foi

assegurado aos beneficiários o repasse de 20% da variação do IPC acumulado no mês anterior, isto é, maio de 1987.

O Decreto-lei 2351 de 07/08/87 criou um duplice regime salarial instituindo:

a) Salário mínimo de referência – que correspondia ao antigo salário mínimo e ao qual ficavam vinculados os salários e os benefícios previdenciários, utilizado também na aplicação de índice de atualização monetária;

b) Piso Nacional de Salários – que correspondia à contraprestação mínima devida e paga diretamente pelos empregadores aos trabalhadores, com valor mais elevado que a espécie anterior.

Este sistema duplice perdurou até a edição da L.7789 de 03/07/89. Neste período, por expressa determinação legal, no que pertine a reajustamento de benefícios ou cálculo de correção monetária de liquidação, o certo é utilizar o salário mínimo de referência.

Constituição Federal de 1988 – criou o salário mínimo nacionalmente unificado (conceito em que apenas o salário mínimo de referência se enquadrava); vedou vinculação ao salário mínimo para qualquer fim; instituiu no ato das disposições transitórias o critério provisório de reajustamento dos benefícios previdenciários então em manutenção pela equivalência inicial em número de salários mínimos e criou o princípio da manutenção do valor real dos benefícios, que passamos a estudar.

## II – O PRINCÍPIO DA MANUTENÇÃO DO VALOR REAL DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a tratar sistematicamente da seguridade social conferindo-lhe um capítulo próprio no Título VIII da Ordem Social.

Neste capítulo encontramos os artigos 194 e 201 que com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98 dispõem:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

...

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: ...

§ 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.

Note-se que os dois princípios supra-referidos (o da irredutibilidade de benefícios e o da manutenção do valor real) já encontravam amparo na Constituição desde sua promulgação, respectivamente no inc. V do art. 194 e no § 2º do art. 201, não tendo sofrido alterações com a Reforma Previdenciária.

Regulamentando o Capítulo da Seguridade Social, foram editados os Planos de Custeio e o de Benefícios do Regime Comum Previdenciário, respectivamente Leis 8212 e 8213 de julho de 1991 que, por sua vez, foram regulamentadas em dezembro do mesmo ano com a edição dos decretos pertinentes.

A Lei 8212/91 dispunha:

Art. 6º Fica instituído o Conselho Nacional de Seguridade Social, órgão superior de deliberação colegiada, com a participação da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de representantes da sociedade civil. ...

Art. 7º Compete ao Conselho Nacional de Seguridade Social:

...

VI - estudar, debater e aprovar proposta de recomposição periódica dos valores dos benefícios e dos salários de contribuição, a fim de garantir de forma permanente a preservação de seus valores reais;

Note-se que este dispositivo encontra-se revogado já que o Conselho Nacional de Seguridade Social foi extinto conforme alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 1911 de dezembro de 1998 na Lei 9649 de 27/05/98 que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, sem que suas atribuições tenham sido transferidas a qualquer outro órgão da estrutura do Ministério da Previdência e da Assistência Social.

O direito subjetivo ao reajustamento do benefício para preservação de seu valor real assegurado na Constituição vem igualmente insculpido na Lei 8213/91, em seu art. 41, inc. I.

Vemos, assim, que o constituinte conferiu aos benefícios previdenciários garantias maiores e até então inéditas; ao lado da irredutibilidade de seu valor nominal (garantia igualmente conferida aos salários no art. 7º, inc. VI), tornou obrigatório o reajustamento periódico do benefício sempre que constatada perda de seu valor real.

A referida norma é dotada de alto nível de abstração e desde a promulgação da Carta tornou-se um desafio imposto aos aplicadores do Direito a tarefa de definir o que fosse "valor real".

Sem maiores delongas que demandariam uma pesquisa multidisciplinar, envolvendo conceitos até mesmo de Economia, vamos direto ao que hoje parece ser consenso doutrinário endossado pelo Eg. STF. Conforme decisões reiteradas dos Tribunais Superiores, entende-se que o conceito de valor real do benefício previdenciário é indissociável do conceito de valor aquisitivo e, conseqüentemente, indissociável da idéia de preservação do benefício dos efeitos da inflação.

Desta forma, o § 4º do art. 201 contém norma programática que impõe ao legislador ordinário a tarefa de estabelecer o reajustamento do benefício toda vez que houver perda do valor aquisitivo inicial, ou seja, do valor aquisitivo da renda mensal inicial, perda essa que ocorre através do fenômeno inflacionário.

Ao julgar o Mandado de Segurança nº 1233-DF impetrado para assegurar o reajuste dos benefícios previdenciários em 147,06% (mesmo índice aplicado para reajuste dos salários de contribuição em setembro de 1991), o Eg. STJ, através do voto do Min. Garcia Vieira, ressaltou dois aspectos de suma importância decorrentes dos princípios constitucionais da manutenção do valor real e da garantia da fonte de custeio: em primeiro lugar lembrou que o salário de contribuição deveria ser reajustado na mesma época e com os mesmos índices de reajustamento dos benefícios de prestação continuada, conforme dispunha o parágrafo único do art. 20 da Lei 8212/91, hoje substituído pelo art. 29, § 1º. Assim, se um é reajustado, o outro fator também o será.

O segundo aspecto merece ser transcrito face à clareza que trouxe à discussão acerca do princípio da manutenção do valor real:

"O legislador constitucional assegurou, em suas disposições permanentes, a irredutibilidade do valor dos benefícios (art. 194, IV) e seu reajustamento para '... preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei'.

Ora, é evidente que o legislador ordinário não poderia desconhecer e desrespeitar estes dois mandamentos, o da irredutibilidade e preservação do valor real dos benefícios. Os seus aumentos não poderiam ser inferiores aos índices da inflação. Mesmo após a implantação definitiva dos planos, os benefícios e as contribuições devem ser reajustados, na mesma época e com os mesmos índices, nunca inferiores aos da inflação, para ser respeitada a irredutibilidade e preservar o valor real dos benefícios e garantir a fonte de custeio".

No mesmo sentido é a posição do Eg. STF:

“... Com o preceito\* objetivou-se cobrir o espaço de tempo até a vigência de nova legislação previdenciária a ser editada em harmonia com os princípios insculpidos no artigo 201 do corpo permanente da Constituição. Ora, constata-se que o § 2º do mencionado artigo é categórico ao assegurar o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, remetendo à lei, enquanto o § 3º dispõe sobre a atualização dos salários de contribuição computados no cálculo do benefício.

Evidentemente, a manutenção do poder aquisitivo dos benefícios previdenciários fez-se, em primeiro lugar e relativamente ao período que antecede a data da aquisição do direito, de acordo com a atualização dos salários de contribuição e, em segundo lugar, relativamente ao tempo posterior, considerada a inflação, havendo, portanto, data-base própria...”

\* o preceito aqui referido é o art. 58 do ADCT

(AI 188298-1, Min. Marco Aurélio, in DJI de 07/04/97, pg. 11009)

Compete, assim, ao Congresso Nacional dispor sobre o regime de reajustamento dos benefícios, fixando datas, periodicidade e índices. Está, porém, como Poder Constituído, sujeito aos limites constitucionais, dentre os quais se situa o dever a ele imposto de assegurar aos titulares de benefícios previdenciários a preservação destes últimos contra os efeitos malignos da inflação a qual acarreta perda de valor aquisitivo da moeda.

Indo mais além, ainda Ana Maria Wickert Theisen entende que todo reajustamento deverá necessariamente estar amparado em um índice oficial de correção monetária, sob pena de estar sendo fraudada a garantia constitucional:

“Ora, se o Texto Maior fala em *critérios*, o que a lei infraconstitucional deve fazer, no desiderato de regulamentar o dispositivo, é indicar um índice oficial, baseado em indexadores oficiais (os quais obedecem a uma mecânica de cálculo previamente estabelecida, de molde a refletir a variação inflacionária). Não há autorização para que o legislador, livremente, escolha um percentual qualquer, sem lastro no fenômeno inflacionário, de cujos efeitos, aliás, os reajustes procuram precaver os benefícios, assegurando seu poder liberatório”.<sup>2</sup>

Desta forma, podemos concluir que ao legislador é dado escolher qualquer índice inflacionário oficial, mesmo o que houver apresentado menor variação no período de apuração. Entretanto, uma vez verificada a perda do poder de compra do benefício em manutenção em relação ao seu valor inicial (RMI) e em cotejo com todos índices inflacionários oficiais, o beneficiário passa a ter direito subjetivo à reposição da perda, cabendo ao

legislador eleger um índice dentre a gama de índices oficiais existentes. Deve ainda dispor sobre a forma como se dará o reajustamento no que pertine a data e periodicidade. Não cabe ao segurado pretender o índice que mais lhe convenha, já que a Constituição outorgou ao Congresso Nacional a tarefa de dispor sobre o regime de reajustamento. Entretanto, o poder atribuído ao Poder Legislativo encontra limite no princípio estudado.

Como então agir quando no exercício da competência que lhe é atribuída o Legislador infringe o dispositivo constitucional ou, ao contrário, se omite de exercê-la? Tratando-se de norma programática, isto significa que a mesma deve restar indefesa? A questão merece uma digressão.

### III – EFETIVIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

É preciso lembrarmos que existência, validade e eficácia dos atos jurídicos são atributos que não se confundem.

O ato jurídico se diz existente quando presentes seus elementos constitutivos previstos na lei. Uma vez existente, ele será válido se os elementos constitutivos estiverem de acordo com o estabelecido na norma no que pertine, por exemplo, à competência para sua edição, observância do processo de criação etc. Assim, por exemplo, uma lei declarada inconstitucional é existente porém inválida.

O ato válido, por sua vez, será eficaz se idôneo a produzir os efeitos nela previstos. No período de *vacatio legis*, por exemplo, uma lei é ineficaz. Especificamente no tocante à classificação das normas constitucionais tradicional estabelecida por José Afonso da Silva, assegura-se às normas programáticas uma “eficácia mínima”, ou seja, ela produz efeitos independentemente de sua regulamentação no mínimo para revogar a lei que lhe seja contrária e evitar de inconstitucionalidade a norma posterior que seja editada contrariamente a seu sentido.

Luis Roberto Barroso analisa ainda um quarto atributo dos atos jurídicos e em especial das normas jurídicas: a efetividade. Efetividade equivaleria em suas palavras à eficácia social ou reconhecimento pela sociedade da existência da norma, operando-a no mundo dos fatos:

“A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”<sup>3</sup>.

Podemos dizer, assim, que, se a efetividade da norma depende de sua aplicação real, pode e deve o Poder Judiciário garantir este atributo. Podemos ainda dizer que a norma constitucional que abriga o princípio da manutenção do valor real do benefício só será efetiva se forem editadas leis que realmente mantenham o poder de compra original do

benefício, considerando a Economia inflacionária em que ainda hoje vivemos. Como garantir, então, a efetividade?

#### IV – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

##### A) SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição tem a histórica e essencial função de limitar os Poderes Constituídos ao lado da função de organizar e instituir o próprio Estado.

As edições das primeiras Cartas Constitucionais receberam o nome de Movimento Constitucionalista e foram a fonte e base do chamado Estado de Direito, contendo o elenco mínimo de direitos e garantias individuais. A evolução histórica e as novas demandas sociais levaram igualmente à evolução do conceito de Constituição e de sua finalidade. Entramos então no chamado Estado Social, em que os documentos básicos passaram a assegurar não apenas direitos dos indivíduos face ao Estado, mas também enquanto trabalhador.

Temos assim que a Constituição dá origem ao próprio Estado e que os Poderes que o constituem são Poderes Derivados e, portanto, limitados pela própria Lei Fundamental. É dela que se originam todas as demais normas que nela encontram seu fundamento de validade. Daí comumente falar-se em supremacia da Constituição significando a submissão dos Poderes de Estado e dos atos por ele praticados aos princípios constitucionais.

Conseqüentemente, toda norma editada em desacordo com a Constituição, seja quanto ao processo de sua criação, seja quanto a seu conteúdo, padece de vício de inconstitucionalidade, sendo nula ou inexistente no dizer de parte da doutrina (ex.: Francisco Campos).

Também a inércia de qualquer dos Poderes do Estado pode ser eivada de inconstitucionalidade sempre que deixar de editar ato de sua competência exigido pela Constituição e necessário para eficácia plena do dispositivo.

Do exposto surgiu a necessidade de se instituir mecanismos de fiscalização da adequação da conduta dos Poderes Constituídos à Lei Fundamental, o que se deu através do controle de constitucionalidade.

##### B) MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Uma norma pode ser inconstitucional por diversos aspectos, gerando pluralidade de modalidades de controle.

Há **inconstitucionalidade formal ou material** segundo o vício esteja relacionado ao processo de formação da norma ou a seu conteúdo. Por outro lado a inconstitucionalidade pode dar-se **por ação** ou **por omissão**, ou seja, o vício tanto pode surgir da edição de lei ou ato normativo em afronta ao dispositivo constitucional quanto da inércia do Poder Público

competente em editar a lei ou ato normativo necessário para a eficácia plena e aplicabilidade da norma; neste caso é pressuposto desta espécie de controle a inexistência da norma ou a existência de norma que disponha de forma insuficiente sobre a matéria.<sup>4</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro admite, por outro lado, dois sistemas de controle de constitucionalidade: o controle pela via principal (ação direta de inconstitucionalidade que pode assumir a forma interventiva) ou pela via de exceção.

A ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual é prevista no art. 102, inc. I, alínea "a", da Constituição: a competência para julgá-la é do Eg. STF, órgão máximo de guarda e interpretação da lei fundamental, e a legitimidade para propô-la é conferida a um elenco fechado de pessoas e órgãos contido no art. 103. Embora haja alguma divergência doutrinária<sup>5</sup>, a maioria entende que a ação é de cunho declaratório da nulidade da lei ou ato normativo, produzindo efeitos retroativos (*ex tunc*) e *erga omnes*. No caso de vir a ser declarada a inconstitucionalidade por omissão, ao Eg. STF compete apenas dar ciência de sua decisão ao poder infrator a fim de que adote as providências necessárias, as quais, no caso de órgão administrativo, deverão ser tomadas em 30 dias.

Considerando ainda a hipótese de omissão normativa, a Constituição prevê também dois outros instrumentos de fiscalização: o mandado de injunção e a iniciativa legislativa popular. O mandado de injunção vem previsto no art. 5º, inc. LXXI, da Constituição e a iniciativa popular no art. 61, § 2º, regulamentado pela Lei 9709/98.

O mandado de injunção pressupõe uma lacuna legislativa ou ausência de norma e que esta ausência inviabilize o exercício de direito subjetivo constitucionalmente previsto, no que diverge da ação direta de inconstitucionalidade, já que esta objetiva o resguardo da Constituição e não de um direito individual específico.<sup>6</sup> O remédio constitucional, ao contrário da ação direta, não se limita a declarar a mora do legislador. Embora de conteúdo esvaziado pelo Eg. STF que o equiparou em efeitos à ação declaratória de inconstitucionalidade, parece-nos claro que, conforme a lição do Mestre Hely Lopes Meirelles<sup>7</sup>, o remédio constitucional somente seria eficaz se ao órgão julgador fosse possibilitado integrar a norma no caso concreto, preenchendo a lacuna de acordo com os princípios gerais de direito, a analogia, costumes e sobretudo a equidade.

Copiando o sistema de controle americano, admitimos ainda o sistema de controle difuso ou incidental pelo qual a qualquer órgão judiciário é dado declarar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo como questão prejudicial da análise do mérito da ação. A declaração de inconstitucionalidade não integra o dispositivo da sentença e não transita em julgado, operando efeitos apenas entre as partes do processo. Esgotadas as vias recursais ordinárias, a questão pode vir a ser submetida ao Eg. STF através de recurso extraordinário. Neste caso, entendendo a Corte Máxima pela existência de vício, deverá dar ciência desta decisão definitiva ao Senado Federal que, por sua vez, pode suspender a execução de lei julgada inconstitucional, situação em que a decisão passará a ter efeitos *erga omnes* e retroativos.

No controle incidental o órgão julgador subtrai o caso concreto da órbita de eficácia da norma impugnada como se ela não existisse, nas palavras de Lucio Bittencourt.



Voltando à análise dos reajustamentos previdenciários, vemos que desde a edição da Constituição dita Cidadã inúmeras foram as leis e medidas provisórias editadas para discipliná-los e inúmeras as ações impugnando os critérios adotados, alegando-se, de forma geral, a infringência do princípio constitucional da manutenção do valor real do benefício. Em 90% das ações propostas o pedido on é mal formulado, revelando completo desconhecimento por parte dos patronos acerca do direito previdenciário, ou pretendem que seja fixado como critério permanente de reajuste a vinculação à equivalência em número de salários mínimos, o que, além de vedado na parte permanente da Constituição, não é garantia de efetividade do princípio constitucional. Resta questionar: como proceder ao controle de constitucionalidade das normas que versam sobre reajuste previdenciário de forma a preservar o princípio da divisão de poderes?

### V – O PODER-DEVER DOS JUÍZES AO JULGAR: LIMITES

O exercício da função jurisdicional é regido por alguns princípios basilares que assumem especial relevo quando o juiz se defronta com lacunas legislativas ou com hipóteses em que, dado o vício de inconstitucionalidade da norma (e conseqüente nulidade da norma), a mesma torna-se inaplicável ao caso concreto.

Em primeiro lugar cumpre citar o princípio da *indeclinabilidade da jurisdição* insculpido no art. 126 da lei processual, segundo a qual ao juiz não é dado eximir-se de sentenciar ou de decidir alegando lacuna ou obscuridade da lei, caso em que poderá socorrer-se das normas legais e, na ausência destas, da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, cabendo ainda o uso da equidade nos casos expressamente permitidos por lei. Nas palavras de **José Roberto dos Santos Bedaque**, Juiz do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo: “a Jurisdição é a atividade estatal destinada a garantir a eficácia prática do ordenamento jurídico”<sup>8</sup>. Onde se lê eficácia prática, entenda-se efetividade.

Preciosas, nesse sentido, as lições de dois autores franceses, um senador e uma professora de direito, **Hubert Hacnel** e **Marie-Anne Frison-Roche**, autores do livro “*Le juge et le politique*” (editora Presses Universitaires de France, 1998), em que fazem uma análise do papel do juiz na sociedade moderna e as expectativas da sociedade, em especial a francesa, quanto à sua atuação. Fugindo do positivismo puro que impera e buscando soluções para que a Justiça cumpra seu papel – que é o de fazer Justiça mais do que simplesmente aplicar a lei –, trazem eles conclusões que podemos resumir nos seguintes tópicos:

- o juiz deve zelar para que o direito e o justo coincidam;
- o direito não é um fim em si mesmo mas um instrumento na busca da Justiça;
- atualmente, mais que o legislador, é o juiz quem encarna o espírito de Justiça;
- a submissão do juiz às leis não pode implicar inferioridade em relação ao legislador, notadamente porque este deveria exercer seu poder para realizar a Justiça;
- quando o direito positivo excede os limites do justo, a regra segundo a qual o juiz deve tornar a lei efetiva torna-se ilegítima.

É verdade que o juiz não se confunde com o legislador; ambos são agentes políticos cujos atos editados no exercício de suas funções típicas são manifestações de vontade do próprio Estado. Mas, se por um lado o Legislativo edita normas gerais e abstratas, a sentença representa a norma concreta aplicável ao caso submetido ao crivo do Poder Judiciário no exercício irrecusável de sua função quando deve zelar pela preservação da Lei Maior:

“Cercado de respeito e autoridade, o Juiz tem liberdade de pronunciar o Direito segundo as circunstâncias do caso. Nessa tarefa, seu papel é sem dúvida criador. Não chega ao extremo de proferir sentenças *contra legem*. ... Mas há princípios legais que autorizam o emprego dos métodos mais nobres e inteligentes de hermenêutica – o teleológico e o sistemático –, de modo a afastar o literal, para o apelo à equidade e à Justiça em concreto. Invocase, então, a regra basilar do art. 5º 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’”.<sup>9</sup>

Desta forma não se pode negar a relativa **função criadora de Direito** de que se reveste a atividade jurisdicional.

Diz Athos Gusmão Carneiro<sup>10</sup>:

“Em duas hipóteses, todavia, a Constituição Federal atribui ao Poder Judiciário, mais especificamente ao STF e aos Tribunais de Justiça, o exercício, embora sob vestes jurisdicionais, de uma atividade legislativa, porque não vinculada à aplicação do direito a um caso concreto.

Referimo-nos, em primeiro lugar, à ação direta de inconstitucionalidade. ... Em segundo lugar, a Emenda Constitucional nº 3 de 17/03/93 criou a *ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal*, para cujo ajuizamento são legitimados o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República (art. 103, § 4º) e de competência do STF”.

Ousando ampliar o pensamento do Mestre, entendemos que a atividade criadora ou legislativa do Judiciário é exercida também no controle de constitucionalidade incidental ou pela via de exceção, já que também neste caso, uma vez concluindo o juízo pela existência do vício, a norma inquinada será declarada inconstitucional e nula, retirando-se o caso concreto da órbita de sua eficácia, devendo ser aplicada outra norma ou princípio de forma a fim de garantir ao litigante o exercício do direito subjetivo que o ordenamento constitucional lhe confere.

Vemo-nos, então, diante das seguintes premissas extraídas de nosso ordenamento jurídico:

- a Constituição é a lei fundamental que origina o Estado e que constitui o fundamento de validade de todas as demais normas à qual se submetem os Poderes Constituídos no exercício de suas atribuições;

- toda norma constitucional é dotada de eficácia mínima que é a de impedir a edição de lei ou ato normativo que a afronte e que, nesse sentido, será inconstitucional e portanto nulo;

- como forma de assegurar o respeito à Constituição e seus princípios, instituiu-se o controle de constitucionalidade;

- o controle de constitucionalidade é exercido por qualquer órgão jurisdicional pela via da exceção, caso em que os efeitos de sua decisão serão restritos às partes do processo e ao caso concreto que lhe é submetido;

- a afronta aos dispositivos constitucionais tanto pode se dar sob a forma comissiva (edição de norma viciada tanto em seu aspecto formal quanto material) ou omissiva (quando o Poder competente deixa de editar a lei ou ato normativo necessários para a plena eficácia da norma constitucional);

- a Constituição confere ao beneficiário do Regime Comum Previdenciário o direito subjetivo a reajustamento que assegure o valor real inicial de seu benefício, o que, segundo os Tribunais Superiores, significa manutenção do poder aquisitivo inicial, resguardando o valor da RMI especificamente dos efeitos da inflação;

- a Jurisdição é garantia da efetividade das normas e do exercício dos direitos subjetivos;

- ao juiz não é dado escusar-se de decidir, devendo julgar nos limites da lide que lhe é exposta ainda que se defronte com lei ou ato normativo nulo e se veja obrigado a utilizar-se dos princípios gerais de direito, da analogia e dos costumes para decidir a questão subtraída da órbita de eficácia da norma viciada.

Consideradas as premissas supra-referidas, como conciliá-las no momento de analisar e julgar as causas trazidas à Justiça Federal que versem sobre reajustamento de benefícios previdenciários postulando a reposição de perdas ocorridas pelo descumprimento do princípio constitucional da manutenção do poder real?

## VI—UMA PROPOSTA

Em primeiro lugar cumpre verificar no caso concreto se houve lesão ao princípio constitucional da manutenção do valor real.

Neste caso — e mais especificamente considerando que os benefícios aos quais se aplica o princípio *retro* são obrigações de trato sucessivo cujo regime de reajustamento pode ser alterado pelo legislador, sendo incabível pretender a submissão a um regime imutável — a primeira obrigação do beneficiário e providência necessária a ser tomada ao

redigir a inicial é não só trazer a prova da titularidade do benefício com a juntada do documento pertinente, como também identificar o período de reajuste que considera equivocada ou o índice cuja aplicação considera errônea por parte do legislador. Isto não impede que o autor da ação simplesmente demonstre a perda do poder aquisitivo ao longo do tempo desde a concessão sem identificar de pronto o índice impugnado e a lei que o instituiu, mas a inicial deverá ser apta a permitir ao juiz (que conhece do Direito) identificar a(s) norma(s) impugnada(s) possibilitando a análise de sua constitucionalidade. Entretanto, neste último caso, a perda do poder aquisitivo deverá ser verificada entre cada novo reajustamento, pois cada novo regime instituído com base em uma nova lei deverá ter sua constitucionalidade, analisada de per si, cotejando-se esse novo diploma com a Carta Magna. Explico-me.

É claro que uma lei que estabeleça um reajustamento inferior à inflação apurada dentro da periodicidade do regime, além de inconstitucional provoca perdas cujos reflexos vão se verificar nos reajustes seguintes. Entretanto, nem por isso uma lei futura que estabeleça um novo regime e índice de reajustamento baseado na variação inflacionária poderá ser impugnada de inconstitucional pelo só fato da existência daqueles reflexos. O juiz tem sua atuação limitada, por isso exige a lei adjetiva que a inicial contenha pedido certo e causa de pedir determinada. É também a única forma pela qual a parte pode obter algum sucesso em sua demanda.

Assim, a juntada dos comprovantes de recebimento do benefício é indispensável para a verificação de perdas e, conseqüentemente, da procedência do pedido. Não é necessária desde logo a indicação de um percentual determinado de perdas nem mesmo a indicação de um índice previamente escolhido pelo autor para reger o reajustamento de seu benefício. Ao contrário, se não existe direito subjetivo a determinado índice inflacionário, mas sim e apenas à manutenção do poder aquisitivo, a escolha de um medidor específico pelo autor (como, por exemplo, o índice de maior apuração no período) pode acarretar a improcedência do pedido já que o juiz deve julgar nos limites da lide e não pode desconsiderar a faculdade de o legislador optar pelo índice que considerar melhor para o reajustamento no novo regime.

Uma vez proposta corretamente a ação, e considerado o teor do princípio constitucional em cotejo, temos que, face à natureza da causa, a realização de perícia contábil é indispensável e pode ser determinada pelo juízo independentemente do pedido da parte<sup>11</sup>, não apenas com base no princípio do livre convencimento e da busca da verdade material (arts. 130 e 131 do CPC) mas também considerando a hipossuficiência, em regra, dos beneficiários da Previdência.

Considerando o significado do princípio da manutenção do valor real conforme a interpretação dada pelos Tribunais Superiores, parece-nos indispensável nas perícias contábeis o cotejo do reajustamento concedido no período considerado (ou seja, tomado a partir do último reajustamento ou da data de início do benefício, caso se discuta o primeiro reajustamento) com a variação, dentro do mesmo período, de todos os índices oficiais de inflação.

Não olvidamos que um dos princípios fundamentais do Estado Brasileiro é o da separação e independência dos poderes. Note-se que a leitura hodierna é outra: o princípio

é o da separação harmônica dos poderes, garantida através de um sistema de freios e contrapesos pelo qual um poder controla o outro evitando abusos. Como parte desse sistema está o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

O legislador pode, no exercício da competência que lhe foi atribuída pelo Constituinte, aplicar no reajustamento dos benefícios previdenciários qualquer índice inflacionário oficial: pode conferir o de maior variação ou o de menor variação; aquele apurado com base nos gastos de uma família de uma das principais cidades metropolitanas que perceba até três salários mínimos OU aquele baseado na variação do mercado atacadista. Não importa. Em que pese a distorção que a escolha possa aparentar, o legislador teria optado por algum dos índices inflacionários oficiais, exercendo sua atribuição no campo mínimo de discricionariedade que o constituinte lhe atribuiu. O que não pode fazer é conferir reajustamento abaixo de qualquer índice inflacionário.

Concluindo-se pela inconstitucionalidade da norma, o que fazer? Aplicar o anterior regime de reajustamento já que em regra a nulidade da norma inconstitucional faz revigorar a eficácia da lei por ela anteriormente revogada? Esta não é necessariamente a opção a ser adotada.

Considerando que cada reajustamento visa repor perdas ocorridas em um determinado período anterior à sua edição, a lei que o determina sempre vai estar relacionada com um momento histórico e econômico pretérito. Um novo período se aproxima e cumpre verificar neste novo interregno a ocorrência de perdas e seu montante. Uma lei dita inconstitucional e conseqüentemente nula não enseja automaticamente a aplicação do critério de reajustamento revogado dada a especificidade de sua edição. Do contrário, o prejuízo que se quer afastar do beneficiário pode ser mantido ou mesmo ampliado.

Considerando que do leque de índices inflacionários existentes o legislador poderia ter optado por qualquer deles, desde o de maior variação ao de menor, parece-me ser este o mínimo assegurado ao beneficiário cuja aplicação pelo juiz no caso concreto não implica em invasão de competência. Nesse sentido socorre-nos o princípio geral de direito traduzido pelo brocardo jurídico: “quem pode o mais, pode o menos”.

Evidentemente, não pode o juiz ao julgar a questão determinar que o índice escolhido para ser aplicado ao caso concreto seja permanentemente aplicado ao benefício. Em primeiro lugar porque a lei teve sua constitucionalidade questionada para verificar a reposição de perdas em período pretérito. Há uma delimitação temporal de análise da questão.

Em segundo lugar haveria invasão de competência se o juiz, substituindo-se ao legislador, fixasse um regime de reajustamento imutável. Não podemos nos esquecer que o objeto da ação é uma relação jurídica continuativa ou de trato sucessivo e que o estabelecimento do regime a discipliná-la é de competência do Poder Legislativo, submisso porém ao princípio constitucional. A decisão judicial apenas integra a lacuna uma vez verificada a inconstitucionalidade da norma que, de forma insuficiente, não repôs as perdas passadas e, conseqüentemente, não preservou o valor real do benefício.<sup>12</sup> Conforme lição da Procuradora do INSS, Dra. **Patrícia Gomes Teixeira**, “a superveniência de lei nova ‘instituindo novo critério de reajuste’ demarca a extensão do julgado nas ações revisionais de benefício”.

Especialmente na hipótese em que, decorrido lapso de tempo que ultrapasse a periodicidade de reajustamento anteriormente fixada, não tenha sido editada norma a respeito e uma vez verificada perda em relação a todos os índices inflacionários, estamos não mais diante de inconstitucionalidade comissiva mas sim omissiva, passível inclusive de proteção pela via do mandado de injunção. Esta via, porém, apresenta-se inútil face ao esvaziamento do remédio promovido pelo Eg. STF.

O juiz não pode ser tímido no exercício de seu mister nem eximir-se de exercê-lo. Para suplantar eventuais barreiras criadas no mais das vezes por qualquer dos Poderes Constituídos, deve ele agir com as armas que o sistema jurídico lhe assegura com a finalidade última de garantir aos indivíduos o exercício dos direitos previstos na própria Lei Fundamental, armas essas que hoje são inúmeras.

Estas, portanto, são as considerações que trago baseadas em raciocínio lógico e nos princípios fundamentais de nosso ordenamento jurídico que aqui formulo com o intuito único de buscar a efetividade da norma constitucional, especialmente em atenção aos já por demais espoliados beneficiários da Previdência. Em última análise, porém, trata-se da defesa de toda sociedade já que a todo cidadão interessa a preservação, aplicação e efetividade da Constituição. Os direitos assegurados na Lei Fundamental não podem estar jamais submetidos à mera vontade de qualquer Poder Constituído.

<sup>1</sup> In *"Direito Previdenciário – Aspectos materiais, processuais e penais"*, 2ª edição, Ed. Livraria do Advogado.

<sup>2</sup> *Op. cit.*, pg. 194.

<sup>3</sup> In *"O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira"*, 1990, pg.77, Ed. Renovar.

<sup>4</sup> In Clèmerson Merlin Clève, *"A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro"*, Ed. RT, 1995, pg. 42.

<sup>5</sup> *Francisco Campos entende que a norma declarada inconstitucional é inexistente e não nula.*

<sup>6</sup> *V. Clèmerson Clève, op. cit.*, pg. 230.

<sup>7</sup> In *"Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação civil pública, Mandado de Injunção e habeas data"*, 13ª edição, pg. 135, Ed. RT.

<sup>8</sup> In *"Poderes Instrutórios do Juiz"*, 2ª edição, Ed. RT, pg. 20.

<sup>9</sup> In *"O Judiciário e a Constituição"*, artigo do professor Galeno de Lacerda (*"O juiz e a Justiça no Brasil"*), 1994, pg. 129, Ed. Saraiva.

<sup>10</sup> In *"Jurisdição e Competência"*, 7ª edição, Ed. Saraiva, pgs. 16/17.

<sup>11</sup> *"Poderá ainda determinar a audiência de ofício de qualquer das partes ou de testemunhas referidas, ou a realização de perícias ou de inspeções, embora não requeridas pelas partes"*, Galeno de Lacerda, *op. cit.*, pg. 132.

<sup>12</sup> Vide *"Ação revisional de benefícios: aspectos da coisa julgada"*, de Patrícia Gomes Teixeira, in *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, vol. 5, pgs. 82/86.

## A EMENDA DO JUDICIÁRIO – “QUEM GARANTIRÁ AS GARANTIAS?”

Por José Eduardo NOBRE MATTA, Juiz Federal da 6ª. Vara Federal de Execução Fiscal

*“Os governos investem contra a justiça, provocam e desrespeitam a tribunais; mas, por mais que lhes espunem contra as sentenças, quando justas, não terão, por muito tempo, o cabeça erguida em ameaça ou desobediência diante dos magistrados, que os enfrentam com dignidade e firmeza” (RUI).*

- I. INTRODUÇÃO
- II. PANORAMA DAS SUGESTÕES CONTIDAS NO SUBSTITUTIVO DA RELATORA
- III. DA POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS QUE CONTRARIEM CLÁUSULAS PÉTREAS
- IV. DA HERMENÊUTICA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS
- V. DA SUSPENSÃO DE PAGAMENTO DOS SUBSÍDIOS DE MAGISTRADO (PROPOSTA DE NOVA REDAÇÃO AO INCISO III DO ARTIGO 95 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)
- VI. QUARENTENA PARA OS EX-JUIZES
- VII. CONCLUSÕES

### I INTRODUÇÃO

Apresentados o relatório e o substitutivo da relatora da proposta de Emenda à Constituição nº 96-A, de 1992 (1), Deputada ZULAIÊ COBRA, abriu-se a toda a sociedade nova oportunidade para refletir sobre o futuro do Poder Judiciário brasileiro.

Com efeito, conforme salientado pela ilustre parlamentar em seu relatório, a Comissão Especial constituída para estudar a necessidade e a viabilidade de reformas constitucionais sobre a estrutura do Poder Judiciário tomou o cuidado de realizar diversas audiências públicas, contando com a presença de inúmeros juristas de escol, bem como de representantes das mais variadas entidades ligadas ao meio jurídico. Todavia, ainda há muito o que se pensar sobre o tema, tal sua magnitude para a preservação de nosso ainda incipiente e apenas formal Estado Democrático de Direito (2).

Fúria e paixão nunca foram bons conselheiros.

É bom que se tenha em mente o clima conturbado sob o qual se desenvolveram os trabalhos da Comissão Especial. De um lado a CPI do Poder Judiciário, verdadeiro palco para toda sorte de estrelismo parlamentar, onde a todo tempo expunham-se ao público as pontuais mazelas do Poder Judiciário. Na outra ponta, uma crise institucional sem precedentes na história brasileira, cujo recente desabafo do atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro **CARLOS MÁRIO VELLOSO**, sobre os ataques sofridos pela Corte Maior, bem ilustra: “Eu não vi, nem no regime militar, manifestações tão agressivas. Nem no regime militar” (3). Para não falar da própria crise econômica, a impor aos técnicos do governo federal a procura de soluções, nem sempre compatíveis com a ordem constitucional vigente, colocando em choque os Poderes Judiciário e Executivo com espantosa frequência.

O presente trabalho tem por escopo meditar precipuamente acerca da nova redação sugerida ao inciso III do artigo 95 da Constituição Federal e do novo dispositivo proposto pela relatora, a alterar a redação original do mesmo artigo, e que, se aprovado, corresponderá ao inciso VI do § 1º do aludido artigo 95.

## II. PANORAMA DAS SUGESTÕES CONTIDAS NO SUBSTITUTIVO DA RELATORA

Nem bem tornou público a relatora seu parecer e o respectivo substitutivo e, utilizando-se de prerrogativa regimental, a pretexto de melhorar a sugestão de emenda anteriormente apresentada, já oferece a ilustrada deputada **ZULAIÊ COBRA** uma “Complementação de Voto”, alterando topicamente seu substitutivo.

De fato, como noticiado pela relatora, as modificações foram resultantes do acolhimento das sugestões de seus pares da Comissão Especial, após veementes manifestações em cerrados debates. Por aí bem se pode antever as calorosas discussões sobre o tema que tomarão conta do meio jurídico daqui em diante.

Permitimo-nos assinalar, tecendo brevíssimas considerações, o que mais nos impressionou no substitutivo oferecido, com ênfase no Poder Judiciário.

Com efeito, algumas alterações propostas chegam a trazer algum alento; é o caso, por exemplo, da nova redação sugerida ao inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, *verbis*:

“Art. 5º ...

**LXXI** – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, destinando-se o provimento judicial a suprir a norma para o interessado, no âmbito do pedido;”



Deveras, a doutrina é unânime em dizer que a interpretação tímida dada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal ao mandado de injunção findou por fazer letra morta deste verdadeiro remédio constitucional (4). Se aprovada a nova redação do dispositivo ficará afastada qualquer dúvida quanto ao seu real alcance, delineado desde a época dos debates na Assembléia Nacional Constituinte, como nos dá notícia o professor **JOSÉ AFONSO DA SILVA**, no seu *Curso de Direito Constitucional*, 9ª edição, 2ª tiragem, Malheiros, nota 65, pgs. 395/396, *verbis*: “Foi esta sempre a preocupação do constituinte: aparelhar meios para a eficácia imediata das normas constitucionais. A elaboração constituinte do mandado de injunção seguiu sempre esse rumo...”. E não se argumente quanto à impossibilidade de alteração deste quilate de dispositivo inserido no artigo 5º da Lei Maior. Afinal, ao revés de tender a abolir uma garantia constitucional, esta proposta de emenda estaria, sim, dando-lhe real efetividade, afastando a possibilidade da interpretação anteriormente fixada pelo STF.

Bem intencionada, também, a sugestão do novo inciso LXXVIII a ser acrescido ao artigo 5º da Lei Maior. De fato, nenhum mal existe em se explicitar constitucionalmente direitos fundamentais, ainda quando estes já estejam consagrados em Tratado Internacional ratificado pelo Brasil, como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica – integrado ao nosso ordenamento jurídico através do Decreto nº 678, de 06.11.92 – e que no item 1 de seu artigo 8º assegura que “**toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável...**”. Destarte, andou bem a relatora na redação do novo dispositivo sugerido, *verbis*:

“Art. 5º ...

**LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.**

Digna de louvor, do mesmo modo, a proposta contida no artigo 3º do Substitutivo: supressão da competência do STJ para apreciar a intervenção federal. Realmente, como expresso pela relatora em seu relatório “a natureza federativa do conflito” estaria por si só a justificar tal alteração. Sendo certo que nada há que impossibilite tal alteração constitucional.

Outrossim, o novo parágrafo que se pretende acrescentar ao artigo 37 da Lei Maior em tudo se conforma com o princípio republicano do mérito – sistema meritocrático – que já se encontra muito bem delineado nos incisos II e IV do mesmo artigo. Anote-se a redação com a complementação do voto da relatora, e após a discussão e aprovação dos destaques oferecidos até a data de conclusão deste ensaio, consoante o Anexo III:

“Art. 37 ...

**§ 11. Para os cargos em comissão é vedada a nomeação de cônjuges, companheiros ou parentes, consanguíneos ou afins, até o terceiro grau, ou por adoção, de membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de detentores de mandado eletivo e dos demais agentes políticos, em**

seus respectivos órgãos de atuação, salvo se o nomeado for titular, nos mesmos órgãos de atuação, de cargo efetivo que exija nível de formação compatível com a função ou cargo comissionado”.

Sobre tal dispositivo, antecipando-nos àqueles que criticam o excesso de detalhes que nossos legisladores constituintes costumam introduzir nas nossas cartas constitucionais (principalmente em relação à Constituição de 1988), vale a pena refletirmos sobre as palavras do sempre lembrado mestre SEABRA FAGUNDES, citadas por LUIS ROBERTO BARROSO em recente ensaio sobre os dez anos da Constituição de 1988 (5): “no Brasil é preciso dizer tudo tiutim por tintim, senão não se cumpre”.

Outro ponto que mereceu nossos aplausos, ainda que fugazes, lamentavelmente não logrou alçar vãos mais altos. Referimo-nos à inovação de fixação de uma idade mínima para o ingresso na magistratura. É que a proposta original da relatora pela fixação do limite em 25 anos de idade foi suprimida por unanimidade, consoante o Destaque nº 247. Com efeito, pensamos que a idade mínima proposta de vinte e cinco anos seria até mesmo ainda muito baixa, se comparada com a idade mínima, por exemplo, do ingresso na magistratura na Inglaterra ou Estados Unidos. Quanto ao juiz inglês, por exemplo, noticiou o eminente professor LEONARDO GRECO, em aula proferida no Curso de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho, que, sendo cargo ocupado pelos advogados mais experientes, a média de idade giraria em torno de cinquenta anos. O ilustrado professor REIS FRIEDE, de seu turno, em artigo publicado no *Jornal do Comércio*, de 01.02.99, sob o título *Creche da Mediocridade*, fez contundentes críticas ao excesso de juízes brasileiros de tenra idade. De fato, inarredável do inconsciente coletivo é a imagem do juiz maduro e experiente. Afinal, forte na lembrança das célebres palavras de ALEXANDER HAMILTON (6), um dos pais da Constituição norte-americana, não tendo o Judiciário nenhum controle sobre a espada ou a bolsa, só lhe restaria o peso moral e intelectual de seus julgamentos, ou seja, a credibilidade de suas decisões. Ora, tal credibilidade torna-se tão mais evidente na medida em que as decisões judiciais emanem não apenas de juízes cultos, eruditos e honestos, mas também de magistrados experientes; salientando-se que essa experiência não se adquire apenas nas bibliotecas ou nas lides forenses, mas também na dura forja da vida. Ainda há tempo, esperamos, para reavivar a discussão.

De resto, as demais propostas, de uma maneira geral, ou são indiferentes, na medida em que não alteram substancialmente nada, ou, ao revés, primam por se dirigirem contra a independência do Poder Judiciário, diminuindo suas funções, fragilizando-o perante os demais poderes, bem como aviltando a dignidade de seus membros, em flagrante desrespeito aos incisos III e IV do § 4º do artigo 60 da Lei Maior.

Confira-se, por exemplo, a nova redação proposta para o inciso I do artigo 95.

“Art. 95. ...

I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após três anos de exercício, observado o disposto no art. 93, IV, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz

estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado ou de decisão do Conselho Nacional de Justiça” (grifos nossos).

Para não falar da própria instituição do Conselho Nacional de Justiça e suas atribuições que, a um só tempo, atentam contra a independência e a autonomia dos Tribunais em geral, é de se cuidar para o fato de que uma decisão administrativa – pelo que dá a entender a redação do dispositivo – coloca-se em pé de igualdade a uma sentença judicial transitada em julgado, fragilizando o magistrado e diminuindo sua independência, na medida em que lhe furta o dispositivo proposto a garantia do processo judicial para a perda de seu cargo.

Execrável, à falta de outro qualificativo, a redação proposta para o § 1º do artigo 100, contida na complementação de voto da relatora, *verbis*:

“Art. 100. ...

§ 1º É obrigatória a inclusão no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária à quitação integral dos débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento em até no máximo vinte e quatro parcelas mensais, iguais e sucessivas, sendo a primeira em 30 de janeiro do exercício seguinte, atualizados até a data do efetivo depósito em pagamento nos autos, consoante os valores fornecidos pelo juízo da execução e comunicados à entidade devedora pelo Presidente do respectivo tribunal”.

Trata-se, como salta aos olhos, de proposição para constitucionalização do “calote”. Não bastassem todas as prerrogativas processuais do Poder Público em detrimento do particular, não fossem suficientes as atuais dificuldades do sistema de precatórios judiciais, e propõe-se, agora, que seus pagamentos sejam parcelados! Tantas foram, nos últimos tempos, as arbitrariedades sofridas pelo cidadão, e corrigidas a duras e longas penas pelo Poder Judiciário (Planos Collor I e II, planos tal e qual, planos isto e aquilo), que não podemos sequer imaginar que, ao fim de uma longa demanda judicial contra qualquer ente estatal, além de ter o administrado que esperar sua inclusão na lista de precatórios, ainda irá ter de receber o que de fato era seu, de forma parcelada...

Do mesmo modo, custou-nos acreditar na teutativa de aumento de números de membros do Supremo Tribunal Federal, constante do relatório originário da relatora. Anoto que o intento foi rejeitado pelo Destaque nº 281. Confira-se a redação então proposta pela eminente relatora para o artigo 101 da Lei Maior.

“Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de doze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada” (grifos nossos).

Pensamos que seria de fato impossível, em nosso sistema constitucional, a alteração do número de membros do Supremo Tribunal Federal. Atentaria flagrantemente a um só tempo contra os incisos III e IV do § 4º do artigo 60 da Constituição Federal. Com efeito, o número de seus membros só poderia ser alterado se a proposta partisse do próprio STF (art. 60, § 4º, inc. III). Além do que, o último guardião dos direitos fundamentais, em nosso sistema, é a Corte Suprema (art. 60, § 4º, inc. IV).

Sobre a impossibilidade do aumento do número de membros do Excelso Pretório, sob a égide da Constituição de 1891, declarando a superioridade da técnica do constituinte brasileiro sobre o norte-americano, vale a pena anotar a clássica lição de RUI, para afastar de vez qualquer tentativa de ressuscitar o tema:

*“Em contraste, porém, com estas duas medidas tutelares, duas portas deixou abertas a Constituição Americana ao arbítrio do Congresso Nacional contra a independência da judicatura federal, entregando à discricção do Poder Legislativo o fixar o número dos membros ao Tribunal Supremo, bem como os casos de apelação das justiças inferiores para esse Tribunal... Exercidas com parcimônia nos Estados Unidos, onde a opinião pública atua constantemente com a sua fiscalização moralizadora nos atos do poder, essas duas faculdades, se a Constituição brasileira as adotasse, teriam aniquilado, aqui, a justiça federal, inutilizando-a no desempenho da mais necessária parte de sua missão, no encargo de servir de escudo contra as demasias do Governo e do Congresso... Toda a vez que o Supremo Tribunal adotasse uma decisão contrária às exigências, aos atentados, ou aos interesses de uma situação política, seus potentados, suas maiorias, uma lei, votada entre a sentença e os embargos, e executada incontinenti com as nomeações necessárias, aumenfundo o número aos membros daquela magistratura, operaria a reconsideração do julgado” (7) (grifos nossos).*

Por derradeiro, encerrando este tópico de breves notas sobre o relatório da proposta de emenda e suas alterações junto à comissão especial instituída para tal fim, vale consignar que mesmo não tendo a deputada relatora inserido no texto originário de seu relatório a adoção das polêmicas súmulas vinculantes, por intermédio do Destaque sem número ao relatório parcial, do deputado LUIZ ANTÔNIO FLEURY, estas voltaram à ordem do dia. Trata-se de tema dos mais controvertidos, contando com ilustres opositores de um lado – v.g., o ex-Ministro EVANDRO LINS E SILVA, último remanescente da antiga formação do STF que primeiramente adotou a elaboração das chamadas súmulas, mas que não possuíam, à época, o denominado efeito vinculante – e na outra trincheira, defendendo a sua instituição – apenas para citar componentes da Corte Maior, os Ministros CARLOS VELLOSO e SEPÚLVEDA PERTENCE.

O assunto, a toda evidência, não comporta rápidas palavras. Merece, com efeito, um outro estudo particularizado. Tememos apenas que as instituições do País não estejam suficientemente maduras para a adoção das chamadas súmulas vinculantes. Nossa história, por si só, justifica tal temor. Com efeito, a ciência médica aponta casos em que um remédio mal administrado, em doses excessivas, venha a matar o paciente...

### **III DA POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS QUE CONTRARIEM CLÁUSULAS PÉTREAS**

Dignas de nota as sóbrias palavras do eminente professor PAULO BONAVIDES, *verbis*: “A pretensão à imutabilidade foi o sonho de alguns iluministas do século XVIII. Cegos de confiança no poder da razão, queriam eles a lei como produto lógico e absoluto, válido para todas as sociedades, atualizado para todas as gerações. Dessa fanática esperança comungou um membro da Convenção, conforme nos lembra notável publicista francês, pedindo durante os debates do Ano III a pena de morte para todo aquele que ousasse propor a reforma da Constituição... A imutabilidade constitucional, tese absurda, colide com a vida, que é mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de Estado a solução das crises” (8).

De fato, com a elegância de sempre, averba o professor MICHEL TEMER que “as constituições se pretendem eternas, mas não imodificáveis...” (9). Sendo assim, nada mais natural que se façam alterações nas Cartas Constitucionais, visando aperfeiçoá-las, ou mesmo adequá-las a novos tempos, sempre que a tarefa interpretativa dos tribunais constitucionais, por si só, não seja suficiente para cumprir tais misteres (10). Isto não quer dizer, pensamos, que seja louvável o que se tem feito com a atual Constituição brasileira, alterada a todo momento ao talante dos governantes, pelos motivos mais débeis. Entendemos certas as observações de FERDINAND LASSALE (11), quando afirmava ser de senso comum que as normas constitucionais não poderiam ser modificadas com a mesma frequência das leis infraconstitucionais.

Todavia, já que este processo intenso e amplo de modificação da Lei Maior parece ser irreversível, como aliás já salientado em trabalho anterior de nossa lavra, resta-nos observar e ressaltar os limites dessa reforma. Além de fixar a possibilidade de controle da legitimidade das alterações constitucionais que se desenvolvem.

Para os fins de nosso estudo, basta a fixação das limitações materiais ao poder de reforma.

São limitações materiais ao poder de reforma da Constituição de 1988 aquelas contidas no § 4º de seu artigo 60. São elas: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais. São as denominadas cláusulas pétreas.

Há no Brasil, assim como no exterior, forte doutrina rebelando-se contra a eficácia jurídica das limitações materiais de reforma da Constituição. Vale citar, entre nós, a autorização da posição do ilustrado professor MANUEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (12), que

tem como um de seus principais argumentos o fato de que não teria sido a Constituição de 1988 fruto de manifestação constituinte originária. Todavia, preferimos a posição daqueles que entendem eficaz tal espécie de limitação. Com efeito, pensamos ser incorreta, d.m.v., a afirmação feita pelo citado professor paulista de que a Constituição de 1988 seria fruto de manifestação constituinte derivada, em consequência do permissivo contido na Emenda Constitucional nº 26/85 (13). Muito ao revés, ainda que o Congresso Nacional de então tenha-se convolado em Assembléia Constituinte, o certo é que a volta à estabilidade institucional, o fim de um longo período ditatorial e a retomada de uma democracia, tudo isto cristalizado na Carta de 1988, por sua evidente e fenomenal importância, só pode ser considerado como uma das mais magníficas manifestações do Poder Constituinte originário do povo brasileiro, resultado de lutas políticas internas e externas, consequência, até, do muito sangue derramado no período de exceção. Ou seja, mudou completamente o fundamento e o titular da manifestação Constituinte: saiu das mãos dos militares para as mãos do povo. Aliás, nesta mesma linha de entendimento, digna de ser anotada a precisa lição de MICHEL TEMER, *verbis*: “É preciso buscar o fundamento fático do novo texto. Por exemplo, a Constituição de 18.9.46 emanou de Assembléia Constituinte. Nesta encontrava ela a sua origem. A partir de abril de 1964 continuou a vigorar. Já agora, porém, fundada em manifestação de novo grupo constituinte que editou em 9.4.64 ato institucional que teve ‘força’ suficiente para dizer: ‘São mantidas a Constituição de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes deste Ato’ (art. 1º)” (14).

De outro lado, é certo que todas as chamadas cláusulas pétreas da Constituição de 1988 devem ser tomadas como garantias das garantias, ou, para usar expressão de PAULO BONAVIDES, verdadeiras “garantias qualificadas ou de primeiro grau”, tal a importância destas no próprio sistema constitucional. Sem intenção de contrariar a clássica distinção feita por RUI entre direitos e garantias, poder-se-ia chamá-las de “direitos-garantias”, apenas para colocar em relevo a importância destas em relação ao próprio indivíduo, ao cidadão.

Veja-se, por exemplo, a forma federativa de Estado. Esta deve ser “lida” como uma garantia de tratamento isonômico conferida ao brasileiro. Em outras palavras, não importa o estado de origem, ou a cidade de origem do indivíduo, para fins de aplicação do princípio federativo; o que importa é a sua nacionalidade brasileira, a ser respeitada em todo o território nacional. Assim, um cearense é tão brasileiro quando migra para o Estado de São Paulo, como um paulista; ou um carioca é tão brasileiro – e por isso tem assegurados os mesmos direitos e garantias constitucionais – como um gaúcho, não importando onde ambos estejam residindo, se no Rio de Janeiro, no Rio Grande do Sul, ou no Mato Grosso. A tutela do voto direto, secreto, universal e periódico – típico direito fundamental de primeira geração –, de seu turno, é inequivocamente um princípio assegurador da cidadania! Do mesmo modo, o princípio da separação dos Poderes, que remonta ao pensamento de LOCKE e MONTESQUIEU (15), pode e deve ser considerado como uma garantia do administrado perante o Estado. Afinal, em especial foi a teoria de MONTESQUIEU engendrada exatamente para opor-se à concentração de poderes nas mãos do soberano absoluto. Já quanto à última das chamadas cláusulas pétreas, a que trata da irredutibilidade dos direitos e garantias

individuais, não se pode duvidar de seu alcance sobre os direitos fundamentais como um todo, até mesmo por conta da redação do § 2º do artigo 5º da Lei Maior.

De tudo o que se disse sobre a natureza intrínseca das cláusulas pétreas contidas na Constituição de 1988, ou seja, de que elas são as garantias fundamentais por excelência, voltadas que são não apenas para a manutenção da estrutura do Estado, mas principalmente para a própria efetividade dos direitos fundamentais, para arrematar nosso raciocínio, permitimo-nos recorrer ao pensamento do idealizador da Teoria do Poder Constituinte, **EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS**, o Abade **SIEYÈS**, em sua obra *Que é o Terceiro Estado*. Afirmou **SIEYÈS** expressamente: **“A nação existe antes de tudo, é a origem de tudo, sua vontade é sempre legal, ela é a própria lei; antes dela e acima dela somente existe o direito natural”** (grifos nossos).

Ora, se considerarmos os chamados direitos fundamentais de hoje como a moderna edição dos direitos naturais de outrora, e se recorrermos à Teoria do Poder Constituinte, chegaremos à conclusão de que toda a mutação constitucional deve observar, necessariamente, as cláusulas pétreas da Carta de 1988, na medida em que, como demonstrado acima, são dispositivos asseguradores de direitos fundamentais (naturais) do indivíduo! Seria dizer, com **SIEYÈS**, que o Poder Constituinte tudo pode, pois é a origem de tudo, mas que antes dele e acima dele somente existem os direitos fundamentais.

Por tudo o que se disse, filiamo-nos ao seguro pensamento de **PAULO BONAVIDES**, de que **“... o constituinte que transpuser os limites expressos e tácitos de seu poder de reforma estaria usurpando competência ou praticando ato de subversão e infidelidade aos mandamentos constitucionais, desferindo, em suma, verdadeiro golpe contra a ordem constitucional”**. Por certo, a subversão e infidelidade aludidas por **BONAVIDES** são tanto maiores na medida em que a agressão se faz aos **“direitos-garantias”** consubstanciados nas denominadas cláusulas pétreas, limites materiais por excelência para qualquer reforma do texto constitucional vigente.

Assim é que, havendo agressão direta ou indireta de emenda constitucional a qualquer dispositivo contido no § 4º do artigo 60 da Constituição de 1988, e sendo eles, como demonstrado, verdadeiros **“direitos-garantias”** fundamentais, abre-se a via de controle ao Poder Judiciário. Este, como derradeiro Poder de defesa dos direitos fundamentais do cidadão, irá manifestar-se sobre a compatibilidade do texto alterador da constituição, manifestação do poder constituinte derivado, com o texto originário, manifestação do poder constituinte originário.

É o que diz com clareza o constitucionalista **JOSÉ AFONSO DA SILVA**, *verbis*: **“Toda modificação constitucional, feita com desrespeito do procedimento especial estabelecido (iniciativa, votação, *quorum* etc.) ou de preceito que não possa ser objeto de emenda, padecerá de vício de inconstitucionalidade formal ou material conforme o caso, e assim ficará sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, tal como se dá com as leis ordinárias”** (16).

De fato, mais de uma vez foi tentado o controle de constitucionalidade de emenda constitucional, sob o argumento de contrariedade de cláusulas pétreas, já sob a égide da Carta de 1988. De seu turno, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se reiteradamente ressaltando para si tal mister.

## IV. DA HERMENÊUTICA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Analisada a possibilidade de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, principalmente daquelas que, ainda que indiretamente, agridam os “direitos-garantias” insculpidos no § 4º do artigo 60 da Lei Maior, resta-nos apreciar, ainda que singelamente, a relevante questão da hermenêutica e aplicação dos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Carta Política.

**NORBERTO BOBBIO**, em frase lapidar por muitos repetida, assevera que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los” (17). Frisa **BOBBIO**, logo a seguir, que se está diante de uma questão política e não filosófica, como criam os jusnaturalistas. E continua: “Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados” (18).

De fato, como bem salientado pelo eminente pensador italiano, na realidade do mundo contemporâneo, quando os direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e até de quarta geração já estão consagrados em textos internacionais solenes, bem como em muitas constituições modernas, a questão maior passa a ser a de garanti-los, ou, em outras palavras, de torná-los efetivos. Daí que a clássica distinção feita pelos constitucionalistas liberais entre direitos e garantias, se certa e precisa à sua época, hoje já não parece tão relevante. Com efeito, não se pode mais pensar em direitos fundamentais sem os meios correspondentes e eficazes para garanti-los. Eis o motivo de acima ter-me referido a direito-garantia, intentando correlacionar um ao outro, de forma inapartável.

Nessa linha de raciocínio, na esteira da preocupação de **BOBBIO**, qual seja, de priorizar as garantias sobre os próprios direitos fundamentais, sobressai-se o Poder Judiciário como o meio, o instrumento, a instituição por excelência, capaz de cumprir tal mister de garantidor dos direitos fundamentais. Não se trata apenas de criar garantias para o exercício dos direitos fundamentais e constitucionalizá-las, mas de se ter um Poder estatal, autônomo, independente e confiável, para manusear os instrumentos e, em última palavra, tornar efetivos os direitos do homem filosoficamente pensados, e solenemente gravados, nos textos das declarações universais e nas modernas constituições. De fato, o aludido filósofo italiano mostra que os organismos internacionais que cuidam da preservação dos direitos do homem atuam em três frentes: promoção, controle e garantia dos direitos do homem. Sendo certo que em cada uma dessas frentes, seja influenciando dentro de cada nação, seja atuando externamente mas com o fito de influir dentro de cada país, a preocupação foca-se sempre para o aperfeiçoamento dos controles jurisdicionais da efetividade dos direitos do homem (19).

Assim é que o Poder Judiciário, na imensa maioria dos povos civilizados, assume de vez neste fim de século a função de derradeiro guardião dos direitos fundamentais e não apenas das constituições. Dignas de nota as palavras do eminente professor **PAULO BONAVIDES**, *verbis*: “Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de



gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Lei Magna –separação de poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado Liberal – se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado social.. Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir talvez, nesse espaço teórico, o conceito do juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e sobretudo da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais. Coroam-se, assim, os valores da pessoa humana no seu mais elevado grau de juridicidade e se estabelece o primado do Homem no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder”.

Recapitulando.

De tudo o que se disse até aqui, temos que: a) a clássica distinção entre direitos e garantias fundamentais perde muito de seu rigor, e de sua razão de ser inesma, na medida em que a moderna questão que se coloca não é tanto sobre a enumeração dos direitos fundamentais, mas sim de garanti-los. Sendo lícito, pois, utilizar a expressão direitos-garantias fundamentais, para evidenciar este forte liame entre as duas categorias; b) o Poder Judiciário cristaliza de vez sua já tradicional função de protetor dos direitos do homem. Sendo certo que, agora, ao contrário do que ocorria na época do liberalismo, deve-se entender por direitos do homem não apenas os direitos individuais clássicos (de primeira geração), mas também os direitos sociais (de segunda geração) e os direitos de fraternidade e solidariedade (de terceira e quarta gerações).

Resta, finalmente, verificar qual o tratamento hermenêutico que, de regra, deve prevalecer no trato da questão dos direitos e garantias fundamentais (e é bom frisar que se trata de regra ordinária, passível de temperamentos, principalmente quando se estiver diante de conflitos entre distintos direitos fundamentais). Aliás, a regra emerge de tudo o que se disse até aqui. Não poderia ser diferente. Com efeito, se o moderno direito constitucional dá ênfase exatamente para a chamada constituição material, para os direitos e garantias fundamentais insculpidos nas Cartas, sempre que o intérprete ou aplicador de normas desta categoria tiver que delas tratar, deverá intentar atingir a amplitude máxima de seu conteúdo. Neste norte, o constituinte de 1988 tratou de conferir aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, consoante se infere da expressa dicção do § 1º do artigo 5º de nossa atual Carta da República.

O eminente constitucionalista luso **GOMES CANOTILHO**, em seu *Direito Constitucional*, leciona com propriedade que **“a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”**. E continua: **“É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”** (20) (grifos nossos).

Em arremate: DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DEVEM SER INTERPRETADOS COM AMPLITUDE MÁXIMA, SEM MESQUINHARIAS, MAS COM O CARINHO E RESPEITO REVERENCIAL QUE ESTES MERECEM. NÃO HÁ ESPAÇO PARA MITIGAÇÕES.

Nesta mesma linha, à vedação de mutabilidade das chamadas cláusulas pétreas insculpidas no § 4º do artigo 60 da Lei Maior, deve o intérprete e aplicador do direito dar amplitude também máxima, de sorte a não permitir que sejam estas diminuídas a qualquer título (21).

#### V. DA SUSPENSÃO DE PAGAMENTO DOS SUBSÍDIOS DE MAGISTRADO (PROPOSTA DE NOVA REDAÇÃO AO INCISO III DO ARTIGO 95 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

Confira-se a redação do dispositivo em tela, até agora mantido pela Comissão instituída para elaborar parecer à proposta da chamada Emenda do Poder Judiciário.

“Art. 9º O art. 95 passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 95. ....

III – irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I, e a suspensão no caso de descumprimento injustificado dos prazos processuais, na forma da lei” (os grifos são nossos)

Como se vê, a proposta visa inserir no texto constitucional a possibilidade de suspensão do pagamento do subsídio do magistrado, no caso de descumprimento injustificado dos prazos processuais, na forma da lei.

Abordemos, primeiramente, o aspecto técnico-processual dos prazos conferidos aos magistrados no exercício da jurisdição. Fiquemos apenas com os prazos insculpidos no Código de Processo Civil, a título de mera exemplificação. Vejamos.

O artigo 189 do Código de Processo Civil determina que o juiz proferirá os despachos de expediente no prazo de dois dias, e as decisões no prazo de dez dias. A consequência para o descumprimento, sem justo motivo, está contida no *caput* do art. 133 do mesmo diploma, bem como, observado o devido processo legal na esfera administrativa ou judicial, à imposição de uma das sanções previstas no artigo 42 da LOMAN.

Nos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, as Varas Federais, por exemplo, não raro, possuem um acervo de mais de 12 mil processos em andamento. Uma Vara Federal considerada exemplar, “enxuta”, possui em torno de 3 mil processos em andamento. Apenas para ficarmos com o aspecto estatístico, valemo-nos de dados apresentados pelo eminente Ministro CARLOS VELLOSO, em recente artigo publicado na *Revista de Direito Administrativo*

nº 212, sob o título *Do Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico: efeito vinculante e outros temas*. Segundo nos informa o eminente professor e magistrado de carreira, em 1996, o STF recebeu 30.706 processos e julgou “apenas” 29.000. Ou seja, ficaram sem julgamento naquele ano de 1996, 1.706 processos. Isto sem falar nos processos ainda remanescentes de outros anos, que aguardam decisão no Excelso Pretório de ano para ano. No mesmo ensaio doutrinário, o ilustre magistrado nos traz a notícia de que a Justiça Federal de 1º grau recebeu em 1990, 266.000 processos; e em 1995, 641.000 processos. Enquanto isto, a Justiça Estadual comum autuou, em 1990, 3.606.000 processos; em 1992, 4.483.000; e, 1995, 3.562.000.

Parece irônico que, com números verdadeiramente astronômicos como os que foram acima citados, chegue-se a pensar em suspensão de remuneração do magistrado que não tenha cumprido os exíguos prazos processuais referidos pela lei processual. Prevalecendo a irreal alteração proposta, a começar pelos ilustres membros do Excelso Pretório, corre-se o risco de que todos os juízes brasileiros fiquem sem receber seus subsídios. Supondo-se, é claro, que a risível pretensão pudesse ser constitucionalizada...

Como falamos no início do presente ensaio, fúria e paixão nunca foram bons conselheiros. A CPI do Poder Judiciário, com seus fulgurosos holofotes, certamente influenciou para a redação do dispositivo proposto. A conclusão é inarredável. De outro lado, demonstrada a sua inviabilidade prática, teme-se como seria feito este controle, e quais seriam os critérios adotados. Isto, é claro, caso fosse possível (e se verá mais adiante que não o é) a adoção da redação proposta no relatório.

Com efeito, tal proposição contraria a um só tempo o princípio da separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais insculpidos na Lei Maior. De sorte que sequer poderia ser objeto de deliberação, a teor do § 4º do artigo 60 de nossa Carta Política.

Vejamos.

Como dito acima, o Poder Judiciário, em nossa ordem constitucional, cristalizou-se como o derradeiro defensor dos direitos fundamentais. As garantias constitucionais que são asseguradas ao juiz não são privilégios pessoais, mas meios eficazes para assegurar o desempenho tranqüilo de sua atividade, em prol da sociedade. Eliminar, ou mitigar, garantias constitucionais dos magistrados, a um só tempo, põe em risco não apenas a separação dos Poderes — na medida em que fragiliza os agentes do Poder Judiciário, enquanto não existe regra semelhante em relação aos agentes do Executivo e Legislativo —, mas também, e principalmente, agride os próprios direitos e garantias fundamentais. Afinal, sem um Poder Judiciário forte e independente, perguntava-se RUI sob a égide da Constituição de 1891: “**Quem garantirá as garantias?**”.

Dignas de lembrança as célebres ponderações de HAMILTON sobre a remuneração dos juízes: “**Depois da vitaliciedade no cargo, nada pode contribuir mais para a independência dos juízes que uma estipulação definitiva de seus proventos. A observação feita com relação ao presidente aplica-se igualmente aqui. No curso geral da natureza humana, o poder sobre o sustento de um homem equivale ao poder sobre a sua vontade**” (22).

Aualisou-se até aqui a proposta quanto aos seus reflexos em relação ao Poder Judiciário, enquanto instituição.

Mas não é só.

Com efeito, se considerada esta em relação aos juízes, tomados estes como cidadãos, seres humanos, titulares de direitos, em especial dos direitos sociais, inarredável, também, é a conclusão de que a proposta contraria cláusula pétreia.

De fato, assim como todas as demais atividades laborativas, também aquela exercida pelos membros do Poder Judiciário, os juízes, deve ser remunerada. Talvez não se tenham apercebido os ilustrados parlamentares membros da Comissão Especial que estuda a reforma do Poder Judiciário que, desde a Lei Áurea, é vedado o trabalho escravo em nosso ordenamento jurídico!

Não conseguimos encontrar outra palavra, a não ser escravidão, para qualificar uma atividade laboral, de cunho profissional, que não tenha uma remuneração pecuniária correspondente. A proposição é, d.m.v., de um absurdo sem precedentes.

Ora, o artigo 7º da Constituição Federal tutela uma série de direitos: são os chamados direitos sociais, usualmente denominados de direitos fundamentais de segunda geração, e que se devem incluir, segundo a melhor hermenêutica constitucional, dentro da proteção da cláusula do inciso IV do § 4º do artigo 60. Ou seja, os direitos sociais, por força de interpretação teleológica e sistemática da Lei Maior, incluem-se na expressão direitos individuais daquela cláusula pétreia.

De fato, não há motivo plausível para que se considerem protegidos pela inalterabilidade do § 4º do artigo 60 da Constituição apenas aqueles direitos denominados individuais, tipicamente de origem liberal. Observe-se que o rol de direitos e garantias expressos no artigo 5º da Lei Maior são meramente exemplificativos, na medida em que o § 2º do mesmo artigo 5º trata de ampliar aquele rol para tantos direitos-garantias quantos a principiologia constitucional permitir. Aliás, ratificando o que se acaba de dizer, basta que se confira a redação do novo § 3º a ser incluído no artigo 5º da Carta da República, proposto pela relatora da Comissão Especial. Segundo tal dispositivo “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, condicionada à aplicação pela outra parte”. Observe-se que o dispositivo fala em direitos humanos, ou seja, não distingue entre direitos de origem liberal (individuais *stricto sensu*, ou de primeira geração) e direitos sociais (direitos de segunda geração).

Outros dispositivos que, por sua relevância, têm *status* de verdadeiros princípios constitucionais também se levantam para que se considerem as cláusulas protetivas da remuneração contidas no artigo 7º da Lei Maior incluídas na ampla proteção do § 4º do artigo 60. São eles, a título de exemplo, os incisos III e IV do artigo 1º, os incisos I e III do artigo 3º, e o inciso II do artigo 4º, todos da Lei Maior, e todos fruto de manifestação do Poder Constituinte originário. Além disto, o próprio Capítulo II – Dos Direitos Sociais – está contido no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Em arremate, contraria a própria dignidade da pessoa humana, equiparando o juiz à figura do escravo, a simples discussão no Congresso Nacional de constitucionalizar a suspensão de sua remuneração, seja pelo motivo que for. A proposta beira à provocação...

## VI. QUARENTENA PARA OS EX-JUIZES

Confira-se a redação do novo dispositivo que se pretende introduzir na Lei Maior, consoante o artigo 9º do relatório, com os destaques até aqui aprovados:

“Art. 95. ...

§ 1º...

**VI – exercer a advocacia no âmbito da respectiva jurisdição, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração”.**

O dispositivo não é inovador. O antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil possuía norma de conteúdo semelhante. De sorte que as discussões em torno do tema, de certa forma, não nos chegarão a surpreender de todo.

Com efeito, pretende-se reintroduzir em nosso ordenamento jurídico, agora diretamente na Constituição, a velha quarentena, outrora prevista no artigo 86 da antiga Lei nº 4215, de 27.04.63.

Vale a pena anotar a justificativa da eminente relatora da Proposta de Emenda, para verificar que nenhum argumento novo foi trazido para a adoção da vedação proposta. Trata-se da vetusta alusão à moralidade, como imperativo para que os ex-magistrados não pudessem advogar logo após deixarem o exercício da função, *verbis*: “Não apenas para o ingresso na magistratura são criadas limitações, mas também aos juizes que deixam seus cargos impõe-se restrição da mesma natureza. Com efeito, ficam estes impedidos de exercer a advocacia no âmbito da respectiva jurisdição, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria, exoneração ou disponibilidade. Com essas medidas, pretendemos, em nome da moralidade administrativa e da necessária isenção dos órgãos judicantes, combater eventuais influências que essas autoridades possam exercer, ... já no exercício da advocacia, dentro dos tribunais aos quais pertenceram”.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu sobre a matéria na Representação nº 1.054. Argüiu-se, então, a inconstitucionalidade do artigo 86 da Lei nº 4.215/63, em face de sua incompatibilidade com o § 23 do artigo 153 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69. Aliás, a inconstitucionalidade findou por ser reconhecida.

De fato, o assunto comportou debates eruditos e calorosos, principalmente entre o Relator, Ministro **NÉRI DA SILVEIRA**, que teve seu posicionamento vencido, e o Ministro **MOREIRA ALVES**.

Pensamos, todavia, que os debates e os argumentos levantados à época sobre a constitucionalidade ou não da quarentena instituída pelo antigo Estatuto da OAB valem apenas pelo aspecto histórico, na medida em que se referiam a outra realidade constitucional.

Deveras, o direito de livre exercício de profissão era, sem qualquer dúvida, menos amplo sob a égide da Constituição revogada do que hoje se afigura, sob o império da Carta Política de 1988.

Confira-se a redação de um e outro dispositivo.

CF/69

Art. 153. ...

§ 23. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade de que a lei estabelecer (grifos nossos);

e

CF/88

Art. 5º...

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (grifos nossos).

Com efeito, o dispositivo vigente, que, saliente-se, está acobertado pela proteção do § 4º do artigo 60, ao contrário do anterior, refere-se exclusivamente a restrições legais para o exercício profissional, relativas a **qualificações profissionais**, ou seja, a restrição legal só poderá ser de ordem técnica. Ao contrário, a norma asseguradora do exercício profissional sob a égide da Carta Política revogada possibilitava a interpretação de que caberiam maiores restrições por parte do legislador ordinário, na medida em que se referia, de maneira ampla, a “**condições de capacidade**”.

De fato, a expressão **condições de capacidade** poderia ser compreendida não apenas como condições técnicas para o exercício profissional, mas também como condições de ordem moral, e tantas outras que o legislador ordinário viesse a fixar, em nome do interesse público. Aliás, esta mesma expressão **condições de capacidade** já havia sido adotada na Constituição de 1946 (CF/46, § 14 do artigo 141). Sendo certo que o Ministro **NÉRI DA SILVEIRA**, rememorando os debates travados na Comissão Constitucional, anotou que foram vencidas as posições de **MÁRIO MASAGÃO** e de **ATALIBA NOGUEIRA**, os quais pretendiam fosse adotada para o dispositivo a redação original do anteprojeto, que se referia a **condições de capacidade técnica**. Dessa forma, tendo sido suprimida a palavra “**técnica**” na redação final do § 14 do artigo 141 da CF/46, seriam lícitas, diziam aqueles que entendiam ser constitucional o antigo artigo 86 da Lei nº 4.215/63, restrições legislativas outras ao exercício das profissões, que não aquelas meramente técnicas.

Voltamos a frisar que, mesmo naquela realidade constitucional de então, referente à Constituição Federal de 1969, ainda que houvesse a possibilidade de interpretação ampla da restrição contida no § 23 do artigo 153, o certo é que o Egrégio Supremo Tribunal Federal reputou inconstitucional o artigo 86 do antigo Estatuto da OAB que previa uma limitação não-técnica para o exercício da advocacia.

Ora, se assim foi naquela ocasião, com aquela redação do direito-garantia ao livre exercício profissional, hoje, com o texto atual da Carta Política de 1988, não pode restar

qualquer dúvida quanto à impossibilidade de que sejam levantadas restrições fora do domínio da técnica e do conhecimento para o exercício da advocacia. Nem a lei ordinária, nem uma emenda constitucional poderá assim fazer, sob pena de confrontar a cláusula pétreia do inciso IV do § 4º do artigo 60 da Carta Política vigente.

De fato, o texto de 1988 é claro, não abrindo espaço algum para dúvidas. Afinal, o dispositivo expressamente ressalva que as únicas restrições passíveis de serem estabelecidas pela lei para o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, só poderão se referir a qualificações profissionais, ou seja, requisitos de ordem absolutamente técnicos, voltados para o conhecimento do labor que será exercido. Nenhuma outra restrição poderá ser estabelecida.

Destarte, conforme fixado acima no item IV, quando se está diante de direitos e garantias fundamentais, deve o exegeta tentar alcançar toda a sua amplitude. De sorte que as restrições devem ser interpretadas restritivamente. Donde se conclui ser inadmissível que qualquer órgão constituído venha a criar restrições fora do terreno da técnica para o exercício de qualquer atividade laborativa. Sendo certo que até mesmo as restrições de ordem técnica devem se pautar pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em arremate, a quarentena que se pretende instituir para os membros do Poder Judiciário, se aprovada, seria flagrantemente inconstitucional. Aliás, por força da vedação contida no § 4º do artigo 60 da Constituição Federal, sequer poderia ser objeto de deliberação uma emenda constitucional neste sentido.

## VII. CONCLUSÕES

Já pelo pouco que se disse até aqui, parece restar evidente que a proposta de emenda, considerada como um todo, visa intencionalmente fragilizar o Poder Judiciário. A via eleita foi o ataque aos juízes, pela diminuição de suas garantias institucionais, criando inseguranças emocionais e financeiras, tornando pouco atrativo o ingresso e a permanência na carreira da magistratura, perseguindo o magistrado até após seu afastamento da instituição, ressuscitando vedações há muito refutadas pelo próprio Poder Judiciário. Não é à toa que foi suprimida a idade mínima para o ingresso na carreira, originariamente contida no relatório da proposta. Afinal, prevalecendo alguns dos dispositivos do relatório, como por exemplo aquele que possibilitaria a suspensão do pagamento de subsídios, muitos poucos profissionais do direito experientes e maduros sentir-se-iam inclinados a ingressar em uma carreira na qual lhes poderia ser negada até mesmo a remuneração.

De toda sorte, como mais de uma vez frisamos acima, fúria e paixão nunca foram bons conselheiros. Assim, tomados de tais sentimentos, esqueceram-se os idealizadores da reforma do mínimo de sutileza para tratar de assunto tão grave, cujas raízes se assentam na própria razão de ser do Estado Democrático de Direito. Demonstraram, pois, que intentam, às escâncaras, mitigar o conteúdo das cláusulas pétreas mais sagradas — a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais — com todo o seu conteúdo histórico e ideológico libertário. Todavia, expondo-se assim, passaram a sujeitar-se, até preventivamente, ao controle judicial.

Afinal, o § 4º do artigo 60 prevê que sequer será objeto de deliberação as emendas que tendam a abolir a separação dos Poderes ou os direitos e garantias fundamentais. Destarte, tão logo se iniciem os debates parlamentares para efetiva deliberação sobre a tal emenda, poderá o Poder Judiciário, mediante provocação, impedir o prosseguimento das discussões. É o que esperamos...

#### NOTAS:

1. Registre-se que já foram apreciados pela Comissão Especial cerca de noventa destaques ao substitutivo, isto até a data da conclusão deste trabalho.
2. Confira-se o excelente artigo de **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO** – A democracia e suas dificuldades contemporâneas – in *RDA* n° 212. Ali, o mestre tece argutas observações para desenhar aqueles Estados por ele denominados de apenas formalmente democráticos, em contraste com aqueles substancialmente democráticos.
3. *Jornal O Globo* de 13 de outubro de 1999, 2ª. edição, p. 3.
4. Neste sentido, anote-se as palavras do eminente **JOSÉ AFONSO DA SILVA**, in Curso de Direito Constitucional, 9ª. edição, 2ª. tiragem, Malheiros, p. 395/396: “Não foi esta lamentavelmente a decisão do Supremo Tribunal Federal, que vem dando ao instituto a função de uma ação pessoal de declaração de inconstitucionalidade por omissão. Com o que praticamente o tornara sem sentido ou, pelo menos, muitíssimo esvaziada”.
5. **BARROSO, Luis Roberto**. Dez Anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?), in *RDA* n° 214.
6. Anote-se as seguintes palavras de **HAMILTON**, verbis: “O executivo não só dispensa as honras como segura a espada da comunidade. O legislativo não só controla a bolsa como prescreve as regras pelas quais os deveres e direitos de todos os cidadãos serão regulados. O Judiciário, em contrapartida, não tem nenhuma influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle nem sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Pode-se dizer que não tem, estritamente, força nem vontade, mas tão-somente julgamento...”. in *Os Artigos Federalistas*, tradução de Maria Luiza Borges, Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1993, p. 479.
7. **BARBOSA, Ruy**, Comentários à Constituição Federal Brasileira, *Coiligidos e Ordenados por HOMERO PIRES*, volume IV, Livraria Acadêmica, p. 8/9.
8. **BONAVIDES, Paulo**, Curso de Direito Constitucional, 7ª. edição, Malheiros, São Paulo, 1997, p. 173/174.
9. **TEMER, Michel**, Elementos de Direito Constitucional, 12ª. edição, Malheiros, São Paulo, 1996, p. 34.
10. **A. L. GOODHART**, apresentando a excelente obra *Direito Constitucional Americano de BERNARD SCHWARTZ*, demonstra a importância das decisões da Suprema Corte norte-americana para a manutenção da atualidade da Constituição dos Estados Unidos. Anote-se suas palavras: “Para compreender tal Constituição é, portanto, necessário estudar a sua história e, em particular, o seu desenvolvimento nas decisões da Corte Suprema, porque, como disse o falecido Juiz Jackson, o sistema americano é, em grande parte, governo pela ação judicial”.
11. São de **LASSALE** estas observações: “Par isso, não protestamos quando as leis são modificadas, pois notamos, e estamos cientes disso, que é esta a missão normal e natural dos governos...Mas, quando mexem na Constituição, protestamos e gritamos: ‘Deixem a Constituição!’”. E mais adiante arremata o pensador: “... no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum”.
12. Confira-se a posição do eminente jurista em seu clássico *O Poder Constituinte*, principalmente o capítulo intitulado Significação e Autoridade das “Cláusulas Pétreas”.



13. *Confira-se a afirmativa de MANUEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, verbis: "Nem de sombra aparece nesse processo político-jurídico o poder inicial de organizar a nação que é o verdadeiro Poder Constituinte".*
14. *Ob. cit., p. 33, nota nº 6.*
15. *Sobre a teoria dos poderes do Estado, confirmam-se as lições de MARCELLO CAETANO, in Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, Tomo I, Almedina, Coimbra, 1996.*
16. *Ob. cit., p. 62/63.*
17. *BOBBIO, Norberto, A Era dos Direitos, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 9ª. edição, p. 24.*
18. *Ob. cit., p. 25.*
19. *Confira-se neste sentido a obra citada na p. 40/41.*
20. *CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional, Coimbra, Almedina, 3ª. edição, p. 1149.*
21. *Sobre o tema, vale consultar o excelente ensaio de nosso inolvidável mestre, professor FRANCISCO MAURO DIAS, intitulado Estado de direito, direitos humanos (direitos fundamentais), segurança jurídica e reforma do Estado, in Revista de Ciências Sociais da Universidade Gama Filho, Edição Especial sobre Direitos Humanos, de Dezembro de 1997, especialmente nas páginas 256/261.*
22. *Ob. cit., p. 485.*

#### **BIBLIOGRAFIA:**

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *A Democracia e suas Dificuldades Contemporâneas*, in *RDA* nº 212.
- BARBOSA, Rui, *A Constituição e os Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal - Acções Cíveis dos Reformados e Demitidos pelos Decretos de 7 e 12 de Abril de 1892*, 2ª. edição, Atlantida.  
*Commentários à Constituição Federal Brasileira, Coligidos e Ordenados por HOMERO PIRES, volume IV, Livraria Acadêmica.*
- BARROSO, Luis Roberto, *Dez Anos da Constituição de 1988 - Foi bom pra você também?*, in *RDA* nº 214.
- BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 9ª. edição.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª. edição, Malheiros, São Paulo, 1997.
- CAETANO, Marcelo, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Tomo I, Almedina, Coimbra, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 3ª. edição.
- DIAS, Francisco Mauro, *Estado de direito, direitos humanos (direitos fundamentais), segurança jurídica e reforma do Estado*, in *Revista de Ciências Sociais da Universidade Gama Filho*, Edição Especial sobre Direitos Humanos, de Dezembro de 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *O Poder Constituinte*, 3ª. edição, São Paulo, Saraiva.
- FRIEDE, Roy Reis, *Creche da Mediocridade*, in *Jornal do Comércio* de 01.02.99.
- LASSALE, Ferdinand, *A Essência da Constituição*, Rio de Janeiro, Liber Juris.
- MADISON, James, Alexander Hamilton e John Jay, *Os Artigos Federalistas*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1993.
- SCHWARTZ, Bernard, *Direito Constitucional Americano*, Rio de Janeiro, Forense, 1966.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 12ª. edição.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva, *Do Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico: efeito vinculante e outros temas*, in *RDA* nº 212.
- TEMER, Michel, *Elementos de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 12ª. edição.

# A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Marco Falcão Critsinelis

## SUMÁRIO

1. O NOVO AGRAVO
2. A CORRELAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE ENTRE O "INDEFERIMENTO" DO ANTIGO AGRAVO E A ATUAL "NEGATIVA DE SEU SEGUIMENTO" POR MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA
3. O RECURSO INADMISSÍVEL. CONSTITUCIONALIDADE
4. O RECURSO PREJUDICADO. CONSTITUCIONALIDADE
5. O RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRÁRIO À SÚMULA DO RESPECTIVO TRIBUNAL OU TRIBUNAL SUPERIOR. INCONSTITUCIONALIDADE
6. AINDA O DIREITO SUMULAR VINCULANTE PREVISTO NO ART. 557 DO CPC. INCONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE EMENDA
7. A DOCTRINA A RESPEITO DO TEMA
8. CONCLUSÃO

## 1. O NOVO AGRAVO

Das reformas setoriais empreendidas pela Comissão de juristas ao Código de processo civil, têm-se como uma das mais relevantes, se não a de maior importância, aquela que introduziu pela Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995, as alterações, nas profundezas, no perfil estrutural dos recursos em geral e, em particular, do antigo recurso de agravo de instrumento.

O realinhamento processual do mencionado recurso foi inaugurado pelo art. 1º da Lei nº 8.950, de 13 de dezembro de 1994, que deu nova redação ao inciso II do art. 496, fazendo a correta opção em aludir, não ao agravo de instrumento, mas, de um modo geral, ao agravo, que se admite em mais de uma modalidade, ou instrumental, ou retido, não passando este do seiscentista agravo no auto do processo (Bermudes, 1995<sup>1</sup>).

Dentre outras alterações aos dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, já objeto de estudos de diversas obras jurídicas, procedeu o legislador em emprestar considerável alargamento ao alcance do art. 557 do Código processual. Antes da vigência da Lei nº 9.139/95, o relator podia indeferir o agravo, por ato judicial recorrível, porquanto decisão interlocutória no conceito que lhe dá o art. 162, § 2º, do CPC, se manifestamente improcedente<sup>2</sup>. Na atual redação, poderá fazê-lo o relator se, além de manifestamente improcedente, for inadmissível, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior<sup>3</sup>.

Inserido no Capítulo VII, que congrega dispositivos alusivos à “*ORDEM DOS PROCESSOS NO TRIBUNAL*”, inserido no Título X, “*DOS RECURSOS*”, sempre foi objeto de investidas, de todo procedentes, dos profissionais militantes, principalmente pela sua propagação pelos diversos regimentos internos dos tribunais do País.

Certo é, entretanto, que o legislador da contemporânea reforma processual prescreveu a mesma regra do anterior dispositivo, no caso da manifesta improcedência, acrescentando-lhe outros tantos adjetivos, com outra forma mais técnica, de indeferir o recurso de agravo. Assim, o relator não o indefere, mas nega-lhe seguimento.

Aliás, deve ser registrado que a atual redação do art. 557 do CPC não mais cinge-se ao recurso de agravo, mas a todo e qualquer recurso.

De efeito, podemos enfrentar uma cirurgia em todo o corpo da regra processual *sub examine*, para que, passo a passo, palavra por palavra, tenhamos condições de demonstrar que a norma tomada como um todo: o art. 557, é uma comunhão de inconstitucionalidades parciais.

## **2. A CORRELAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE ENTRE O “INDEFERIMENTO” DO ANTIGO AGRAVO E A ATUAL “NEGATIVA DE SEU SEGUIMENTO” POR MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA**

O primeiro aspecto a ser enfrentado é a diferença entre a expressão “*poderá indeferir-lo*” do texto alterado e “*negará seguimento*” que hoje custodia sua redação. O núcleo da primeira expressão encerra uma faculdade, eis que podia o relator, em conformidade com o seu *arbitrium boni viri*, aplicar ou não a disposição processual para o indeferimento do recurso de agravo.

Era, em dúvida, um poder depositado na mão do magistrado, visto em pequena escala e, em outra mais abrangente, do próprio agente político integrante do Poder Judiciário<sup>4</sup>.

Pela nova redação, ao contrário, ao determinar ao relator a imperatividade de negar seguimento ao recurso de agravo, o Poder Legislativo usurpa do magistrado um poder e o transforma em mero aplicador de um preceito de discutível constitucionalidade e frontalizador do princípio do juiz natural e do duplo grau de jurisdição, estremecendo o direito subjetivo da parte ao *equal protection* e ao *due process of law*.

Inobstante a isso, sem embargo da avaliação de descrição ou vinculação que a norma estampada no art. 557 do Código processual importa a membro da judicatura, a verdade é que a Comissão de reforma não manteve a redação anterior por sua flagrante ofensa aos novos direitos subjetivos públicos capitaneados pelo *caput* do art. 5º da Carta Magna. Preferiu optar, em nosso entender, por uma violação escamoteada.

Com efeito, indeferir o recurso de agravo, por manifesta improcedência, como o rezava a antiga redação do artigo comentado, suprimia a instância, melhor dizendo, o grau<sup>5</sup> recursal insito ao órgão Colegiado superior ao juiz monocrático prolator da decisão interlocutória agravada. Assim, o relator indeferindo o recurso de agravo agia como delegatário da união dos membros da câmara ou da turma.

Nesse diapasão, violava-se o princípio do duplo grau de jurisdição, porquanto era, como ainda é, competência exclusiva e indelegável do Colegiado a apreciação de recursos, agravo e apelação, de atos jurisdicionais proferidos pela grau inferior na hierarquia processual. Afinal, *indeferir* é despachar desfavoravelmente; dar despacho contrário a; desatender; negar. Enfim, o relator, na verdade, *declarava* a manifesta improcedência meritorial do recurso de agravo, como se fosse o órgão Colegiado.

Díssemos que a natureza jurídica do ato decisório do relator tinha a natureza declaratória, posto que ele não obstava o seguimento do recurso, impedindo o conhecimento e o julgamento pela turma ou câmara, fazendo as vezes da competência do Colegiado, infiltrava-se no *meritum causae* da irrisignação recursal e o julgava manifestamente improcedente, mantendo a decisão *a quo* por seus próprios fundamentos fáticos e jurídicos, consolidando o trajeto sequencial da relação processual originária<sup>6</sup> no aperfeiçoamento do exercício do duplo grau de jurisdição.

Sem embargo, não temos dúvida de que um dos objetivos da reforma, cuja tarefa coube à Escola Nacional de Magistrados, foi, no caso, e vem sendo na continuidade de seus trabalhos, localizar pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional e adotar uma postura pragmática, sem prejuízo do rigor científico (Sálvio de Figueiredo, 1996). Por isso, a manutenção do “indeferimento” do recurso de agravo pelo relator ficou insustentável. O tecnicismo da reforma impôs o abrandamento da ingerência do relator na competência exclusiva do Colegiado, retirando-lhe o poder de apreciar, monocraticamente, o mérito da irrisignação recursal do agravante.

De outro lado, entretanto, lhe concedeu o poder-dever de negar seguimento ao recurso de agravo manifestamente improcedente, ou seja, de obstar que o Colegiado possa apreciar o apelo, não por qualquer impeditivo retratado na ausência de requisitos objetivos e subjetivos inerentes ao recurso, mas porque o improvimento no julgamento do mérito pela turma ou câmara será, indubitavelmente, certo.

Será essencialmente diferente a hipótese da pretérita redação do art. 557 do CPC com a sua atual prescrição? Evidentemente que não, respondemos.

A metodologia da reforma teve como um de seus pilares para a alteração setorial do Código de processo civil o aproveitamento do texto dos dispositivos já existentes, na maioria das vezes, e em outras oportunidades, a substituição total da numeração do artigo em correspondência com a matéria processual abordada. A primeira hipótese foi a escolhida para a nova regulação da competência atribuída ao relator para estancar o recurso *in limine*.

Não houve, dessa forma, uma reavaliação desse mesmo instituto, cingindo-se, limitando a Comissão, em rescrevê-lo de forma mais técnica, sem, todavia, compatibilizá-lo com os novos rumos do direito constitucional e das tendências modernas do processo: prestação jurisdicional rápida, porém segura, para a garantia de sua justeza.

O sistema há de ser informado pela conjugação equilibrada de dois valores, que dizem com a razão de ser do próprio exercício da jurisdição, e que especialmente se hão de ter em conta quando se cuida, principalmente, de recursos e coisa julgada. Referimo-nos à justiça e à segurança.

Quanto mais se coloca ênfase na necessidade de chegar-se a uma decisão justa, menos abrangente há de ser a coisa julgada e maior a faculdade de recorrer. Se se pretende realçar a segurança, ampliam-se os limites da coisa julgada e restringem-se os meios tendentes a impugnar decisões (Eduardo A. R. de Oliveira, 1996).

Esse é, inclusive, no aproveitamento de dispositivos preexistentes e na reforma setorial, um dos seus grandes celeumas. Corre-se o risco de desprezar a tênue diferença conceitual, pouco observada (Nascimento, 1982), existente entre gênese e começo. Na gênese, os processos do novo pertencem ao velho, enquanto no começo, quando a articulação entre esses processos se realiza, o novo começa a se gestar (Marx, 1966).

De efeito, a nosso ver, o veredicto condenando à inconstitucionalidade a anterior redação do art. 557 do CPC que, como alhures se mostrou, contaminou a regra que impõe ao relator negar seguimento ao recurso de agravo, já havia sido decretado pelo Pretório Excelso, por sua composição Plena, por unanimidade, na Representação de Inconstitucionalidade nº 1299-9-TP, na sessão de 21 de agosto de 1986, relatado pelo Min. Célio Borja, *DJ* de 14.11.86, constante do repertório da *RT* 617/219, sendo objeto do desafio o Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Goiás, *verbis*:

*“(...) Em favor de qualquer de seus membros, ut singuli, não podem os tribunais declinar de competência que a Constituição neles investiu, enquanto órgão Colegiado. Sobretudo, não podem por meio de norma regimental emprestar o atributo de decisão definitiva aos despachos de seus membros. Representação julgada procedente para declarar inconstitucional o parágrafo 2º do art. 364 do RITJEGO. Podem, portanto, os tribunais, através de norma regimental, atribuir competência própria e singular aos seus membros. Mas não podem declinar a favor deles a competência que a Constituição investiu nos próprios tribunais como órgãos de deliberação coletiva (...)”.*

Nem se diga que a decisão suso mencionada tratava de norma regimental, inaplicável, portanto, à norma processual enquanto lei ordinária formalmente válida. Ao contrário, incide em qualquer regramento jurídico infraconstitucional, pois que a Constituição ao ápice do ordenamento investe os tribunais, como órgãos de deliberação coletiva, para o julgamento de recursos, não abrindo exceção ao Plenário dos tribunais (ou Órgão especial, conforme for o caso), nem sequer ao legislador ordinário, no exercício do poder decorrente (ou derivado).

Essa afirmativa tem início de sustentação no inciso LIII do art. 5º da Constituição<sup>7</sup>, passando de forma escurrita pelo inciso LV<sup>8</sup>, pincelando todas as outras garantias e direitos não excluídos por disposição expressa do seu § 2º<sup>9</sup> e, finalmente, desembocando no Capítulo III, que trata do Poder Judiciário, inaugurado pelo art. 92, no qual se discriminam os seus órgãos e o correspondente grau de hierarquia funcional e recursal<sup>10</sup>, findando no art. 126, conferindo ao Judiciário, por meio de seus regimentos internos, e em lei de organização judiciária, estabelecer a competência dos tribunais, observados os princípios estabelecidos na Carta.

A regra alvejada, portanto, caracteriza a preponderância do *undue process of law*, pois nega validade aos princípios (*substantive due process of law*) expressados na *Lex*

*Legus*, reduzindo-se a garantia de um processo justo e da regularidade da prestação jurisdicional para atingir a própria justeza da lei processual (razoabilidade), considerado como instrumento de realização de justiça (procedural due process of law).

### 3. O RECURSO INADMISSÍVEL CONSTITUCIONALIDADE

Outro motivo autorizador para que o relator negue, vinculado que está ao preceito do art. 557 do CPC, seguimento ao recurso de agravo é a sua manifesta inadmissibilidade. No comentário desse motivo exsurge a necessidade de procedermos a um conciso apanhado acerca da natureza jurídica dos recursos em geral e, em especial, do agravo.

O instituto processual denominado **RECURSO** pode ser conceituado de diversas maneiras, podendo, entretanto, ser compreendido como o remédio voluntário, idôneo a ensejar dentro do mesmo processo a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão judicial que se impugna (Barbosa Moreira, 1994)<sup>11</sup>.

Ainda temos como conceito de recurso todo pedido dirigido à autoridade superior competente para que reforme, total ou parcialmente, um ato do juiz inferior, tendo como pressuposto básico a existência de um prejuízo ou gravame causado à parte pelo ato do qual se recorre.

Para *Estriche*<sup>12</sup>, em seu *Diccionario Razonado de Legislación y jurisprudencia*, recurso “*es la acción que queda a la persona condenada en juicio para acudir a outro juez o tribunal, en solicitud de que enmiende el agravio que cree haber se le hecho*”.

Sem embargo, o recurso é um ônus e não uma faculdade da parte, vez que omitindo-se à prática do ato de recorrer de decisão que lhe foi contrária, total ou parcialmente, suportará o gravame da sucumbência, sem possibilitar o reexame do *decisum* por intermédio do princípio do duplo grau de jurisdição, assegurado pelo direito constitucional ao recurso.

Ou, como assevera José Frederico Marques<sup>13</sup>, “*se o vencido não a interpuser (o recurso), consolidam-se e se tornam definitivos os efeitos da sucumbência*”.

Os recursos, em resumo, são classificados, na sua amplitude, do seguinte modo:

- total, quando a impugnação visa atacar todo o conteúdo impugnável da decisão;
- parcial, quando se insurge, somente, contra parte da decisão, cujo conteúdo pode ser impugnável;
- de reforma, quando se busca uma modificação na solução dada à lide, visando obter um pronunciamento mais favorável ao recorrente;
- de invalidação, quando se pretende apenas anular ou cessar a decisão, para que outra seja proferida em seu lugar;
- de esclarecimentos ou integração, nos casos dos embargos declaratórios;

- devolutivos ou reiterativos, quando a questão é devolvida pelo juiz da causa a outro juiz ou tribunal (*tantum devolutum quantum apelatum*);
- não devolutivos ou iterativos, quando a impugnação é julgada pelo mesmo juiz que proferiu a decisão recorrida;
- mistos, quando tanto permitem o reexame pelo órgão prolator como a devolução a outro órgão superior;
- suspensivos, quando impedem o início da execução;
- não suspensivos, os que permitem a execução provisória.

Podem ser, ainda, principal, quando, por si só, tem o condão de levar à corte revisora a irresignação, ou adesivo, quando é subordinado ao principal e a ele sempre dependente, em razão da sucumbência recíproca, motivo pelo qual é restrito às partes, sendo vedada sua utilização pelo Ministério Público e pelo terceiro prejudicado.

O Código de processo civil, por sua vez, destinou o recurso de apelação para impugnar as sentenças, ato judicial que põe fim ao processo, julgando ou não o mérito da demanda, ou seja, definitivas e terminativas, respectivamente.

As decisões interlocutórias resolvem questões incidentais de suma importância para a marcha processual e, até mesmo, para influenciar no julgamento da *res in iudicium deducta*, motivo pelo qual é destinado a elas a possibilidade de revisão por meio do recurso de agravo.

As partes têm o direito de, na integridade, saber as razões pelas quais estão sendo agravadas pela decisão da autoridade judicial, para que, inclusive, possam exercer o direito subjetivo de levar a questão divergente à Superior Instância. Se não sabem o inteiro teor e alcance da decisão, por obscuridade, omissão ou contradição, não podem legitimamente opor irresignação. Pretende-se, *modus in rebus*, que sejam colimadas as mesmas garantias afetas à exigência de fundamentação em todas as decisões (*lato sensu*), conforme disposição da Carta Magna<sup>14</sup>, que a elevou em dogma constitucional de direito individual, sem prejuízo da prescrição de ordem pública constante no art. 165 do Código de Ritos.

Reservou o agravo, nas espécies retido e por instrumento, para combater decisões interlocutórias em geral. Estas decisões podem ser classificadas em *simples e mista*, conforme o provimento que encerram, se de conteúdo gravoso ou não.

Assim, o núcleo da distinção entre as duas, interlocutórias simples e mistas, reside exatamente no conteúdo da decisão que retratam: se a questão resolvida for de índole exclusivamente processual, será simples; se a decisão extravasar dos lindes estritamente processuais, atinguindo a questão material entre as partes, será a mista. Por essa razão, e porque alcança a questão de fundo, é que, ao contrário das simples, a mista acarreta dano irreparável.<sup>15</sup>

O nosso estatuto processual não distingue as decisões interlocutórias simples das mistas, como o fez nas sentenças definitivas e terminativas, mesmo porque nunca foi fácil estabelecer o liame divisor de ambas, sem descer às peculiaridades do caso concreto, como registra *Carlos Silveira Noronha*<sup>16</sup>.

Exemplificou algumas no art. 558 do CPC, elegendo as matérias relativas à prisão do depositário infiel, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem prestação de caução idônea, deixando as outras que aparecerão no caso específico abrangidas pelo conceito aberto de “*casos de lesão grave e de difícil reparação*”, possibilitando, com relação a elas, a suspensão da execução da decisão interlocutória mista até ulterior deliberação de mérito.

Carreira Alvim, citando Pereira e Souza<sup>17</sup>, alude que o mestre lusitano já ensinava que sentença interlocutória é aquela pela qual se decide algum artigo (questão) incidente (o que tem início antes da litiscontestação) ou emergente (o que ocorre depois da litiscontestação) no processo, subdividindo-se em duas espécies: simples e mista. Simples é a interlocutória que não se estende além dos limites do artigo (questão) sobre o qual é proferida; mista é a interlocutória que prejudica a questão principal e, por isso, tem força de definitiva.

Ainda com relação às interlocutórias, não é o conteúdo específico que elas apresentam que as distinguem dos demais pronunciamentos judiciais, mas a natureza deste conteúdo, que tem de ser decisório. Assim, não importa sobre o que verse qualquer decisão; desde que não encartável nos arts. 267 e 269 do CPC, será uma decisão interlocutória, que não terá, portanto, como efeito pôr fim ao procedimento de primeiro grau ou ao processo<sup>18</sup>.

Justamente porque têm esse conteúdo decisório, têm de ser fundamentadas.

Antes de chegar à sentença, o Poder Judiciário, necessariamente, tem de proferir certas decisões “*cujo número e cuja variedade dependem das particularidades de cada litígio. São mais freqüentes na fase instrutória, ou seja, na primeira instância; e se reduzem na fase recursal*”<sup>19 e 20</sup>, perfeitamente aplicável ao nosso sistema.

Os recursos, em geral, são sempre sujeitos a um juízo de admissibilidade, para a verificação dos pressupostos e requisitos processuais para o seu conhecimento. Tem lugar antes do juízo de mérito, ou seja, é procedido de forma preliminar pelos juízos *a quo* e *ad quem*.

Em sede doutrinária, os requisitos do recurso são assim especificados:

- legitimação para recorrer. Tem-na as partes, o Ministério Público e o terceiro prejudicado. Para a maioria dos doutrinadores, somente nos casos de litisconsorte unitário é possível a interpretação da legitimação constante no art. 509 do CPC<sup>21</sup>, apesar de outros entenderem ser possível na hipótese de litisconsorte simples;
- interesse em recorrer<sup>22</sup>. O recurso atende ao binômio necessidade + utilidade. Observe-se que só a parte sucumbe, nunca os demais legitimados, estando a sucumbência inserida no requisito recursal<sup>23</sup>.
- recorribilidade da decisão;
- tempestividade;
- singularidade do recurso, requisito que sofre tempero pelas exceções dos recursos especial, extraordinário, embargos de declaração e embargos infringentes;
- adequação do recurso, requisito mitigado pelo princípio da fungibilidade, de criação pretoriana, com pressupostos próprios de aplicação;



- preparo<sup>24</sup>;
- motivação;
- forma, sempre escrita.

O agravo, por sua vez, possui um pressuposto específico (Carreira Alvim, 1996), exclusivamente na modalidade de instrumento, que vem expresso no art. 526 do CPC<sup>25</sup>, esclarecendo-se que estamos passando ao largo das divergências doutrinárias a respeito da natureza jurídica desse novel instituto processual. Para nós, impede a apreciação do mérito recursal o desatendimento da regra do artigo em questão, esbarrando no invencível juízo de admissibilidade do recurso de agravo.

Igual sorte deverá ter o recurso instrumental no caso do agravante descumprir o disposto no art. 525, I, do Código, que elenca como obrigatórias as cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação da decisão agravada e das procurações outorgadas aos patronos do agravante e do agravado. Exigência específica do recurso do agravo de instrumento impõe um ônus para o agravante que, desatendendo-o, impedirá que se vença o juízo de admissibilidade do apelo, ensejando, *per viam consequentiae*, a negativa de seu seguimento e, se assim não proceder o relator em ato singular, o seu não-conhecimento pelo Colegiado.

Em suma, o recurso de agravo deverá ter obstado o seu seguimento, ou o seu não-conhecimento. Assim procedido, a norma do artigo numerado em 557 do CPC não infringirá qualquer ditame constitucional, pois ao legislador ordinário estará dentro de sua competência constitucional de legislar sobre direito processual, não violando as garantias subjetivas públicas das partes.

#### 4. O RECURSO PREJUDICADO. CONSTITUCIONALIDADE

Também subsumido às diretrizes constitucionais a parte do dispositivo, ora objeto de desagravo, que prescreve a determinação ao relator em negar seguimento a recurso que se apresente prejudicado, também aplicável ao agravo de instrumento, por força da expressa remissão constante no art. 527.

Tanto a inadmissibilidade quanto a prejudicialidade do recurso atendem aos fins colimados pela Reforma setorial do Código processual em proceder na agilização da justiça e na prestação rápida da jurisdição, evitando a perpetuação do processo, por toda a sua sêmita burocrática na vala administrativa dos tribunais, para, ao final, por ocasião do julgamento coletivo, não ser conhecido por ausência de um ou mais requisitos de admissibilidade, objetivo ou subjetivo, geral ou específico, ou por estar prejudicado.

Especificamente no caso do agravo, na modalidade de instrumento, estar prejudicado é ser despossuidor de objeto, em razão da reconsideração da decisão agravada no exercício do juízo de retratação.

Torna prejudicado o agravo de instrumento também a prolação de decisão superveniente de cunho terminativo ou definitivo, pois a sentença concentrará o alvo das irrisignações daquele que agravou antes de sua prolação.

Sendo-lhe, ao agravante, favorável a sentença, não mais possuirá interesse recursal no julgamento do agravo para obter a prestação jurisdicional do Colegiado acerca de decisão interlocutória que lhe desagravara no curso da demanda.

Proferida a sentença desfavorável, entretanto, terá interesse recursal em razão do gravame processual ou material, conforme for, de mérito ou processual, os termos da sentença. Todavia, seu interesse já não mais será na qualidade de agravante, mas de apelante. Nem se questione a hipótese de a parte ver preclusa a questão processual que ensejou o agravo de instrumento, porquanto este prejudicado, a decisão interlocutória não seria passível de apreciação, mesmo preliminarmente ao julgamento da apelação, em virtude da impossibilidade de conversão do agravo de instrumento em agravo retido. Ledo engano! Impede a preclusão o disposto no art. 516 do CPC<sup>26</sup>.

Se o relator, entretanto, não proceder na forma que lhe impõe o art. 557 e o recurso de agravo for, a final, levado a julgamento e, nesse interregno, subir ao tribunal eventual recurso de apelação interposto pela parte agravante, que será distribuída necessariamente ao mesmo relator do agravo, deverá ser aplicado o disposto no art. 559 e seu parágrafo único<sup>27</sup>.

Aliás, pertinente registrar que o legislador veiculou a imperatividade do verbo “negará seguimento” em direção ao relator, ao contrário da pretérita faculdade em indeferi-lo, como já se apontou alhures, com o fito de pressionar a parte em optar para a escolha do agravo na modalidade retida, estabelecendo os casos previstos no art. 558<sup>28</sup> para a modalidade do agravo de instrumento, em virtude do eminente gravame processual, podendo obter, por isso, a suspensividade da decisão monocrática.

## 5. O RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRÁRIO À SÚMULA DO RESPECTIVO TRIBUNAL OU TRIBUNAL SUPERIOR. INCONSTITUCIONALIDADE

Os recursos, genericamente considerados, poderão ser considerados *nati* mortos se contrários a qualquer entendimento do tribunal, que tenha jurisdição sobre o processo onde se recorre, estando consolidado em verbete sumular, como também quando esteja em confronto com o direito sumular de tribunais superiores, no caso, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Essa disposição retrata a mais perversa inconstitucionalidade, já que atinge, além do direito subjetivo da parte em recorrer, a independência dos membros do Poder Judiciário, impondo-lhe a poder da súmula vinculante.

Sem adentrarmos na seara jurídica da parte recorrente, sob pena de incorrer em repetição, posto que se aplica, nesse caso, o que já acima se apontou acerca do princípio do duplo grau de jurisdição, do princípio do juiz natural e do devido processo legal, passaremos a tecer considerações sobre a invalidade da norma em comento, por falta de sustentáculo em qualquer dispositivo ou princípio constitucional.

Como cediço, característica dos atuais estudos processuais de vanguarda é a vinculação cada vez mais próxima do Direito Constitucional; a uma, porque é no Direito

Constitucional que o processo vai buscar seus princípios mais nobres; a duas, porque é no processo que o Direito Constitucional encontra instrumento eficaz para assegurar as garantias da cidadania e a realização cativa da ordem jurídica (Sálvio de Figueiredo, 1996<sup>29</sup>). Ao nosso sentir, a imposição da súmula vinculante, antes da emenda à Carta, se distanciou dessa diretriz.

De efeito, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema romano-germânico, em que a jurisprudência não prevalece sobre leis editadas pelo Poder Legislativo. É o que se insere do inciso II do art. 5º e do art. 48, ambos da Carta Magna.

Os historiadores da evolução jurídica atestam que os grandes sistemas jurídicos, em sua classificação mais difundida, apontam três grandes famílias, a saber, a romano-germânica, a do *common law* anglo-americana e a dos direitos socialistas, figurando em um quarto grupo os outros sistemas, dentre os quais os africanos e os orientais. O nosso direito situa-se na primeira daquelas famílias, conhecida como *civil law*, regida preponderantemente por normas escritas (Sálvio de Figueiredo, 1996).

Nesse diapasão, as Constituições Federais que precederam a atual e, como ela, implantaram o regramento romano-germânico e estabeleceram a delimitação das competências entre os órgãos exercentes das funções políticas – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, agasalhando a teoria de Locke acerca da separação dos Poderes, magistralmente desenvolvida por Montesquieu.

Aos referidos poderes atribuiu funções específicas e indelegáveis – legislar, executar no âmbito administrativo e julgar, permitindo-lhes, porém, outras funções anômalas para a preservação de suas autonomias e independência, regulada pelo princípio do “check and balances”.

Ao caso concreto examinado nesse contexto constitucional, incabível a delegação ao Poder Judiciário para inovar no ordenamento jurídico através de súmulas (jurisprudência) com a normatividade ínsita ao *ius cogens*, com caráter de abstratividade e imperatividade. Delimitadas que estão na atual Carta as competências exclusivas dos órgãos, em isso se sucedendo, as súmulas ou a jurisprudência conteriam vício material de inconstitucionalidade. Apesar de validamente editadas pelos tribunais dentro da competência da Constituição, seu espectro de ação usurparia campo de competência constitucional pertencente a outro órgão político.

Essa delimitação tem seus contornos definidos nos arts. 48, 59 e 96 da Carta.

De outro lado, impondo, algum dos dois outros Poderes políticos, aos membros do Poder Judiciário obediência formal a precedentes sumulados ou a decisões tidas como “leading case”, estar-se-ia violando o princípio do livre convencimento do juiz, como agente político estatal na resolução dos conflitos de interesses, de forma imparcial, e o princípio da fundamentação, hoje sediado no inciso XI do art. 93 da *Lex Mater*.

Aplicável, *si et quantum*, o que já por nós esposado no tópico segundo deste escrito, quando afirmamos que o atual preceito do art. 557 do CPC trouxera a herança inconstitucional, quando poderia ser o agravo indeferido por manifesta improcedência, da anterior redação que ostentava.

Assim é que, sem dúvida, a decisão plenária do Supremo Tribunal Federal, proferida na Representação de inconstitucionalidade que *retro* adotamos como paradigma, alcança também esta parte do atual art. 557 do CPC, como havia alcançado, também, em sua anterior redação.

Ou seja, foi tachado de inconstitucional o poder de o relator, singularmente, indeferir recurso de agravo por manifesta improcedência ou por contrariar súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior.

A aludida inconstitucionalidade não ficava, como hodiernamente não fica, restrita aos regimentos internos, mas também irradiava-se ao art. 90, § 2º, da LOMAN<sup>30</sup> que lhes dá arrimo e, ainda, ao dispositivo do Código de processo civil objeto de nossa investida.

A reforma setorial do Código processual preferiu, pressionada pela crise institucional, interna e externa, do Poder Judiciário, acatar a inconstitucionalidade corporativista espelhada no § 2º do art. 90 da LOMAN<sup>31</sup>, numa demonstração de poderio da instituição, do que adequar-se ao notório fato da frontalização do dispositivo com os novos princípios e dogmas constitucionais, sem se falar na invasão de competência determinada pelos artigos constitucionais 22, inciso I, e 48.

Em resumo, o art. 90 da LOMAN está revogado, como também está o seu art. 89, não recepcionado que foram pela Nova Carta.

Nem há a possibilidade de esquivar-se com a alegação da especificidade dos dois dispositivos ao Tribunal Federal de Recursos, pois, com a sua extinção<sup>32</sup> e a conseqüente criação dos Tribunais regionais Federais só a esses seria vedada a reprodução, em seus respectivos regimentos internos, dos ditames do art. 90, § 2º, da LOMAN. Evidentemente que não. A mesma incompetência, por falta de suporte de constitucionalidade, que lhes proíbe, também obsta ao legislador ordinário, em razão da inconstitucionalidade material com os outros princípios regentes da Ordem democrática Nacional, de estipular regramento processual que reproduza o malfadado instituto da decisão monoerática do relator em negar seguimento a recurso por obediência a precedentes sumulares. É o que se denomina **princípio lógico da contradição**. Um princípio que permeia um ou mais dispositivos legais não pode, ao mesmo tempo, ser e não inconstitucional.

Sem embargo, cumpre dar como admitido que interpretar a lei não é interpretar o Direito. A lei está para o Direito como a parte está para o todo, e o que rege a conduta humana é o todo, não a parte (Couture, 1993<sup>33</sup>). Com uma metáfora feliz, já foi dito que não se pode conhecer a estátua examinando-se o metal que um dia foi derramado no crisol (Maggiore, 1914).

O Direito, assim enquadrado, ou seja, como objeto de interpretação, tanto é a Constituição, como a lei, o regulamento, a sentença, o contrato, o testamento, devendo, entretanto, ser averiguada a interpretação na ordem hierarquizada das manifestações jurídicas de um ordenamento.

Ora, submetendo a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do Regimento Interno, por exemplo, do Tribunal de Justiça de Goiás, atinente ao poder delegado pelo Colegiado ao relator, objetivando impedir o seguimento do

recurso, ao cotejo de quatro operações entrelaçadas: a primeira – descoberta da norma aplicável; segunda – compreensão dessa norma; terceira – construção da regra concreta dentro do perfil da instituição; e quarta – articulação desse perfil institucional na sistemática ou conjunto do ordenamento jurídico (Luís Recaséns Siches, 1993<sup>34</sup>), não temos outra alternativa interpretativa que não seja imputar, co-autoramente, ao art. 557 do CPC o vício de inconstitucionalidade por invasão de competência.

## **6. AINDA O DIREITO SUMULAR VINCULANTE PREVISTO NO ART. 557 DO CPC. INCONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE EMENDA.**

Não fossem suficientes os argumentos deduzidos nos tópicos anteriores, corrobora a inconstitucionalidade do art. 557 do CPC, na previsão que encerra a adoção do efeito vinculante, a ausência de suporte na atual Carta, em estabelecer competência ao legislador ordinário para esse fim.

A primeira vertente de sua inconstitucionalidade, abordada nas considerações que se precederam, tinha como diretriz a correlação entre as garantias constitucionais do cidadão ao devido processo legal, ao direito subjetivo público à ação, em toda a sua extensão, ao duplo grau de jurisdição e ao princípio do juiz natural, vetores impeditivos da possibilidade de o relator, singularmente, negar seguimento ao recurso interposto pela parte, por manifesta improcedência e, também, por contrariar o direito sumular do respectivo tribunal e de tribunais superiores.

A segunda vertente, entretanto, sem prejuízo da primeira, trata da relação objetiva da correlação entre o ordenamento jurídico infraconstitucional e a sua necessária submissão hierárquica à Constituição vigente. Por esse prisma, passamos a enfrentar a revogação da parte do art. 557 do CPC logo em seguida.

Tramita nas Casas Congressuais Proposta de Emenda à Constituição nº 96, de 1992, apensa, por sua vez, à Proposta de Emenda à Constituição nº 112/95, que introduzem modificações na estrutura do Poder Judiciário, com atingimento direto das normas constitucionais insertas no Capítulo III (“Do Poder Judiciário”) e no Título IV (“Da Organização dos Poderes”).

Prevê a proposta, no § 1º do art. 96 do substitutivo formulado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, que: *“É facultada ao Supremo Tribunal Federal a iniciativa de leis sobre matéria processual, podendo dispor inclusive sobre requisitos de admissibilidade dos recursos, bem como sobre o processo e julgamento dos feitos de competência ariginário e recursal do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, e sobre direito civil, comercial, penal, eleitoral e do trabalho, devendo as proposições contorem com a maioria absoluta de votos dos membros do Tribunal”*.

Mais à frente, especificamente no art. 97, prevê o projeto que: *“O Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo do disposto no artigo 103, parágrafo 2º, e os Tribunais Superiores, após decisões reiteradas da questão e mediante voto de três quintos dos seus membros,*

*poderão editar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário submetidos à sua jurisdição e à administração pública direta e indireta, da união, dos Estados, do Distrito federal e dos Municípios, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento”.*

O § 1º do referido artigo prescreve, *verbis*: “A súmula vinculante terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

Sem analisar o instituto do efeito vinculante das súmulas pelo ângulo da aderência, a verdade é que, resumidamente, a prescrição que possibilita ao relator negar seguimento a recurso por contrariedade a direito sumular é, no cotejo com a atual Carta, com ela incompatível, pois, se assim não fosse, não haveria a imprescindibilidade em tramitar no legislativo emenda constitucional tendente a modificar, em um primeiro plano, a competência de iniciativa de leis processuais visando estabelecer, inclusive, critério de admissibilidade de recursos; em segundo plano, a vinculação de efeito de súmulas editadas pelos tribunais a todos os membros do Poder Judiciário.

Essas propostas têm duas direções certas: uma, propiciar aos tribunais, por meio de seus regimentos internos, estabelecer critérios de competência, inclusive aos relatores, para, *ut singuli*, apreciar, dentre uma gama de atribuições, requisitos de admissibilidade de recursos, dando-lhe sustentáculo constitucional de delegação de competência até então exclusiva; outra, propiciar ao legislador ordinário traçar, pelas autoridades cuja competência de iniciativa de leis processuais e, agora acrescido pela emenda, os tribunais, instrumentos de submissão às partes dos efeitos vinculantes de súmulas editadas pelo Judiciário, obstando, *in limine*, o prosseguimento de recurso que as contrarie.

Entendemos que, na pirâmide verticalmente hierarquizada, não é atualmente compatível o preceito do art. 557 do CPC com a redação dada pela Lei nº 9.139/95, que defere ao relator negar seguimento a recurso em razão do efeito vinculante, impeditivo que já fizera, antes da atual Carta, nascer inválida a redação pretérita do referido artigo, que adentrou no mundo jurídico juntamente com a Lei nº 5.869/73 – o Código de processo civil, publicada em *DOU* de 17.01.73.

## 7. A DOCTRINA A RESPEITO DO TEMA

Ao comentar o art. 557 do CPC, com relação ao agravo de instrumento, o professor e participante da Comissão de Reforma do Código, o Desembargador Federal do TRF - 2ª Região, Carneira Alvim<sup>35</sup>, lança suas ponderações no sentido de que o aludido dispositivo poderia ter sido objeto da Lei nº 8.950/94, se houvesse a certeza da aprovação conjunta de todos os projetos da reforma. Limita-se a citar a crítica de Barbosa Moreira à redação anterior, não só por aludir ao poder de indeferir, quando o mais técnico é negar seguimento ao agravo, além de ser o texto tomado como modelo, o art. 21, § 1º, do Regimento Interno do

Supremo Tribunal Federal, mais extenso, compreendendo o recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente, e, ainda, quando contraria a jurisprudência predominante do tribunal ou for evidente a sua incompetência.

A reforma, no seu entender, veio agasalhar, *de lege lata*, esses ensinamentos, ampliando as hipóteses de arquivamento liminar do agravo.

Temos que, para o jurista, o paradigma da nova redação dada ao art. 557 do CPC foi o aludido artigo do RISTF que, ao que nos consta, não foi objeto de representação de inconstitucionalidade, razão pela qual tenha passado despercebido ao escritor que a LOMAN, na verdade, sempre foi o suporte dos regimentos internos com idêntica prescrição daquela prevista pelo art. 557 do CPC, que foram tachados de inconstitucional pelo Supremo Pretório.

Por seu turno, o doutor em Direito Rosemiro Pereira Leal<sup>36</sup> critica veementemente os poderes (faculdades) absolutos conferidos ao relator, sem quaisquer limitações legais, aos moldes do despotismo jurisdicional tão de agrado dos processualistas oitocentistas, de indeferir, de plano, o agravo de instrumento, negando-lhe seguimento pelos motivos elencados no texto do artigo em comento, em franca violação às garantias constitucionais de acesso ao judiciário pela totalidade de sua estrutura orgânica.

Aduz que o agravo de instrumento é recurso a ser apreciado e julgado por órgão Colegiado (art. 527), e, assim sendo, não pode o relator, no juízo de admissibilidade, ter poderes absolutos para vedar o exame do recurso pelo órgão Colegiado (turma ou câmara do tribunal competente), a tal ponto de, por antecipação e monocraticamente, julgá-lo improcedente, adentrando-lhe o mérito, julgando-o prejudicado (*sic*), aplicando-lhe súmulas, porque o juízo de admissibilidade, arremata o autor, há de se restringir às formalidades e requisitos legais de admissão (petição inteligível, documentação adequada, preparo oportuno) e não, como vem ocorrendo em diversos níveis tributários, com julgamento prévio dos recursos pelo relator ou pelo juiz admissor, com base em regimentos internos ostensivamente inconstitucionais.

De outro lado, o Juiz de Direito no Estado do Rio de Janeiro, Antonio Sampaio Peres<sup>37</sup>, a comentar o art. 557 do CPC, no que tange ao descumprimento do agravante em juntar, no ato da interposição, as peças obrigatórias, alinha-se pela constitucionalidade do poder do relator em negar seguimento ao recurso instrumental.

Aduz que a Justiça torna-se lenta por excessiva liberalidade dos juizes, quando entendem que deve ser concedido ao agravante o prazo de dez dias para cumprir aquela obrigatoriedade, sob pena, aí sim, de não ser conhecido o agravo.

Evidentemente, desenvolve seu raciocínio, ao relator compete o exame do juízo de admissibilidade desse recurso. Cabe-lhe verificar se estão presentes os pressupostos de admissibilidade (cabimento recursal, interesse recursal, tempestividade, preparo, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer). Trata-se de matéria de ordem pública, cabendo ao relator examiná-la de ofício.

O recorrente que deixa de instruir, por exemplo, a petição do agravo com as peças obrigatórias, inescandivelmente, descumpra a lei. Torna-se infrator. O infrator deve sempre ser apenado.

Não lhe impressiona o argumento dos que sustentam não dispor o artigo em comento, expressamente, acerca do indeferimento de plano do agravo pela ausência de peça processual, e que, em decorrência, ocorreria violação do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, cerceando a sua faculdade de recorrer. E isso acontece por dois motivos: a uma, é inquestionável, ainda que se dê interpretação literal ao art. 557 do Código, mesmo assim há de se ler aí que manifestamente ilegal é o recurso que contravém à lei; a duas, que o artigo constitucional invocado não tem a sua diretriz protetiva para o fim de beneficiar o infrator que não cumpre o seu dever processual e legal de instruir o recurso com as peças consideradas pelo legislador como obrigatórias.

Portanto, arremata, o magistrado de 2º grau que indefere de plano o agravo mal instrumentado não pratica nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade contra o agravante infrator, já que a lei lhe impõe de forma cogente tal atitude. O relator há de ser justo. E o justo não perdoa, embora se evoque a linguagem dita herege do poeta Guerra Junqueiro.

Alude que suas palavras afinam-se com o Superior Tribunal de Justiça, que "*o art. 544, § 1º, do Código de Processo Civil, com a nova redação conferida pela Lei nº 8.950/94, expressamente atribuiu às partes o dever de instruir o agravo manifestado contra decisão negatória de recurso especial. Inexistindo nos autos qualquer das peças obrigatórias à compreensão da controvérsia, não se conhece do agrava de instrumento*".<sup>38</sup>

O processualista Cândido Rangel Dinamarco<sup>39</sup>, com sua vasta experiência, alude que jamais teve conhecimento da prática de ato indeferitório de agravo de instrumento, ainda na redação anterior do art. 557 do CPC. O novo texto, em conjugação com o poder incisivamente reafirmado no art. 527, é um renovado convite a essa sadia prática aceleradora, extensiva a todos os recursos.

A inovação guarda alguma simetria com o modo como os recursos federais são tratados pelos tribunais superiores. O seguimento deve ser denegado pelo relator, para evitar delongas necessárias, (a) quando o recurso for manifestamente inadmissível (caso de não-conhecimento), ou (b) quando manifestamente for o caso de improvimento, antecipando-se o relator ao que provavelmente a turma julgadora faria, (c) quando ele estiver prejudicado, ou (d) quando contrariar súmula do próprio tribunal *ad quem* ou dos tribunais superiores.

É claro que, ao conferir ao relator poderes assim tão amplos, a nova lei assumiu o risco de abrir caminho para os erros de um juiz singular julgando recursos e sua admissibilidade. Mas é inerente à vida de todo processo um sistema de *incertezas, probabilidades e riscos* – a ser equilibrado mediante a oferta de meios corretivos dos erros que porventura se cometam. Por isso, arremata, instituiu-se o agravo a ser interposto em cinco dias pela parte que tiver seu agravo de instrumento contrariado pelo relator. Equilibrou-se o sistema.

Em revistas de direito, pudemos também encontrar a doutrina sobre o agravo, em especial, na visão de um advogado militante<sup>40</sup> que, de um modo geral, no seu entender, as alterações foram positivas, e deverão evitar a solução de continuidade que os processos sofriam toda vez que a parte recorria de uma decisão interlocutória, esperando-se, também, que a instituição de um juízo de admissibilidade iniba recursos manifestamente infundados e que o novo processamento do agravo no tribunal permita julgamentos mais rápidos.



## 8. CONCLUSÃO

A Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995, que implantou as alterações profundas no perfil estrutural do antigo recurso de agravo de instrumento, trouxe, dentre elas, a nova redação dada ao art. 557 do Código de processo civil. Esse novo texto, alargando o alcance de seu antecessor, prevê, além da improcedência, a inadmissibilidade para que o relator negue seguimento a recurso, agora não mais restrito ao agravo de instrumento, bem como àquele que estiver prejudicado ou que seja contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunais superiores.

O indeferimento, pelo relator, do antigo agravo de instrumento, por sua improcedência manifesta, já era tido como inconstitucional, por violação ao princípio do juiz natural, do devido processo legal e do acesso pleno ao Judiciário. Referida inconstitucionalidade, com a nova redação do dispositivo do art. 557 do Código de Ritos, contaminou a parte do dispositivo que regula igual hipótese.

As decisões de inconstitucionalidade, veiculadas ao Pretório Excelso por representação, dos regimentos internos dos tribunais, que atribuíam ao relator o poder de indeferir recurso improcedente, arrimado na Lei Orgânica da Magistratura, têm a mesma essência antijurídica para a declaração da inconstitucionalidade do atual art. 557 do Código.

Se afigura, por outro lado, gritante também a inconstitucionalidade da expressão do aludido artigo que impõe ao relator negar seguimento ao recurso por contrariar súmulas do respectivo tribunal ou de tribunais superiores, eis que imprescindível para tal desiderato emenda constitucional, à igualdade daquela que hodiernamente tramita no Congresso que trata do efeito vinculante.

Do atual texto do artigo em comento só se traduzem válidas a negativa recursal por inadmissibilidade ou por se encontrar o recurso prejudicado.

De efeito, sem embargo, o art. 557 do CPC é constituído de dupla inconstitucionalidade parcial, razão pela qual suscita, ainda hoje, divergências doutrinárias e processuais que ainda não tiveram uma solução pelo guardião da nossa Constituição democrática.

<sup>1</sup> Bermudes, Sérgio, "A reforma do código de processo civil", RJ: Freitas Bastos, 1995.

<sup>2</sup> "Se o agravo for manifestamente improcedente, o relator poderá indeferi-lo por despacho.(...)".

<sup>3</sup> "O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do tribunal ou tribunal superior."

<sup>4</sup> Um exemplo do poder discricionário que se avalia no comentário, como um atributo do magistrado para a garantia de diversos princípios constitucionais e processuais, podemos encontrar na "Revista dos Tribunais", vol. 666/159, onde se extrai que, se o julgamento do agravo importar prejudicamento da lide, convém não conhecer do recurso, remetendo-se a discussão e análise para o julgamento de eventual apelação, pois se improcedente o agravo, em especial por decisão monocrática do relator, frustrado estaria o direito de exercício ao duplo grau de jurisdição.

<sup>5</sup> Existe uma diferença entre GRAU e INSTÂNCIA. A primeira traduz a autoridade judicial que primeiro conhece o feito, em razão da competência originária. A segunda, por seu turno, traduz conceito meramente administrativo. Inclusive, a palavra instância foi revista por ocasião da reforma do CPC de 39 para o atual justamente por respeito ao rigor da terminologia jurídica. Instância, nas fontes romanas, significa atividade, empenho, diligência e pedido. Também exprime o exercício da ação desde a litiscontestação até a sentença (Instantia dicitur tempus exercendii iudicii, videlicet e litiscontestatione ad sententiam usque). Para Pereira e Souza e Ramalho, a instância é o tempo dentro do qual se trata e determina a causa com a decisão final. João Mendes Júnior define-a como a existência fluente do litígio. João Monteiro distingue-lhe duas acepções: legítima discussão da causa até a sentença passada em julgado e grau de jurisdição. No antigo direito português se dizia que com a apelação ou o agravo começava nova instância. Mas, como adverte João Mendes Júnior, não se deve confundir instância com grau de jurisdição, porque pode dar-se o caso de dois graus de jurisdições funcionando em uma só e mesma instância; assim, execução é uma outra instância no mesmo primeiro grau de jurisdição. Finalmente, para Machado Guimarães, Eliêzer Rosa, José Alberto dos Reis e Barbosa Magalhães, instância significa processo, entendido como relação jurídica.

<sup>6</sup> Por oportuno, discute-se a propósito da natureza jurídica do recurso, chegando alguns o qualificá-lo de uma ação distinto e outônoma em relação àquela em que vinha se exercitando no processo (BETTI). A corrente dominante, no entanto, prefere conceituar o poder de recorrer "como simples aspecto, elemento ou modalidade do próprio direito de ação exercido no processo" (Humberto Theodoro Jr.).

<sup>7</sup> "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".

<sup>8</sup> "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

<sup>9</sup> Já se tem dito que os capítulos de direitos e garantias com que se encabeçam, habitualmente, as Constituições modernas constituem declamações e não verdadeiras normas jurídicas (Kelsen, 1941).

<sup>10</sup> Um exemplo é o que vem prescrito no art. 108, II, relativo aos Tribunais Regionais Federais: "julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição".

<sup>11</sup> Barbosa Moreira, em "Comentários ao Código de Processo Civil", 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. 5, p. 207.

<sup>12</sup> Apud Carreira Alvim, "Novo Agravo", Del Rey, BH: 1996, p. 34, nota de rodapé nº 56.

<sup>13</sup> "Instituições de Direito Processual Civil", citado por Humberto Theodoro Jr., "Curso de Direito Processual Civil", Rio de Janeiro: Forense, vol. 1, p. 593.

<sup>14</sup> Confira-se art. 93, inc. IX, da C.F./88.

<sup>15</sup> Carreira Alvim, "Novo Agravo", p. 27.

<sup>16</sup> Apud Carreira Alvim, "Novo Agravo", idem, p. 26.

<sup>17</sup> Pereira e Souza, Joaquim José Caetano, "Primeiras Linhas sobre o Processo Civil", Lisboa, 1958, § 279, nota 562, p. 264.

<sup>18</sup> Teresa Arruda Alvim Wambier, "Reforma do Código de processo civil", coordenação Sálvio de Figueiredo Texeira, vários autores, São Paulo: 1996, p. 593.

<sup>19</sup> Apud Teresa Arruda Alvim Wambier, ob. cit., p. 596.

<sup>20</sup> Mamiel Ibañez Frochan, "Tratado de los recursos en el proceso civil", p. 107.

<sup>21</sup> Art. 509. O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distinto ou opostos os seus interesses.

<sup>22</sup> "A sucumbência, que se identifica com o interesse de recorrer, é a situação de prejuízo causado pela decisão. Não, porém, prejuízo no sentido material do dano, (...), prejuízo, para fins de recurso, tem um sentido comparativo, de relação de expectativa da parte e o que foi decidido (...)", *Vicente Greco Filho*, em "Direito Processual Civil Brasileiro", 2º vol., 11ª ed., Forense, p. 300.

<sup>23</sup> *É o que bem adverte Carreira Alvim: a legitiimação tem arrimo na lei e o interesse no caso concreto.*

<sup>24</sup> *No tocante ao preparo, a Lei nº 8.950, de 13.12.94, alterou substancialmente a sua anterior regulamentação, prescrevendo o atual art. 511 que "No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de retorno, sob pena de deserção".*

<sup>25</sup> "O agravante, no prazo de 3 (três) dias, requererá a juntada, aos autos do processo, de cópia de petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso."

<sup>26</sup> "Ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas."

<sup>27</sup> "A apelação não será incluída em pauta antes do agravo de instrumento interposto no mesmo processo. Se ambos os recursos houverem de ser julgados na mesma sessão, terá precedência o agravo."

<sup>28</sup> *Nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação.*

<sup>29</sup> "Reforma do código de processo civil", SP: Saraiva, 1996. *Vários autores.*

<sup>30</sup> *LOMAN, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, é a Lei Complementar nº 35, de 14.02.79.*

<sup>31</sup> *O texto é o seguinte: "O relator julgará pedido ou recurso que manifestamente haja perdido o objeto, bem assim, mandará arquivar ou negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo ou incabível ou, ainda, que contrariar questões predominantemente de direito, súmula do tribunal ou do Supremo Tribunal Federal (...)"*

<sup>32</sup> *ADCT, art. 22, § 2º, I e §§ 7º e 8º.*

<sup>33</sup> *COUTURE, Eduardo J., "Interpretação das leis processuais", RJ: Forense, 1993.*

<sup>34</sup> *Apud Couture, ob. cit.*

<sup>35</sup> *Alvim, J. E. Carreira, "Novo Agravo", Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 117.*

<sup>36</sup> *Leal, Rosemiro P., "Comentárias à reforma do código de processo civil", São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 173.*

<sup>37</sup> "Jornal do Comércio", *Seção Direito & Justiça, dia 13.05.97.*

<sup>38</sup> *STJ, ac. unân., pub. em 11.12.95, rel. min. Vicente Leal, em ADV 1996, verbete 73.617.*

<sup>39</sup> *DINAMARCO, Cândido Rangel, "A reforma do Código de Processo Civil", SP: Malheiros, 1996, p. 190.*

<sup>40</sup> *Artigo do Dr. Marcelo Avancini Neto, associado de Pinheira Neto, publicado na revista da ABPI nº 23, São Paulo, Jul./Ago. 1996, p. 38.*

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, J. E. CARREIRA, "Novo agravo", Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- BERMUDES, SÉRGIO, "A reforma do código de processo civil", RJ: Freitas Bastos, 1995.
- COUTURE, EDUARDO J., "Interpretação das leis processuais", RJ: Forense, 1993.
- DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL, "A reforma do código de processo civil", SP: Malheiros, 1996.
- GRECO FILHO, VICENTE, "Direito processual civil brasileiro", RJ: Forense, 1995, 2º vol.
- LEAL, ROSEMIRO P., "Comentários à reforma do código de processo civil", SP: Editora de Direito, 1996.
- MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA, "Comentários ao código de processo civil", 6ª ed., RJ: Forense, 1994, vol. I.
- PEREIRA E SOUZA, JOAQUIM JOSÉ CAETANO, "Primeiras linhas sobre o processo civil", Lisboa, 1958.
- WAMBIER, TERESA A. A., "A reforma do código de processo civil", coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira, vários autores, SP: Saraiva, 1996.
- THEODORO JR., HUMBERTO, "Curso de direito processual civil", RJ: Forense, 1996, vol. I.

# AS APÓLICES DA DÍVIDA PÚBLICA FEDERAL EMITIDAS PELA PRIMEIRA REPÚBLICA\*

João Paulo de Almeida Magalhães

## CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O tema será tratado da perspectiva econômica. Dado que o objetivo é a informação de não especialistas, será evitada a utilização de termos técnicos. Mas, por outro lado, não haverá a preocupação de precisar os documentos legais referidos (número e data da lei, artigos relevantes etc.). Supõe-se que audiência de especialistas na área jurídica não terá dificuldade em identificar os textos legais referidos.

O assunto diz respeito à obrigação do Poder Público de pagamento dos títulos vencidos da dívida pública. Para, todavia, chegar-se ao correto equacionamento do problema, certos aspectos de caráter estritamente econômico devem ser recapitulados.

Para cobrir suas despesas o Governo lança mão de três instrumentos básicos: arrecadação tributária, emissão de moeda e venda de títulos da dívida pública. A nós interessa diretamente apenas esta última. A indagação relevante é sobre se existe obrigação de pagamento pelo Governo e se esta implica na devolução ao credor do poder aquisitivo que, no momento da compra do título, transferiu ao Governo. Ou seja, se cabe ou não a chamada correção monetária.

Dado seu caráter essencialmente econômico, é nesse segundo aspecto que se concentrará a análise. Acontece, porém, que, quando se fala em garantir o retorno do poder aquisitivo transferido ou de correção monetária, a questão das emissões se torna aspecto fundamental da análise.

As emissões, ou criação de moeda pelo Governo, um dos direitos básicos ligados à idéia de soberania, são passíveis de duplo enfoque. Cumpre distinguir entre a criação da moeda requerida pelo bom funcionamento da economia e as emissões que vão além dessa necessidade. O volume da primeira é de fácil definição: o Governo deve garantir aumento das disponibilidades monetárias em nível aproximadamente igual ao do incremento da economia real. Se o produto nacional cresce de X% e a moeda não faz o mesmo, o país entra em grave crise de liquidez, com interrupção do seu crescimento econômico. Quando a legislação brasileira faculta ao Governo o acréscimo anual de 10% da moeda, ela objetiva exatamente evitar esse tipo de problema (implícita a hipótese de crescimento médio de 7% do produto e o alargamento, nos países em desenvolvimento, da margem de atividades econômicas levadas adiante através do mercado, ou seja, com uso da moeda).

Na prática os Governos, no decurso de toda história econômica, criaram moeda além dessa necessidade básica, lançando mão do que os economistas apelidaram de “imposto inflacionário”. Exemplo hipotético ajudará a compreender como as coisas se passam.

\* Conferência pronunciada no IV Encontro de Magistrados Federais do Tribunal Federal da Segunda Região - nov. de 1999.

Suponhamos que chefe de Estado de dado país resolva transferir a capital para localização que julga mais conveniente. Isso implica, obviamente, em substancial acréscimo de despesas. Estas não podem ser atendidas por mais impostos porque os membros do Legislativo, além de não reconhecerem a necessidade de mudança, sentem-se perfeitamente confortáveis na presente capital. A par disso, o mercado de capitais é pequeno, sendo incapaz de absorver montante significativo de títulos da dívida pública. A solução é o imposto inflacionário.

À primeira vista parece que se conseguiu um milagre: tem-se nova e belíssima capital sem que fosse necessário onerar o contribuinte ou lançar mão do endividamento público. A verdade vai surgir quando, ao ir ao supermercado, o cidadão percebe que compra 20% menos com seu salário. Ou seja, tudo se passa como se o Governo tivesse aumentado nessa percentagem um imposto indireto (tipo IPI ou ICM) com as empresas, transferindo o ônus para o consumidor.

Para se compreender o papel do imposto inflacionário será útil recapitular a evolução histórica da moeda. É fácil demonstrar que esta tendeu, sistematicamente, a elevar a capacidade do Poder Público para utilizar esse tipo de imposto.

### RETROSPECTO HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DA MOEDA

Da perspectiva da utilização do imposto inflacionário pelo Governo pode-se distinguir duas fases na evolução monetária: a da moeda-mercadoria e da moeda-papel.

A moeda-mercadoria surgiu espontaneamente como forma de facilitar as trocas em sociedades primitivas. Suponha-se agricultor levando à feira local o produto A que deseja trocar por B. Sucede que o dono de B quer C e não A. E como o dono de C também não quer A, as coisas se complicam. Sucede, no entanto, que existe no mercado um bem D que é, de longe, o mais procurado. O dono de A troca, então, seu bem por D e o oferece ao detentor de B. Este, posto que não o deseje, aceita por saber que, através dele, será fácil obter C. Como todos os participantes da feira raciocinam da mesma forma, o bem D se torna intermediário normal das trocas. Surge dessa forma a moeda-mercadoria.

Esta variou em diferentes sociedades. Era o anzol entre os esquimós, o fumo (principal artigo de exportação) nas antigas colônias americanas e assim por diante. Nas tribos nômades era o boi, "pecus", ao que se atribui o surgimento de termos como pecuniário. Dado que os governantes não podiam criar, por decisões arbitrárias, a moeda-mercadoria, esta constituía, aparentemente, garantia perfeita contra o imposto inflacionário. Infelizmente isso não se revelou verdadeiro.

Tomemos o caso do boi-moeda. Se a mercadoria a ser comprada valia a metade de um boi, a situação se complicava porque este não podia ser dividido. A par disso, os bois existem com características diferentes em termos de peso, idade, raça etc., surgindo grandes discussões entre o comprador e o vendedor sobre que animal ser entregue contra mercadoria valendo um boi. Finalmente, dívidas mais elevadas implicavam a complexa manobra de transferir boiadas de um para outro local.

O problema vai ser resolvido ao surgir o metal precioso (ouro e prata) como moeda-mercadoria. O valor do metal era facilmente determinado pelos ourives; ele era divisível sem perda de valor e, mesmo em pequena quantidade, possibilitava transações de grande valor. Todas essas eram vantagens incontestáveis. O problema foi que com elas surgiu a possibilidade da cobrança do imposto inflacionário.

As moedas metálicas eram constituídas por liga de certa quantidade de metal precioso com metal comum de base. Para cobrar o imposto inflacionário, os soberanos utilizavam o expediente de retirar toda moeda em circulação, multiplicando-a ao relançá-la com menor conteúdo de metal precioso. Tal sistema tinha, contudo, óbvias limitações determinadas pelo fato de que as moedas deveriam ter menos alguma quantidade de metal precioso.

A grande solução para os Governos vai ser o surgimento da moeda de papel. É curioso verificar sua origem. Nas feiras primitivas, já no sistema de moeda metal precioso, a primeira precaução do comerciante, que a elas chegava, era levar seu metal ao ourives. Este não só atestava o conteúdo de metal precioso, como dispunha de meios para guardá-lo em segurança. Contra o depósito, o ourives emitia certificado atestando o valor do ouro sob sua guarda. O comerciante, ao adquirir mercadorias, transferia o certificado para o vendedor. Este, em vez de pedir o ouro depositado no ourives, preferia utilizar o certificado para suas próprias compras, o mesmo acontecendo com todos os que recebiam o documento.

Como o metal jamais era recolhido, os ourives perceberam que poderiam fazer bom negócio emitindo (mediante módica remuneração) mais certificados do que a quantidade efetivamente depositada. A idéia vai ser posteriormente aproveitada para criar as notas de banco ou papel moeda. Este era emitido contra reserva ouro correspondente a, digamos, 30% ou 40% de ouro. Durante a primeira parte do século XIX, as emissões eram feitas por bancos privados autorizados pelos Governos. Quando, no entanto, estes perceberam a aceitação geral da nova moeda, eles passaram a monopolizá-la.

Até aí ainda existia o freio de que certa percentagem de ouro deveria existir na entidade emissora a fim de atender a eventuais pedidos de troca da nota de banco por ouro. O passo final vai ocorrer quando, sob a ameaça de Napoleão e temendo corrida ao ouro, o Governo inglês suspendeu a conversibilidade das notas de banco nesse metal. A libra é declarada de "curso forçado" ou de aceitação obrigatória para pagamento de dívidas e impostos. O sistema funcionou e, a partir daí, o papel emitido pelos Governos como moeda se tornou o grande instrumento de cobrança do imposto inflacionário.

Houve, sem dúvida, tentativas de limitar as facilidades de criação de moeda, decorrentes da generalização da moeda-papel. A única de real eficiência foi, todavia, a do padrão ouro. Este consistia, em última análise, na obrigação para o Governo de trocar a moeda por ouro, ou vice-versa, dentro de relação preestabelecida. Diante disso, no caso de emissões excessivas, a moeda-papel se desvalorizava desencadeando corrida para o ouro. Tudo se passava como se a população estivesse devolvendo ao Governo a moeda excessiva recebida. O próprio Governo, diante da reação do público, suspendia as emissões para não perder seu estoque de ouro.

O padrão ouro entrou em crise por ocasião do primeiro conflito mundial e desapareceu com a Grande Depressão dos anos trinta. A ele não se voltou sob a alegação de

constituir mecanismo excessivamente rígido, o que pode ser interpretado como desculpa do Poder Público para retomar sua liberdade de criar imposto inflacionário.

Para substituir o padrão ouro, normas foram estabelecidas objetivando o controle das emissões. Os dois tipos principais foram a reserva ouro e a autorização legal. O primeiro, consistia na obrigação de manter certa quantidade de ouro como percentagem da moeda em circulação. Assim, contra 100 de moeda emitida seria necessário manter reserva ouro no valor de 30. O esquema não funcionou porque, como inexistia a obrigação de conversibilidade, era sempre possível reduzir o percentual de ouro exigido como reserva.

O sistema de autorização legal parecia perfeito, dado que a criação de moeda dependia de autorização expressa do Legislativo. A prática mostrou, contudo, que isso não era verdade. O excesso de despesas públicas determinava a elevação de preços. O Governo pedía, então, ao Congresso licença para criar moeda na mesma proporção a fim de evitar que o país registrasse grave crise de liquidez, decorrente da insuficiência do meio circulante. Não desejando o Congresso ser acusado de responsável pela crise, o pedido era sempre atendido.

Em suma, o imposto inflacionário, definido como criação de moeda acima das necessidades reais da economia, se tornou instrumento normal e generalizado de atendimento às despesas públicas. E isso foi verdade em toda parte do mundo, mesmo no caso de moedas consideradas estáveis, como a libra inglesa no passado e o dólar mais recentemente. Não vou citar enfadonhas estatísticas. Mas quem não se lembra que nos romances de Charles Dickens família com renda anual de 1000 libras era descrita como de alta classe média? Os preços ao consumidor subiram nos Estados Unidos entre 1993 e 1998 (período considerado altamente favorável tanto em termos de incremento do PIB quanto de estabilidade monetária) na média de 2,5% ao ano. Se considerarmos que durante todo o presente século a inflação naquele país se manteve nesse nível, pode-se dizer que de 1900 para cá os preços americanos se elevaram onze vezes. Ou seja, os Governos dos dois países não se eximiram de cobrar o imposto inflacionário.

Nesse sentido, aspecto de especial interesse para os juristas é a proibição da cláusula ouro no Código Civil brasileiro. Se aluguéis, salários e outras relações contratuais contivessem essa cláusula, qualquer emissão, além das estritas necessidades da economia real, explodiria em hiperinflação. Ou seja, o dispositivo legal pode ser interpretado como forma de viabilizar a cobrança do imposto inflacionário.

## O PROBLEMA EM EXAME

A incursão anterior no campo da Economia nos permite agora entrar no aspecto específico de nosso interesse. A partir de 1902, o Governo brasileiro passou a colocar no mercado títulos da dívida pública com objetivo declarado de levantar recursos para os grandes investimentos necessários ao País. Os títulos venciam juros de 5% ao ano e seriam resgatados ao término das obras. Estas não foram completadas, o que serviu de pretexto para não se reembolsar os detentores dos títulos.



Em 1967, pelo prazo de seis meses, prorrogados em seguida por outros seis, o Governo se dispôs a trocar esses títulos por Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTNs). Os que não se valeram da oportunidade estão hoje na Justiça pedindo reembolso com correção monetária e pagamento dos juros previstos de 5% ao ano. O Governo se recusa, alegando que já houve prescrição da dívida.

O tema vem causando grande celeuma porque, segundo alguns cálculos, se acham envolvidos valores de um e meio bilhão de reais. A par disso, em bolsas estrangeiras os títulos em questão, de valor nominal de um conto de reis, estariam sendo cotados a 15 000 dólares. E, para completar, os portadores dos títulos obtiveram estimativa da Fundação Getúlio Vargas sobre quanto deveriam receber a título de correção monetária, o que é interpretado como justificação técnica do que reivindicam.

Estamos, aqui, diante de duas indagações: existe a obrigação de pagar ou deve ser aceita a tese oficial da prescrição? No caso de resposta positiva, o pagamento deve ser feito com correção monetária e juros?

A primeira questão tem caráter essencialmente jurídico e, portanto, não será aprofundada. Vamos supor, simplesmente, que o pagamento é realmente devido, abrindo caminho para resposta à segunda pergunta. Isso não significa ignorar que, na experiência histórica (qualquer que seja a base jurídica alegada para tal comportamento), os Governos jamais tiveram muito escrúpulo em declarar moratórias unilaterais de sua dívida ou mesmo em repudiá-las.

No Governo Getúlio Vargas, sendo Ministro da Fazenda Oswaldo Aranha, o Brasil declarou moratória de sua dívida externa. O relatório de 1998 da Comissão da Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (mais conhecida pela sigla inglesa UNCTAD), citando dispositivo do acordo que criou o FMI, propôs que os países subdesenvolvidos endividados declarassem o “stand by” (na prática a moratória) de suas dívidas externas e convocassem os credores para negociar.

Quanto ao repúdio da dívida, o caso mais notório foi o da URSS que recusou pagamento aos empréstimos externos obtidos pela Rússia dos czares. Poder-se-ia alegar que “isso é coisa de comnista”? De forma alguma, porque outro caso clássico de moratória foi dos Estados Unidos que, por emenda constitucional, proibiu o pagamento dos empréstimos de estados sulinos tomados durante a Guerra da Secessão.

Passando ao aspecto da correção monetária e juros, será relevante recapitular episódio que talvez esteja na origem da atual pressão para pagamento de dívidas públicas passadas que, até recentemente, pareciam esquecidas.

Com o colapso da União Soviética, a Rússia viu-se forçada a recorrer ao FMI. Foi então levantada a questão da dívida dos czares repudiada pelo sistema comunista. O Governo russo se dispôs a pagá-la. Não interessa aqui aprofundar até que ponto o pagamento foi realmente realizado ou se ainda se acha em discussão. O importante é que, em nenhum momento, se falou em correção monetária. Assim, o portador de título de valor nominal de 1000 libras receberia exatamente esse montante na moeda inglesa atual, cujo poder aquisitivo é muitas vezes inferior ao transferido, no passado, aos czares. Ou seja, não se discutiu o direito do Governo inglês a cobrar imposto inflacionário.

Para se ter idéia do impacto desse tributo no caso em exame, é necessário levar em conta a inflação inglesa durante o período. Não tem sentido nos lançarmos aqui em pesquisa histórica, quando simples ordem de grandeza será suficiente. As nações desenvolvidas registram presentemente, em época portanto de relativa normalidade econômica, inflação anual entre 1% e 3%. No período relevante para nossa análise, a Inglaterra passou por duas guerras, dois choques do petróleo e importantes mudanças em suas estruturas e relações econômicas. Parece lícito, assim, supor para ela inflação anual média de 3%. Nesse caso, título russo emitido em libras no ano de 1914 seria resgatado, em 1995 (transcorridos, portanto, 81 anos), pelo equivalente a 9,12 cents da época em que foi lançado. Ou seja, o aplicador inglês receberia menos de 10% do poder aquisitivo que transferira aos czares. Tal é o peso do imposto inflacionário.

Outro ponto a ser considerado é a validade dos cálculos da Fundação Getúlio Vargas. Do ponto de vista estrito de técnica econômica não temos dúvida em afirmar que são incontestáveis. Isto, contudo, não significa que a correção monetária deva ser paga. Pode-se obter daquela entidade o valor atualizado (isto é, corrigido pela inflação) de tudo que se pagou de imposto de renda no passado. Isso não significa que o Governo tenha obrigação de devolvê-lo. Ninguém põe em dúvida, em última análise, o direito do Poder Público de cobrar esse tributo. No caso do imposto inflacionário a pergunta seria então se o Governo tem ou não o direito de cobrá-lo. Essa é a pergunta que passamos a responder.

### **O DIREITO DE COBRANÇA DO IMPOSTO INFLACIONÁRIO**

Começaremos pela hipótese da legalidade do imposto inflacionário cujo corolário é a recusa da correção monetária. Duas hipóteses devem ser consideradas.

Na primeira delas, os pedidos de correção monetária para os títulos colocados no mercado pelos Governos da Primeira República seriam pura e simplesmente rejeitados. Os títulos deveriam, assim, ser pagos pelo seu valor de face. Este será insignificante e, possivelmente, inferior ao que se obteria através de sua venda pelo peso do papel. Ou seja, a correção monetária só seria admissível quando expressamente consignada nos documentos concernentes à dívida pública, tal como acontece nas ORTNs ou nos títulos clausulados em dólar. No primeiro caso, o Poder Público renuncia totalmente ao imposto inflacionário no que concerne ao título da dívida pública emitido. No segundo, renuncia a esse imposto no referente à inflação diferencial brasileira. Ou seja, não propõe compensar a inflação porventura ocorrida nos Estados Unidos que, pelo menos para títulos de prazo mais longo, pode ser significativa.

Na segunda hipótese, se consideraria que o Governo, ao introduzir a correção monetária, estaria reconhecendo o abuso do imposto inflacionário no caso brasileiro. Caberia, assim, compensar o comprador dos títulos pelas perdas resultantes desse abuso. Por quanto, para tanto, deveriam ser resgatados esses títulos? Uma forma de fazer o cálculo seria a seguir proposta.

Vamos supor que o comprador, ao receber, no começo do século, em mil réis o valor de sua aplicação, comprasse libras esterlinas. Sua perda seria então somente a decorrente

do imposto inflacionário cobrado pelo Governo inglês sobre sua moeda, imposto supostamente não abusivo. Mantida a hipótese anterior de inflação na Inglaterra de 3% ao ano, um título vencido em 1902, isto é, há 97 anos atrás, deveria ser resgatado hoje (para compensar o abuso do imposto inflacionário no Brasil) por 5,7 cents em moeda daquele país. Esse montante convertido em reais é o que lhe deveria ser pago.

Uma alternativa seria considerar que, ao propor em 1967 a troca desse título por ORTNs, o Governo teria renunciado ao imposto inflacionário a partir dessa data. Nesse caso a inflação inglesa a ser considerada era de somente 65 anos e o valor a ser pago corresponderia a 14,7 cents por libra.

Obviamente, no caso de se optar pela compensação do abuso do imposto inflacionário, o normal seria convocar perito que calculasse a inflação realmente ocorrida na Inglaterra, abandonando-se a hipótese acima dos 3% ao ano. O importante é sublinhar que qualquer importância paga acima da estimada em cálculo do tipo acima, significaria a negação da legalidade do imposto inflacionário que, em toda parte do mundo, é considerado corolário natural do direito soberano de emitir moeda.

A própria idéia do abuso do imposto inflacionário é altamente discutível. A rigor esse abuso só estaria configurando se o Governo houvesse criado moeda além do permitido pela legislação que regula a matéria. No Brasil, até meados dos anos sessenta, a criação de moeda era permitida contra certa reserva ouro, devendo qualquer coisa além disso ser autorizada pelo Congresso. Após essa data, o Governo foi autorizado a aumentar anualmente a moeda de 10%, devendo qualquer suplemento ser sancionado pelo Legislativo. Houve em qualquer momento desrespeito a essa norma? Isso jamais foi alegado e as informações disponíveis indicam que tal abuso nunca foi cometido. A menos que os defensores da correção monetária dos títulos da Primeira República comprovem que a norma legal para as emissões foi violada, não vemos como justificar a tese do abuso. O imposto inflacionário foi, em última análise, cobrado no País com base em legislação de validade igual a que autorizou a cobrança de qualquer outro tributo.

Existe ainda a questão dos 5% de juros. Esta é mais complexa. Acreditamos, no entanto, que possa ser colocada da forma que segue.

Há que distinguir entre juros reais e nominais. Dos primeiros deve-se abater a inflação. Assim, se documento de crédito declarar juros nominais de 5% ao ano e a inflação for exatamente desse nível, os juros reais (únicos significativos) serão de zero. Ora, não é irrealista supor que a inflação brasileira da Primeira República para cá tenha sido em média de 5% ao ano com juros reais, portanto, iguais a zero. Na verdade, porém, eles compensariam parte da inflação permitindo, no caso de aceitar-se a tese do abuso do imposto inflacionário, chegar-se a resultados em cents um pouco superiores aos acima referidos.

Cumprindo, finalmente, considerar a hipótese da ilegalidade ou ilegitimidade do imposto inflacionário. Mostramos acima que tal tese não é aceita em nenhuma parte do mundo e não vemos motivo para se considerar o Brasil diferente. Como não é, contudo, impossível que algum brilhante jurista consiga provar o contrário, parece importante considerar as consequências econômicas da aceitação da tese da ilegalidade desse imposto pelo Judiciário.

O imposto inflacionário afeta não somente os títulos da dívida pública como, também, um sem-número de outras relações econômicas. Aceita sua ilegalidade, seria inevitável compensar os "prejuízos" por ele causados a muitos outros agentes econômicos. Abaixo apresentamos alguns desses casos.

O funcionalismo público não tem reajustamento dos seus salários desde a implementação do chamado Plano Real, ou seja, há cerca de cinco anos. Na ilegalidade do imposto inflacionário não só sua remuneração deveria ser imediatamente reajustada, para compensar o aumento de preços do período, como deveriam ser repostas as perdas passadas sofridas, mês a mês, em consequência da inflação.

Recentemente empresa aérea entrou na Justiça pedindo compensação do Governo por perdas sofridas como resultado do não-reajustamento de suas tarifas, apesar da elevação dos custos. Admitida a ilegalidade do imposto inflacionário, a indenização é claramente devida. Esse é caso isolado mas que pode ser facilmente generalizado.

No período de alta inflação os preços eram ajustados a cada trinta dias pelas empresas. O Plano Cruzado congelou instantaneamente os preços. As empresas que haviam acabado de reajustá-los não tiveram prejuízos. As que estavam às vésperas do reajustamento registraram graves prejuízos. Também aqui a indenização seria cabível.

Durante o período de espiral de preços acelerada, os assalariados que tinham conta em bancos (de valores automaticamente corrigidos para compensar a inflação) conseguiram defender o poder aquisitivo de sua remuneração. Os demais, isto é, a imensa maioria, não usufruíam dessa vantagem. Cabe-lhes compensação pelo imposto inflacionário pago.

## CONCLUSÃO

A Justiça vem, aparentemente, resistindo a aceitar a correção monetária dos títulos da dívida pública da Primeira República, considerando que isto proporcionará ganhos excepcionais a especuladores e não aos compradores originários dos mesmos. Ora, dentro da lógica e das regras usuais do sistema capitalista, esse tipo ganho é perfeitamente legítimo. Tal fato terá de ser, mais cedo ou mais tarde, reconhecido.

A forma correta de equacionar o problema não é, portanto, essa. Quem adquire documento de crédito com altíssima probabilidade de jamais ser honrado, aceita grave risco que será compensado se houver pagamento. O próprio mercado faz com que o deságio do título (diferença entre o valor de face e o preço de compra) seja proporcional ao risco corrido. Estamos, portanto, diante de operação legítima e justa tanto para o detentor do título quanto para o comprador, um aceitando e outro se recusando a correr o risco.

Por outro lado, a tese de que o pagamento não é devido porque a obra não foi terminada, representa dar cobertura a desídia oficial.

O certo (aceita a inexistência de prescrição) é reconhecer a obrigação do Governo de pagar sem, contudo, conceder a correção monetária, dada a inegável legalidade da cobrança do imposto inflacionário.

## **“ACABOU-SE O QUE ERA DOCE...”<sup>1</sup>**

*UMA ANÁLISE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 5º DA LEI 3373, DE  
12 DE MARÇO DE 1958, FRENTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988*

**Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva**  
*Juíza Federal da 3ª Vara Federal de Execuções Fiscais/RJ*  
*Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado/PUC-RJ*  
*Doutoranda em Direito Constitucional/PUC-RJ*  
*Professora Adjunta da Universidade Católica de Petrópolis/RJ*

1. INTRODUÇÃO
2. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO
3. O SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL E SUA FAMÍLIA: SISTEMA PREVIDENCIÁRIO
4. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA CONSTITUIÇÃO DE 88
5. ISONOMIA E RAZOABILIDADE
6. “HOMENS E MULHERES SÃO IGUAIS EM DIREITOS E OBRIGAÇÕES” (ARTIGO 5º, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)
7. A SOLUÇÃO CONSTITUCIONAL
  - 7.1. O FENÔMENO DA RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL
  - 7.2. O DIREITO ADQUIRIDO PERANTE A CONSTITUIÇÃO
8. CONCLUSÃO
9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### **1. INTRODUÇÃO**

O tema previdenciário sempre foi – e o será – ponto nevrálgico no campo não só jurídico, como também no político, social e humano, já que atinge a sociedade como um todo, muitas vezes, inclusive, colocando à prova a eficiência de seu próprio sistema legal.

Para uma sociedade complexa – traçada sob os auspícios de um Estado de Direito – tais conflitos se manifestam das mais variadas formas e são permeados pelos mais diversos interesses, acabando suas águas por desembocar e confluir no Poder Judiciário.

E, ao fim, é ele, Judiciário, chamado a solucioná-los. Sendo-lhe, inclusive, muitas vezes, exigidas decisões salomônicas, que “confortem a todos” – gregos e troianos (como que numa fórmula mágica) – não importando que para assegurar a satisfação de uns poucos, a própria Constituição Federal pereça, convenientemente esquecida.

Entretanto, cabe ao mesmo Judiciário, na figura do juiz, como aplicador da lei, velar para que a ordem constitucional seja eficaz, preservando-a intacta e íntegra; não a rebaixando a uma simples folha de papel que aceita tudo — o que viria a admitir que seu potencial jurídico se diluísse na convivência com abstrações implausíveis<sup>2</sup>.

Ao contrário!!!

Como ensina HESSE, há que se cultivar a vontade de constituição.

“A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar ‘a força que reside na natureza das coisas’, tornado-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).”<sup>3</sup>

E é a partir dessa vontade de constituição que a pretensão de eficácia constitucional se realiza.

“A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade [a isso Hesse chama de pretensão de eficácia] ... A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também um dever ser; ela significa mais do que simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.”<sup>4</sup>

Assim, feitas estas pequenas reflexões iniciais, o presente trabalho pretende, ao analisar o **PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 5º DA LEI 3373**, de 12 de março de 1958 (que dispunha sobre o Plano de Assistência ao funcionário federal e sua família), perante a Constituição Federal de 1988, questionar se tal dispositivo ainda pode ser invocado como fonte de concessão de benefícios previdenciários, ou mesmo de manutenção dos mesmos.

## 2. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

O sistema previdenciário nacional, desde seus primórdios, foi marcado por um forte traço de fragmentação.

A doutrina especializada admite que a previdência social, no Brasil, teve início com a Lei 3724, de 15 de janeiro de 1919, que instituiu o Seguro de Acidentes do Trabalho. Mas aponta como marco inicial a “Lei Elói Chaves”, Decreto Legislativo 4862, de 24 de janeiro de 1923, que criou uma Caixa de Aposentadoria e Pensão para os Ferroviários em cada estrada de ferro do País.<sup>5</sup>

Dado o pontapé inicial, outras Caixas de Aposentadoria e Pensões se seguiram. E, posteriormente, surgem os Institutos que congregavam determinadas categorias de trabalhadores em âmbito nacional.

Após uma sucessão de leis e reformas, visando uma unificação no próprio sistema previdenciário<sup>6</sup>, com o advento da Constituição de 1988 e legislação subsequente, grandes modificações foram implantadas.

De modo que, hoje, basicamente, convivem paralelamente dois grandes sistemas: um destinado aos empregados e outro, aos funcionários públicos.

O Regime Geral de Previdência Social (RGPS), disciplinado pelas Leis 8212 e 8213, ambas de 24 de julho de 1991, alcança basicamente trabalhador celetista, rural, autônomo, doméstico, inclusive empresário ou empregador, e, portanto, excluindo o funcionário público, conforme determina o art. 12 da Lei de Benefícios<sup>7</sup>.

Já o servidor público, por sua vez, sendo civil<sup>8</sup> ou militar, gozará de regimes que muito embora tenham moldes constitucionais, nos arts. 40 e 42, § 10, apresentam aspectos peculiares, disciplinados em toda uma legislação própria.

Excluindo do campo de análise o sistema previdenciário militar, assim como o do servidor público civil estadual e municipal — por não serem diretamente relacionados ao objeto pertinente —, o foco deste trabalho recai, portanto, sobre o SERVIDOR CIVIL FEDERAL.

### 3. O SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL E SUA FAMÍLIA: SISTEMA PREVIDENCIÁRIO

Antes do advento da Lei 8112, de 11 de dezembro de 1990 — que institui o regime jurídico único dos servidores públicos civis da União (inclusive quanto ao aspecto previdenciário), revogando no seu art. 253 a Lei 1711 e respectiva legislação complementar —, o regime previdenciário do servidor público federal, no tocante a sua família, encontrava regulamentação na Lei 3373, por força do disposto na Lei 1711, de 28 de outubro de 1952, arts. 161 e 256.

Desta forma, a Lei 3373, em seu art. 1º, determinava como objetivo do diploma:

“O Plano de Previdência tem por objetivo principal possibilitar aos funcionários da União, segurados obrigatórios definidos em leis especiais e peculiares a cada instituição de previdência, meios de proporcionar, depois de sua morte, recursos para a manutenção da respectiva família”.

Mais adiante, garantia como benefícios do Seguro Social obrigatório para a família do servidor a pensão vitalícia, a pensão temporária e o pecúlio especial<sup>9</sup>.

Entretanto, em razão da proposta de trabalho abraçada, será apenas objeto de reflexão a pensão temporária.

Disciplinava o inciso II do art. 5º da referida lei que a percepção deste tipo de benefício seria por:

“a) o filho de qualquer condição, ou enteado, até a idade de 21 (vinte e um) anos, ou se inválido, enquanto durar a invalidez;

b) o irmão órfão de pai sem padrasto, até a idade de 21 (vinte e um) anos, ou se inválido, enquanto durar a invalidez, no caso de ser o segurado solteiro ou viúvo, sem filhos nem enteados”.

E, mais precisamente, em seu parágrafo único, determinava que:

“A FILHA SOLTEIRA, MAIOR de 21 (vinte e um) anos, SÓ PERDERÁ a pensão temporária quando ocupante de cargo público permanente” (ressaltou-se).

Assim a lei estabelecia logo de imediato tratamento diferenciado entre filho varão e filha mulher, possibilitando a transformação da pensão temporária desta última em vitalícia, desde que permanecesse solteira e não ocupasse cargo público permanente. Ao passo que o filho varão, ao atingir a maioridade, já não mais gozava deste amparo.

O quadro que se apresentava, então, era eminentemente discriminatório, mas com fundamento legal.

Entretanto, este regime de privilégios viu seu feliz ocaso com a promulgação da Nova Carta, que em seu art. 5º, inciso I, consagrou o PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

A propósito, para que se possa melhor compreender a extensão e profundidade do entendimento acima revelado, se fazem necessárias algumas considerações de natureza teórica, como abaixo seguem.

#### 4. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA CONSTITUIÇÃO DE 88

Os princípios jurídicos são idéias reitoras.

São fundamentos sobre os quais se constrói um sistema, ordenando-o, permeando-o para trazer coerência e unidade.

“São as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência”, conceitua JOSÉ CRETELLA JÚNIOR<sup>10</sup>.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO define princípio jurídico como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.<sup>11</sup>

Alçados à condição de princípios constitucionais<sup>12</sup>, gozam de força normativa<sup>13</sup>, tornando-se essenciais para a interpretação constitucional que ao final conferirá eficácia ao desiderato constitucional.

“Na interpretação do Direito Constitucional, o grande vetor incorporado em épocas recentes é aquele que aponta para a realização prática das normas constantes da Lei



Maior. De fato, partindo da premissa de que um dos principais fatores do fracasso institucional brasileiro tem sido a falta de concretização das regras e princípios constitucionais, a doutrina e a jurisprudência têm dirigido sua atenção para assegurar o seu real cumprimento. Neste processo de valorização da constituição, a ênfase recai em procurar-se propiciar a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos constitucionais, fazendo com que eles passem do plano abstrato da norma jurídica para a realidade concreta da vida. A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho verdadeiro de sua função social.”<sup>14</sup>

Neste diapasão, o PRINCÍPIO DA ISONOMIA ou IGUALDADE exige maior explicitação de seu conteúdo, sentido e alcance.

Em diversos dispositivos<sup>15</sup>, o texto constitucional revela os desdobramentos deste princípio insculpido no *caput* do art. 5º.

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. ...”

GERALDO ATALIBA esclarece:

“Princípio constitucional fundamental, imediatamente decorrente do republicano, é o da isonomia ou igualdade diante da lei, diante dos atos infralegais, diante de todas as manifestações do poder, quer traduzidas em normas, quer expressas em atos concretos. Firmou-se a isonomia, no direito constitucional moderno, como direito público subjetivo a tratamento igual, de todos os cidadãos, pelo Estado.

Como essencialmente a ação do Estado reduz-se a editar a lei ou dar-lhe aplicação, o fulcro da questão jurídica postulada pela isonomia substancia-se na necessidade de que as leis sejam isonômicas e que sua interpretação (pelo Executivo ou pelo Judiciário) levem tais postulados até suas últimas conseqüências, no plano concreto da aplicação (...).

Igualdade diante do Estado, em todas as suas manifestações. Igualdade perante a Constituição, perante a lei e perante todos os demais atos estatais. A isonomia, como quase todos os princípios constitucionais, é implicação lógica do magno princípio republicano, que o fecunda e lhe dá substância. Embora tenha larguíssima fundamentação histórica e provectas raízes culturais, o princípio da isonomia só pode ser compreendido em toda sua dimensão e significado juntamente como o princípio da legalidade. É que a teleologia do direito constitucional – tal como plasmado ao longo da evolução do mundo ocidental – foi expressando-se por esses princípios, guardando, porém, essencialmente a mesma substância. Esta tem inúmeras dimensões, as quais, por isso que partícipes da mesma raiz, são harmônicas, coerentes entre si e solidárias”.<sup>16</sup>

Entretanto, na célebre lição de RUI BARBOSA<sup>17</sup>, a norma constitucional não significa que os desiguais sejam tratados com igualdade.

A doutrina tem, assim, entendido que o princípio da isonomia seria de IGUALDADE FORMAL, já que nem sempre a igualdade material se mostra acessível e viável.<sup>18</sup>

“Do conjunto das normas constitucionais, bem assim de seu sentido, extrai-se que os particulares são iguais perante o Estado como um todo. São iguais *perante o legislador*, assim devendo ser por ele tratados. São iguais *perante a lei*, donde a necessidade de, em sua aplicação, o juiz, como a Administração, tratem-nos de modo parificado.”<sup>19</sup>

“Assim, não poderá subsistir qualquer dúvida quanto ao destinatário da cláusula constitucional de igualdade perante a lei. O seu destinatário é, precisamente, o legislador, e, em consequência, a legislação; por mais discricionários que possam ser os critérios da política legislativa, encontra no princípio da igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações.”<sup>20</sup>

Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO “a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridiscizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.”<sup>21</sup>

Com efeito, KELSEN bem demonstrou que a igualdade *perante a lei* não possuiria significação peculiar alguma. O sentido relevante do princípio isonômico está na obrigação da igualdade *na própria lei*, vale dizer, entendida como limite para a lei”.<sup>22</sup>

Surge então a pergunta:

### QUEM SÃO OS IGUAIS E QUEM SÃO OS DESIGUAIS?<sup>23</sup>

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO entende que só respondendo a esta indagação “poder-se-á lograr adensamento do preceito, de sorte a emprestar-lhe cunho operativo seguro, capaz de converter sua teórica proclamação em guia de uma *praxis* efetiva, reclamada pelo próprio ditame constitucional.

Como as leis nada mais fazem senão discriminar situações para submetê-las à regência de tais ou quais regras – sendo esta mesma sua característica funcional – é preciso indagar quais as discriminações juridicamente intoleráveis”.<sup>24</sup>

Ou seja, o Estado pode dispensar um tratamento desigual aos particulares, desde que o faça **JUSTIFICADAMENTE**.

É o próprio BANDEIRA DE MELLO quem indica o caminho a seguir.

“Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo *igualdade*, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e os atos concretos colham a todos sem especificações *arbitrárias*, assim proveitosas que detrimntosas para os atingidos.”<sup>25</sup>

Melhor depurando o tema, em síntese, o autor dá a lição, apontando em quais situações se configura a ofensa ao preceito constitucional da isonomia:

“I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator ‘tempo’ – que não descansa no objeto – como critério diferencial.

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita”.<sup>26</sup>

Assim, “a lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania”.<sup>27</sup>

## 5. ISONOMIA E RAZOABILIDADE<sup>28</sup>

É SUZANA DE TOLEDO BARROS quem dá a notícia de que o PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE ou PROPORCIONALIDADE “foi cunhado no direito administrativo, ao tempo do florescimento do jusnaturalismo, como idéia de limitação do poder de polícia, exatamente para coibir medidas excessivamente gravosas aos direitos do cidadão. Na Europa Continental, o cânone migrou para o direito constitucional por obra dos alemães, depois da sofrida experiência da Segunda Guerra Mundial, acontecimento histórico responsável por uma reinterpretção das normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais. Na América, o princípio, sob o rótulo da razoabilidade, é insito na cláusula do *due process of law*, inspirando o controle material da constitucionalidade há praticamente um século”.<sup>29</sup>

Se por um lado o princípio da isonomia tem sede explícita no texto constitucional, já o princípio da razoabilidade se revela como resultado do cotejo de alguns dispositivos constitucionais (art. 1º, III; art. 3º, I; art. 5º, *caput*, II, XXXV, LIV e seus §§ 1º e 2º; art. 60, § 4º, IV), sendo que complementa o próprio princípio da reserva de lei, a ele incorporando-se, de modo a converter-se no princípio da reserva legal proporcional<sup>30</sup>, sendo inegável sua inclusão no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>31</sup>

Ainda que de escasso estudo, o princípio da proporcionalidade já vem sendo reconhecido pelos nossos tribunais, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>32</sup>

O princípio da razoabilidade<sup>33</sup> – dirigindo-se ao legislador – pressupõe uma correlação precisa entre meio adotado e fim a ser atingido, de modo que a solução mais satisfatória, coerente e menos gravosa seja a escolhida.

De fato, há uma estreita relação entre igualdade e proporcionalidade, mas é fundamental distinguir-se o plano de atuação de cada princípio, sob pena de correr-se o risco de confundir-los, como adverte SUZANA TOLEDO DE BARROS<sup>34</sup>.

“O princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade têm estrutura diversa. Enquanto o primeiro atua separando e individualizando, o segundo funciona harmonizando e conciliando. Ocorre que ambos possuem zona de interseção; melhor esclarecendo; para aferir-se a validade de uma norma legal frente ao princípio da isonomia, necessita-se a idéia de proporcionalidade ou de razoabilidade. O princípio da proporcionalidade, aqui considerado, tem caráter meramente instrumental.”<sup>35</sup>

Desta forma, o princípio da razoabilidade é utilizado com o intuito de aferir se as distinções de tratamento, considerando o resultado perseguido, são ou não compatíveis com a igualdade; logo a proporcionalidade assume feições de parâmetro e não de uma medida em si.

“A doutrina alemã, com o apoio nas decisões do *bundesverfassungsgericht*, tem dito que o problema da cláusula de desigualdade deve assentar-se na ‘proibição geral de arbitrariedade’, significando esta que não é possível estabelecer-se uma diferenciação quando não haja suficientes razões para tanto. Assim entendendo deduziu que, quando não haja uma razão qualificada como suficiente para a distinção, está ordenada a igualdade de tratamento. Em contrapartida, o fato de existir uma razão suficiente não equivale a dizer que, neste caso, estaria ordenada a distinção de tratamento. Uma razão suficiente para uma diferenciação de tratamento pode dar lugar a uma permissão ou a uma obrigação de o legislador impor o tratamento designal. Será uma obrigação, tão-somente, quando a manutenção de um tratamento igual seja arbitrária. Ocorre que muitas vezes, mesmo existindo uma razão suficiente para a distinção de tratamento, não seria arbitrário um tratamento igual. Isto faz supor que, em certas situações, o legislador tem uma margem de liberdade entre dar ou não o tratamento desigual”.<sup>36</sup>

“Com esse raciocínio, em primeiro lugar estabelece-se uma carga de argumentação para o tratamento desigual, o que faz supor que o princípio da igualdade exige, *prima facie*, um tratamento igual. Em segundo, responde àquela outra questão relacionada com os limites de um controle jurisdicional: o juiz ou tribunal não poderão irrestritamente fazer valer suas valorações em lugar das do legislador. Sempre que as razões consideradas suficientes para uma distinção implicar uma permissão de tratamento desigual, só o legislador poderá levar a cabo a diferenciação de tratamento.”<sup>37</sup>

“Concluindo, o legislador tem uma margem de ação maior do que a do juiz e a questão a solver frente a um controle de constitucionalidade em que esteja em causa o princípio da igualdade é a de saber se o tratamento desigual ou igual é ou não arbitrário. Para a solução do que seja arbitrário no sentido antes assinalado, HÁ O INTÉRPRETE DE SOCORRER-SE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.”

Inclusive, “a solução ao problema da distinção de tratamento tem de levar em consideração que o legislador está vinculado ao conteúdo material do princípio da igualdade, o que quer dizer que deve haver um fundamento ao menos plausível para instituí-la. Ora, se ele, legislador, elege aleatoriamente qualquer fator de diferenciação, sem pertinência de fundo teleológico, ou se estabelece, em função da distinção, privilégios ou ônus desmedidos, estará impondo uma dissimetria de tratamento inaceitável, violadora do princípio constitucional da igualdade”.<sup>38</sup>

Por outro lado, cumpre ressaltar que o legislador – como anteriormente já mencionado –, quando institui disparidade de tratamento, buscando disciplinar situações, o faz dentro de critérios discricionários, **MAS SEMPRE SEM CONTRARIAR VALORES CONSTITUCIONAIS**.

Portanto, “nessa tentativa de dar uma regulamentação harmônica para as relações em sociedade, aparecem valores contraditórios a serem considerados e o legislador não pode criar uma relação de igualdade/desigualdade realizando um valor constitucional, a custa de outro.

Isto significa que, mesmo tendo-se em conta fins lícitos, a lei pode gerar uma regra de desigualdade cujo resultado se mostre conflituoso com os outros valores abrigados no texto constitucional e não levados em consideração pelo legislador. Essa situação ocorre exatamente quando o legislador atribui um peso demasiado a um fator de discrimen”.<sup>39 40</sup>

## 6. “HOMENSE MULHERES SÃO IGUAIS EM DIREITOS E OBRIGAÇÕES” (ARTIGO 5º, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

O inciso I do art. 5º da Carta Política, ao se erigir como um desdobramento do princípio da igualdade, plasmado no próprio *caput*, reforça a vontade do constituinte de que não sejam mais toleradas discriminações pelo sexo (o que inclusive se reflete em outros dispositivos<sup>41</sup>).

A propósito, esclarece JOSÉ AFONSO DA SILVA que “não é sem consequência que o Constituinte decidiu destacar em um inciso específico (art. 5º, I), *que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*. Era dispensável acrescentar a cláusula final, porque, ao estabelecer a norma, por si, já estava dito que seria ‘nos termos desta Constituição’. Isso é de somenos importância. Importa mesmo é notar que é uma regra que resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações. Mais relevante ainda é que não se trata aí de mera isonomia formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações. Significa que existem dois termos concretos de comparação: *homens* de um lado e *mulheres* de outro. Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional”.<sup>42</sup>

Pois bem, retornando ao texto de lei examinado, art. 5º, parágrafo único, da Lei 3373, percebe-se que há tratamento mais benéfico e complacente, inclusive de viés paternalista, dispensado às filhas mulheres solteiras e não ocupantes de cargo público, vez que estas não perderiam sua pensão temporária ao atingir 21 (vinte e um) anos.

Ora, a questão que se coloca é:

Tal tratamento diferenciado – em que mulheres gozam de mais direitos do que homens – se justifica? Se mostra razoável? Perante a ordem constitucional vigente se sustenta como legítimo tal discrimen?

E a resposta que aflora, naturalmente, indica um **caminho negativo**.

Não mais se concebe discriminação de tal ordem, por razões de sexo, quando homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, **POR ORDEM CONSTITUCIONAL**.

Entretanto, quando da elaboração do referido diploma, em 1958, a situação feminina era outra. E, portanto, quiçá, o discrimen se sustentasse inclusive assumindo caráter de amparo e, por que não, de justiça.

A mulher desempenhava um papel que podia variar entre o de filha, mãe ou esposa – mas ausente, em sua grande maioria, do mercado de trabalho. E, nesta condição, sempre vivendo sob a esfera de proteção de uma figura masculina, que lhe orientava os passos e as decisões.

O Direito é testemunho irrefutável dessa condição de submissão, até mesmo de incapacidade de fato, em que se encontravam as mulheres.

Vários são os exemplos que se podem elencar. Apenas a título ilustrativo, recorde-se que, até o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4121, de 27 de agosto de 1962), para que a mulher casada pudesse exercer o comércio, em seu próprio nome, se fazia mister a autorização marital.<sup>43</sup>

Também o instituto dos bens reservados indicava uma posição da maior fragilidade feminina. Além do marido ser o chefe de família, detentor do pátrio poder, administrador dos bens, responsável pela manutenção da família (“já que lugar de mulher era em casa”), lhe cabia o direito de fixar o domicílio da família.<sup>44</sup>

Inclusive, não era apenas no âmbito das relações civis que a mulher era considerada cidadã de segunda classe, “carente de proteção”.

O art. 35 do Código de Processo Penal dispunha que a mulher casada não poderia exercer o direito de queixa sem o consentimento do marido. Interessante observar que os crimes sujeitos à ação penal privada, que demandam queixa do ofendido em lugar da denúncia pelo órgão do Ministério Público<sup>45</sup>, são, basicamente, aqueles em que o bem da vida tutelado é a honra ou a liberdade sexual.<sup>46</sup> Desta forma, a mulher poderia ser o sujeito passivo (em linguagem penal, o ofendido), mas era a seu marido que caberia a decisão de buscar a persecução penal!!!

Assim, se a liberdade e independência feminina lhe eram tão tolhidas, pela própria sociedade que lhe concedia um segundo lugar, nada mais razoável que fossem concedidas à mulher, pelo menos, certas “compensações”.

E, mais, se solteira, a mulher, como no caso em tela, como poderia se manter, se faltasse o apoio familiar? Poder-se-ia, então, considerando-se o contexto histórico apontado, até se admitir como razoável a distinção de tratamento erigida pelo parágrafo único do art. 5º da Lei 3373.

Entretanto, novos ventos sopraram!

Efetivamente, aquelas eram outras épocas, onde o próprio ordenamento jurídico acolhia tais distinções. Estas definitivamente se viram sepultadas com o advento da novel Constituição Federal que inaugurou uma nova fase de igualdade entre homens e mulheres.

Com o movimento de liberação feminina e novos espaços sendo conquistados, as mulheres saíram de casa, deixaram as asas protetoras de pais e maridos, passando a assumir identidade e vontade próprias.

Hoje, o mercado de trabalho é disputado entre homens e mulheres quase em mesmas proporções<sup>47</sup>. As universidades não são mais redutos masculinos. Até mesmo atividades tradicionalmente masculinas são desempenhadas por representantes do sexo feminino, tais como: o futebol, o policiamento, a condução de veículos de massa, o trabalho de frentista e muitas outras mais.

É claro que não se quer afirmar que não existem mais discriminações — o que revelaria uma visão *náïve* da realidade —, mas a moldura legal que legitimaria tais situações (como o foi no passado) não mais persiste. A questão agora mudou de oitiva, passando-se ao campo da efetividade dos mandamentos constitucionais.<sup>48</sup>

E, se por um lado, a questão da igualdade de gênero trouxe bônus, também os ônus correspondentes devem ser assumidos, sob pena de se admitir situações extremamente injustas e inadequadas, não só face aos filhos varões de servidor federal, mas também em relação a outras mulheres, não desfrutantes do privilégio.

Imagine-se, *ad argumentandum*, numa situação extremada, uma beneficiária desta lei, que apesar de viver em união estável e revelar-se uma profissional liberal de grande sucesso, continuaria percebendo a pensão deixada por seu pai.

Hipótese que não se justifica!

O *discrimen* não se coaduna com o princípio da razoabilidade, acabando por macular, conseqüentemente, o princípio da igualdade.

“Como enfatizado, a proporcionalidade extrapola os estreitos limites da racionalidade, como atributo de pertinência lógica, para se tornar uma exigência de equilíbrio de valores considerados. Por isso, qualquer juízo de razoabilidade acerca de *discrimen* tomado pelo legislador deve ser iluminado pelos padrões valorativos da ordem constitucional.”<sup>49</sup>

Sob esse aspecto, na esteira do *Bundesverfassungsgericht*, o princípio da igualdade, como bem acentuou o Tribunal Constitucional Português, identifica-se como proibição de arbítrio, vale dizer, com “uma proibição de medidas manifestamente desproporcionadas ou inadequadas, por um lado, à ordem constitucional de valores, por outro, à situação fática que se pretende regulamentar ou ao problema que se deseja decidir”.<sup>50</sup>

Logo, o disposto no parágrafo único do art. 5º da Lei 3373 configura-se em violação ao valor constitucional da isonomia.

## 7. A SOLUÇÃO CONSTITUCIONAL

Restando superada a questão do *discrimen* desarrazoado do dispositivo em exame, que acaba por determinar um tratamento não isonômico entre homens e mulheres, não se harmonizando com os desideratos constitucionais, a própria ordem constitucional

desenvolve mecanismos para que a sua integridade seja garantida, de modo que essas violações sejam rechaçadas, por força de sua supremacia.<sup>51 52</sup>

A não-conformidade de um ato normativo com a Constituição pode se operar, basicamente, em duas hipóteses: quando já está promulgada a Carta e o ato normativo vem a ser editado em sua desconformidade; ou então, o ato já estaria em vigor, quando do advento da nova Constituição.

No primeiro caso, estar-se-á diante de VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE, quer material ou formal, e a técnica de defesa pode se dar nas mais variadas modalidades<sup>53</sup>.

No ordenamento pátrio, além de um controle preventivo, de cunho político, efetuado, pelos Poderes Executivo e Legislativo, antes da edição da lei, o Poder Judiciário também exerce um controle, posterior e repressivo, por via concentrada ou difusa<sup>54</sup>, da constitucionalidade.

Na segunda hipótese elencada, quando o ato é anterior à Constituição, o fenômeno que se dá é o da RECEPÇÃO<sup>55</sup> ou não, pela nova ordem, da legislação que a precedeu. Resolvendo-se pelas regras de revogação, conforme entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>56</sup>

E é justamente nesta segunda situação que se enquadra o caso examinado, já que o regime previdenciário em questão foi instituído em 1958, e, portanto, superveniente é a Constituição de 1988.

### 7.1. O Fenômeno da Recepção Constitucional

Para MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, o estabelecimento de uma Constituição importa, logicamente, na perda de eficácia da Constituição anterior.

“[...] facilmente chegaremos à conclusão de que toda a legislação ordinária editada sob os auspícios de uma Constituição deverá acompanhar essa Constituição no seu destino. Em outras palavras, se a Constituição é a base da ordem jurídica, e, portanto, toda legislação ordinária editada durante a sua vigência deve ter nela o seu fundamento, a cessação da eficácia dessa Constituição, a perda portanto da eficácia dessa Constituição, como perda de base de toda essa ordem jurídica, deveria ter por resultado a perda de validade de toda essa ordem jurídica. A perda de validade da Constituição arrastaria consigo todas as normas editadas de conformidade com essa Constituição. Assim, a ordem jurídica começaria, rigorosamente falando, do zero, cada vez que uma nova Constituição se tornasse eficaz. A doutrina insiste nisso, nesse raciocínio lógico, porque, em realidade, uma lei é lei na medida em que foi elaborada segundo uma Constituição.”<sup>57</sup>

Entretanto, na prática esse raciocínio não se aplica, até mesmo porque visando preservar-se um purismo doutrinário, estar-se-ia a instalar o próprio caos – diametralmente oposto à própria existência do Direito – já que nada, nem uma única lei sequer se aproveitaria. Toda a legislação teria de ser refeita.

“Na verdade, o que ocorre sempre é que, salvo incompatibilidade entre a legislação ordinária anterior e as normas da nova Constituição, se considera que essas normas ordinárias anteriores persistem válidas e eficazes.”<sup>58</sup>



Inclusive por determinação expressa, ou mesmo na sua falta, desde que não haja **CONTRADIÇÃO** entre o texto constitucional e a norma inferior.<sup>59</sup>

E como isso se justifica juridicamente?

Isto, explica **KELSEN**, opera-se pelo fenômeno da **RECEPÇÃO**.

“Se as leis emanadas sob a velha Constituição continuam a ser válidas sob a nova, isso é possível somente porque lhes foi conferida validade expressa ou tacitamente pela nova Constituição. O fenômeno é um caso de recepção, similar à recepção do direito romano. O novo ordenamento recebe, isto é, adota certas normas do velho ordenamento. Isto significa que o novo ordenamento atribui validade, dá vigor a normas que têm o mesmo conteúdo das normas do velho ordenamento. A recepção é um procedimento abreviado de criação do direito. As leis que, segundo a linguagem corrente, inexistem, continuam a ser válidas, são, de um ponto de vista jurídico, leis novas, cujo significado coincide com o das velhas. Essas não são idênticas às leis antigas, porque o seu fundamento de validade é diverso; o fundamento de sua validade reside na nova Constituição, não na velha, e entre as duas não existe continuidade, nem do ponto de vista de outra. Portanto, não é apenas a Constituição, mas o ordenamento jurídico inteiro, que muda com uma revolução.”<sup>60</sup>

Num outro giro, a questão da recepção pode ser entendida como consequência do **princípio da continuidade da ordem jurídica**.

Explica **LUIS ROBERTO BARROSO** que “ao entrar em vigor, a nova Constituição depara-se com todo um sistema legal preexistente. Dificilmente a ordem constitucional recém-estabelecida importará em um rompimento integral e absoluto com o passado. Por isto, toda a legislação ordinária que não seja incompatível com a nova Constituição conserva sua eficácia, vale dizer, é recepcionada pela nova ordem. Se assim não fosse, haveria um enorme vácuo legal até que o legislador infraconstitucional pudesse recompor inteiramente todo o domínio coberto pelas normas jurídicas anteriores”.<sup>61</sup>

**NORBERTO BOBBIO** também desenvolve o tema. “As normas comuns ao velho ordenamento e ao novo ordenamento pertencem apenas materialmente ao primeiro; formalmente, são todas normas do novo, no sentido de que elas são válidas não mais com base na norma fundamental do velho ordenamento, mas com base na norma fundamental do novo. A recepção é um ato jurídico com o qual um ordenamento acolhe e torna suas as normas de outro ordenamento, onde tais normas permanecem materialmente iguais, mas não são as mesmas com respeito à forma.”<sup>62</sup>

Desta forma, estabelecendo-se a Constituição de 1988, toda a legislação com ela compatível, especialmente no que tange a seus princípios, foi por ela recepcionada, “novada”, ostentando assim um novo fundamento de validade.

Aplicando-se tal raciocínio ao parágrafo único do artigo 5º da Lei 3373, salta aos olhos que, por sustentar tratamento discriminatório e desarrazoado entre homens e mulheres, como anteriormente já abordado, o dispositivo apresenta-se materialmente em desacordo com a nova ordem jurídica; e, portanto, por ela não é acolhido, restando revogado.

E por que revogado?

São as palavras de **VITOR NUNES LEAL** que respondem:

“Parece-nos mais acertada a corrente que vê na incompatibilidade entre a lei anterior e a Constituição nova um simples caso de revogação e não de inconstitucionalidade. Em primeiro lugar, porque o conflito que aí se abre é tipicamente um conflito de normas no tempo: a norma anterior considera-se revogada pela promulgação da norma posterior com ela incompatível.

Pouco importa que, na hipótese, a norma posterior não tenha apenas esse caráter de norma posterior, mas seja também uma norma superior do ponto de vista hierárquico. A razão parece clara. O vício de inconstitucionalidade importa nulidade da lei. A lei que ofende a Constituição é como se não existisse, e sua nulidade resulta da incompetência do órgão que a editou, já que o legislador ordinário não tem poder para emendar a Constituição. Mas, se a norma constitucional, com a qual a norma legal é incompatível, for posterior a essa, então não era incompetente o órgão que promulgou a norma legal, porque ao tempo de sua promulgação o legislador ordinário não exorbitara de sua competência: como a norma questionada não era incompatível com a Constituição vigente à época, não pertencia a ela a competência do legislador constituinte, mas justamente a competência do legislador ordinário que a decretou.

(...) Desse momento em diante [com o advento da nova Constituição] é que a lei deixa de operar, mas não por motivo de nulidade. E sempre que uma lei opere validamente até determinado momento e daí por diante deixe de operar em virtude da expedição de uma norma nova, o fenômeno jurídico que temos é o da revogação, pouco importando que a norma nova seja de categoria igual ou superior à da norma revogada”.<sup>63</sup>

## 7.2. O Direito Adquirido Perante a Constituição

Se a norma legal, por um lado, ao se mostrar divergente da nova ordem jurídica, não é por ela recepcionada, e portanto está revogada, como se posicionam os direitos oriundos dessa determinação legal revogada, que já vinham sendo exercidos, estando inclusive até mesmo incorporados ao patrimônio de seus titulares?

Poderiam ser argüidos como “direito adquirido” e portanto protegidos, por força do art. 5º, inciso XXXVI, CF, que determina que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada?”

Em que pese a sedução desse raciocínio, o mesmo não se sustém perante uma reflexão mais aprofundada.

LUIS ROBERTO BARROSO ressalta que:

“(…) o Poder Constituinte, ao expressar-se formalmente na realização de uma Constituição, não encontra limitações e condicionamentos da ordem jurídica preexistente. Trata-se de um poder *juridicamente* ilimitado, razão pela qual existe impropriedade em pretender-se afirmar a existência de direitos adquiridos em face de uma nova Constituição”.<sup>64</sup>

A orientação de NAGIB SLAJBI FILHO é, exatamente, neste mesmo sentido.

“Como norma jurídica mais elevada, a Constituição nova não respeita a ordem jurídica anterior — isto é, não há direito adquirido oponível em face da nova ordem constitucional,

a não ser que a nova Constituição assim disponha expressamente (o art. 49, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é um exemplo de tal previsão).

Tal conclusão decorre, tão-somente, da aplicação do princípio da supremacia da Constituição perante todos os outros atos jurídicos.<sup>65</sup>

PONTES DE MIRANDA, ao ensinar sobre o *princípio da imediata incidência das regras jurídicas constitucionais*, lembra que o princípio geral de vedação da retroeficácia das leis não se faz impor à Constituição, vez que é ela que o contém (ao determinar que “a lei não prejudicará o direito adquirido...”, no art. 153, § 3º, da Constituição de 1967, com a redação da EC nº 1/69 – hoje, dispositivo repetido no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição de 1988), daí se concluindo que não é preciso vir explícito na Constituição que sua incidência é imediata.

Mais adiante:

“Desde o momento em que se inicia a vigência de uma Constituição, as leis que a contrariam não são mais invocáveis para reger fatos que ocorrem durante ela. Cortou-se o tempo. Em matéria de competência, a entidade estatal que deixou de ser competente viola a Constituição se exerce qualquer poder que se atribuiu a outra entidade (...). Mas, para que o enunciado constitucional seja invocável, é preciso: a) que o texto constitucional, em seu conteúdo, estatua a incidência imediata; b) que o suporte fático da regra jurídica constitucional se componha no momento em que incide a Constituição, ou esteja a compor-se, ou nele se tenha de incluir o que já era suporte fático de regra jurídica anterior, de que resultou direito adquirido. Portanto, o que é essencial, para que o direito adquirido seja atingido, é que haja *incompatibilidade* entre a permanência do direito adquirido e a incidência do novo texto constitucional. A Constituição, *lex nova*, pode dizer: “Fica extinto o direito de enfiteuse”, ou, apenas, na enumeração dos direitos de propriedade, retirar da enumeração dos direitos reais sobre coisa alheia o direito de enfiteuse. Ao incidir tal texto constitucional, não mais há titulares de direito enfiteutico, sem necessidade de qualquer formalidade para o efeito extintivo. Todos os direitos adquiridos, os de enfiteuse e os decorrentes de algum ato que supôs o direito de enfiteuse, foram cortados, no momento da incidência da nova Constituição, pelo texto constitucional”.<sup>66</sup>

Corroborando ao que já foi dito, “nenhum ato jurídico, estatal ou privado, lei genérica ou abstrata, ou manifestação de vontade individual e concreta, inclusive sentença transitada em julgado ou outro ato jurídico perfeito, persiste na produção de efeitos se o seu conteúdo, materialmente, é incompatível com a nova ordem constitucional”.<sup>67 68</sup>

Por outro lado, se o direito adquirido, ainda que contrário à nova Constituição, fosse preservado – sem qualquer referência à sua manutenção, no novo texto, simplesmente por ser direito adquirido – se reconheceria que a nova ordem constitucional estaria sempre atada ao velho ordenamento, por grilhões inquebrantáveis, que jamais admitiriam uma renovação total.

E a nova Carta Política, simplesmente, transmudaria-se em veículo de repetição, cuja força criadora originária estaria seriamente comprometida e seu poder de reestruturação política, social e jurídica impotente. O que, por si só, descaracteriza a própria Constituição como instrumento fundador do Estado.

Daí o direito adquirido que materialmente violar norma constitucional só será preservado se houver EXPRESSA DETERMINAÇÃO no novo texto constitucional – o qual gozará de legitimidade já que oriundo do poder constituinte.

Logo, a invocação de direito adquirido, para preservar a percepção de pensão temporária, por aquelas beneficiárias, maiores de 21 (vinte e um) anos, solteiras e não ocupantes de cargo público definitivo, fenece frente a proibição de tratamento discriminatório por motivo de gênero.

No confronto entre a regra do parágrafo único do art. 5º da Lei 3373 e a norma constitucional do art. 5º, inciso I, **PREVALECERÁ SEMPRE O MANDAMENTO CONSTITUCIONAL, pois inexistente direito adquirido perante a Constituição.**<sup>69</sup>

Em outras palavras, não é possível que privilégio decorrente de norma legal antecedente, não recepcionada pela Constituição superveniente, seja mantido.

## 8. CONCLUSÃO

As reflexões quanto a legitimidade do parágrafo único do art. 5º da Lei 3373, de 12 de março de 1958, perante a Constituição Federal de 1988, indicam para a violação da ordem constitucional pela norma ordinária, que macula o princípio da isonomia, por estabelecer tratamento diferenciado desproporcional entre beneficiários mulheres e homens.

Daí a relevância do papel do juiz, ao cultivar a vontade de constituição, velando pela integridade constitucional e, assim, conferindo-lhe a eficácia que procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.<sup>70</sup>

Desta forma, tem-se que, no mundo da vida, a questão a ser enfrentada, principalmente pelo Judiciário, agente mediador entre a vontade constitucional e sua efetivação, quando chamado a solucionar lide a este respeito, pode se apresentar sob dois aspectos principais.

Num primeiro momento, a arguição no sentido da confirmação do recebimento da pensão temporária por aquela beneficiária que, implementadas as condições exigidas na lei, já dela usufruíam, antes do advento da Carta Política de 88, e que pretendem manter seu *status quo* inalterável, sob a alegação de direito adquirido.

O segundo aspecto a ser considerado diz respeito à filha – que teria apenas mera expectativa de direito quando da vigência do dispositivo discutido – e que, por ocasião da morte de seu pai ou mãe, funcionário público, mesmo após a promulgação da nova Constituição, pretendia concretizar essa expectativa, em direito subjetivo, visto que a condição para a aquisição do direito, como estabelecido em lei, teria se implementado.

Em ambos os casos, quer na impossibilidade de invocação de direito adquirido perante a Constituição, quer pela não-recepção do dispositivo infraconstitucional, e sua conseqüente revogação, caem por terra estas pretensões, por ausência de fundamentação jurídica, como, previamente, demonstrado.

Donde conclui-se, por fim, que, para aquelas que vinham usufruindo desse privilégio ou que pretendiam fazê-lo, “ACABOU-SE O QUE ERA DOCE”, pois “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”!

## 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**ALVES FELIPE, Franklin.** A Previdência Social na Prática Forense. 5ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995.

**BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio.** Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1993.

**BARROS, Suzana de Toledo.** O Princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília, Brasília Jurídica, 1996.

**BARROSO, Luis Roberto.** O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Rio de Janeiro, Renovar, 1993.

**BOBBIO, Norberto.** Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília, Universidade de Brasília, 1993.

**CAMPOS, Francisco.** Direito Constitucional. Editora Freitas Bastos, 1956.

**SILVA, José Afonso da.** Curso de Direito Constitucional. 10ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

**GARCIA, Enrique Alonso.** La Interpretación de la Constitución. Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1884.

**HESSE, Konrad.** A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

**MIRANDA, Jorge.** Manual de Direito Constitucional. 3ª edição, Coimbra, Portugal, Coimbra Ed., 1991.

**SLAIBI FILHO, Nagib.** Anotações à Constituição de 1988. 4ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1993.

**SUNDFELD, Carlos Ari.** Fundamentos de Direito Público. 2ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1993.

<sup>1</sup> Trabalho apresentado na PUC/RJ, em 1997, para a conclusão da disciplina Teoria da Constituição, ministrada pelo professor CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

<sup>2</sup> V. Luis Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro, Renovar, 1993.

<sup>3</sup> Konrad Hesse, *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24 (grifou-se).

<sup>4</sup> Ibidem, pp. 14/15.

<sup>5</sup> J. Franklin Alves Felipe, *A Previdência Social na Prática Forense*. 5ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995, p. 6.

<sup>6</sup> Para maiores informações, vide ob. cit.

<sup>7</sup> "O servidor civil ou militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como das respectivas autarquias e fundações, é excluído do Regime Geral de Previdência Social consubstanciado nesta lei, desde que esteja sujeito a sistema próprio de previdência" - art. 12, Lei 8213.

<sup>8</sup> É de se ressaltar que os servidores públicos civis, in casu, são os servidores da Administração pública direta, das autarquias e das fundações. Vide art. 39, CF c.c. art. 12, Lei 8213.

<sup>9</sup> Vide arts. 2º e 3º da Lei 3373.

<sup>10</sup> In Revista de Informação Legislativa, v. 97:7.

<sup>11</sup> Apud José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 10ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1995, p. 93.

<sup>12</sup> Suzana de Toledo Barros constata que "Hodiernamente, na doutrina não faz sentido a distinção operada pela metodologia jurídica tradicional entre normas e princípios. Norma é o gênero do qual regras e princípios são espécies; em outras palavras, a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas", in O Princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília, Brasília Jurídica, 1996, p. 22.

<sup>13</sup> Enrique Alonso Garcia, ao comentar a Constituição Espanhola e a atividade do Tribunal Constitucional, nos traz a notícia de que "... los principios generales plamados em la Constitución tienen valor aplicativo - y no meramente programático - y, ello, aunque la CE parezca remitir a una ley de desarrollo". "... Debe, de todas formas, reseñarse en primer lugar que el TC ha suprimido definitivamente el carácter no normativo de todo precepto constitucional..." Para completar que "... pero quando el principio es constitucional, por ser abstracción de una norma constitucional, o porque la propia CE dice que son principios, desaparece la subsidiariedad de su valor normativo...", in La Interpretación de la Constitución. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 16 e segs.

<sup>14</sup> Luis Roberto Barroso, ob. cit., p. 344. Vide também Michel Temer, Elementos de Direito Constitucional. 11ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1995, p. 24.

<sup>15</sup> Vide arts. 5º, I; 7º, XXX e XXXI; art. 3º, III e IV; 170; 193; 195, entre outros; vide também José Afonso da Silva, ob. cit., pp. 206 e segs.

<sup>16</sup> Apud Carlos Ari Sundfeld, Fundamentos de Direito Público, 2º ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 161.

<sup>17</sup> "A regra de igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam, nessa desigualdade social, proporcional à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira igualdade", in "Oração dos Moços".

<sup>18</sup> São de Hans Kelsen as considerações: "A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres", apud Celso Antônio Bandeira de Mello, Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 11.

<sup>19</sup> Carlos Ari Sundfeld, ob. cit., p. 160.

<sup>20</sup> Francisco Campos, Direito Constitucional. Ed. Freitas Bastos, 1956, p. 30.

<sup>21</sup> "Em suma: dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes", ob. cit., p. 10.

<sup>22</sup> "Colocar [o problema] da igualdade perante a lei, é colocar simplesmente que os órgãos de aplicação do direito não têm o direito de tomar em consideração senão as distinções feitas nas próprias leis a aplicar, o que se reduz a afirmar simplesmente o princípio da regularidade da aplicação do direito em geral; princípio que é imanente a toda ordem jurídica e o princípio da legalidade a aplicação das leis, que é imanente a todas as leis - em outros termos, o princípio de que as normas devem ser aplicadas conforme as normas", apud Celso Antônio, ob. cit., p. 10. No mesmo sentido, Carlos Ari Sundfeld, ob. cit., p. 161.

<sup>23</sup> "A dizer: o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma: qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicas diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade facilita a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos na princípio constitucional da isonomia?", *ob. cit.*, p. 11.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 47/48.

<sup>27</sup> Pimenta Buena, *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro, 1857, p. 424.

<sup>28</sup> Para um maior aprofundamento sobre o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, vide Suzana de Toledo Barros, *ob. cit.*, nota 13.

<sup>29</sup> *Ob. cit.*, p. 210.

<sup>30</sup> Neste sentido, *ibidem*.

<sup>31</sup> A Lei n.º 9.784, em seu art. 2.º, consagra expressamente o princípio da proporcionalidade como orientador da atividade administrativa decisória.

<sup>32</sup> Vide RE n.º 18.331, HC n.º 5.232, Rp n.º 930, Rp n.º 1.077, Rp n.º 1.054, ADIn. n.º 855-2, ADIn. n.º 966-4/958-3 e ADIn. n.º 1.158-8.

<sup>33</sup> Especialmente no tocante aos direitos fundamentais, para que seu conteúdo fique definido com clareza, são apontados os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. "Entendido como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações a direitos fundamentais, a adequação traduz a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; o pressuposto da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável à conservação da próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa; pela proporcionalidade em sentido restrito, pondera-se a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus", Suzana de Toledo Barros, *ob. cit.*, p. 210.

<sup>34</sup> "Essa relação tão íntima entre igualdade e proporcionalidade levou vários autores a tentar unificar ambas as idéias sob um denominador comum. Não é estranho, em face disso, que alguns tenham sustentado em alguma ocasião que o princípio da igualdade consagra o princípio da proporcionalidade, o que não deixa de ser verdadeiro, quando se toma em consideração a necessidade de invocá-la como critério para aferição da legitimidade da diferenciação de tratamentos a pessoas até então tidas em idêntica posição", *ibidem*, p. 186.

<sup>35</sup> *Ob. cit.*, pp. 184/186.

<sup>36</sup> Cf. Robert Alexy, apud Suzana de Toledo Barros, *ob. cit.*, p. 188.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 189.

<sup>38</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>39</sup> Suzana de Toledo Barros, *ob. cit.*, p. 195.

<sup>40</sup> Confira-se a posição de Luis Roberto Barroso, ao entender que "o que ele [princípio da igualdade] impede, efetivamente, é que a ordem jurídica promova desequiparações desequilibradas, aleatórias ou mal inspiradas. Será legítima a desequiparação quando fundada e logicamente subordinada a um elemento discriminatório objetivamente aferível, que prestigie, com proporcionalidade, valores abrigados no texto constitucional", "A igualdade perante a lei", in RDP n.º 78, p. 68.

<sup>41</sup> Vide arts. 3.º, IV; 7.º, XXX, e 226, § 5.º, da CF.

<sup>42</sup> *Ob. cit.*, p. 212.

<sup>43</sup> Vide art. 4º do Código Comercial.

<sup>44</sup> Vide arts. 246 e 233 do Código Civil, respectivamente.

<sup>45</sup> Para maiores informações, vide Julio Fabbrini Mirabete, *PROCESSO PENAL*, 4ª ed., São Paulo, Ed. Atlas, 1995, pp. 122 e segs.

<sup>46</sup> Vide arts. 138 a 145 e 213 a 216 do Código Penal, respectivamente.

<sup>47</sup> Como um exemplo dos espaços que vêm sendo ganhos, vide a reportagem da Revista *ISTO É* de 22/05/96, sobre a presença feminina na Magistratura nacional, p. 84.

<sup>48</sup> Vide Introdução.

<sup>49</sup> Suzana de Toledo Barros, *ob. cit.*, p. 197.

<sup>50</sup> Acórdão nº 44/84, de 22 de maio de 1984, apud Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*. 3ª ed., Coimbra, Coimbra Ed., 1991, 4 vol., p. 250.

<sup>51</sup> "É a constituição a suprema manifestação da vontade popular (Barthélemy), a decisão política fundamental, o contrato social que os integrantes das sociedades entabulam para permitir sua vida em comum. (...) Como ato de manifestação da vontade popular, expressão de sua soberania, a Constituição é superior a qualquer órgão, função ou agente estatal. (...) Humberto Quiroga Lavie ensina: *Que es la supremacia constitucional? Es la particular relación de supra y subordinación em que se encuentran las normas dentro de un ordenamiento jurídico determinado: porque, por virtud de la Constitución del Estado, un ordenamiento deja de ser un sistema coordinado de normas (como lo es el derecho internacional o como lo fue el derecho consuetudinario o primitivo)*", Nagib Slaibi Filho, *Anotações à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1993, pp. 38/39.

<sup>52</sup> "Na celebrada imagem de Kelsen para ilustrar a hierarquia das normas jurídicas, a Constituição situa-se no vértice de todo sistema legal, servindo como fundamento de validade das demais disposições normativas. Toda Constituição escrita e rígida, como é o caso da brasileira, goza de superioridade jurídica em relação às outras leis, que não poderão ter existência legítima se com ela contrastarem", Luis Roberto Barroso, *ob. cit.*, p. 286.

<sup>53</sup> Para um estudo mais aprofundado, Mauro Cappelletti, *O Controle Judicial de Constitucionalidade às Leis no Direito Comparado*. 2ª ed., Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, e Clèmerson Merlin Clève, *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.

<sup>54</sup> "... podem se distinguir, ... dois grandes tipos de sistemas de controle judicial da legitimidade constitucional das leis:

a) o 'sistema difuso', isto é, aquele que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência; e

b) o 'sistema concentrado', em que o poder de controle se concentra, ao contrário, em um único órgão judiciário, Mauro Cappelletti, *ob. cit.*, p. 67.

No Brasil o sistema concentrado é exercido pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em abstrato, por ações diretas (processos objetivos), cuja função precípua é a guarda da Constituição - vide CF, arts. 102 e 103.

<sup>55</sup> No que tange ao fenômeno da recepção cumpre ressaltar que há na doutrina uma certa polêmica, no sentido de que a não-recepção de uma norma anterior à Constituição não seria um simples caso de revogação; mas ao contrário estar-se-ia diante de uma inconstitucionalidade superveniente. Esta, por sua vez, possibilitaria um controle por via de ação direta, ao passo que aquela não. Logo a divergência tem efeitos práticos relevantes.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já se posicionou no sentido da revogação", conforme manifestação exarada na ADIn. nº 389-RO, Rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ 140/382: "A incompatibilidade entre a lei e o texto constitucional superveniente importa sua revogação. Precedentes do STF".



*E mais, "A maioria, constituída pelos oito votos restantes, firmou-se no entendimento de que a não-recepção da norma anterior por incompatibilidade material com a ordem constitucional superveniente resolve-se em simples revogação, a cuja declaração não se presta a ação direta de inconstitucionalidade". Cumprindo ressaltar que o Min. Sepúlveda Pertence restou vencido.*

*Yez que a controvérsia já está decidida pelo Supremo — a quem caberia, eventualmente, conhecer de ações diretas por inconstitucionalidade superveniente, e que não o faz por impossibilidade jurídica do pedido — por razões de cunho prático, a matéria será tratada neste trabalho como caso de não-recepção, por revogação. Ressalvando-se apenas a divergência aventada.*

<sup>56</sup> Vide nota acima.

<sup>57</sup> In *Direito Constitucional Comparado*. São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 1974, pp. 115/116.

<sup>58</sup> *Ibidem* (grifou-se).

<sup>59</sup> Observa Luis Roberto Barroso que "... no Brasil este [ao tratar da recepção] é um princípio pacificamente acatado, apesar de não escrito (v. Caio Mário da Silva Pereira, "Direito Constitucional Intertemporal", in *Revista Forense* 304/29). A Constituição portuguesa, todavia, tornou-o expresso no art. 293, onde se lê: "O direito anterior à entrada em vigor da Constituição mantém-se, desde que não seja contrário à Constituição ou aos princípios nela consagrados", *ob. cit.*, p. 287.

<sup>60</sup> In *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, p. 119, apud Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *ob. cit.*, p. 118.

<sup>61</sup> *Ob. cit.*, p. 287.

<sup>62</sup> In *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília, Universidade de Brasília, p. 177.

<sup>63</sup> In "Leis Complementares da Constituição", RDA VII/379,390.

<sup>64</sup> *Ob. cit.*, p. 312.

<sup>65</sup> *Ob. cit.*, nota 52, p. 66.

<sup>66</sup> In *Comentários à Constituição de 1967 com a EC n° 1/69*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 6 tomos, tomo VI, 1974, pp. 393/394.

<sup>67</sup> Nagib Slaib Filho, *ob. cit.*, p. 67 (grifou-se).

<sup>68</sup> Por outro lado, "é evidente que, se o ato se esgotou completamente na ordem jurídica anterior e nenhum efeito dele remanesceu, não será tocado pelos efeitos da nova Constituição que dispanha diferentemente", *idem, ibidem*.

<sup>69</sup> Nesse sentido: "não há direito adquirido contra a Constituição, sendo naquelas hipóteses em que ela própria ressalva" (*Revista Trimestral de Jurisprudência* n° 106, p. 622, Rel. Min. Soares Muñoz); "não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do poder constituinte originário ou derivado" (*Revista Trimestral de Jurisprudência* n° 114, p. 237, Rel. Moreira Alves).

<sup>70</sup> V. nota 2.

## ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS: CONSIDERAÇÕES

Arnaldo Esteves Lima  
Vice-Presidente. — TRF 2ª R.

Conforme art. 541 e incisos do CPC, os recursos extraordinário e especial, nos casos previstos na CF, serão interpostos perante o presidente ou o vice, do Tribunal recorrido, em petições distintas, expondo o fato e o direito, demonstrando seu cabimento e dando as razões pelas quais se pede a reforma da decisão recorrida. Segundo o art. 102, III e alíneas, da CF, o RE é cabível, em tese, nas causas decididas em única ou última instância, quando a decisão contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da mesma. O REsp. a seu turno, pelo art. 105, III e alíneas, é cabível, em princípio, nas causas decididas em única ou última instância, quando a decisão contrariar ou negar vigência a tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal.

O prazo para interpor e responder a tais recursos é de quinze dias — art. 508, CPC —, não se esquecendo, ainda, quando for o caso, dos arts. 188 e 191. Quando o recurso se fundar em divergência interpretativa, o recorrente tem o ônus de atender às específicas exigências do parágrafo único do art. 541. Decorrido o prazo para contra-razões — art. 541, nos termos do seu §1º —, os autos serão conclusos para a admissão ou não do recurso, no prazo de quinze dias, em decisão fundamentada. Como se verifica, a lei faz tal exigência de forma imperativa, cogente. Aliás, o eg. STJ editou a Súmula nº 123, a saber: “A decisão que admite, ou não, o recurso especial, deve ser fundamentada, com o exame dos pressupostos gerais e constitucionais”. Embora tal decisão seja, essencialmente, provisória, pois sujeita ao reexame da instância final, há, sem dúvida, juízo valorativo, relativamente discricionário, do seu autor, ao emití-la, examinando-se os vários aspectos enfocados, que podem ser de natureza constitucional, legal, regimental ou jurisprudencial, bem como, de fato, probatório. O fim básico da referida exigência, para nós, consiste na filtragem que a lei deseja se faça, no encaminhamento, ou não, de tais recursos, tendo em vista a impossibilidade de os Tribunais destinatários (STF e STJ) julgarem todos, considerando o seu grande número, aliado à circunstância de já estar a decisão recorrida, na maioria dos casos, em princípio, harmônica com a ordem jurídica *lato sensu*.

Conforme art. 544, caso seja inadmitido o recurso, caberá agravo de instrumento, em dez dias, para o STF ou STJ, conforme o caso. Em regra e a despeito da alteração que a Lei nº 9.139/95 introduziu no art. 528, do mesmo Código, aqueles Tribunais têm entendido não competir ao Tribunal de origem negar-lhe seguimento, ainda que intempestivo (ver Informativo STF nº 161 e Reclamação 445-AM — STJ — DJ de 03.11.97).

Sua deserção (falta de pagamento de custas e/ou despesas, quando devidas) poderá e deverá, no entanto, ser declarada, conforme precedentes, em *RTJ* 142/385 e *RSTJ* 54/67, tendo, aliás, a 1ª Seção, ao decidir a RCL 328/PA, rel. em. Ministro CESAR ROCHA, firmado não invadir a competência do STJ "... decisão proferida por Presidente do Tribunal de Justiça que aplica a pena de deserção a recurso". Penso que os requisitos objetivos (todos), para se recorrer, deveriam ser examinados no juízo de admissibilidade, em atenção à economia e utilidade dos atos processuais, pois tal é mais lógico e racional, atendendo, na generalidade dos casos, à celeridade, este grave problema do judiciário, não fazendo sentido encaminhar àqueles Tribunais um agravo evidentemente intempestivo ou não preparado, por exemplo. Eventual exorbitância ou erro, em prejuízo da parte, o que constitui exceção, encontraria, em outro AI, na Reclamação ou até mesmo, em casos excepcionais, no MS, instrumento adequado para provocar a correção do desvio, pela corte *ad quem*.

A decisão que admite o recurso é irrecorrível, podendo, quando muito, ser objeto de embargos de declaração quando manifesta, por exemplo, a contradição entre seus fundamentos e a conclusão. Conforme Súmula nº 19, do TRF da 2ª Região, de tal decisão, seja em que sentido for, não é cabível agravo regimental.

Diversamente, o recurso ordinário, segundo art. 540, terá a sua admissibilidade e procedimento no juízo de origem, semelhante ao da apelação e do agravo, pois a remissão ali feita aos capítulos II e III, do Título X, conduz a tal resultado. Isto equivale a dizer que, em tais hipóteses, o juízo de admissibilidade é mais vinculado, não exigindo, assim, maior fundamentação. É oportuno lembrar que o RO para o STF é cabível de decisões denegatórias de *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção, decididos em única instância pelos Tribunais Superiores (CF, 102, II, "a"); caso a decisão seja favorável, o recurso cabível, em tese, será o RE (CF, 102, III); se se tratar, porém, de decisão em processo que examine crime político, seja qual for o resultado do julgamento, será cabível recurso ordinário (CF, 102, II, "b").

Por outro lado, caberá RO para o STJ quando decidido, em única ou última instância, o *habeas corpus*, pelos tribunais de 2º grau, se denegatória a decisão; e, quando, em única instância, forem decididos, também negativamente, os mandados de segurança. Caso sejam, todavia, favoráveis as decisões, o recurso adequado será o especial. Tratando-se, no entanto, de causa envolvendo, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, município ou pessoa residente ou domiciliado no Brasil, o recurso próprio será, seja qual for a decisão, o ordinário. Esta é a inteligência que extraímos do art. 105, II e alíneas, da CF. Na prática, é comum e a experiência revela; a falta de atenção para tais preceitos leva, muitas vezes, à interposição de recurso inadequado, daí a lembrança, ora feita, no intuito de alertar que é necessário maior atenção quanto ao recurso adequado.

Como se verifica, a decisão fundamentada, no caso, tem sua utilidade evidente, concorrendo no sentido da triagem dos recursos, com o nítido objetivo de agilizar, dentro do possível, a definitiva solução dos litígios.

## “ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS FEDERAIS”

Alberto Nogueira Jr.

*(O presente trabalho é uma adaptação de palestra realizada no Clube dos Advogados, em 21.05.99, no painel “ACESSO À JUSTIÇA: JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS, ARBITRAGEM, TUTELA JURISDICCIONAL DIFERENCIADA”, integrante do tema “INOVAÇÕES E PERSPECTIVAS”, objeto do “VI SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL”.)*

O advento, em futuro próximo – espera-se – da instituição dos Juizados Especiais Federais, objeto da Emenda nº 22 à Constituição Federal de 1988, que aprovou, assim, a Mensagem Presidencial nº 1.047, de 18.09.97, a qual, por sua vez, encaminhou a Proposta de Emenda à Constituição Federal nº 526/97, suscita algumas preocupações e expectativas que merecem ser debatidas, mormente quando, presentemente, o Anteprojeto da lei instituidora desses Juizados Especiais Federais encontra-se em fase de elaboração por Comissão de Estudos instituída pelo Ato nº 127, de 12.04.99, do Excelentíssimo Senhor Presidente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Tais preocupações dizem respeito não só às matérias e alterações, legislativas e de mentalidade, que deverão ser feitas para que a experiência, em geral bem sucedida, dos Juizados Especiais Estaduais possa obter resultados também animadores na órbita federal, mas também têm por objeto os aspectos funcional e estrutural da própria jurisdição, entendida como o complexo dos órgãos com competências constitucionais e criados para o atendimento de necessidade primordial da sociedade – a entrega da prestação jurisdiccional e a satisfação da prevenção, ou da recomposição, dos direitos lesados.

Como se sabe, desde o início dos anos 70, começou-se a propagar a necessidade da adoção de “tutelas jurisdicionais diferenciadas”, não apenas multiplicando-se a variedade das espécies de tutela jurisdiccional voltadas a garantir, de modo diverso das ações de cognição plena e exauriente, notadamente as de rito ordinário, a defesa e a satisfação de direitos e interesses, individuais e coletivos, tidos como prioritários, mas também, e sobretudo, acentuando-se a predisposição de formas típicas de tutela sumária, cautelar e não cautelar, idôneos a oferecerem utilidade prática equivalente à oferecida pelas ações e procedimentos de cognição plena e exauriente. (1)

Trata-se do estabelecimento de técnicas objetivando a aplicação, em toda a sua plenitude, do princípio da efetividade do processo, de forma a evitar que aquele que procura a Justiça para defender e satisfazer direito injustamente lesado, e que tenha razão, seja em realidade concreta e econômica, subjugado pelo infrator que injustamente resistiu à pretensão do autor.

Busca-se evitar, com tais técnicas, diminuir os custos que um processo de cognição plena e exauriente, de rito ordinário, exigiria do autor, sempre que a resistência que o réu pudesse vir a oferecer não fosse razoável; a utilização abusiva de tais ações de cognição plena e exauriente, inevitavelmente mais longas; e evitar-se que os danos a direitos patrimoniais ou não, reconhecidos como prioritários pelo ordenamento jurídico, possam permanecer lesados ou insatisfeitos por longo tempo.

Faz parte deste ideário, assim, a instituição de instâncias alternativas de solução de conflitos, parajudiciais, como a arbitragem e a mediação, ou judiciais, como os Juizados Especiais que, competentes para conhecer de questões de menor valor econômico e menor complexidade de matéria, estruturados de modo a incentivar a conciliação e a satisfação célere destas causas, possam vir a representar um desafogamento de processos dos demais órgãos judiciários e permitir a estes últimos que possam concentrar, de modo mais eficiente, seus recursos financeiros e humanos no exame de causas mais complexas.

Pode-se dizer, sem medo de errar, que o sentimento de necessidade de reforma das instituições judiciárias é universal e tem se acentuado na última década.

Na Itália, por exemplo, em 1987, mais de vinte milhões de cidadãos referendaram uma lei que alterava radicalmente a posição que o juiz até então conhecia na sociedade, estabelecendo fortíssima responsabilidade pessoal do juiz em sua atividade (2), e o fato de a Corte Constitucional ter declarado inconstitucional tal lei não serviu para que se desfizesse a certeza de que o sistema judiciário, como um todo, precisava de profunda mudança, certeza esta que animou o legislador a promover a reforma do Código de Processo Civil de 1942, anos mais tarde, com a publicação da Lei nº 363/90.

Nos Estados Unidos da América do Norte, foi aprovado projeto de lei reformando o sistema judiciário federal, com ativa participação de jornais, grupos ativistas e outras instituições no debate.

Na América Latina, cujos sistemas judiciários, de um modo geral, estão longe de inspirar confiança, tanto do público interno, como dos investidores internacionais, as críticas a respeito da falta de independência judicial, tanto no sentido da imparcialidade do juiz, como no de efetividade de suas decisões, são muitas e convergentes.

EDGARDO BUSCAGLIA, por exemplo, não hesita em afirmar que “muitos dos Judiciários da região são fracos, politizados em demasia, e dependentes do poder do Executivo, e além disso, não proporcionam efetiva fiscalização e controle dos outros ramos de Governo”. (3)

De igual modo, LYNN A. HAMMERGREN, quando afirma que “para além das preocupações relativas à colaboração com os governos repressivos ou à suscetibilidade para as pressões políticas, as queixas gerais e as observações mais sistemáticas pintam um retrato de instituições passivas, fracas, antiquadas, não profissionais e penetráveis”. (4)

MARIA DAKOLIAS, por sua vez, reporta que, para sessenta por cento das empresas estabelecidas na região, os sistemas judiciários são considerados “deficientes” e se constituem em um dos dez maiores entraves para um maior nível de investimentos privados. (5)

Os números de causas pendentes, bem como da média de tempo gasto para resolvê-las, em diversos países da região, Brasil inclusive, são impressionantes.

Segundo MARIA DAKOLIAS, em 1990, no Brasil mais de quatro milhões de causas encontravam-se pendentes de julgamento, mas apenas 58 por cento destes feitos foram decididos até o final daquele ano; na Bolívia, em muitas cortes de primeira instância, apenas 42 por cento das causas que entraram no sistema foram distribuídas no mesmo ano; em Trinidad Tobago, somente trinta por cento das causas foram julgadas no mesmo ano (6); na Colômbia, mais de quatro milhões de causas encontravam-se pendentes em 1993; na Argentina, estatísticas oficiais estimam que mais de um milhão de causas encontravam-se pendentes de julgamento nas Cortes Federais, em 1992; no Equador, em 1993, mais de meio milhão de casos encontravam-se pendentes, em todo o sistema judiciário (7).

Quanto à porcentagem de acúmulo de processos de um ano para o outro, a Argentina, em 1991, chegou a 94 por cento; a Bolívia, em 1993, a 50 por cento; a Colômbia, em 1994, a 37 por cento; o Equador, em 1990, a 42 por cento; e o Peru, em 1993, a 59 por cento. (8)

No Brasil, noticiou-se que o Supremo Tribunal Federal, em 1996, julgou 31.633 demandas, enquanto que o Superior Tribunal de Justiça, 77.629, e aguardavam julgamento nesta última Corte 29.169 processos. (9)

No âmbito das Seções Judiciárias Federais, mais especificamente em São Paulo, Minas Gerais e Mato Grosso do Sul, de 1989 a 1995, apenas no primeiro grau de jurisdição, foram distribuídos o total de 1.113.778 (um milhão, cento e treze mil, setecentos e setenta e oito) processos, sentenciados 636.943 (seiscentos e trinta e seis mil, novecentos e quarenta e três), baixados/arquivados 533.049 (quinhentos e trinta e três mil e quarenta e nove) e remetidos àquele Tribunal 53.354 (cinquenta e três mil, trezentos e cinquenta e quatro) processos.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no mesmo período, recebeu 537.752 (quinhentos e trinta e sete mil, setecentos e cinquenta e dois) processos, dos quais 277.705 (duzentos e setenta e sete mil, setecentos e cinco) foram baixados definitivamente, 277.705 (duzentos e setenta e sete mil, setecentos e cinco) transitaram em julgado, 987 (novecentos e oitenta e sete) retornaram às Varas de origem, 2.783 (dois mil, setecentos e oitenta e três) foram remetidos ao Supremo Tribunal Federal, 10.829 (dez mil, oitocentos e vinte e nove) foram remetidos ao Superior Tribunal de Justiça, 306.639 (trezentos e seis mil, seiscentos e trinta e nove) findaram, 231.113 (duzentos e trinta e um mil, cento e treze) permaneceram em andamento e 297.211 (duzentos e noventa e sete mil, duzentos e onze) feitos foram julgados. (10)

No que tange à imagem das instituições judiciárias junto às respectivas populações, o resultado não é menos desanimador.

No Brasil, são elas comumente consideradas “velhas”, “antiquadas”, “distantes da população”, “elitistas”, “não confiáveis”, “sombrias”, “não acessíveis”, “burocráticas” e “ineficientes”. (11)

Na Argentina, apenas 13 por cento da população tem confiança na administração da Justiça; no Peru, 92 por cento não tem qualquer confiança nos juízes. (12)

A repercussão econômica deste descalabro estrutural não pode ser subestimada.

Assim é que NESTOR HUMBERTO MARTÍNEZ informa que “para uma amostragem internacional de 28 países, um estudo do Banco Mundial informa que o grau de credibilidade

e de estabilidade nas regras e procedimentos dos vários sistemas legais podem explicar 23 por cento da variação do crescimento per capita".

E recentemente o INSTITUTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E POLÍTICOS DE SÃO PAULO – IDESP, apresentou como resultado de estudos efetuados junto a 800 empresas, que avaliaram o desempenho e os problemas do Poder Judiciário no Brasil, a conclusão de que o País deixa de gerar, por ano, cerca de US\$ 100 bilhões de dólares. (13)

Não há, portanto, como se defender a continuidade do status quo, mas, do mesmo modo, é preciso analisar, com cautela, as propostas de reforma judiciária que, até o momento, têm sido apresentadas no Brasil nos últimos anos, inclusive procurando-se situá-las tanto quanto possível em uma perspectiva histórica, o que, sem dúvida, ajudará a evitar que antigos erros se repitam, e que agravem o que já é grave.

De início, cumpre estabelecer que, até hoje, não temos uma estrutura judiciária sistemática e racionalmente instituída segundo critérios de maior demanda, menor custo e maior eficiência dos serviços, o mesmo podendo ser dito do sistema recursal ora vigente.

A organização judiciária era tratada, ao tempo do Império, pelo Decreto nº 9.420, de 28.04.1885, cujas linhas gerais passaram para o texto da Constituição Federal de 1891, "ou seja: a organização da justiça federal se regia pelo Decreto nº 848, de 11.10.1890; Lei nº 221, de 20.11.1894; e Decreto nº 3.084, de 05.11.1898, que instituiu a Consolidação das Leis da Justiça Federal; no âmbito desta, o direito processual continuou com o imperial regulamento nº 737, de 25.11.1890, e no âmbito de cada um dos Estados, um processo estadual", tendo o sistema ficado, "além de fragmentado, incompleto, uma vez que jamais foram criados tribunais federais de 2ª instância, como preconizado pela 1ª Constituição Republicana"; de tudo isto resultando que "a ausência de organicidade do Poder Judiciário tornou este sem coesão, ficando dispersos e isolados seus órgãos e quadros". (14)

Já na República, a grande inovação foi a criação do Tribunal Federal de Recursos, sob a égide da Constituição Federal de 1946, como forma de acelerar o julgamento dos recursos, antes submetidos em segundo grau, na esfera federal, ao Supremo Tribunal Federal.

Houve quem, contudo, e acertadamente, previsse que aquela mudança iria ser inócua, pois o problema residia na base da estrutura judiciária, ou seja, a primeira instância, que tinha que ser alargada. (15)

Pior: com a superveniência das ditaduras do Estado Novo e, posteriormente, da Revolução de 1964, juízes foram aposentados compulsoriamente, acórdãos revogados por decretos, garantias constitucionais suspensas, as competências para conhecimento de questões políticas que envolvessem direitos subjetivos extirpadas, enfim, a independência dos juízes e Tribunais restou mais do que fragilizada. (16)

A maior tentativa de participação do Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal, no sentido de reformar-se a estrutura judiciária então existente, resultou no envio do Ofício P.GDG. nº 142, de 17.06.75, do Exmo. Sr. Presidente do STF, Min. Djaci Falcão, ao então Exmo. Sr. Presidente da República, Gal. Ernesto Geisel, documento este intitulado "Reforma do Poder Judiciário – Diagnóstico", síntese de opiniões oriundas não só daquela Corte, mas também de todos os Tribunais de Justiça do País.

Mas o “Diagnóstico” não escapou desta falta de racionalização e pecou, ainda, pelo caráter sigiloso e anti-democrático, excludente da participação da sociedade e das associações de magistrados em geral, quando da sua elaboração.

E a Lei Complementar nº 07/77 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) pouco mais representou do que um verdadeiro “rosário de restrições” aos magistrados. (17)

Como não podia deixar de ser, dado o momento político então vivido, as primeiras instâncias das diversas Justiças não mereceram quase menção.

No âmbito da Justiça Federal, apontou-se a insuficiência de juízes e a promoção por merecimento e antiguidade, bem como “soluções propostas para limitação e exata fixação da competência da Justiça Federal”.

Quanto à Justiça Militar, solicitou-se revisão da Lei de Segurança Nacional e da legislação penal militar.

No que pertine à Justiça Eleitoral, acenou-se com a esperança de que, com a mecanização do alistamento eleitoral, a demanda de pessoal deveria ser reduzida e, quando necessário, que se procedesse à disciplina das requisições de pessoal.

No que tange à Justiça do Trabalho, “sugestões individuais, de várias fontes” foram pela extinção dos cargos de juízes leigos; a necessidade de ampliação do número de órgãos judicantes; e adoção de medidas de caráter processual, tais como “a regulamentação específica da ação rescisória trabalhista; o dissídio coletivo em âmbito nacional ou inter-regional, quando a empresa possua quadro de carreira organizado e uniforme em todo o País, ou em área excedente dos limites jurisdicionais de um Tribunal Regional; redução dos recursos e adequada regulamentação das execuções de sentenças”.

Por fim, quanto às Justiças Estaduais, recomendou-se a criação de Escola ou Centro de Preparação de Magistrados; a exigência de fase probatória, para o definitivo ingresso na carreira; a construção de residência para o juiz e a concessão de adicionais pelo exercício do cargo em determinadas comarcas; a adoção de cursos periódicos de atualização de conhecimentos; obrigatória nomeação do juiz que figurar, por certo número de vezes, em listas de promoção por merecimento; medidas tendentes à obtenção de verbas suficientes, postas a tempo à disposição do Poder Judiciário nos Estados; a vedação de o juiz não exercer outra atividade, que não a de professor em escola de nível superior, situada em sua sede jurisdicional; a publicação mensal de estatísticas, para conhecimento do número de sentenças ou votos proferidos pelos magistrados; alteração do sistema penitenciário; e medidas de redução do custo das demandas.

Como se vê, não só nenhuma sugestão foi apresentada em termos de melhoria e racionalização das estruturas judiciárias existentes no País, como também o “Diagnóstico” nada disse quanto à restauração das antigas competências do Poder Judiciário, a começar pelas primeiras instâncias das várias Justiças, principalmente no que se referia aos poderes do juiz em razão de sua função; nisto, foi absolutamente silente, a não ser quando o controle deveria ser exercido por um Tribunal de apelação ou Superior sobre as instâncias inferiores.

Como se não bastasse, propunha cercear, na fonte, a possibilidade de dissenso de interpretação da lei, pelos juízes e Tribunais inferiores.



Esta omissão foi denunciada pela Oposição, mesmo após o fechamento do Congresso Nacional, ao afirmar que “a reforma não é reforma e a OAB continuará repetindo isso até que o Governo se preocupe como problema central do judiciário brasileiro, que é a primeira instância”. (18)

E a permanência da LOMAN, com toda a carga de autoritarismo que lhe foi conferida pelo Governo Militar – o qual aproveitou o Anteprojeto de Reforma do Poder Judiciário para estabelecer a eleição indireta de Governadores e de um terço do Senado Federal –, mesmo após o advento da Constituição-Cidadã de 1988, faz dar razão a AFFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, quando este afirmou, sob a égide dos AIs nºs 1, 2 e 5/69, que “a verdade é que os institutos da legalidade de exceção passaram, nas Constituições posteriores à Revolução, a figurar como atribuições normais e privativas do Presidente da República”. (19)

Válida a advertência, portanto, de KAZUO WATANABE, quando afirma que “aspecto que não pode ser negligenciado é a organização judiciária, certo que, por mais perfeitas que sejam as leis materiais e processuais, será sempre falha a tutela jurisdicional dos direitos, se inexistirem juízes preparados para aplicá-las e uma adequada infra-estrutura material e pessoal para lhes dar o apoio necessário”.

Assim como a de que, “à falta de um critério mais científico, que se assente em permanente pesquisa e atualização dos dados que digam respeito aos vários aspectos da problemática, as reformas postas em prática têm sido, não raro, bastante tímidas e fundadas em critérios eminentemente empíricos”. (20)

Este empirismo também foi observado em relação aos Juizados Especiais, a começar pela indefinição das matérias que deveriam ser consideradas de “menor complexidade”.

Tais causas, embora passíveis de serem compreendidas como aquelas que não contenham “alta indagação”, como no art. 984 do CPC, *e.g.*, ou seja, relativas a fatos incertos dependentes de provas a serem colhidas em outro feito (21), algumas vezes somente poderão ser definidas após prova produzida pelo réu (22), o que poderia dar margem à instauração de vários Conflitos Negativos de Competência.

Não à-toa, a Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro editou o Aviso nº 26/96, que expressamente determinou que “não haverá redistribuição para os juizados especiais cíveis dos feitos em curso na Justiça Comum, ainda que com anuência das partes”.

Além da consideração de que a competência prevista no art. 3º da Lei nº 9.099/95 é relativa, pesou também para a edição daquele ato normativo a preocupação de “evitar que os Juizados Especiais fossem subitamente assoberbados por enorme gama de feitos em andamento, em fases diversas, o que causaria imensurável dificuldade na adaptação de rito”. (23)

O Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Justiça cogitou, em sua Exposição de Motivos, que os Juizados Especiais Cíveis Federais poderiam “julgar os pedidos dos segurados para o cancelamento ou replantação de benefícios junto ao INSS ou à Assistência Social, as ações nas quais o mutuário do SPH estiver a discutir o reajuste de suas prestações junto à CBF” e “as de reparação de danos causados por acidente de veículos”, dentre “tantas outras”. (24)

Mas, aqui na 2ª Região, englobando os Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, assim como na 4ª Região, abrangendo os Estados de Paraná, Santa Catarina e do Rio

Grande do Sul, foram instituídas Varas Federais especializadas em matérias de natureza previdenciária e, em fins de março último, instaladas Varas especializadas em Execuções Fiscais nesta 2ª Região, nos termos do Provimento nº 13/99 da Corregedoria do Eg. TRF-2ª Região.

De modo que já aí haveria forte possibilidade de, como dito, surgirem vários conflitos de competência, a retardar o andamento dos processos, esvaziando, assim, o objetivo da própria criação dos Juizados Especiais Federais.

Ainda que tais conflitos não surgissem, ter-se-ia, dentro de uma mesma estrutura judiciária, dois Juizados Especializados criados para atender à demanda da mesma matéria.

O que mostra, uma vez mais, o empirismo com que a organização judiciária é tratada no Brasil.

As ações envolvendo mutuários do Sistema Financeiro de Habitação normalmente demandam a realização de prova pericial contábil, muitas vezes complexa, dada a especificidade da legislação que rege a matéria – basta lembrar os financiamentos concedidos por intermédio de Cooperativas, sob fiscalização da CEF –, o que poderia ensejar novo atraso dos processos, sob fundamento de não se tratarem de “causas de menor complexidade”.

As ações de reparação de danos de veículos são poucas e inconstantes, geralmente envolvendo colisão de veículos da ECT ou de órgãos da Administração Direta, inexistindo qualquer estudo de viabilidade econômica da criação de Juizado Especial Federal que justificasse o conhecimento exclusivo desta matéria por Vara Especial.

Alegou ainda o Excelentíssimo Senhor Ministro de Justiça que os Juizados Especiais Federais teriam “importância fundamental na implementação do efeito vinculante dos Tribunais Superiores contra a Administração Pública, permitindo célere adequação da decisão de caráter normativo às especificidades do caso concreto, sempre que isto se fizer necessário”.

De pronto, cabe salientar que a idéia dos Juizados Especiais é absolutamente independente da idéia das Súmulas Vinculantes, sendo despropositada, assim, a conexão vislumbrada pelo Excelentíssimo Senhor Ministro da Justiça.

O tema relativo à adoção da Súmula Vinculante é objeto da Proposta de Emenda à Constituição nº 500, de 1997 (PEC nº 54/95), criando a Súmula de efeito vinculante, “relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios”, quanto às “decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo, e as definitivas de mérito, se o Supremo Tribunal Federal assim o declarar, pelo voto de dois terços de seus membros”.

O Projeto foi aprovado em sessão plenária do Senado Federal, em 12.08.97, e encaminhado, no dia seguinte, à Câmara dos Deputados, com o Ofício SF/nº 829/97.

Inicialmente, ressaltamos o desprendimento da proposta da realidade cotidiana, ao se pretender vincular, por meio das chamadas Súmulas Vinculantes, os órgãos da Administração Pública, que, há algum tempo, vêm simplesmente se recusando, expressa ou tacitamente, a cumprir outros comandos normativos vinculativos, de matriz constitucional.

Assim, por exemplo, no que diz respeito ao repasse das verbas orçamentárias destinadas ao Poder Judiciário (25) e à inclusão das verbas requisitadas para pagamento de precatórios,

no Orçamento do exercício financeiro seguinte, situação esta para a qual sequer é cabível o sequestro previsto no art. 100 da CF, como recentemente decidido pelo Eg. STF (26).

De inodo que a pretensão de simplesmente importar para o nosso ordenamento jurídico a experiência alemã, berço da atribuição de eficácia vinculativa, mas apenas em âmbito constitucional, das decisões proferidas pela Corte Constitucional, no continente europeu, e da prática do stare decisis, no âmbito do direito anglo-saxão, mostra-se surrealista.

E que, quando se receia que tal Súmula Vinculante irá simplesmente servir para colocar os juízes dos demais Tribunais e instâncias inferiores em uma “camisa de força” (27), tal receio está longe de ser infundado.

Na verdade, desde a edição da Lei nº 4.348/64, até a instituição da Ação Declaratória de Constitucionalidade, que aos juízes em geral, mas notadamente aos das primeiras instâncias, em particular, vêm sendo retiradas, direta ou indiretamente, neste caso através de seguidas limitações estabelecidas por lei ou, até mesmo, por interpretações de Tribunais (28), as competências para conhecerem de matérias capazes de afetar as políticas públicas traçadas pelo Poder Executivo, ou de imporem limites de conduta aos órgãos públicos em geral, perenizando-se medidas de exceção como se democráticas fossem e sempre tivessem sido, como bem disse, à sua época, AFFONSO ARINOS DE MELO FRANCO.

Mesmo a justificativa de evitar-se o acúmulo de recursos endereçados aos Tribunais Superiores é de pouca credibilidade, uma vez que, ainda que contra os dizeres da Súmula Vinculante que tiver sido editada, nada impediria que os órgãos públicos, ainda assim, continuassem a utilizar os recursos com intuito manifestamente protelatório.

Pois é esta a realidade que estamos vivendo: o Poder Judiciário está sendo usado como desculpa para o contínuo postergamento, pelos órgãos públicos em geral, da assunção das suas responsabilidades e deveres sociais.

E daí decorre o descrédito na própria Justiça, buscando resolver os conflitos fora das estruturas formais existentes, muitas vezes de forma violenta e com sacrifício de direitos fundamentais. (29)

No fim das contas, a verdade é que pouca diferença fará atribuir-se ao Supremo Tribunal Federal, ou a uma Corte Constitucional criada apenas para esta finalidade, competência para expedir tal Súmula Vinculante.

Ao menos enquanto não for a sociedade, como um todo, e os Tribunais Superiores, em particular, cointerizada do papel relevantíssimo de proteção aos direitos fundamentais, a começar pela primeira instância, que é a que está mais próxima da carga de drama humano contida nos processos que para ela são encaminhados. (30)

A dificultar a “autêntica revolução” na Justiça Federal, propugnada pelo Excelentíssimo Senhor Ministro de Justiça, há que se apontar a tradicional dificuldade do Poder Público não só de concordar nas ações contra ele propostas, mas também a visão de que deve interpor recursos até as últimas instâncias, como demonstração de que não está sendo ímprobo com os dinheiros públicos.

Assim, por exemplo, ao tempo em que vigente a Lei nº 8.197/91, para que qualquer entidade integrante da Administração Autárquica ou Fundacional, ou empresa pública,

assim como para a própria União Federal, todas as causas com valor superior a mil reais, só poderiam ser objeto de transação com a prévia e expressa autorização do Ministro de Estado correspondente, ou pelo titular da Secretaria da Presidência da República, além da autoridade máxima da autarquia, da fundação ou da empresa pública e de manifestação do Ministério Público Federal, independentemente de a transação ser judicial ou extrajudicial (art. 1º, § 2º, da citada lei), sob pena de ineficácia. (Veja-se a Decisão nº 147/99 – TCU – Plenário, Rel. Min. Humberto Guimarães Souto, pub. *DOU* de 03.05.99, Seção 1, p. 23/24.)

A Lei nº 9.469, de 10.07.97, que aprovou a MP nº 1.561-6/97, aumentou a alçada máxima para transação para o valor de cinquenta mil reais; condicionou a prévia autorização do Advogado-Geral da União e dos dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas a realização dessas transações; e permitiu a não-interposição de recursos, ou a desistência dos já interpostos, bem como a não-propositura de ações, ou a desistência das já propostas, em que objetivava a cobrança de créditos de valor igual ou inferior a mil reais.

O novo valor e a diminuição das autoridades que deverão autorizar a transação contribuíram para uma maior efetividade concreta da norma legal, mas a necessidade da prévia autorização do Advogado da União ou do dirigente máximo da respectiva entidade, sem se permitir ao próprio procurador autárquico ou ao Advogado da União o exercício de liberdade discricionária quanto a transigir ou não em determinada causa, nos limites quantitativos previamente fixados, continua a representar problema sério, ainda mais quando a discricionariedade desta autorização a ser deferida caso a caso pelas autoridades acima referidas, especialmente em épocas de contingenciamento orçamentário, não estiver balizada por parâmetros objetivos de orientação.

Quanto à obrigatoriedade de exaurimento das vias recursais, como condição para o reconhecimento da obediência ao princípio da improbidade administrativa, vejam-se as Decisões nºs 99 – TCU – Plenário, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, *DOU* de 15.04.99, p. 149 e 169, de 14.05.99, p. 26/29, do mesmo Relator.

Além destas questões, há outras já observadas na experiência dos Juizados Especiais Estaduais, que merecem ser destacadas.

Embora saudados pelo ilustre professor argentino EUGENIO RAÚL ZAFFARONI como “um caso real de laboratório jurídico, cuja experiência é feita num Judiciário que tem condições diferentes na América Latina, onde ainda temos formas primitivas de nomeação e promoção” (31), não há dúvida de que os Juizados Especiais ressentem-se de adequada estrutura administrativa, desde dados capazes de facilitar a comparação entre a atuação dos Juizados Especiais e da Justiça Comum, sendo justa a observação de LUIZ WERNECK VIANNA, no sentido de que “não se formula política pública sem informação” (32), dada a necessidade de monitoração da evolução da atuação do órgão judiciário e como meio de prever futuras necessidades de recursos financeiros e humanos; até a informatização dos seus serviços, a qual, embora reconhecida como uma “necessidade”, ainda não é uma “realidade” em alguns Estados, como o do Rio Grande do Norte. (33)

Como dito por WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR, “já foi visto que a instrumentalização da Justiça, com a utilização de técnicas como a oralidade e a simplicidade dos atos processuais não prescindem de instalações que propiciem atuação do Judiciário com

essa roupagem, assim como de sistema operacional informatizado para materializar a forma de simplificação do processo”.

Também a inexistência de Defensoria Pública da União – criada pela LC nº 80, de 12.01.94, mas até hoje sem ser implementada – continuará a dificultar o acesso à Justiça, mesmo após a instituição dos Juizados Especiais Federais.

A devida estruturação dos Juizados Especiais, tanto Estaduais como Federais, mais se fará necessária e urgente quanto maior o fluxo da demanda reprimida da classe média empobrecida por Justiça, o que inevitavelmente acabará por assoberbar estes órgãos com milhares de processos, acarretando, assim, novo risco de morosidade da entrega da prestação jurisdicional.

Problemática mostra-se a utilização de medidas cautelares inominadas contra o Poder Público.

Várias são as leis que proibiram a concessão de tais medidas, inclusive liminarmente, apenas porque uma das partes é a Administração Pública Federal Direta ou Indireta.

Vejam-se, assim, as Leis nºs 2.770/56, art. 1º.; 4.348/64, arts. 1º., letra “b”, e 5º.; 5.021/66; 7.969/89; 8.076/90; 8.437/92; 8.870/94, cujos arts. 19 e 23 determinaram a obrigatoriedade da efetivação de depósito prévio para a admissibilidade de quaisquer ações, “inclusive cautelares”, propostas contra o INSS; e, finalmente, a Lei nº 9.494, de 10.09.97, cujo art. 1º. estendeu à tutela antecipatória prevista no art. 273 do CPC todas as restrições anteriormente estabelecidas para as medidas cautelares inominadas, mandados de segurança e ação civil pública.

Tais restrições – a meu ver, inconstitucionais, como exposto em meu livro “MEDIDAS CAUTELARES INOMINADAS SATISFATIVAS OU JUSTIÇA CAUTELAR”, já que o fundamento do poder geral de cautela desvinculou-se da base puramente legal para ligar-se à proteção e efetivação do Estado Democrático de Direito e dos Direitos e Garantias Fundamentais, de matiz constitucional ou supraconstitucional – sem dúvida irão emperrar, deveras, a marcha dos procedimentos instaurados nos Juizados Especiais Cíveis Federais, que deveriam ser céleres e expeditos.

Pertinente, assim, a proposta de Emenda à Constituição Federal apresentada pela AJUFE – Associação dos Juizes Federais, na Câmara dos Deputados, em abril deste ano, vedando “a edição de qualquer ato normativo tendente a restringir o deferimento pelo órgão jurisdicional competente de medidas liminares, cautelares ou antecipatórias, quando caracterizado o risco de produção de dano irreparável ou de difícil reparação”, sob o fundamento de que “a impossibilidade de concessões de liminares, em casos de urgência, prejudica o cidadão, o empresário, o trabalhador”. (34)

Todas estas limitações ao exercício de uma jurisdição efetiva, capaz de alterar, para melhor, a realidade da vida cotidiana, nada mais representam, em última análise, que não-desconfiança no juiz enquanto profissional, desconfiança esta que está longe de ser exclusividade nossa (35), mas que não deixa de ser profundamente injusta.

Creio, por fim, que a grande inovação legislativa que irá representar imediato desafogamento das Varas e Tribunais Regionais Federais, será a definição das causas de pequeno valor, para os fins de pagamento independentemente da expedição de precatório, estabelecida pelo art. 100, § 3º, da CF/88, com a redação dada pela Emenda nº 20/98.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) GIOVANNI ARIETA, "I Provvedimenti d'Urgenza", CEDAM, Padova, 1985, p. 36, nota 20.
- (2) MAURO CAPPELLETTI, "Juizes Irresponsáveis?", trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988, p. 10, afirma que "o sistema italiano, contra o qual se pronunciou a maioria do país por mais de vinte milhões de votos, foi descrito por mim no relatório de 1982 como 'a ilustração mais radical' de uma solução na qual se combinam os riscos do 'isolamento corporativo' da magistratura, com a ausência, quase total até, daqueles controles internos, que, em outros países, existem no âmbito da magistratura".
- (3) EDGARDO BUSCAGLIA, "Obstacles to Judicial Reform in Latin America", "in" Justice Delayed, Inter-American Development Bank, Washington, D.C., 1998, p. 15: "Most of the region's judiciaries are weak, overly politicized, and dependent on the executive power, and thus do not provide effective oversight and control of other branches of government".
- (4) LYNN A. HAMMERGREN, p. 19: "Beyond the concerns about collaboration with repressive governments or susceptibility to political pressures, the general complaints and more systematic observations paint a picture of relatively passive, weak, antiquated, nonprofessional and penetrable institutions".
- (5) MARIA DAKOLIAS, "The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean - Elements of Reform", The World Bank, Washington, D.C., 1996, p. 03, nota 09: "The results of business surveyed throughout Latin America indicate that the judicial system is considered to be among the top ten most significant constraints to private sector development. The results of this survey indicate that in samples of 60 to 100 firms per country, the majority of these enterprises consider the role of the judiciary as "deficient". A survey was conducted by the World Bank in May 1993 to determine the constraints to Ecuadorian private sector development. In this survey, the judicial system was considered to be the sixth most significant constraint to private sector development. According to the business survey results, a malfunctioning judiciary affects the decision of whether to invest because of the lack of certainty and probability of delay in enforcing contractual rights. The results of the 68 enterprises surveyed indicate that the most significant constraints to private sector development were as follows: political instability, inflation and price instability, lack of skilled labor, lack of infrastructure, high level of taxation, poor functioning of the judicial system, regulatory constraints, access to credit and lack of services".
- (6) MARIA DAKOLIAS, op. cit., p. xi.
- (7) MARIA DAKOLIAS, op. cit., p. xiii.
- (8) NESTOR HUMBERTO MARTÍNEZ, Rule of Law and Economic Efficiency, "in" Justice Delayed, op. cit., p. 10.
- (9) Jornal "FOLHA DE S. PAULO", 03.11.97, "apud" PAULO BONAVIDES, op. cit., p. 29.
- (10) VERA LÚCIA ROCHA SOUZA JUCOVSKY, Justiça Federal nos Países que a Adotam, Série Monografias do CEF, Brasília-DF, 1997, p. 66.
- (11) CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, A Justiça Federal através de Documentos, Série Pesquisas do CEJ, 1, Brasília, DF, 1994, p. 38, referindo-se a pesquisa realizada pela Salles Inter-Americana de Publicidade S/A em 1990; MARIA TEREZA SADEK e ROGÉRIO BASTOS ARANTES, The Crisis of The Brazilian Judiciary: The Judges Perspective, "apud" MARIA DAKOLIAS, op. cit., p. 04, informam que 74 por cento do público vê a administração da justiça como "regular" ou "fraca".
- (12) MARIA DAKOLIAS, op. cit., p. 04.

- (13) NESTOR HUMBERTO MARTÍNEZ, op. cit., p. 05.; "Jornal do Commercio", 09 e 10.05.99, p. A-14.
- (14) ALCINO SALAZAR, Poder Judiciário – Bases para Reorganização, Ed. Forense, 1975, 1ª ed., ps. 64-65 e 117.
- (15) EVANDRO LINS E SILVA, "O Salão dos Passos Perdidos", Fundação Getúlio Vargas, 1997, p. 492, lembrando entrevista dada em 1947 ao "O Jornal".
- (16) EVANDRO LINS E SILVA, op. cit., p. 404, ao dizer que o Supremo Tribunal Federal "teve aumentados os seus poderes como órgão judiciário porque se transformou num tribunal judiciário, encarregado de julgamentos que nada tinham que ver com o problema institucional do País"; à p. 405, lembra que "a advocatária não era permitida na questão política. Só nos pleitos privados"; e, à p. 408, confessa que "o Tribunal não tinha independência, na época, para votar nada contra o governo".
- (17) F. A. DE MIRANDA ROSA, "Justiça e Autoritarismo", Jorge Zahar Editor, 1985, ps. 45-51 e 54.
- (18) ALCIDES MUNHOZ DA ROCHA, Diretor da Seção Paranaense da OAB, "apud" Senador Franco Montoro, discurso proferido em 15.04.77, "In" Livro Branco do MDB contra as "Reformas", Diretório Nacional do Movimento Democrático Brasileiro, Coleção Alberto Pasqualini, v. XIII, Senado Federal, 1977, p. 47.
- (19) AFFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, Algumas Instituições Políticas no Brasil e nos Estados Unidos, Forense, Rio de Janeiro, 1975, 1ª ed., p. 102.
- (20) KAZUO WATANABE, "Da Cognição no Processo Civil", Ed. Revista dos Tribunais, 1987, ps. 23 e 25.
- (21) Apud THEOTÔNIO NEGRÃO, 30ª ed., 1999, nota 1-a ao art. 984 CPC.
- (22) PONTES DE MIRANDA, apud JOSÉ CARLOS PESTANA DE AGUIAR, "Juizados Especiais Cíveis e Criminais", Ed. Espaço Jurídico, 1997, p. 17, "fine"/18.
- (23) NATACHA NASCIMENTO GOMES TOSTES e MÁRCIA CUNHA SILVA ARAÚJO DE CARVALHO, "Juizado Especial Cível", Ed. Renovar, 1998, p. 34.
- (24) No mesmo sentido, WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR, "Juizados Especiais na Justiça Federal", RePro 88.
- (25) O "JORNAL DO COMMERCIO", 29.08.98, p. B-6, noticiou o encontro chamado Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça do Brasil, que aprovou a formação de uma comissão, integrada por desembargadores, "para tratar de desenvolver um anteprojeto de lei para aperfeiçoar o mecanismo de repasse de recursos pelos Executivos estaduais aos tribunais de Justiça, o duodécimo". Ainda segundo a matéria, "no encontro, o Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, João Martins – que reclamou medidas mais severas contra os governos que descumpram os repasses obrigatórios ao Judiciário e chegou a propor um processo sumário de sequestro para estes casos, em vez das propostas de intervenção federal apresentadas ao Supremo Tribunal Federal – foi designado para a presidência da comissão".
- (26) ADIN. nº 1.662-SP-Medida Cautelar, STF, Pleno, Rel. MIn. Maurício Correa, julg.: 11.09.97, dec. p. maioria pub. DJU de 20.03.98, Seção 1, p. 147.
- (27) CLÁUDIO BALDINO MACIEL, Presidente em exercício da AJURIS-Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, "apud" LENIO LUIZ STRECK, Súmulas no Direito Brasileiro, eficácia, poder e função – A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante, Livraria do Advogado Editora, 2ª ed., Porto Alegre, 1998, p. 163, "fine"/164, que ainda indaga: "Quais interesses estarão por detrás de tão grave fragilização do Poder Judiciário?".

(28) Assim as Súmulas n<sup>os</sup> 8 e 9 do TJRS, respectivamente: “Não é admissível, no juízo de 1º grau, a concessão de medida cautelar inominada, ou sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária do Tribunal”; “Não é admissível, em ação cautelar inominada, a concessão de liminar nos casos em que, na via do mandado de segurança, houver vedação legal ao deferimento de liminares”.

(29) CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, A Justiça Federal através de Documentos, Série Pesquisas do CJP, 1, Brasília, DF, 1994, p. 40, “fine”/41: “A principal consequência da imagem negativa da Justiça é o descrédito, e, por reflexo, a criação e o estímulo à solução dos litígios por outras vias (‘soluções dadas por alguém com credenciamento social’; ‘arbitragem informal’ ou ‘autocomposição dos litígios’). Enfim, busca-se resolver o litígio fora da órbita da Justiça, porque não se acredita em sua eficácia”.

(30) Como bem dito por LYNN A. HAMMERGREN, op. cit., p. 96: “Indeed the general pattern in Latin America continues to suggest that of itself the choice among these three major alternatives (decentralization, centralization in the Supreme Court, creation of a separate constitutional court or chamber) makes little difference. It cannot override more fundamental factors like the inclination of judges, whether because of political pressure or institutional norms, to avoid their role in defending constitutional principles or the unwillingness of institutional and political elites to tolerate let alone encourage more activism. (...)”.

(31) “Juizados Especiais – Um Novo Tempo na Justiça”, TJERJ, n<sup>o</sup> 11, Ano III, 1999, Ed. Extra, p. 41.

(32) LUIZ WERNECK VIANNA, “Juizados Especiais – Um Novo Tempo de Justiça”, TJERJ, n<sup>o</sup> 11, Ano III, 1999, p. 04.

(33) Juiz João Cabral da Silva, Coordenador dos Juizados Especiais do Rio Grande do Norte, in “Juizados Especiais – Um Novo Tempo na Justiça”, n<sup>o</sup> 10, Ano II, nov./dez. 98.

(34) “A Reforma do Poder Judiciário”, A Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE na Comissão de Reforma do Poder Judiciário da Câmara dos Deputados, Brasília/DF, 1999, p. 14.

(35) MIGUEL SANCHEZ MORÓN, “El Control de Las Administraciones Públicas y sus Problemas”, Instituto de España ESPASA CALPE, Madrid, 1991, p. 129: “Ya no existen zonas inmunes al control judicial de la Administración. Es más, amparados en la independencia que el Título VI de la Constitución les garantiza e imbuidos de un nuevo talante creativo, muy distinto del medroso o acomodaticio de épocas pasadas, preparado durante años por el desarrollo de la doctrina jurídica, Jueces y Magistrados, no sólo del orden contencioso-administrativo sino también de otros órdenes jurisdiccionales, particularmente del penal, se han afanado en poner coto a las irregularidades administrativas, actualizando las técnicas de control, combatiendo la arbitrariedad y reduciendo los márgenes de discrecionalidad de la Administración” (grifei).



## COMO TORNAR MAIS EFETIVO O DIREITO AMBIENTAL

Maria Helena Cisne Cid\*

O desenvolvimento da humanidade, nos últimos cinquenta anos – período no qual todo o conhecimento acumulado cresceu de forma tão incrível (hoje dobra de quatro em quatro anos, quando, antigamente, necessitava-se de quarenta), que se poderia dizer ter sido desmentido o jargão de que a natureza não dá saltos –, deixa bem claro que o Homem tem de modificar o seu modo de encarar determinados problemas que, se dantes se apresentavam setoriais, hoje afetam a todos, sem respeito a fronteiras, etnias, credos ou línguas.

É inegável a importância do desenvolvimento tecnológico, do qual o Homem não mais pode abrir mão. Com as complexidades do mundo atual, não mais se pode prescindir do computador, que, inicialmente, como um hóspede de luxo, hoje se transformou em um déspota em seu cotidiano. Viver sem o computador hoje é praticamente impossível, a despeito de estar-se consciente de que junto a ele estão problemas que precisam ser suportados. Sim, a tecnologia é uma realidade. Prolongou a vida do Homem; tornou-o mais confortável e mais estressado; agregou-lhe respeitável camada adiposa, encheu-o de orgulho e deu-lhe a impressão de que lhe é permitido até imitar o Criador, inventando a vida.

Sem desconhecer a importância dos avanços da técnica, não se pode olvidar que três setores importantíssimos da vida do Homem estão sendo afetados de maneira incontrolável por ela: a economia, a segurança e a qualidade de vida. Os problemas daí resultantes são: a globalização, a criminalidade organizada e agressão ao meio ambiente. Em si, a técnica é neutra no que respeita à incrementação desses problemas. Realmente, a violência acompanha a dolorosa marcha da humanidade – basta lembrar Átila, Aníbal, Alexandre, Napoleão, Hitler, em termos individuais, e Vietnã, Iugoslávia, Ruanda, Costa Rica e muitas outras nações destruídas pela incúria dos Homens. Pode-se até dizer que as armas atuais são “mais humanas”, na medida em que se mata sem sujar as mãos e sem encarar a dor na face do inimigo, que sequer se precisa odiar. A globalização, que iniciou com o casal Cury, com a descoberta do rádio, em si, pode ser encarada como algo positivo. Não fosse a globalização, a Ásia não teria alcançado o fabuloso desenvolvimento atual, que deu condições de vida mais humanas a um terço da população mundial.

No que respeita à utilização pelo Homem dos recursos da natureza, é isso perfeitamente legítimo, não só por sua ascendência sobre os demais brutos, aos quais governa, como por estar consagrado pelas teologias desde o início dos tempos. É ver-se “O Gênesis” do Velho Testamento<sup>1</sup>. A perversidade desses fatores eclode, atingindo níveis incríveis, quando a eles se agrega um outro, também muito próprio da humanidade no atual estágio

de evolução em que se encontra: o egoísmo, o pai de todos os vícios, que é acompanhado pela ganância, pela vaidade, pela insensibilidade, pelo incremento da violência, pela utilização de quaisquer meios para obter a satisfação de objetivos muitas vezes escusos. É nessa hora que se pode ver a distância que permeia as conquistas tecnológicas e as conquistas éticas do ser humano. O Homem do limiar do terceiro milênio é um ser perdido, que não se debate apenas com a guerra voltada à ambição de posse, mas, sobretudo, com a guerra interna que trava dentro de si, intoxicado pelos vapores da ganância, do egoísmo, do orgulho, da ira e da violência. O passar dos milênios não foi suficiente para ensinar ao Homem o principal investimento da Vida, a importância dela.

O tema proposto diz respeito à agressão ao meio ambiente. Nele deve-se fixar a discussão. Efetuada uma pesquisa sobre os principais fatores responsáveis pela poluição, verificou-se serem: a destruição das florestas tropicais; a destruição da camada de ozônio; a erosão do solo e a expansão dos desertos; a poluição industrial; o efeito estufa; a fome e a pobreza; os desperdícios (mormente em armamentos)<sup>2</sup>. Todos eles estão interligados, pois a destruição das florestas ocasiona a da camada de ozônio, a erosão do solo e expansão dos desertos, incrementando a fome e a pobreza, também agravadas pelos desperdícios. À conta da poluição industrial, juntamente com a destruição das florestas, pode ser creditado o efeito estufa. Todos os fatores relacionados são altamente perniciosos aos mecanismos que suportam a vida no planeta.

Portanto, detectadas as causas, deve-se partir para o encontro das soluções que possam, se não afastá-las, pelo menos suavizá-las. É incontestável que sendo o Homem o principal ator desse drama, qualquer modificação do *script* terá de, necessariamente, passar por uma reforma sua. Isso importa, em um primeiro momento, na imperiosidade de educar-se o Homem, porém não apenas instruindo-o, saturando-o de conhecimentos, que, aliás, não mais precisa sequer decorar, sendo suficiente que saiba “navegar” na *internet*. É necessário dar-lhe sabedoria, mostrar-lhe a importância de cada um no contexto mundial, conscientizando-o de que, enquanto uma só criança morrer de fome e um velho de frio, não haverá possibilidade de paz e felicidade no mundo. Portanto: é preciso mudar o Homem, incutindo-lhe, ou reavivando-lhe, valores morais que lhe estão escondidos no ímo de suas almas.

É um trabalho demorado, que demanda esforço, sacrifício, desprendimento e grandeza de caráter, coisas que estão faltando neste mundo globalizado, perverso pela exclusão social que acarreta. Todavia, não há tempo para que, pelos meios normais, essa mudança, em si difícil, em que pese não impossível, se efetue. Antes disso, sem que a observação signifique qualquer filiação a correntes apocalípticas, a humanidade ter-se-á destruído, ou pela sanha dos militaristas ou pelos insensatos sonhos dos eugenistas, homens atormentados interiormente por excesso de fascínio por si próprios.

O que se vê é que leis existem, procurando conter, ou pelo menos suavizar, os efeitos deletérios dos três fatores supra-relacionados: a criminalidade organizada, a globalização e a agressão ao meio ambiente. Homens de boa vontade têm trabalhado arduamente, na procura de soluções conjuntas, através de acordos internacionais. Vasta regulamentação existe relativamente aos três setores. Foram criadas Cortes Internacionais de

Justiça (a Corte Européia, a Corte de Estrasburgo, a Corte Americana), todas buscando conter a criminalidade e o desrespeito aos direitos humanos. Convenções da ONU, como a realizada no Rio de Janeiro em 1992 (ECO/92), têm sido firmadas. O mundo, perplexo ante o fenômeno da globalização, que se lhe tornou um “rebento” incontrolável, vem procurando medidas que sustem os efeitos deletérios dos “vôos arrasadores” do capital flutuante. Infelizmente, são medidas que mais facilmente são declaradas, e escritas no papel, do que efetivadas. Muitas não passam de respeitáveis declarações de intenções.

Se o mundo ficou tão pequeno a ponto de as economias dos países em desenvolvimento poderem ir à bancarrota no tempo necessário para se dar um telefonema, e o capital proveniente do crime organizado ter mais poder dentro de uma nação estrangeira do que o seu próprio governo, não há outra alternativa para conter os efeitos deletérios da globalização, da criminalidade e da agressão ao meio ambiente senão instituindo-se um governo único para o planeta nas questões que a todos afetam. É necessário que as nações se reúnam e estabeleçam tribunais internacionais, com representantes de todas as nações, com jurisdição sobre todo o globo, sobre todos os povos, com normas uniformes, sem descurar do respeito às culturas regionais, com poder de impor as suas decisões, tomadas de forma democrática, e que ataquem, com vontade, esses três fatores que, qualificados pelo egoísmo, ganância e ausência de ética do Homem moderno, transformaram-se em cancrios da humanidade, essa mesma humanidade que se prepara para entrar no terceiro milênio da era cristã, mas que está cada vez mais se afastando dos postulados daquele que disse ser, de todas a maior, a lei que mauda “amar a Deus sobre todas as coisas e ao próximo como a si mesmo”.

No terreno da ecologia, dentre as medidas de cunho geral tendentes a sustar a degradação do meio ambiente, podem-se, à guisa de exemplos, citar:

- criação de organismos internacionais para estudos da situação ambiental, estabelecimento de zonas e atividades prioritárias, criação de normas padronizadas de proteção ao meio ambiente, julgamento das infrações, organismos esses com jurisdição plena sobre todas as nações do mundo e força para o cumprimento de suas decisões;
- estabelecimento de multas pesadas e, se necessário, interferência desses organismos internacionais nos governos que desrespeitarem as normas comunitárias de proteção ao meio ambiente;
- regulação do aproveitamento dos recursos naturais, com indenização justa às nações que se virem impedidas ou cercadas, em prol da comunidade internacional, da exploração de riquezas que ainda conservam;
- imposição de normas às indústrias que as obriguem a medidas de proteção ao meio ambiente e confecção de produtos biodegradáveis;
- formação de um fundo, com recursos fornecidos pelas nações mais poluidoras, destinado à ajuda às nações em desenvolvimento, e para onde serão canalizadas as multas impostas às nações infratoras;
- obrigatoriedade de reciclagem do lixo.

Nada disso será alcançado, entretanto, sem um investimento maciço em educação, considerada no seu aspecto mais amplo, como no particular da educação ambiental, demonstrando ao Homem a importância da sua participação no processo de evolução da Humanidade. A educação desperta no Homem o seu senso estético e ético, estimulando o desenvolvimento de seus sentimentos mais elevados, que não apenas o afastam da sua original animalidade, assim como também o ajudam na sua ascensão rumo à aspirada angelitude. É uma utopia? Talvez... Mas é preciso acreditar nas utopias. Como dizia Padre Antônio Vieira: elas ajudam a caminhar.

*\* Juíza do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Artigo classificado no concurso de Monografias da Associação dos Magistrados Brasileiros (Rio de Janeiro, 20 de maio de 1999).*

<sup>1</sup> *BÍBLIA SAGRADA, Gen., 1:26,29.*

<sup>2</sup> *Informação colhida do opúsculo denominado "Você conhece as sete maiores asneiras do Mundo?", da Society in Support of Planet Management, com sede em Montreal.*

## CONFLITO ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS

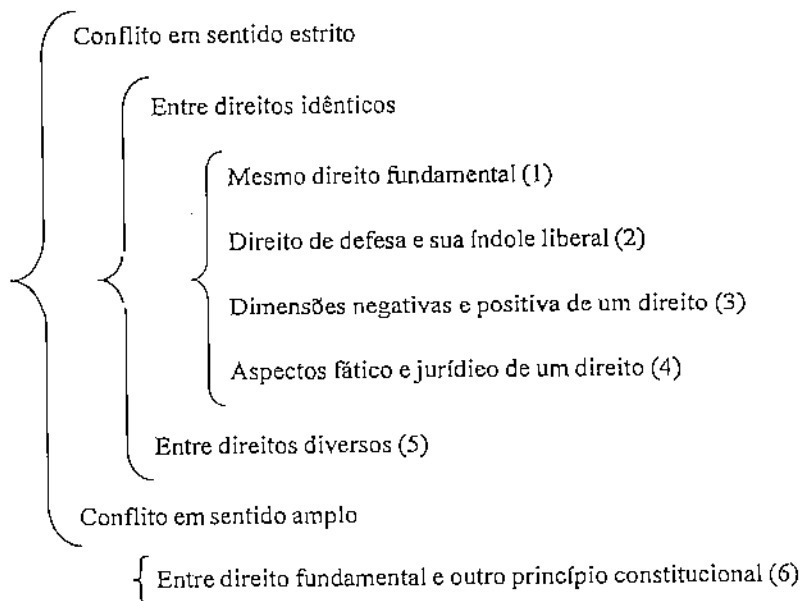
Dra. Liliane do Espírito Santo Roriz de Almeida  
(Juíza Federal da 21ª Vara Federal do Rio de Janeiro)

Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RJ, em 21/09/99, para obtenção do grau de mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado, tendo sido aprovada pela Banca e recomendada a publicação.

EXAMINADORES: MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO;  
PROF. INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO;  
PROF. JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM;  
PROF. CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO (ORIENTADOR).

São inúmeras as situações em que dois ou mais direitos fundamentais, que postulam soluções contrárias, competem entre si.

Colocado ante uma dessas situações de colisão entre normas, a primeira preocupação do julgador deve ser a de enquadrá-la em uma das diversas modalidades de conflito, quais sejam:



Exemplos:

- (1) Co-autores de invento industrial pretendem, a título unitário, a patente para sua utilização.
- (2) A polícia mata o seqüestrador para proteger a vida do refém e para manter a segurança pública, não estimulando novos seqüestros.
- (3) A liberdade de associação ou a de religião, que admitem, ao mesmo tempo, tanto que a pessoa escolha a qual associação ou a qual religião pretende aderir, quanto que não se associe a instituição alguma ou que seja ateu.
- (4) O direito à igualdade, em relação às chamadas ações afirmativas ou discriminações positivas, que, no aspecto jurídico, representam uma quebra do princípio da igualdade, mas que, no aspecto fático, determinam um resultado de maior igualdade entre uma minoria, relativamente à maioria.
- (5) A liberdade de imprensa ou de expressão e o direito à honra ou à imagem.
- (6) A livre iniciativa ou livre concorrência, em colisão com o princípio da defesa do consumidor ou da redução das desigualdades sociais.

Identificada a modalidade do conflito, o passo seguinte é o de enquadrá-lo em uma das dimensões relacionadas à natureza das normas (obrigatórias, proibitivas, permissivas negativas e permissivas positivas), especialmente quando se trata de conflito entre regras.

Dissecado, assim, o conflito, passa-se a tentar solucioná-lo, sempre tendo em mente duas idéias básicas:

- a) não se resolve o conflito hierarquizando as normas; e
- b) deve-se solucioná-lo pelo sopesamento da importância relativa de cada direito ou princípio envolvido.

Destaque-se que a Suprema Corte americana – que juntamente com a Corte Constitucional alemã desenvolveram a teoria da solução dos conflitos – adota, na prática, a teoria da posição preferencial das liberdades civis, ou *preferred position*, pela qual a liberdade de expressão é a matriz indispensável de quase todas as outras formas de liberdade.

Podem ser identificadas, na doutrina e jurisprudência, três etapas para solução dos conflitos:

**1ª ETAPA (regras de exclusão):** identifica-se o âmbito de atuação de cada um dos direitos envolvidos, verificando-se se uma das situações se encontra fora de seu “limite máximo de conteúdo”, eliminando-se, com isso, as situações em que não ocorre efetivamente um conflito. É o caso, por exemplo, do conflito entre a liberdade de expressão e o direito à honra, se a matéria publicada tratar de uma calúnia, injúria ou difamação, vez que a garantia constitucional não abrange a proteção de um crime.

**2ª ETAPA (identificação dos núcleos essenciais):** estabelece-se o núcleo essencial de proteção – ou “modos primários típicos de exercício de um direito” – de cada um dos direitos em conflito, para que sejam ambos preservados. Cabe destacar que essa identificação deve ser feita sempre em concreto, tomando-se o cuidado para que não seja muito ampla – sob o risco de se produzir soluções inaceitáveis –, nem muito reduzida – para que não resulte em solução insatisfatória.

**3ª ETAPA (teste do balanceamento):** para se fazer este teste, deve-se utilizar um método e três princípios:

\* *O método da ponderação de valores:* procede-se a uma ponderação pontual dos valores envolvidos, distribuindo-se proporcionalmente os custos do conflito, mas cuidando para que o sacrifício de parte de cada um dos direitos envolvidos seja o menor possível, chegando à necessária e adequada ponderação, sem perder de vista o conjunto dos valores constitucionalmente protegidos, objetivando alcançar uma harmonização entre eles, sem que isso signifique um método matemático. Robert Alexy ensina que a ponderação deve ser feita em três planos: “*No primeiro plano, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito*”.

\* *O princípio da unidade da Constituição:* o papel desse princípio é o de reconhecer as oposições e tensões havidas no texto constitucional e determinar o verdadeiro alcance de cada uma delas, harmonizando-as, em busca do equilíbrio perfeito que deve haver, vez que foi fruto do consenso de um poder constituinte.

\* *Os princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade:* inicialmente, cabe esclarecer que os dois princípios vêm sendo aceitos, pela doutrina e pela jurisprudência, como, em linhas gerais, de parentesco próximo, mantendo uma relação de fungibilidade. O princípio da razoabilidade – ligado e desenvolvido pelo direito anglo-americano (*reasonableness*) –, assim como o princípio da proporcionalidade – mais utilizado pela Europa Continental e de largo uso pelo Brasil –, destinavam-se, originalmente, a controlar a relação entre os fins objetivados e os meios efetivamente utilizados, nas ações do Poder Público, limitadas a essa justa proporção. Ambos integram o direito constitucional brasileiro, embora nenhum deles esteja expresso na Constituição, e a eles deve recorrer o intérprete, sempre que necessário.

Tendo em conta, pois, o método e os princípios mencionados, procede-se ao teste do balanceamento, associando-se cada um dos núcleos essenciais a um valor ou princípio constitucional – por exemplo, associar-se a vedação da pena de morte ao direito à vida –, para depois determinar o âmbito em que cada um vai incidir, naquele caso concreto, de forma a que cada um dos direitos em conflito seja ao menos parcialmente preservado, objetivando-se alcançar uma harmonização entre eles.

Finalmente, para se avaliar a adequação do balanceamento efetuado, cinco perguntas devem ser respondidas:

- a) O sacrifício, ainda que parcial, de um dos direitos em conflito é justificável?
- b) A relação custo/benefício entre o sacrifício e o benefício é adequada ao fim desejado?
- c) As medidas adotadas encontram-se dentro dos limites iminentes das normas em conflito?
- d) Seus núcleos essenciais foram respeitados?
- e) O meio e o fim utilizados manifestam-se razoável e proporcionalmente?

A jurisprudência colhida junto ao Supremo Tribunal Federal – que consta do trabalho – demonstra que a mais alta Corte do País prestigia, embora assistematicamente, o método de solução de conflitos descrito.

Finalizando, cabe destacar que, ao se adotar o princípio da unidade da Constituição, chega-se à conclusão que o conflito entre normas constitucionais é apenas aparente, vez que a Carta é una, não admitindo antinomias. Assim, não há colisão real, mas apenas conflito aparente entre as normas constitucionais.



## DIREITO ADQUIRIDO

Roy Reis Friede (\*)

Sem a menor sombra de dúvida, a acepção básica do denominado direito adquirido encontra abrigo, sobretudo, na questão fundamental (e anterior) da irretroatividade das leis para disciplinar situações jurídicas já perfeitamente caracterizadas durante a vigência da legislação pretérita.

“As nossas Constituições de 1824 e de 1891, nos seus arts. 179, inc. III, e 11, § 3º, respectivamente, tiveram a sua preocupação voltada para fulminar a utilização retroativa da lei. A partir de 1934, a matéria sofreu uma alteração. De certa forma reconheceu-se que há uma retroatividade neutra, ou até mesmo favorável, isto é, ou não produz efeitos relativamente aos particulares, ou, se produz, o faz para melhorar a sua situação jurídica. É a chamada retroação benigna. Destarte, a Constituição dessa data passou a especificar quais as situações jurídicas insuscetíveis de sofrerem a retroatividade das leis, nomeadamente, a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. Salvo a Constituição de 1937, todas as demais Constituições mantiveram-se fiéis à sacrossanta irretroatividade, respeitada, sempre, a formulação técnica consistente no resguardo da já clássica trilogia (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada)” (Celso R. Bastos, ob. cit., p. 126).

É, pois, segundo esta ótica, da efetiva inviolabilidade do passado, o princípio norteador da concepção constitucional do chamado direito adquirido, desde a sua primeira aparição nos textos constitucionais brasileiros.

“A inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois, segundo as sábias palavras de Portalis, o homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não pudesse julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso de seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. Na ordem do universo e da natureza, só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira da nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade querer mudar, através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças” (Vicente Ráo, in O Direito e a Vida dos Direitos, v. 1, p. 428).

Em termos efetivos, e consoante a legislação em vigor que regula o instituto, por efeito, denomina-se direito adquirido todo o *direito* que, derivado do *ato jurídico perfeito* ou da *coisa julgada*, já tenha sido efetivamente incorporado ao patrimônio do titular e, por esta razão – independente do prévio e anterior pleno exercício (conceito próprio de direito exaurido) –, não mais pode ser subtraído do mesmo, em face do advento de nova ordem jurídica normativa que regula, de forma diversa, a situação jurídica anterior.

“De acordo com a redação atual da Lei de Introdução ao Código Civil, ato jurídico perfeito é o ‘já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou’. Coisa julgada, ‘a decisão judicial de que já não caiba recurso’. Direito adquirido, aquele cujo ‘titular, ou alguém por ele, possa exercer’, assim como aquele ‘cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condições preestabelecidas, inalteráveis a arbítrio de outrem’.

Por efeito, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são respeitados como fontes de direitos subjetivos adquiridos. O fundamental, pois, é a proteção destes para a segurança das relações jurídicas.

Note-se, todavia, que o respeito aos direitos adquiridos não veda a sua restrição, nem mesmo sua eliminação por lei posterior à sua aquisição. Apenas significa que essa restrição ou supressão só tem efeitos para o futuro. Do contrário, o legislador seria praticamente impotente, já que toda alteração de leis, ou edição de novas, atinge, do instante da publicação em diante, direitos adquiridos. Destarte, não há direito adquirido à permanência de um estatuto legal” (Manoel G. F. Filho, ob. cit., p. 261).

A disciplina normativa em epígrafe, é importante consignar, encontra assento não só no texto constitucional (art. 5º, XXXVI), relativamente à previsão do próprio instituto, como ainda na legislação infraconstitucional (art. 6º da LICC), no que concerne à tradução conceitual do mesmo.

#### Constituição Federal de 1988

“Art. 5º - XXXVI. A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”.

Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42)

“Art. 6º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”

(Redação de acordo com o art. 1º da Lei 3.238/57.)

Desta feita, indiscutivelmente, o problema do denominado *direito adquirido* (nomenclatura atécnica, alvo de diversas críticas por parte dos mais renomados juristas, fundadas no fato de que a expressão *adquirido* é pleonástica, uma vez que, consumada ou não, toda a *situação jurídica* constituída sob a égide da efetiva existência de *coisa julgada* ou de *ato jurídico perfeito* (ato que se aperfeiçoou *ou* que reuniu todos os elementos necessários à sua formação ou caracterização, quando da vigência da lei revogada) é, em essência, um *direito* que, pela sua própria definição, se encontra sempre adquirido, porque, se não estivesse, existiria apenas simples expectativa de direito, jamais efetivo direito); necessariamente, tem de ser examinado *no plano constitucional* e *no plano da lei ordinária* (ou da chamada lei geral federal — nacional —, antiga Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, votada e aprovada na vigência da Constituição Republicana de 1891, cujos parágrafos iniciais do art. 3º passaram a ser, até 1942, os fundamentos de nosso direito intertemporal).

No plano da legislação infraconstitucional, é conveniente ressaltar que, inicialmente, nossa Introdução ao Código Civil, expressamente, afirmara que “a lei não prejudicará, em caso algum, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, ou a coisa julgada” (art. 3º). Tal norma, entretanto, foi posteriormente revogada com a nova Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42 — publicada durante a vigência da Carta de 1937) que, em seu art. 6º, §§ 1º, 2º e 3º, consagrara o princípio segundo o qual: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, *salvo disposição em contrário*, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito”, modificando radicalmente o princípio da absoluta irretroatividade da Lei nova, defendida pela legislação anterior.

O Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, esteve em vigor até 17 de setembro de 1946, data do advento da terceira Constituição da República, de cunho democrático, cujo art. 141, § 3º, vedava à lei ordinária prejudicar o direito adquirido, passando os §§ 1º, 2º e 3º do art. 6º do Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.1942, a valer apenas como doutrina. Antes mesmo do surgimento da Revolução de 1964 e do conseqüente advento da nova ordem constitucional (Constituição de 1967), contudo, a Lei nº 3.238/57, em seu art. 1º, retirou a expressão “salvo disposição expressa em contrário” para impor a redação atual: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”, em perfeita consonância com o disposto nas Constituições de 46, 67 e 88.

No plano constitucional — como de certa forma já mencionamos no parágrafo anterior —, a promulgação da Carta de 1946 promoveu o instituto em questão à hierarquia máxima, consolidando a impossibilidade de retroatividade da nova lei às situações jurídicas perfeitamente constituídas sob o império da lei anterior, *mantendo, no entanto, o expressa definição do instituto do direito adquirido* (art. 6º, § 2º, do D.L. 4.657/42), *em seu caráter originário, fundado na Teoria de Gabba, com todas as suas virtuais limitações*.

**C. F. GABBA**

“É adquirido todo direito que: a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo em que esse fato foi realizado, *embora a ocasião de o fazer valer não se tenha apresentado antes do surgimento de uma lei nova sobre o mesmo*; e que, b) nos termos da lei, sob o império da qual se deu o fato de que se originou, tenha entrado imediatamente para o patrimônio de quem o adquiriu” (*Teoria della retroattività delle lege*, p. 98) (grifos nossos).

Por via de consequência, nosso ordenamento jurídico – adotando a *Teoria de Gabba* – afastou, por impositiva exclusão, a possibilidade de aplicação da *Teoria de Paul Roubier* (de muito maior inflexibilidade quanto à possibilidade de retroatividade da lei nova, em relação às situações jurídicas ainda não reputadas perfeitamente concluídas sob a égide da lei anterior), como, também, de outros doutrinadores (a maioria das quais muito mais restritivas, a exemplo da doutrina de Roubier), como *Pacifi Mazzoni* (interpretada, em parte, por *João Luiz Alves*) e *Pontes de Miranda*.

**PAUL ROUBIER**

“Estamos aqui em presença de uma regra de direito transitório particularmente segura, já perfeitamente vislumbrada por Savigny, e que se pode enunciar da seguinte forma: *As leis que governam a validamente estabelecida situação jurídica, segundo a lei então em vigor, não podem ser consideradas irregulares em virtude de uma lei posterior*; ou, em outros termos, a validade desta situação, segundo a lei do dia da sua criação, não pode ser posta em xeque por uma lei posterior. Pouco importa que a lei nova venha a suprimir um modo de constituição anteriormente admitido, ou venha a aumentar o número das condições necessárias para essa constituição, ou modificar uma ou algumas de suas condições. Em todos os casos, a lei será retroativa se pretender molestar a constituição regularmente processada dessa situação jurídica” (Paul Roubier, *Droit Transitoire*, 2ª ed., 1960, p. 185) (grifos nossos).

**PACIFI MAZZONI**

“O direito adquirido é a consequência de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei existente ao tempo em que este se realizou, tendo começado, antes de entrar em vigor a lei nova, a fazer parte do patrimônio de uma pessoa, ainda que esta não o tenha feito prevalecer por falta de oportunidade” (Pacifi Mazzoni, *Institutioni di Diritto Civile*, vol. I, p. 73).

### JOÃO LUIZ ALVES

“Na noção de direito adquirido se compreende a irretroatividade da lei, em relação ao fato jurídico perfeito e à coisa julgada, pois aquele e esta têm por objetivo direitos cuja aquisição se verificou pela perfeição do ato jurídico ou pelo julgamento definitivo do litígio. Por isso, P. Mazzone diz que o critério do direito adquirido, para determinar a irretroatividade da lei, reúne as condições teóricas exigidas em todo o critério diretor: a unidade e a universalidade. Distinguindo o Código as três noções, este artigo não teve outro intuito senão tornar claros o preceito e a noção do direito adquirido. Esta é, conforme a melhor doutrina, a solução efetiva. Não só os direitos que já se pode exercer, como aquele cujo exercício apenas depende de prazo prefixado, é direito adquirido” (*Código Civil Comentado*, Rio, 1ª ed., 1917).

### PONTES DE MIRANDA

“O ato jurídico perfeito é fato jurídico que tem o seu momento-ponto no espaço tempo: entrou em algum sistema jurídico, em dado lugar e data.

O conceito é conceito no plano da *existência*: o ato entrou no mundo jurídico aqui e agora, e a sua ajuridicidade é a coloração que, assim, lhe deu o sistema jurídico, tal como *aqui e agora* ele é. O direito adquirido é o direito que nasceu a alguém.

O conceito é conceito no plano da *eficácia*, porque todo direito é efeito, como são efeitos todo dever, toda pretensão, toda obrigação e todas as exceções.”

“Em verdade, a lei nova não incide sobre fatos pretéritos, sejam eles, ou não, atos, e – por conseguinte – não pode prejudicar os direitos adquiridos, isto é, os direitos já irradiados e os que terão de irradiar-se.”

“Desde que, com os documentos juntos, fica patente o direito do suplicante, líquido e certo é o seu direito” (*Comentários à Constituição de 1967*, Tomo V e VI, ps. 67 e 70).

“Direito adquirido é definido como o direito irradiado de fato jurídico, quando a lei não o concebeu como atingível pela nova lei” (Cf. *Comentários*, 3ª ed., 1967, vol. V, ps. 78-9).

### PEDRO NUNES

“Direito adquirido é toda vantagem que, proveniente do fato jurídico concreto que a determinou, consentâneo com a lei, então vigente, alguém incorpora definitivamente ao seu patrimônio, desde quando

começa a produzir efeito útil, dele não podendo ser subtraída por mera vontade alheia” (Pedro Nunes, *Dicionário de tecnologia jurídica*, 1948, *sub voce*, “Direito adquirido”).

#### PLÁCIDO E SILVA

“Direito adquirido é o direito que já se incorporou ao patrimônio da pessoa, já é de sua propriedade, já constitui um bem, que deve ser protegido contra qualquer ataque exterior, que ouse ofendê-lo ou turbá-lo” (*Vocabulário jurídico*, *sub voce*, “Direito adquirido”).

A *irretroatividade* da lei nova é, portanto, em nosso ordenamento, uma situação limitada apenas às situações jurídicas já perfeitamente constituídas sob a égide da lei anterior — resta dizer impossível de atingir o *ato jurídico perfeito* (ou seja, o ato jurídico que necessariamente se encontra acabado quanto aos elementos de sua formação) ou a *coisa julgada* (decisão judicial, transitada em julgado, protegida pelo efeito preclusivo próprio, que não mais permite a interposição de recurso ou outro meio idôneo para a sua possível modificação) e, por efeito, geradora de um *direito (reputado adquirido) que necessariamente já paderia ter sido exercido durante a vigência da lei anterior e que, por esta exata razão, não pode ser mais modificada pelo advento da lei nova* —, e nunca aplicável, de modo genérico, como aparentemente pretendem alguns juristas, fundados nos conceitos de *Bondecase* e *Josserand*, e sem qualquer outro parâmetro normativo.

#### BONDECASE

“Admitir-se que a lei nova possa modificar todo um passado jurídico regularmente estabelecido seria transformá-la em instrumento de opressão e anarquia” (*Introduction al Estudio del Derecho*, citação de Paulo Dourado de Gusmão, *in Introdução à Ciência do Direito*, 7ª ed., p. 286).

#### JOSSERAND

“Se não fosse a irretroatividade da lei, as transações estariam ameaçadas de destruição e a vida jurídica careceria de segurança, ficando arruinada a autoridade da própria lei” (*Derecho Civil*, citação de Paulo Dourado de Gusmão, *op. cit.*, p. 286).

## DO RECONHECIMENTO *EX OFFICIO* DA PRESCRIÇÃO A FAVOR DA FAZENDA PÚBLICA

Isabel Maria de Figueiredo Souto

Por diversas vezes me deparei com a seguinte questão: em ações contra a Fazenda Pública, em que a parte autora questiona direitos relativos a prazo superior a cinco anos antes da propositura da ação (algumas vezes, especialmente em questões de benefícios previdenciários, esse prazo chega a ser superior a vinte anos) e a ré não argui a prescrição quinquenal prevista em normas legais, como deve o juiz conduzir-se?

Ante tal questão, algumas normas imediatamente se me apresentavam à mente, em especial as contidas no artigo 1º do Decreto nº 20.910/32, no parágrafo único do artigo 103 da Lei 8.213/91, no artigo 166 do Código Civil e no parágrafo 5º do artigo 219 do CPC.

Como compatibilizar tais dispositivos à luz do Direito Administrativo? Como deixar que a desídia, ou mesmo a possível conivência com interesses particulares por parte de quem não tem o poder de dispor da coisa pública, trouxesse a esta vultosos prejuízos?

Reconheço que a doutrina e a jurisprudência, em sua maioria, entendem que ao juiz não caberia, nesses casos, declarar de ofício a prescrição, face às normas do CC e do CPC acima referidas. Mas não me parece correto aplicar acriticamente tais disposições sem atentar para a particularidade da teoria da vontade quanto à administração pública.

A vontade, neste caso, não é nunca a do agente, é sempre a do órgão, e só pode ser direcionada ao interesse público, razão de sua própria existência.

A este respeito, manifestou-se da seguinte forma MARCELO CAETANO (*in Princípios Fundamentais do Direito Administrativo* (Ed. Almedina, Portugal, 1996, pg. 94):

“O indivíduo, ao prosseguir os seus fins próprios, desenvolve uma actividade norteada exclusivamente pelos seus interesses, de modo que, ao praticar qualquer acto nessa ordem de fins, se interroga acerca de qual a decisão que as suas conveniências aconselham.

(...)

Ora, o indivíduo que funciona num órgão, estando encarregado de exprimir a vontade imputável à entidade de que esse órgão faz parte para realizar certos interesses coletivos, quando o faz não deve perguntar a si próprio: que é que me convém neste caso? — mas sim: que é que devo querer para que sejam respeitados e realizados os interesses da coletividade?

(...) sob pena de trair a função em que está investido, é a vontade condicente à realização dos fins sociais que lhe cabe manifestar e não aquela que os seus interesses egoístas ditariam”.

Nosso ordenamento jurídico admite a manifestação tácita da vontade, aquela que se apresenta por circunstância apenas indicativa da pretensão do agente. Uma dessas indicações é, obviamente, a abstenção da arguição da prescrição, que faria presumir a renúncia tácita ao direito.

Ora, a norma inculpada no art. 166 do CC se refere a direitos patrimoniais e se coaduna com o fato de serem esses direitos, em geral, disponíveis. Entende-se que, não arguindo a parte interessada a ocorrência da prescrição, dar-se-ia uma renúncia tácita a esse direito (art. 161 do CC) e ao juiz não caberia interferir.

Entretanto, para a validade dessa renúncia, manifestação de vontade e ato abdicativo de direito, insista-se, é necessário que a parte seja capaz, já que a incapacidade impediria o ato de disposição.

Transpondo esta observação para a área do direito público, o que deve ser analisado, analogamente, é a questão da competência, um dos elementos vinculados do ato administrativo e que é o poder dado ao agente da administração para que possa adequadamente desempenhar as suas funções.

Ressalte-se que a competência administrativa está estritamente delimitada pela lei e todo ato realizado além do limite legal é inválido.

Assim, quando a Administração Pública entende cabível a transação ou renúncia a direitos patrimoniais, expede norma legal fixando a competência de cada agente e o âmbito desses institutos.

Verifico que não há, em nosso ordenamento jurídico, qualquer norma legal que permita à Fazenda Pública deixar de arguir, em juízo, a prescrição.

A renúncia tácita, como ato de disposição patrimonial, não pode deixar de ser analisada de forma especial, quando o objeto da relação é um interesse público, indisponível por sua própria natureza.

Nesse sentido, transcrevo um trecho escrito por MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES (*in Prescrição: Decretação de Ofício Contra a Fazenda Pública*; NOBRE JÚNIOR, EDILSON PEREIRA; RDA nº 211; pg. 227):

“Sobre a segunda regra, qual a de ser vedado ao juiz pronunciar-se sobre prescrição *ex officio*, a jurisprudência não tem oscilado na aplicação rígida desse princípio. Os juristas, porém, têm-na entendido como suscetível de exceções. Assim, ao juiz é dado conhecer da prescrição *ex officio*, nos seguintes casos: a) quando fundar-se em motivos de ordem pública ou na necessidade social; b) em se tratando de ações de estado”.



No atuar da administração, ressalte-se, é inafastável a proteção ao interesse público, do qual ela não é detentora, mas guardiã. Nesse sentido:

“Os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe, apenas, geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.

O princípio da indisponibilidade enfatiza tal situação. A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros” (grifamos) (in Carvalho Filho, José dos Santos; *Manual de Direito Administrativo*, Freitas Bastos Editora, 1997, pg. 15).

A este passo, duas outras normas legais merecem ser invocadas: o art. 161 do CC e o art. 112 da Lei 8.112/90.

Dispõe a primeira que a renúncia da prescrição só valerá sendo feita sem prejuízo de terceiro e, assim, mais uma vez está afastada a vedação quanto à declaração de ofício da prescrição já consumada, quanto à administração pública, já que prescinde de grande aprofundamento intelectual a constatação de que, neste caso, o prejuízo será suportado por toda a sociedade.

Quanto ao art. 112 da Lei 8.112/90, afirma que “a prescrição é de ordem pública, não podendo ser relevada pela administração”. Sendo preceito genérico, é de entender-se que sua imposição atinge toda a administração pública, sendo mais um fator a reforçar a tese aqui esposada.

Entendo que a conclusão a que se chega, em razão do exposto, é de que não há a possibilidade de renúncia tácita da prescrição pela Fazenda Pública, razão pela qual pode e deve ser reconhecida de ofício pelo Juiz.

## EFICÁCIAS DA SENTENÇA

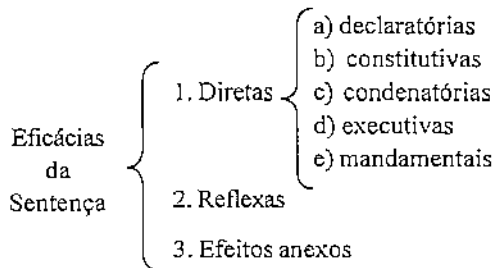
Augusto Guilherme Diefenthaler

A sentença é, antes de tudo, ato jurídico e, como tal, com eficácia de produção de efeitos.

Como ato de estado, a sentença gera efeitos “*erga omnes*”, pois não se poderia entender que o comando judicial que anula a compra e venda entre A e B só tivesse existência jurídica entre eles, ou que a declaração de dívida entre C e D somente entre eles tivesse eficácia. Como ato de estado, a sentença atinge a todos na órbita do ordenamento jurídico. Foi o que LIEBMAN denominou de eficácia natural da sentença (OVÍDIO BAPTISTA, *Sentença e coisa julgada*, p. 110).

Entanto, as eficácias sentenciasais assumem conotações diferentes, conforme atinjam as partes ou terceiros juridicamente interessados na relação objeto de julgamento, ou, ainda, conforme nasçam do próprio conteúdo sentencial ou da simples disposição legislativa.

Segundo OVÍDIO BAPTISTA (anotações de aula), as eficácias da sentença podem ser esquematicamente demonstradas da seguinte forma:



As eficácias que sejam iminentes à sentença, capazes de gerar os efeitos declaratório, condenatório, constitutivo, mandamental e executivo, são as chamadas eficácias diretas, que atingem a todos (*erga omnes*) e não somente as partes, como um ato jurídico. Assim é que ninguém poderá desconhecer a condenação ao pagamento das perdas e danos ou o despejo decretado. O comando judicial atinge a todos indistintamente.

No entanto, dessa categoria a doutrina distingue determinados efeitos que atingem “terceiros que tenham uma vinculação jurídica com o objeto do primeiro processo, ou seja, com a relação controvertida na causa, sob a forma de um vínculo de prejudicialidade-dependência” (OVÍDIO BAPTISTA, *Sentença e coisa julgada*, p. 110). Assim, a sentença proferida na causa entre A e B pode refletir na relação jurídica existente entre B e C, favorecendo a este ou o prejudicando. A anulação da doação com encargo a B poderá refletir desfavoravelmente ao terceiro beneficiário, assim como a improcedência da ação reivindicatória poderá refletir favoravelmente para o adquirente da coisa litigiosa não admitido na causa.

Essas considerações levaram a doutrina a distinguir duas categorias de terceiros:

a) os terceiros juridicamente indiferentes (já que não existe uma categoria que seja faticamente indiferente à sentença), que são aqueles sujeitos de determinada relação jurídica compatível com a sentença, isto é, cujas relações jurídicas não são atingidas de forma a lhes caracterizar o interesse jurídico que lhes permitisse intervir no processo. Nela incluem-se todos os que têm apenas interesses econômicos na relação posta em causa ou que não têm qualquer interesse em litígio. Quanto ao primeiro caso pode-se referir o proprietário que tenha interesse na pretensão) desapropriatória de área próxima à sua, cuja industrialização lhe traria maior valorização às terras;

b) terceiros juridicamente interessados, a que nos referimos anteriormente, sujeitos de uma relação jurídica que guarda conexão com aquela posta em juízo e que, por isso, poderão sofrer consequências jurídicas em razão do julgado. A esses os efeitos do julgado se refletem de tal forma, autorizando-os a intervir no processo (intervenção de terceiros). A par dos exemplos antes mencionados, podemos referir ainda o caso do sublocatário que poderá ter a sua sublocação prejudicada pelo despejo do sublocador. Nesse exemplo, o mais mencionado pela doutrina, a rescisão contratual contida na sentença de despejo, como pressuposto lógico para a evacuação forçada do imóvel, certamente refletirá a desconstituição do contrato firmado com o sublocador, donde o seu interesse jurídico naquela relação processual.

Mas como bem destaca OVÍDIO BAPTISTA (*Sentença e coisa julgada*, p. 114), também as partes poderão ser atingidas por efeitos reflexos, desde que qualquer delas seja titular de uma relação jurídica subordinada ou conexa à relação jurídica decidida pela sentença.

Por fim, merecem consideração os efeitos anexos, os quais nascem da simples vontade do legislador, que os justapõe à sentença. Como são externos ao ato sentencial, independem de pedido do autor ou de manifestação do prolator do ato sentencial, podendo atingir tanto as partes como os terceiros, os quais, de forma alguma, poderão vulnerá-los. Diversos exemplos de efeitos anexos são mencionados por OVÍDIO BAPTISTA, dos quais pode-se referir a dissolução do regime da comunhão de bens, como decorrência da sentença que decreta a separação judicial ou a reparação do dano decorrente da sucumbência na ação principal do que haja obtido medida cautelar preparatória ou incidente.

# LEI Nº 9.718 – ALGUNS ASPECTOS INCONSTITUCIONAIS

Frana Elizabeth Mendes  
Juíza Federal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro

## ÍNDICE

01. INTRODUÇÃO
02. LIMITES CONSTITUCIONAIS AO ALCANCE DO CONCEITO DE FATURAMENTO: COFINS. CRIAÇÃO DA EXAÇÃO PELA LC 70/91. BASE DE CÁLCULO
03. PIS. CRIAÇÃO DA EXAÇÃO. BASE DE CÁLCULO CONFORME A LC 7/70
04. CONCEITO DE FATURAMENTO
05. OFENSA AO CÂNONE DA IRRETROATIVIDADE
06. INSTITUIÇÃO DA EXAÇÃO POR MEDIDA PROVISÓRIA
07. DEMAIS INCONSTITUCIONALIDADES
08. CONCLUSÕES
09. BIBLIOGRAFIA

## 01. INTRODUÇÃO

Em 28 de novembro de 1998, um sábado, foi publicada no *Diário Oficial da União* a Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, alterando a Legislação Tributária Federal, cujo Capítulo I obteve a seguinte redação:

### “O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei aplica-se no âmbito da legislação tributária federal, relativamente às contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, de que tratam o art. 239 da Constituição e a Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, ao Imposto sobre a Renda e ao Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativos a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF.

## CAPÍTULO I

### DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP E COFINS

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I – as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

II – as reversões de provisões operacionais e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita;

III – os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo;

IV – a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente.

§ 3º Nas operações realizadas em mercados futuros, considera-se receita bruta o resultado positivo dos ajustes diários ocorridos no mês.

§ 4º Nas operações de câmbio, realizadas por instituição autorizada pelo Banco Central do Brasil, considera-se receita bruta a diferença positiva entre o preço de venda e o preço de compra da moeda estrangeira.

§ 5º Na hipótese das pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, serão admitidas, para os efeitos da COFINS, as mesmas exclusões e deduções facultadas para fins de determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP.

Art. 4º As refinarias de petróleo, relativamente às vendas que fizerem, ficam obrigadas a cobrar e a recolher, na condição de contribuintes substitutos, as contribuições a que se refere o art. 2º, devidas pelos distribuidores e comerciantes varejistas de combustíveis derivados de petróleo, inclusive gás.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, a contribuição será calculada sobre o preço de venda da refinaria, multiplicado por quatro.

Art. 5º As distribuidoras de álcool para fins carburantes ficam obrigadas a cobrar e a recolher, na condição de contribuintes substitutos, as contribuições referidas no art. 2º, devidas pelos comerciantes varejistas do referido produto, relativamente às vendas que lhes fizerem.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, a contribuição será calculada sobre o preço de venda do distribuidor, multiplicado por um inteiro e quatro décimos.

Art. 6º As distribuidoras de combustíveis ficam obrigadas ao pagamento das contribuições a que se refere o art. 2º sobre o valor do álcool a que adicionarem à gasolina, como contribuintes e como contribuintes substitutos, relativamente às veudas, para os comerciantes varejistas, do produto misturado.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, os valores das contribuições deverão ser calculados, relativamente a parcela devida na condição de:

I – contribuinte: tomando por base o valor resultante da aplicação do percentual de mistura, fixado em lei, sobre o valor da venda;

II – contribuinte substituto: tomado por base o valor resultante da aplicação do percentual de mistura, fixado em lei, sobre o valor da venda, multiplicado pelo coeficiente de um inteiro e quatro décimos.

Art. 7º No caso de construção por empreitada ou de fornecimento a preço predeterminado de bens ou serviços, contratados por pessoa jurídica de direito público, empresa pública, sociedade de economia mista ou suas subsidiárias, o pagamento das contribuições de que trata o art. 2º desta Lei poderá ser diferido, pelo contratado, até a data do recebimento do preço.

*Parágrafo único. A utilização do tratamento tributário previsto no caput deste artigo é facultada ao subempreiteiro ou subcontratado, na hipótese de subcontratação parcial ou total da empreitada ou do fornecimento.*

Art. 8º Fica elevada para três por cento a alíquota da COFINS.

§ 1º A pessoa jurídica poderá compensar, com a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSSL devida em cada período de apuração trimestral ou anual, até um terço da COFINS efetivamente paga, calculada de conformidade com este artigo.

§ 2º A compensação referida no § 1º:

I – somente será admitida em relação à COFINS correspondente a mês compreendido no período de apuração da CSSL a ser compensada, limitada ao valor desta;

II – no caso de pessoas jurídicas tributadas pelo regime de lucro real anual, poderá ser efetuada com a CSSL determinada na forma dos arts. 28 a 30 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

§ 3º Da aplicação do disposto neste artigo, não decorrerá, em nenhuma hipótese, saldo de COFINS ou CSSL a restituir ou a compensar com o devido em períodos de apuração subsequentes.

§ 4º A parcela da COFINS compensada na forma deste artigo não será dedutível para fins de determinação do lucro real.

(...)

Art. 17. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos:

I – em relação aos arts. 2º e 8º, para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999;

II – em relação aos arts. 9º e 12 a 15, a partir de 1º de janeiro de 1999.

(...)”.

A seu turno, o art. 195 da Constituição Federal, com a redação trazida pela Emenda Constitucional nº 20, de dezembro de 1998, passou a vigorar do seguinte modo:

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

- a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
- b) a receita e o faturamento;
- c) o lucro;
- (...)”.

No presente trabalho, busca-se demonstrar a não-consonância desta legislação ao sistema constitucional tributário brasileiro, solicitando, desde já, excusas ao leitor, no sentido de que esta pretensão visa apenas suscitar a discussão, jamais dirimi-la ou impor algum tipo de conclusão definitiva a respeito do tema, tendo em vista, até, as limitações desta que vos escreve, se comparada aos eminentes doutrinadores pátrios que, com muito mais acuidade, têm tecido diversas digressões sobre a matéria.

Cinge-se a *vexata quaestio* à verificação da efetiva ocorrência de inconstitucionalidades em relação à Lei n. 9.718/98.

Portanto, vejamos.

## **02. LIMITES CONSTITUCIONAIS AO ALCANCE DO CONCEITO DE FATURAMENTO: COFINS. CRIAÇÃO DA EXAÇÃO PELA LC 70/91. BASE DE CÁLCULO**

Dita o art. 2º da Lei Complementar nº 70/91:

“Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerada a receita bruta das vendas de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza”.

A natureza jurídica das contribuições sociais restou assentada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação da inconstitucionalidade da Lei nº 7.689/88, pela qual o Excelentíssimo Senhor Ministro Relator Moreira Alves deixou consignado que:

“De fato, a par das três modalidades de tributos (os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria) a que se refere o artigo 145 para declarar que são competentes para instituí-los a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, os artigos 148 e 149

aludem a duas outras modalidades tributárias, para cuja instituição a União é competente, o empréstimo compulsório e as contribuições sociais, inclusive as de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas.

Portanto, embora de natureza tributária, as contribuições sociais não se confundem com os impostos, pois possuem natureza jurídica específica e estão submetidas a regras próprias, distintas daqueles. Nessas condições não se lhes aplica o disposto no artigo 154, I, da Constituição Federal, que trata da instituição de impostos pela União, no exercício da competência residual.

*Ressalte-se, ademais, estar a base de cálculo da contribuição "sub studio" definida na própria Constituição Federal (art. 195, I) e o artigo 195, § 4º, ao determinar a obediência ao artigo 154, I, o faz tão-somente em relação a 'outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social' (grifos nossos) e não no tocante às contribuições que ela própria, Constituição, prevê" (RE nº 146.733/09-SP, DOU de 01.07.92).*

Fixada tal premissa, resta analisar se a Lei Complementar nº 70/91 revestir-se-ia de eventual vício de inconstitucionalidade, quando de sua criação.

Com efeito, o fato de a contribuição em comento ser arrecadada pela Receita Federal não implica desvio de finalidade, vez que, de acordo com o artigo 194 da Lei Maior, "a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social".

A Lei assegura a destinação da contribuição em tela para a Previdência Social, determinando a integração, no orçamento da Seguridade Social, do produto da arrecadação da contribuição social sobre o faturamento (art. 10 da LC nº 70/91).

Desta forma, não parece razoável compelir uma autarquia federal a manter um serviço específico para arrecadação das exações que lhe são destinadas, se um órgão federal pode fazê-lo com a estrutura administrativa já existente. Outrossim, há meios específicos para apuração e sanção de eventual desvio de finalidade, não se podendo, antecipadamente, prever sua ocorrência.

Também não procede a alegação de identidade de base de cálculo com o PIS, vez que a exação não é contribuição destinada ao custeio da seguridade social, a teor do artigo 195 da CF/88, mas, sim, contribuição social específica, de acordo com o disposto no artigo 239 da Lei Maior, que deve ser interpretada em conjunto com o Título VI, Capítulo I, Seções I e II da Lei Suprema.

O legislador constituinte, ao dispor que a lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no artigo 154, inciso I c/c artigo 195, § 4º, quis prescrever que, mediante lei (ordinária), outras



fontes poderão ser criadas, desde que não tenham base de cálculo ou fato gerador idênticos aos das contribuições já criadas, ou melhor, não podem incidir duas contribuições sobre a mesma base de cálculo, mas nada obsta a incidência de um imposto e uma contribuição sobre a mesma base de cálculo e com o mesmo fato gerador, pois a destinação das receitas é diversa, assim como a alíquota e outros dados contidos na norma instituidora.

Veja-se que o artigo 154, inciso I, veda a instituição de impostos (dentro da competência residual da União), com o mesmo fato gerador e base de cálculo daqueles já previstos na Constituição. Portanto, ao estabelecer a mesma vedação às contribuições (artigo 195, § 4º, da CF), quis referir-se o legislador a duas contribuições destinadas à manutenção ou expansão da seguridade social, e não a um imposto e uma contribuição com identidade de base de cálculo e fato gerador, por exemplo. Além disso, não há que se cogitar em dupla incidência quando a base de cálculo vem discriminada na própria Constituição.

Observa-se, por conseguinte, ter sido legítima a exigência veiculada pela Lei Complementar nº 70/91.

### **03. PIS. CRIAÇÃO DA EXAÇÃO. BASE DE CÁLCULO CONFORME A LC 7/70.**

Ditam os artigos 2º e 3º da Lei Complementar nº 7/70:

“Art. 2º A contribuição para o PIS/PASEP será apurada mensalmente:

I – pelas pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são equiparadas pela legislação do imposto de renda, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, com base no faturamento do mês;

(...)

Art. 3º Para os efeitos do inciso I do artigo anterior considera-se faturamento a receita bruta como definida pela legislação do imposto de renda, proveniente de venda de bens nas operações de conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia.

Parágrafo único. Na receita bruta não incluem as vendas de bens e serviços canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o imposto sobre produtos industriais – IPI, e o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias – ICMS, retido pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário”.

Em 7/9/70, no âmbito da competência residual da União, foi instituído o Programa de Integração Social, através da Lei Complementar nº 7, cujo artigo 3º dispôs que o Fundo de

Participação do PIS era formado por 02 (duas) parcelas: a primeira, mediante dedução do Imposto de Renda devido, processando-se o seu recolhimento juntamente com o pagamento do Imposto de Renda e a segunda, com recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento.

De acordo com a sistemática vigente à época, por tratar-se de exação criada no âmbito da competência residual, o PIS poderia ter sido instituído por lei ordinária, de acordo com o disposto nos artigos 18, § 5º, e 21, § 1º, da CF/67, com a redação da Emenda nº 1/69. Entretanto, optou-se por lei complementar, em virtude do contido no § 2º do artigo 62 da Carta Magna, com a redação dada pela EC nº 1/69, que proíbe a vinculação da receita de qualquer tributo a fundo, órgão ou despesa, excetuando-se as previsões da própria Constituição e de leis complementares.

Restava inconteste que o PIS possuía natureza tributária, visto que sua instituição deu-se no âmbito da competência residual, fato este autorizativo de sua incidência sobre o faturamento das empresas. Como bem lembrado por José Eduardo Soares de Melo (*in Contribuições Sociais no Sistema Tributário*, 2ª edição, 1996, pág. 151), “no II Simpósio Nacional de Estudos Tributários, realizado em São Paulo em 1977, com a análise da natureza jurídica da Contribuição ao Fundo PIS-PASEP, firmou-se a conclusão de que tais contribuições são tributos pertencentes à espécie tributária de contribuições especiais, sendo contribuições plenas aquelas incluídas no artigo 21, § 2º, item I, da Constituição Federal”.

Não obstante demais digressões doutrinárias acerca da específica natureza da exação em comento, se de imposto ou contribuição, fixou-se o posicionamento, inclusive abarcado pela jurisprudência pátria, de que a contribuição para o PIS possuía natureza tributária.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 8, de 14/4/77, foi introduzido mais um inciso ao artigo 43 da CF/67, *in verbis*:

“Art. 43. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente: (...)

X – contribuições sociais, para custear os encargos previstos nos artigos 165, itens II, V, XII, XVI e XIX, 166, § 4º, e 178.

Passou-se a entender que, havendo previsão constitucional no sentido de que a participação dos empregados nos lucros das empresas seria custeada por novas contribuições, não mais subsistia a natureza tributária do PIS. Seu fundamento constitucional não mais se amparava nos artigos 18, § 5º, e 21, § 1º, da CF/67 c/c EC nº 1/69, mas sim no novo inciso X do artigo 43 da Lei Maior.

Não foi diversa a posição adotada pelo STF, conforme os seguintes arestos:

“PIS. Natureza jurídica. Passível de apreciação o extraordinário pelo enfoque constitucional, quanto à natureza tributária do PIS, tem-se ser ele considerado tributo até o advento da Emenda Constitucional nº 8/77, perdendo tal natureza jurídica a partir de então” (RE nº 103.089-5-SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho, DJU de 15.4.88, p. 84.000).

“Tributário. PIS e Imposto Único. Compatibilidade. O PIS não instituiu um imposto, mas uma contribuição, autorizada pelo art. 43, X, da Constituição da República, tendo por finalidade cumprir o art. 165, V, da Constituição da República. Agravo Regimental a que se nega provimento” (RTJ 111/1.152).

Novamente trazendo à colação José Eduardo Soares de Melo (*in ob. cit.*, p. 153), *“como contribuição social destinada a materializar o princípio constitucional de participação dos empregados nos lucros das empresas, não poderia o PIS incidir sobre o faturamento. Essa incidência somente poderia ser considerada válida enquanto fosse o PIS um imposto residual. (...) Ocorre que, com o advento da Emenda nº 8/77, a única incidência válida do PIS seria sobre o imposto de renda que, na realidade, é parte do lucro. Portanto, a Lei Complementar nº 7/70 teve sua eficácia parcialmente paralisada, porque não foi recebida no que tange à incidência do PIS como contribuição social sobre o faturamento”*.

Na tentativa de solucionar tal controvérsia, foram editados os Decretos-leis 2.445, de 29/6/88, e 2.449, de 21/7/88, através dos quais, a partir dos fatos ocorridos após 1/7/88, as empresas ficariam obrigadas a contribuir mensalmente para o Programa de Integração Social sobre a receita bruta operacional, ou seja, o faturamento (resultado da venda das mercadorias ou produtos, bem como da prestação de serviços que constituam objeto da empresa) acrescido das receitas financeiras (as receitas advindas de atividades não operacionais da empresa), além das variações monetárias.

Ocorre que tais decretos eram formalmente inconstitucionais, na medida em que não se adequavam ao disposto no artigo 55, II, da CF/69. Com efeito, a atribuição da função legislativa ao Presidente da República era condicionada a que ocorressem casos de urgência ou interesse público relevante, não houvesse aumento de despesa e a matéria fosse concernente a finanças públicas, inclusive de normas tributárias.

Não há que cogitar que o PIS integra as finanças públicas, posto que seus recursos são destinados a um Fundo Especial dos Trabalhadores, não integrando, portanto, a receita da União. O fato de a gestão de tal fundo ser atribuída ao Estado não tem o condão de retirar a destinação específica desta massa de recursos que, como já salientado, comporá o patrimônio dos trabalhadores. E na medida em que tal exação também perdeu sua natureza tributária, sua eventual alteração jamais poderia ter-se operado por decreto-lei, mas somente através de lei ordinária.

O STF dirimiu a questão, quando do julgamento do RE nº 148.754.2-RJ, Pleno, Rel. para o acórdão Min. Francisco Rezek, onde consignou-se que:

“Constitucional. Art. 55, II, da Carta Anterior. Contribuição para o PIS. Decretos-leis 2.445 e 2.449, de 1988. Inconstitucionalidade.

I – Contribuição para o PIS: sua estraneidade ao domínio dos tributos e mesmo àquele, mais largo, das finanças públicas. Entendimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da EC nº 8/77 (RTJ 120/1.190).

II—Trato por meio de decreto-lei: impossibilidade ante a reserva qualificada das matérias que autorizavam a utilização desse instrumento normativo (art. 55 da Constituição de 1969). Inconstitucionalidade dos Decretos-leis 2.445 e 2.449, de 1988, que pretenderam alterar a sistemática da contribuição para o PIS” (RE nº 148.754-2-RJ, Pleno, Rel. para o acórdão Min. Francisco Rezek, sessão de 24.6.93, *DJU* de 4.3.94).

Vê-se, portanto, que tais decretos-leis foram editados com desrespeito à sistemática então vigente, sendo, portanto, inconstitucionais.

À luz da nova Constituição, fixou-se o posicionamento no sentido de que o PIS é contribuição com plena natureza tributária, tendo sido a LC 7/70 expressamente referida no artigo 239 da CF/88, recepcionada pelo ordenamento atual. Inclusive o Supremo Tribunal Federal já apreciou a questão, como se depreende do seguinte aresto:

“PIS - LC 7/70; recepção, sem solução de continuidade, pelo art. 239 da Constituição. Dispôs o art. 239-CF sobre o destino da arrecadação da contribuição para o PIS, a partir da data mesma da promulgação da Lei Fundamental em que se insere, é evidente que se trata de norma de eficácia plena e imediata, mediante a recepção de legislação anterior; o que, no mesmo art. 239, se condicionou à disciplina da lei futura não foi a continuidade da cobrança da exação, mas, apenas, como explícito na parte final do dispositivo, os termos em que a sua arrecadação seria utilizada no financiamento do programa de seguro-desemprego e do abono instituído por seu art. 3º” (RE nº 169.091-7-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, sessão de 7.6.95, *DJU* de 4.8.95, pp. 22.522-22.523).

Entendo, conforme já salientado, que o PIS não é contribuição destinada ao custeio da seguridade social, a teor do artigo 195 da CF/88, mas sim contribuição social específica, de acordo com o disposto no artigo 239, que deve ser interpretada em conjunto com o Título VI, Capítulo I, Seções I e II da Lei Suprema.

Portanto, é constitucional a exigência devida ao PIS, conforme dispõe a Lei Complementar nº 7/70 *c/c* a LC nº 17/73.

#### 04. CONCEITO DE FATURAMENTO

Como cediço, quando do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 1, em dezembro de 1993, que teve o condão de produzir eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, conforme dispõe o

§ 2º do artigo 102 da Lei Magna, o Ministro Moreira Alves reconheceu à exação em tela (COFINS) o caráter tributário, dispensando-lhe, portanto, tratamento constitucional específico.

Dissecando os já transcritos artigos 2º, da LC nº 70/91, e 3º, da LC nº 7/70, tem-se que a hipótese de incidência dos tributos é vender mercadorias ou prestar serviços de qualquer natureza. Suas bases de cálculo, portanto, são o faturamento, e este, conforme o próprio Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de elucidar, quando apreciou o RE nº 150.755, é a receita bruta. O então relator, Ministro Sepúlveda Pertence, assim se pronunciou: "*convençei-me de que a substancial distinção pretendida entre receita bruta e faturamento não encontra respaldo atual no quadro do direito positivo pertinente à espécie... é na legislação deste (referindo-se ao FINSOCIAL) e não alhures, que se há de buscar a definição específica da respectiva base de cálculo, na qual receita bruta e faturamento se identificam*".

Discorrendo sobre o tema, o saudoso jurista Geraldo Ataliba (*in* COFINS E EMPRESA DE CONSTRUÇÃO IMOBILIÁRIA, parecer publicado na RDA nº 201/95, pp. 344/360) ditou que "*... a receita bruta, no caso, surge da soma dos preços de todas as vendas do período. Cada venda (de mercadoria ou serviço) tem seu preço e a soma de todos dá a receita bruta (= faturamento).*

*Como base de cálculo é a perspectiva dimensionável do aspecto material da hipótese de incidência, resulta claro que a COFINS onera as vendas, apuradas mensalmente. Não toda venda, porém, mas somente as de mercadorias e serviços.*

*Onerar receita bruta de vendas é onerar o preço das vendas. A soma dos preços é o faturamento. Logo, a COFINS colhe as vendas e, claramente, assim, incide sobre operações (negócios) de venda de serviços e mercadorias.(...) Pelo princípio da legalidade (tipicidade) só os fatos previstos são colhidos pela lei tributária. A lei foi clara e incisiva, circunscrevendo a hipótese de incidência só às vendas de mercadorias e serviços e deixando as vendas de imóveis de fora...".*

Outro ponto de crucial importância à elucidação do caso concreto é aquele pertinente ao rigor técnico na interpretação de normas tributárias, não só na esfera constitucional, como, também, no âmbito infraconstitucional.

Deve ser fixada a premissa no sentido da efetiva interpretação conforme a Constituição, ressaltando que é necessário buscar-se o real sentido da lei, ou seja, a *mens legis* e não a mera vontade do legislador (*mens legislatoris*). Deve-se partir da interpretação gramatical, mas ir além desta. É função do jurista, do aplicador da lei e do intérprete da lei investigar a *ratio legis*, ou seja, não a lei considerada em si mesma, inexistente como regra jurídica, mas sim aquela *resultante lógica de um complexo de ações e reações que se processam no sistema jurídico onde foi promulgada. A lei age sobre as demais leis do sistema, estas, por sua vez, reagem; a resultante lógica é a verdadeira regra jurídica da lei que provocou o impacto inicial* (*in* Teoria Geral do Direito Tributário, Alfredo Augusto Becker, 2ª edição, São Paulo, editora Saraiva, 1972, pp. 183/184).

No mesmo sentido, trago à colação os ensinamentos do professor da Universidade de Freiburg Konrad Hesse (*in* *Die normative Kraft der Verfassung* – A força normativa da Constituição – tradução de Gilmar Ferreira Mendes, 1991, Sérgio Fabris Editores, pp. 15, 19, 24 e 25),

ao mencionar que: "... A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser; mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. (...) Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar o própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)..."

Mais adiante o conceituado autor dita: "... A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar 'a força que reside na natureza das coisas', tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realizierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição..."

Trazendo novamente à colação o eminente Geraldo Ataliba (*in ob. cit.*), temos que: "Recentemente, o STF apreciou o RE nº 166.772-9-RS, onde julgou contribuição, decidindo que a locução 'folha de salários' há de ser entendida em termos técnico-jurídicos, tal como o direito vem qualificando 'salários', sem alargamentos que ampliem a compreensão do termo. Com isso, repeliu todo processo analógico. O relator (Min. MARCO AURÉLIO) foi categórico:

"Tenha-se presente agora a base de incidência da contribuição devida pelos empregadores, no que interessa ao desfecho da controvérsia. O inciso I do artigo 195 cuida não de remuneração, não de folha de pagamentos, mas de folha de salários. Creio que ninguém ousa caminhar no sentido da aplicação do que se contém, sob o ângulo do salário, a consubstanciar garantia, no artigo 7º da Constituição Federal, a administradores e autônomos".

E faz afirmações de princípio de notável alcance hermenêutico, ditando orientação para os intérpretes da Constituição:

"Compreendo as grandes dificuldades de caixa que decorrem do sistema de seguridade social pátrio. Contudo, estas não podem ser potencializadas, a ponto de colocar-se em plano secundário a segurança, que é o objetivo maior de uma Lei Básica, especialmente no embate cidadão-Estado, quando as forças em jogo exsurtem em descompasso".

E faz oportuna citação reproduzindo advertência de CARLOS MAXIMILIANO:

‘Cumpre evitar não só o demasiado apego à letra dos dispositivos, como também o excesso contrário, o de forçar a exegese e deste modo encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermeneuta, as teses pelas quais se apaixonou, de sorte que vislumbra no texto idéias apenas existentes no próprio cérebro, ou no sentir individual, desvairado por ojerizas e pendores, entusiasmo e preconceitos’ – ‘Hermenêutica e aplicação do Direito’, editora Globo, Porto Alegre, segunda edição, 1993, pág. 118”.

Para arrematar:

“E realmente assim o é. Conforme frisado por Celso Antônio Bandeira de Mello, não cabe, no exercício da arte de interpretar, ‘inserir na regra de direito o próprio juízo – por mais sensato que seja – sobre a finalidade que ‘conviria’ fosse por ela perseguida’ – parecer inédito”.

Repele assim toda analogia e repudia a interpretação ampliativa que o fisco pretendia dispensar à Constituição. Sua tese foi vencedora.

A leitura atenta dos votos leva o intérprete a verificar que:

- a) O STF dá tratamento constitucional-tributário a essa (como às demais) contribuição;
- b) repele o emprego de analogia;
- c) não admite interpretação “econômica”;
- d) preocupa-se com dar eficácia ao princípio constitucional da legalidade estrita em matéria tributária; e
- e) põe a segurança jurídica como princípio básico a ser resguardado ciosamente...

É incontestável, portanto, que normas tributárias devem ser obrigatoriamente interpretadas não só em consonância com o Título VI, da Carta Magna, mas também de acordo com os Títulos I e II da Lei Maior, a fim de se respeitar princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, como é o caso da República Federativa do Brasil, corroborado pela certeza do direito e segurança jurídica.

Objetiva-se, com tais digressões, ressaltar a imperiosidade de adoção do princípio da não-surpresa em matéria tributária, já previsto na ordenação anterior, além de evidenciar que o exercício do poder tributário, pelo Estado, submete-se, *in totum*, aos modelos jurídicos positivados no texto constitucional que institui, em favor dos contribuintes, limitações à competência estatal para impor e exigir as diversas espécies tributárias.

Para tanto, a Carta Magna criou um verdadeiro estatuto do contribuinte, que contempla um complexo de direitos concernentes aos limites intransponíveis pelos Poderes do Estado.

No escólio de Roque Antonio Carrazza (*in Curso de Direito Constitucional Tributário*, 4ª edição, editora Malheiros, 1993, São Paulo, pp. 235/236), tem-se que “o estatuto do contribuinte, como vimos, impõe limitações aos Poderes Públicos, inibindo-os de desrespeitarem os direitos subjetivos das pessoas que devem pagar tributos. Inexistisse, e o legislador poderia, por meio de uma tributação atrabiliária, até espoliar as pessoas. A Fazenda Pública, à míngua deste estatuto, não poderia ser impedida de fazer o mesmo. (...) O ‘estatuto do contribuinte’ exige que a tributação, livre de qualquer arbitrariedade, realize a idéia de Estado-de-Direito. As várias possibilidades de atuação da Fazenda Pública hão de corresponder a garantia dos direitos de cada contribuinte. Quanto mais

*gravosa a intervenção tributária, tanto mais cuidadosamente deverá ser protegida a esfera de interesses dos indivíduos.*

Heinz Paulick, ao depois de destacar que a administração financeira, como a administração pública em geral, tende à realização da idéia de Estado-de-Direito, acrescenta: 'O moderno Direito Tributário já não conhece o súdito, que era um mero objeto da tributação. A atual administração financeira relaciona-se com o cidadão livre e emancipado, que possui, em virtude da Constituição, uma esfera jurídica própria, que exige ser respeitada, inclusive em todas as questões relativas à tributação'.

Portanto, a tributação deve desenvolver-se dentro dos limites que a Carta Suprema traçou (fulminando o poder Tributário absoluto do Estado). Este objetivo é alcançado, basicamente, respeitando-se os direitos fundamentais do contribuinte e aquela faixa de liberdade das pessoas, onde a tributação não pode se desenvolver. É nesse sentido que Albert Hensel dizia que 'o Direito Tributário é um direito intervencionista submetido à ordenação do Estado-de-Direito'.

Em suma, o legislador ordinário da União, de cada Estado, de cada Município e do Distrito Federal encontra, na Carta Constitucional, perfeitamente delimitada, sua área de tributação".

Diante destas considerações, vejo que os princípios relativos à matéria tributária devem ser vistos e interpretados como garantia constitucional instituída em favor dos contribuintes, que são os sujeitos passivos da atividade estatal no campo da tributação.

Retornando à definição de *faturamento*, também é mister frisar que este é expressivo de atividade comercial, representativo de operações mercantis; só existe faturamento se houver mercadoria ou serviços.

Não é diverso o entendimento de Sacha Calmon Navarro Coelho (*in* "COFINS nas operações com imóveis e empresas construtoras", artigo publicado na RT nº 13, outubro/dezembro 1995, Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas, pp. 136/139) ao asseverar que "*estando os imóveis excluídos do conceito de mercadoria, não pode o intérprete estender o conceito de faturamento estatuído no art. 2º, da Lei Complementar nº 70/91, para alcançar as empresas que praticam a venda de imóveis.*

O conceito fornecido pelo direito privado à expressão mercadoria foi incorporado pela Constituição ao colocá-la como componente da hipótese de incidência do ICMS e é sabido que sobre a venda de imóveis não há a incidência do ICMS. O malsinado art. 2º, para abranger a receita proveniente da venda de imóveis, poderia utilizar, v.g., a expressão 'bens em geral' em substituição a mercadoria.

(...)

O art. 2º da Lei Complementar nº 70/91 ao definir o faturamento excluiu da hipótese de incidência da COFINS as receitas provenientes da venda de imóveis, sendo irrelevante o fato de a empresa que vende imóveis seja comercial ou não e a frequência dessas vendas. Seria fácil fazer alcançar as receitas com vendas de imóvel pela COFINS; basta mudar a lei. O que não se admite é em nome, por exemplo, do princípio da isonomia, dar aos conceitos jurídicos, por meio de interpretação, conteúdos que não lhe são próprios".



Corroborando tal posicionamento, transcrevo, *data maxima venia*, as considerações de Geraldo Ataliba (*in ob. cit.*) acerca do princípio da tipicidade como desdobramento da legalidade, aplicável ao caso em concreto, quando discorre que “*é universalmente reconhecido como princípio informador do direito tributário o da tipicidade. No Brasil, ele é constitucionalmente consagrado, enfatizado pela doutrina e sumamente prestigiado pela jurisprudência, principalmente do STF.*”

*O melhor expositor do tema, entre nós, é ALBERTO XAVIER, que sublinha ‘...em matéria de limitações à liberdade, a reserva de lei do Direito brasileiro é mais apertada do que a que vigora em muitos outros ordenamentos’ (...)* ‘*na verdade, o princípio da legalidade no Direito Tributário surge configurado como uma reserva absoluta de lei formal – vê-lo-emos adiante com mais detença – enquanto no Direito Administrativo a reserva – também de lei formal – é apenas uma reserva relativa*’ (...).

Deveras, a legalidade geral (art. 5º, II) não é meramente aplicada à tributação, pelo preceito do art. 150, I. É estreitado e levado ao extremo em suas exigências. A melhor doutrina fixa-lhe o conteúdo:

‘Exigências ligadas aos princípios éticos da certeza e segurança do direito, como vimos de ver, passaram a requerer que o fato gerador e o dever tributário passassem a ser rigorosamente previstos e descritos pelo legislador, daí a necessidade de tipificar a relação jurídica tributária. Por isso, em segundo lugar, é preciso observar que a tipicidade não é só do fato jurígeno-tributário como também do dever jurídico decorrente (sujeitos ativos e passivos, bases de cálculo, alíquotas, fatores outros de quantificação, *quantum debeatur* – como, onde, quando pagar o tributo)’ (SACHA CALMON NAVARRO COELHO, “Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário”, editora Forense, 1990, pág. 285).

Nenhum indicador normativo pode ser inferido pelo intérprete, nem ‘suprido’ pela administração:

‘... todos os elementos essenciais do tributo devem ser erigidos abstratamente pela lei, para que se considerem cumpridas as exigências do princípio da legalidade. Convém lembrar que são ‘elementos essenciais’ do tributo os que, de algum modo, influem no *an* e no *quantum* da obrigação tributária’ (SACHA, p. 158).

CARRAZZA insiste:

‘O princípio em estudo possui um alcance mais preciso e rigoroso, porquanto determina que todos os elementos essenciais da norma jurídica tributária sejam definidos, com grande precisão, na lei da pessoa política competente’.

BARROS CARVALHO é incisivo:

‘Diríamos, em linguagem técnica, que criar um tributo corresponde a enunciar os critérios da hipótese – material, espacial e temporal – sobre os critérios da consequência – subjetivo (sujeitos ativo e passivo da relação) e quantitativo (base de cálculo e alíquota)’ (...).

Esse autorizado expositor mostra que o que se convencionou designar por tipicidade é decorrência da estrita legalidade tributária, constitucionalmente postulada:

‘... estabelecendo a necessidade de que a lei adventícia traga no seu bojo os elementos descritores de fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional. Este *plus*

caracteriza a tipicidade tributária, que alguns autores formam como outro postulado imprescindível ao subsistema de que nos ocupamos, mas que podem perfeitamente ser tidos como uma decorrência imediata do princípio da estrita legalidade’.

XAVIER revela-lhe a essência:

‘... optou-se neste ramo do Direito por uma formação mais restritiva do princípio da legalidade, convertendo-o numa reserva absoluta de lei, no sentido de que a lei, mesmo em sentido material, deve conter não só o fundamento da conduta da Administração, mas também o próprio critério da decisão no caso concreto’.

E explica seu significado:

‘Se o princípio da reserva de lei formal contém em si a exigência da *lex scripta*, o princípio da reserva absoluta coloca-nos perante a necessidade de uma *lex stricta*: a lei deve conter em si mesma todos os elementos da decisão no caso concreto, de tal modo que não apenas o fim, mas também o conteúdo daquela decisão sejam por ela diretamente fornecidos’.

Esse brilhante mestre luso-brasileiro não esconde sua aversão à qualificação, entre nós tradicional, da ‘legalidade estrita’. Mesmo assim, adere à sólida corrente aqui formada graças às lições de BALEEIRO, GOMES DE SOUSA e ULHÔA CANTO; escreve:

‘A decisão do caso concreto obtém-se, assim, por mera dedução da própria lei, limitando-se o órgão de aplicação a subsumir o fato na norma, independentemente de qualquer livre valoração pessoal.

É a esta característica que aludem, entre nós, alguns autores, ao referirem-se — embora com evidente impropriedade terminológica — a um princípio da estrita legalidade’.

Melhor se obtém o sentido e alcance do princípio, se se considera a fecunda teleologia que o inspira...

(...)

No melhor estudo sobre a tipicidade do direito penal e do direito tributário, no Brasil, MISABEL DERZI escreveu:

‘Em contrapartida, a segurança jurídica, a uniformidade e a praticabilidade na aplicação da norma são alcançadas de modo mais satisfatório por meio de conceitos determinados, cujas notas irrenunciáveis fecham-nos rigidamente, em estruturas que almejam a estabilidade das relações jurídicas (...) não se há de negar o esforço hercúleo desenvolvido pela Ciência do Direito Tributário no objetivo de alcançar não só precisão conceitual e rigor lógico como também e, sobretudo, de realizar os inafastáveis princípios-valores consagrados nesse ramo jurídico’.

‘A previsão de novas situações tributáveis, para além das encerradas no catálogo legal, quer fundadas na analogia, quer com base na livre valoração dos órgãos de aplicação do direito são, desta sorte, estritamente proibidas numa tipologia taxativa, como a tributária’ (ALBERTO XAVIER).

É o autorizado XAVIER que expõe a melhor doutrina, entre nós absolutamente acatada, sem discrepância entre os juristas:

*‘A tipicidade do Direito Tributário é, pois, segundo certa terminologia, uma tipicidade fechada: contém em si todos os elementos para a valoração dos fatos e produção*

*dos efeitos, sem carecer de qualquer recurso a elementos a ela estranhos e sem tolerar qualquer valoração que se substitua ou acresça à contida no tipo legal. Nullum tributum sine lege é brocardo que igualmente exprime o imperativo de que todos os elementos necessários à tributação do caso concreto se contenham e apenas se contenham na lei'.*

Deverás, porque 'O princípio da determinação converte, ... o tipo tributário num tipo ri-gorosamente fechado', não pode o juiz 'abri-lo' para incluir fato não previsto. Vender mercadoria ou serviço não é vender imóvel. Logo, este último fato não está compreendido no tipo fechado.

*'Eis o que a segurança jurídico exige no domínio tributário: pois não ficaria seriamente abalada a regra nullum tributum sine lege, se na aplicação do Direito Tributário se pudesse recorrer a elementos ou critérios de valoração e decisã que não estivessem já contidos na própria lei?'*

(...) Ora, do universo de atividades empresariais, contemplado com largueza pela Constituição, a que correspondem hipóteses de incidência tributária variadas e amplas, a Lei Complementar nº 70/91 fixou-se em duas (vendas de mercadorias e de serviços). E o faz de modo claro, decidido, incisivo e inequívoco, o que se confirma pela leitura das alíneas do parágrafo único do seu art. 2º...".

Dessume-se, tanto pela sistemática constitucional tributária da República Federativa do Brasil, como pelo correto direcionamento outorgado à matéria pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, que o conceito de faturamento abrange, tão-somente, a receita advinda sobre operações (negócios) de venda de serviços e mercadorias, e não qualquer receita, como intenta a Lei nº 9.718/98 pretensamente amparada na Emenda Constitucional nº 20/98 que, como se verá, também está sujeita a determinadas limitações.

## 05. OFENSA AO CÂNONE DA IRRETROATIVIDADE

Se a alteração do conceito de faturamento constitucionalmente albergado não bastasse para macular a cobrança da exação, observa-se, ainda, ofensa ao cânone da irretroatividade, estampado no artigo 150, III, *a*, da CF, seja pelo disposto no artigo 17 da Lei 9.718/98, seja pela Emeuda Constitucional nº 20/98. Aquela não poderia estar nesta embasada, na medida em que promulgada em data posterior. A EC, embora decorrente do Poder Constituinte Derivado, também está submetida aos ditames do Sistema Constitucional Tributário, sob pena de ofensa ao disposto no artigo 60, § 4º, da Lei Maior.

Como cediço, a emenda constitucional é oriunda do chamado Poder Constituinte Derivado, decorrente de uma regra jurídica de autenticidade constitucional. Cabe dizer, portanto, que está submetida a limitações constitucionais expressas e implícitas, sendo passível, inclusive, de controle de constitucionalidade. É um Poder derivado, subordinado e condicionado.

Na lição de Alexandre de Moraes (*in Direito Constitucional*, 2ª edição, p. 47, editora Atlas, São Paulo, 1997), "é derivado porque retira força do Poder Constituinte originária; subordinado porque se encontra limitado pelas normas expressas e implícitas do texto constitucional, às quais não poderá contrariar, sob pena de inconstitucionalidade; e,

*por fim, condicionado porque seu exercício deve seguir as regras previamente estabelecidas no texto da Constituição Federal”.*

Ressalte-se, ademais, que nossa ordenação não abarca a tese defendida por Otto Bachof (*in Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, 1951, Verlag J. C. B. Mohr - Paul Siebeck - Tübingen; “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa, Livraria Almedina, 1994), acerca da possibilidade de normas insertas na Lei Maior, que sejam inconstitucionais. A Constituição só pode possuir corpo de normas que estejam de acordo com todo o sistema.

No escólio de Roque Antonio Carrazza (*in Curso de Direito Constitucional Tributário*, 4ª edição, pp. 192/195, editora Malheiros, 1993, São Paulo), tem-se que: “... *em síntese, a lei deve ser anterior ao fato imponible e não o fato imponible anterior à lei.*

Lei retroativa, é oportuno assertoar, é aquela que rege fato ocorrido antes de sua vigência.

A regra geral, pois, é no sentido de que as leis tributárias, como de resto, todas as leis, devem sempre dispor para o futuro. Não lhes é dado abarcar o passado, ou seja, alcançar acontecimentos pretéritos. Tal garantia confere estabilidade e segurança às relações jurídicas entre Fisco e contribuinte.

A lei tributária, pois, deve ser irretroativa. Em se tratando de lei que cria ou aumenta tributo, esta regra é absoluta, isto é, não admite exceções.

*É certo que, por razões ideológicas que nosso Direito encampou, aceita-se que algumas leis tributárias retroajam, desde que elas assim o estipulem. São as que, de alguma forma, beneficiam o contribuinte (lex mitior), como as que lhe concedem uma isenção, um prazo mais lato para o recolhimento do tributo etc. (...).*

*Temos por indisputável, pois, que é, por todos os títulos, inconstitucional a lei tributária ex post facto (Araújo Castro). Outra inteligência justificaria a instalação do império da incerteza, nas relações entre o Fisco e o contribuinte, o que contrariaria o regime de direito público e o próprio princípio republicano.*

*Demais disso, a ação do Fisco deve ser previsível. Em nome desta previsibilidade, a lei que cria ou aumenta um tributo não pode alcançar fatos ocorridos em época anterior à de sua entrada em vigor. Sem este penhor de confiança, toda a vida jurídica do contribuinte perigaria”.*

Tem-se, portanto, que a Emenda Constitucional nº 20/98 buscou ratificar uma situação passada, trazida pela Lei nº 9.718/98, que, por sua vez, apresentava-se em desconformidade aos ditames constitucionais.

## 06. INSTITUIÇÃO DA EXAÇÃO POR MEDIDA PROVISÓRIA

Diante de tantas máculas, mais uma sobrevem, ou seja, a instituição da exação mediante a Medida Provisória nº 1.724/98, instrumento inapto a veicular matéria de ordem tributária.

Medida provisória não pode dispor sobre qualquer matéria tributária, sob pena de afronta ao princípio da tripartição das funções do poder, verdadeiro cânone do Princípio Republicano.

Apesar de já ter o Egrégio Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 146.733-SP, se manifestado no sentido da possibilidade de criação ou majoração de tributos mediante medida provisória, desde que convertida em lei na forma e prazo previstos no artigo 62 da CF/88, ouso, com a devida vênia, discordar de tal posicionamento.

Como cediço, de acordo com a ordenação constitucional vigente, os tributos, de modo geral, somente podem ser criados ou alterados mediante lei complementar (nas hipóteses dos artigos 148 e 154, I, da CF); lei ordinária; decreto-legislativo que ratifica tratado internacional, a teor do artigo 49, inciso I, da Lei Maior ou, ainda, decreto-legislativo que ratifica convênio sobre ICMS celebrado entre os Estados, além das exceções previstas na própria Carta Magna acerca da alteração de alíquotas referentes a tributos determinados.

Denais instrumentos infralegais são precários e inaptos à modificação da ordem jurídica tributária.

Vivemos um período em que, infelizmente, o “Estado Democrático de Direito” cinge-se a uma expressão estampada no artigo 1º da Lei Maior. A instabilidade impera, através de uma legislação, se é que assim pode ser chamada, cuja base repousa nas indigitadas medidas provisórias.

Está mais do que na hora de findar tal situação. Medidas provisórias somente podem ser adotadas em casos de relevância e urgência, devendo ser, expressamente, convertidas em lei no prazo de 30 dias.

Corroborando tais assertivas, trago à baila as lições de Sidney Souza Cruz (*in Revista de Direito Tributário* nº 54, ano 14, outubro/dezembro de 1990, editora Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo, pp. 23/34), *in verbis*:

“1. O art. 5º, II, da CF, consagra o Princípio da Legalidade quando preceitua: ‘Ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’.

2. No art. 150 da Carta Magna, constata-se o Princípio da Legalidade quando diz: ‘É vedado exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça’.

3. *Geraldo Ataliba asseverou: ‘Os princípios são a chave e essência de todo o direito. Não há direito sem princípios’.*

4. *Os princípios constitucionais garantem o direito e asseguram a liberdade.*

5. *O Princípio da Legalidade tributária encontra-se incorporado ao Código Tributário Nacional.*

6. *Somente a lei pode instituir tributo, bem como cabe a ela majorá-lo.*

7. *A política econômica necessita do Princípio da Legalidade tributária. Este é necessário, principalmente, às empresas, em face de permitir a previsão de encargos tributários.*

8. *O Texto Constitucional da medida provisória é obscuro, dando origem a substancial indagação na área jurídica.*
9. *O legislador não limitou o alcance da medida provisória. Contudo, é veículo inadequado a questões tributárias, pois fere os princípios da norma tributária constitucional.*
10. *As expressões 'relevância' e 'urgência', contidas no texto que trata da medida provisória, não são apropriadas aos preceitos constitucionais tributários.*
11. *Para os casos emergenciais tributários, a Constituição já prevê disposições peculiares. Prevê os casos urgentes.*
12. *A lei, na criação de tributos, é norma geral, pois passa por um processo legislativo, passando a ter existência e eficácia.*
13. *À luz do art. 62 da Carta Magna, a medida provisória é precária e instável. Não é lei.*
14. *A lei tributária tem sua aplicabilidade adiada, em face do princípio da 'Anterioridade' que dá segurança jurídica ao contribuinte.*
15. *A medida provisória tem eficácia e aplicação antecipada, gerando inteira insegurança. É contraditória aos princípios tributários.*
16. *A matéria fiscal sempre deverá ser tratada por lei.*
17. *A imposição fiscal, via medida provisória, é inconstitucional.*
18. *A lei é preponderante na área tributária, sendo sua importância demonstrada no art. 146 da Constituição, que trata da lei complementar.*
19. *A lei é que dispõe sobre conflito de competência tributária.*
20. *A medida provisória é instrumento inadequado para criar ou majorar tributos. Não é o meio formal...".*

Não é outro o entendimento de Paulo de Barros Carvalho, ao asseverar que: "... *Meditemos, por derradeiro, acerca do emprego de medidas provisórias no plano do direito tributário. A União poderá utilizá-las para criar tributo, estabelecer faixas adicionais de incidência em gravames já existentes ou, ainda, majorá-los? Cremos que não. E dois motivos suportam este entendimento: um, pela incompatibilidade da vigência imediata, elemento essencial à índole da medida, com o princípio da anterioridade (CF, art. 150, III, b); outro, de cunho semântico e pragmático, pela concepção de 'tributo' como algo sobre que os administrados devam expressar seu consentimento prévio. A noção de 'tributo', nos países civilizados, repele a exigência de parcelas do patrimônio dos indivíduos, por ação unilateral da Estado, considerando a iniciativa como fundada em idéia vetusta, que prevaleceu em tempos medievais e em ambientes de tirania. O intervalo de tempo em que vigora a medida, sem que o Poder Legislativo a aprecie, acolhendo-a, expõe os cidadãos,*

*comprometendo direitos que lhes são fundamentais (propriedade e liberdade), expressamente garantidos na Carta Básica. Este intertempo, onde impera a vontade monádica do Estado sem o conhecimento antecipado e o assentimento dos destinatários da pretensão, não se compagina também com a magnitude semântica que o termo 'tributo' ostenta nos dias atuais. Não valessem tais razões e a simples invocação do princípio da segurança do direito já seria bastante em si para inibir esse mecanismo de ação fiscal..." (in Curso de Direito Tributário, 4ª edição, 1991, editora Saraiva, São Paulo, p. 57).*

Exatamente por estarmos perante um "Estado Democrático de Direito", a saber, aquele "*Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça Material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja, a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões e de sua real participação nos rendimentos da produção*" (in José Afonso da Silva, "O Estado Democrático de Direito", palestra proferida em 6/8/88, às 15 h, no I Encontro Nacional de Advogados, realizado em Belo Horizonte de 5 a 7/8/88, sob o patrocínio da Associação dos Advogados de Minas Gerais, publicada na RT nº 635, de setembro de 1988, pp. 07/13), é que se faz mister a obediência aos ditames constitucionais.

Ademais, é imperioso ressaltar que, quando da conversão da medida provisória na Lei nº 9.718/98, houve modificação do artigo 8º, substituindo-se o Imposto sobre a Renda pela Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSSL. Portanto, ocorrendo tal modificação, deveria ter-se operacionado o processo legislativo normal, sob pena de mácula ao princípio da representatividade, basilar na República Federativa do Brasil.

## 07. DEMAIS INCONSTITUCIONALIDADES

É incontestado, como já salientado, que normas tributárias devem ser obrigatoriamente interpretadas não só em consonância com o Título VI da Carta Magna, mas também de acordo com os Títulos I e II da Lei Maior, a fim de se respeitar princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, como é o caso da República Federativa do Brasil, que são a certeza do direito e segurança jurídica.

No que tange à regra trazida pelo artigo 8º, § 4º, anoto que se a mesma prosperar, o conceito de renda, também constitucionalmente depreendido, será modificado. Senão, vejamos.

Pelo disposto no artigo 43 do Código Tributário Nacional, renda é sempre um produto, um resultado, quer do trabalho, quer do capital, quer da combinação destes dois fatores. Para ocorrer incidência do imposto de renda, é indispensável que haja acréscimo patrimonial.

Ressalte-se, ademais, que o conceito de renda é constitucional, não podendo o legislador ordinário dilargá-lo, uem, tampouco, modificá-lo. José Arthur Lima Gonçalves (*in Imposto sobre a renda – pressupostos constitucionais*, p. 198, editora Malheiros, São Paulo, 1997) ensina-nos que "*qualquer que seja o conceito de renda adotado, presentes estão as noções de ganho patrimonial resultante de confronto entre elementos (ingressos*

e saídas) verificados ao longo de certo período. As definições podem variar em diversos aspectos (renda auferida, renda constituída, aumento patrimonial, ganho de capital etc.), mas não resta nenhuma dúvida quanto à necessidade de ocorrência de ganho efetivo, dentro de um determinado período.

Deveras, a Constituição somente admite a incidência de imposto sobre a renda quando tenha havido alteração positiva no patrimônio do contribuinte no período. Fora daí, não se admite (a Constituição não tolera) incidência de imposto sobre a renda. E tal constatação só é possível ao cabo de um período de tempo determinado, dentro do qual a renda tenha sido auferida e ao cabo do qual ela possa ser quantificada”.

Conclui-se, por conseguinte, que para ocorrer incidência do imposto de renda, é indispensável que haja acréscimo patrimonial. E no que tange às pessoas jurídicas, o lucro real corresponde exatamente a este acréscimo patrimonial tributável, mencionado pelo artigo 43 do Código Tributário Nacional.

Hugo de Brito Machado (*in Curso de Direito Tributário*, p. 219, 12ª edição, editora Malheiros, São Paulo, 1997) ensina que “... *E se assim é perante o sistema tributário disciplinado na Constituição, o CTN deixou essa questão fora de qualquer dívida razoável, fixando, embora de modo bastante amplo, os conceitos de renda e de proventos. Não há renda, nem provento, sem que haja acréscimo patrimonial, pois o CTN adotou expressamente o conceito de renda como acréscimo. Já não é possível, portanto, considerar-se renda uma cessão gratuita do uso de imóvel, por exemplo, como pretendeu, seguindo os anteriores, o Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 84.450, de 4.12.1980, em seu artigo 31, parágrafo único, segundo o qual era tributável ‘o valor locativo do prédio urbano construído, quando cedida seu uso gratuitamente, exceto quanto a dependente considerado encargo de família’*”.

Novamente tomo como exemplo o escólio de Roque Antonio Carrazza (*in RDT nº 55/156 e seguintes*, artigo intitulado “Novas Considerações sobre a intributabilidade, por via de imposto sobre a renda, das férias e licenças-prêmio recebidas em pecúnia”) ao asseverar que “*Deveras, parece-nos que, dentre os diversos conceitos de ‘renda’, fornecidos pela Ciência Econômica, pode o legislador ordinário apenas optar por um deles e, ainda assim, desde que sua escolha permita compatibilizar a incidência com os princípios constitucionais que norteiam a tributação por via de IR, máxime o da capacidade contributiva*”.

Realmente, o conceito de renda e proventos de qualquer natureza deve levar em conta a **capacidade contributiva** do sujeito passivo tributário. Por quê? Porque o princípio da capacidade contributiva informa a tributação por via de impostos no Brasil (art. 145, § 1º, da CF). (...)

Pensamos que o conceito de “renda e proventos de qualquer natureza” pressupõe ações humanas que revelem **mais valias**, isto é, acréscimos na capacidade contributiva (que a doutrina tradicional chama de “acréscimos patrimoniais”). Só quando há uma realidade econômica nova, que se incorpora ao patrimônio individual preexistente, traduzindo nova disponibilidade de riqueza, é que podemos falar em “renda e proventos de qualquer natureza”. Vai daí que as indenizações não são nem rendimentos, nem proventos de qualquer natureza. Escapam, pois, da tributação por via de IR.



Neste mesmo sentido, Geraldo Ataliba e Agostinho Sartin, em parecer conjunto (RDT 36/50) sobre as indenizações por desapropriação, tiveram o ensejo de proclamar:

“A doutrina autorizada identifica unanimemente o núcleo da competência atribuída à União pelo art. 21, IV, da CF (art. 153, III, da CF/1988), na **aquisição da disponibilidade de riqueza nova por parte do destinatário legal tributário, riqueza nova que se condensa na idéia de acréscimos patrimoniais**”.

Diante de tais digressões, procura-se demonstrar como é rígido o conceito de renda, não podendo ser modificado por mera atividade legislativa.

Para a correta exegese do sentido e alcance das normas impugnadas, impõe-se, ainda, relembrar o conceito de lucro real.

De acordo com o artigo 6º do Decreto-lei nº 1.598/77, tem-se que:

“Art. 6º Lucro real é o lucro líquido do exercício ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária”.

De acordo com o artigo 344 do RIR (Decreto nº 3.000/99), os tributos e contribuições são dedutíveis, na determinação do lucro real, segundo o regime de competência (Lei nº 8.981/95, art. 41). Vê-se que tal dedução opera-se como custo ou despesa operacional (aquelas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora), no período-base em que ocorrer o fator impositivo da obrigação tributária.

Entende-se, corretamente, que os tributos não devem ser inseridos na composição do lucro real, vez que sua natureza não é a de renda, mas, sim, custo do bem ou serviço, ou despesa necessária à atividade da empresa que não tenha sido computado no custo final do produto (bem ou serviço).

Não obstante o disposto no § 6º do mesmo artigo impossibilitar a dedução do valor da CSSL para efeito de apuração do lucro real, a partir de 1º de janeiro de 1997 – contestável sob o aspecto jurídico –, os valores de tributos não podem ser computados para apuração do lucro real, vez que não consubstanciados em renda.

Havendo a impossibilidade de dedução para fins de apuração do lucro real, da parcela de COFINS compensada, verificar-se-á uma alteração da renda tributável, que não se coaduna com o conceito extraído da Lei Magna, na medida em que esta parcela da COFINS não tem a natureza jurídica de acréscimo patrimonial para efeito de apuração do lucro efetivo da empresa.

Se tal sistemática prosperar ver-se-á que, o que o legislador infraconstitucional outorgou com uma mão, retirou com a outra.

Não posso aceitar a argumentação no sentido de que se assim não procedesse, haveria, na verdade, um duplo benefício. Entendo que é dever do legislador, na medida do possível e do legal, não onerar sobremaneira a carga tributária dos contribuintes, apelando, inclusive, ao princípio da não-utilização de tributo com efeito de confisco; nem, tampouco, beneficiar determinada categoria sem amparo constitucional. Para tanto, o legislador cons-

tituinte outorgou-lhe uma série de ferramentas incluídas no rígido sistema constitucional tributário brasileiro.

O que não se aceita é que, em nome deste exercício, seja alterado o conceito constitucional de renda.

No que tange à majoração de alíquota para 3% (três por cento), se a mesma já não estivesse afastada em virtude da impossibilidade de aplicação retroativa da lei em comento, observo que também não poderá operacionalizar-se, na medida em que é vedada a dedução da parcela da COFINS compensada. Portanto, de modo indireto, esta majoração de alíquota implicaria a aceitação da sistemática acima atacada, importando na mudança do conceito de renda, na medida em que eventual lucro real não seria o efetivamente ocorrido.

Outras questões de discutível constitucionalidade concernem às regras trazidas pelo artigo 8º, § 1º, da lei e pela Instrução Normativa nº 6, da SRF, de 29 de janeiro de 1999, relativas à compensação da COFINS com a CSSL, no sentido de que o valor da COFINS passível de compensação que exceder ao da CSSL não será restituído nem poderá ser compensado em períodos posteriores.

Ao não possibilitar a compensação integral da COFINS, haverá modificação da base de cálculo da CSSL para períodos subseqüentes, se comparada àquela que foi utilizada empregando-se o instituto da compensação. Indiretamente, também afetar-se-á o valor do lucro, vez que, nos termos do artigo 2º da Lei nº 7.689/88 e do item 1 da IN SRF nº 198/88, a base de cálculo da contribuição é o valor positivo do resultado do exercício, já computado o valor da contribuição social devida e antes da provisão para o imposto de renda.

## 08. CONCLUSÕES

1. Dessume-se, tanto pela sistemática constitucional tributária da República Federativa do Brasil, como pelo correto direcionamento outorgado à matéria pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, que o conceito de faturamento abrange, tão-somente, a receita advinda sobre operações (negócios) de venda de serviços e mercadorias, e não qualquer receita, como intenta a Lei nº 9.718/98 pretensamente amparada na Emenda Constitucional nº 20/98, também sujeita a limitações.

2. A Emenda Constitucional nº 20/98 buscou ratificar uma situação passada, trazida pela Lei nº 9.718/98, que, por sua vez, apresentava-se em desconformidade aos ditames constitucionais.

3. Medida provisória não pode dispor sobre qualquer matéria tributária, sob pena de afronta ao princípio da tripartição das funções do poder, verdadeiro cânone do Princípio Republicano.

4. Mesmo que se aceitasse a tese defendida pelo Egrégio STF, no que tange à possibilidade de criação ou majoração de tributos pelo instrumento precário e unilateral que é a medida provisória, desde que convertida em lei, é imperioso ressaltar que, quando da conversão da MP nº 1.724/98 na Lei nº 9.718/98, houve modificação do artigo 8º, substituindo-se a expressão "Imposto sobre a Renda" pela "Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSSL". Portanto,

ocorrendo tal modificação, deveria ter-se operacionado o processo legislativo normal, sob pena de mácula ao princípio da representatividade, basilar na República Federativa do Brasil.

5. No que tange à regra trazida pelo artigo 8º, § 4º, se a mesma prosperar, o conceito de renda, também constitucionalmente depreendido, será modificado.

Pelas digressões acima, buscou-se demonstrar algumas inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, além de outras já visualizadas pela mais íncrita doutrina, como, por exemplo, a relativa à afronta ao princípio da isonomia, a problemática gerada às distribuidoras de combustíveis, impossibilidade de compensação da valor do COFINS que exceder ao da CSSL etc.

## 09. BIBLIOGRAFIA

Ataliba, Geraldo - in "Cofins e Empresa de Construção Imobiliária", parecer publicado na RDA nº 201/95, pp. 344/360.

Bachof, Otto - *Verfassungsvidrige Verfassungsnormen?*, 1951, Verlag J. C. B. Mohr - Paul Siebeck - Tübingen; "Normas Constitucionais Inconstitucionais?", tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa, Livraria Almedina, 1994.

Becker, Alfredo Augusto - *Teoria Geral do Direito Tributário*, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1972.

Carrazza, Roque Antonio - *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 4ª edição, editora Malheiros, 1993, São Paulo.

RDT nº 55/156 e seguintes, artigo intitulado "Novas Considerações sobre a intributabilidade, por via de imposto sobre a renda, das férias e licenças-prêmio recebidas em pecúnia".

Carvalho, Paulo de Barros - *Curso de Direito Tributário*, 4ª edição, 1991, editora Saraiva, São Paulo.

Cochlo, Sacha Calmon Navarro - "COFINS nas operações com imóveis e empresas construtoras", artigo publicado na RT nº 13, outubro/dezembro 1995, Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas, pp. 136/139.

Cruz, Sidney Souza - *Revista de Direito Tributário* nº 54, ano 14, outubro/dezembro de 1990, editora Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo, pp. 23/34.

Gonçalves, José Arthur Lima - *Imposto sobre a renda - pressupostos constitucionais*, editora Malheiros, São Paulo, 1997.

Hesse, Konrad - *Die normative Kraft der Verfassung - A força normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, 1991, Sérgio Fabris Editores.

Machado, Hugo de Brito - *Curso de Direito Tributário*, 12ª edição, editora Malheiros, São Paulo, 1997.

Melo, José Eduardo Soares de - *Contribuições Sociais no Sistema Tributário*, 2ª edição, 1996, editora Malheiros.

Moraes, Alexandre de - *Direito Constitucional*, 2ª edição, editora Atlas, São Paulo, 1997.

Silva, José Afonso da - "O Estado Democrático de Direito", palestra proferida em 6/8/88, às 15 h, no I Encontro Nacional de Advogados, realizado em Belo Horizonte de 5 a 7/8/88, sob o patrocínio da Associação dos Advogados de Minas Gerais, publicada na RT nº 635, de setembro de 1988, pp. 07/13.

# MERCOSUL, HARMONIZAÇÃO TRIBUTÁRIA E COMÉRCIO INTRA-REGIONAL: RAÍZES E PERSPECTIVAS

Alberto Nogueira

## SUMÁRIO

- I. O MERCOSUL
    - 1.1 Integração Latino-Americana, uma visão comunitária
    - 1.2 ALALC e ALADI
    - 1.3 Raízes e Vocação Integrativa
  - II. O COMÉRCIO
  - III. HARMONIZAÇÃO
  - IV. CONCLUSÃO
- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

## I—O MERCOSUL

O Tratado de Assunção (MERCOSUL) firmado em 26 de março de 1991, para a constituição de um mercado comum entre as Repúblicas da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, e que entrou em vigor internacionalmente em 29 de novembro de 1991 (art. 19), foi promulgado no Brasil nesse mesmo ano (Decreto nº 350, de 21.11.91, *DOU*, Seção I, 22.11.91, p. 26443/26448), “representa a construção de um processo histórico iniciado com o ensaio da União Aduaneira Brasil-Argentina de 1940, para o qual esses países tiveram papel pioneiro e relevante”.<sup>1</sup>

Como se sabe, “o GATT não se refere aos casos de existência de um Mercado Comum, porque esta noção inexistia em 1948 quando foi redigido”<sup>2</sup>, sendo certo que, antes mesmo de entrar em vigor o Tratado do MERCOSUL, fez-se, preliminarmente, uma comunicação àquela instituição.<sup>3</sup>

O próprio Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (General Agreement on Tariffs and Trade – GATT) surgiu, no pós-guerra, a partir de um processo de negociações objetivando a cooperação econômica internacional com a assinatura da Carta do Atlântico (USA e Inglaterra), com a explicitação de princípios comuns para a igualdade de acesso de todas as nações aos mercados, com sua confirmação, no ano seguinte, por 26 países. Instituída a ONU na Carta de São Francisco, seu Conselho Econômico e Social convocou uma conferência sobre Comércio e Emprego, que ao final de seus trabalhos, em 1947, incluiu o Acordo do GATT em um de seus anexos.

Este órgão surgiu, destarte, com um Tratado, vindo a adquirir caráter institucional.

Uma vez que o MERCOSUL tem como experiências precedentes a ALALC e a ALADI, que a sucedeu, a primeira com a finalidade de estabelecer uma Zona de Livre Comércio e a segunda uma Zona de Mercado Comum, é natural que se estabeleça uma ligação direta entre o MERCOSUL (com idênticos objetivos da ALADI) e o GATT.

Lembramos, no particular, as consultas formuladas pelo Comitê Provisório da ALALC e os questionários do GATT, decorrentes dessas consultas, com as respostas explicativas para a adaptação ao modelo preconizado por este último<sup>4</sup>.

Sob o aspecto estritamente técnico, a seqüência da integração européia difere bastante da latino-americana a partir das respectivas propostas básicas, não se reduzindo, como poderia parecer à primeira vista, a uma mera questão de "estágio de evolução". A União Européia é o resultado de todo um processo de integração comunitária, enquanto a outra se aprofunda essencialmente na construção de um mercado comum a partir de uma Zona de Livre Comércio (ALALC), de uma União Aduaneira (ALADI) e de um mercado comum (MERCOSUL). Até onde isso seria verdadeiro?

Tomando como referencial a fase da CEE, hoje superada com a implantação da UNIÃO EUROPÉIA, J. EDUARDO B. PUPO confronta aquela entidade com o MERCOSUL, no diapasão convergências/divergências:

"O aspecto central da CEE é a formação de uma união aduaneira entre seus membros através da abolição progressiva de todas as barreiras ao comércio entre eles, do estabelecimento de uma tarifa externa comum e de outras regulamentações do comércio com países que não sejam integrantes da CEE. Contudo, a CEE é muito mais do que uma união aduaneira. Desde a sua criação, em 1957, pelo Tratado de Roma, já se vislumbravam indícios das aspirações dos seus membros a uma integração maior. Em 1986, com a assinatura do Ato Único Europeu (*Single European Act*), o Tratado de Roma foi emendado no sentido de expressamente estabelecer um limite máximo de tempo (até 31/12/92) para que seus membros tomassem todas as medidas necessárias para a criação de um mercado interno comum, uma área aduaneira interna sem fronteiras em que a livre circulação de bens, pessoas, serviços e capital fosse garantida. O MERCOSUL apresenta os mesmos audaciosos objetivos, conforme se depreende das provisões estabelecidas por seus membros (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai) no Tratado de Assunção, de 26/03/91.

Da análise dos seus objetivos, portanto, não se identificam grandes diferenciações entre a CEE e o MERCOSUL. Do estudo do aparelhamento de cada bloco econômico para a consecução de seus objetivos é que a distinção se torna mais evidente"<sup>5</sup>.

Trataremos, todavia, com mais especificidade da Integração Latino-americana.

## 1.1 – Integração Latino-Americana

Uma Visão Comunitária

Por ocasião das XVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, o Professor ANTONIO CARLOS RODRIGUES DO AMARAL, na qualidade de Relator Nacional do Brasil (ABDF), se posicionou de forma incisiva numa perspectiva comunitária, a despeito da literalidade do Tratado do MERCOSUL:

“El más relevante acuerdo de libre comercio firmado por Brasil fue sin duda el Tratado de Asunción, de 26 de Marzo de 1991, con el objeto de integrar los mercados entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, de la constitución del Mercado Común del Sur-Mercosur. El tratado que estableció el Mercosur pretendió permitir la formación de una zona de libre comercio, seguida de una unión aduanera, mediante el establecimiento de una tarifa externa común, para finalmente formar un verdadero mercado común, permitiendo el libre movimiento de mercancías, servicios, personas y capital, sin aplicar barreras arancelarias y no arancelarias en general. Además, pretendiendo un elevado grado de integración, los miembros del Mercosur aspiran a desarrollar organizaciones comunitarias, una política macroeconómica e inclusive una moneda común”.<sup>6</sup>

Não se trata de uma visão pessoal ou de isolada posição o que acima se transcreveu. Em trabalho coordenado por um dos mais abalizados conhecedores do tema, LUIZ OLAVO BAPTISTA, sob o título “MERCOSUL, A Estratégia Legal dos Negócios”, MARTIN DE ALMEIDA SAMPAIO abre sua Introdução em termos sugestivamente postos como consensuais (no que também aderimos):

“Na metade dos anos 80, o Brasil e a Argentina iniciaram um processo diplomático objetivando a integração regional, agenda que mais tarde veio a incorporar o Paraguai e o Uruguai. Desde então foram assinados outros acordos e protocolos nos mais diversos campos, que culminaram na formalização do MERCOSUL – Mercado Comum do Cone Sul (Tratado de Assunção, firmado em 26 de março de 1991). Estabeleceu-se, então, um cronograma com data-limite para 1º de janeiro de 1995, estendendo para 12 meses a adesão completa do Paraguai e Uruguai.

O MERCOSUL é um projeto que visa à formação de um mercado no qual se permitirá a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, através de providências legais visando à eliminação dos direitos alfandegários e restrições tarifárias, objetivando a integração econômica, cultural, jurídica e política dos países que o compõem”.<sup>7</sup>

Esta, aliás, foi a visão que a parcela mais radical dos integrantes da ALALC já punha em prática, de que resultou a formação do PACTO ANDINO (talvez sem o necessário

amadurecimento), na interpretação do Programa da ALALC em face do Tratado de Montevideu, para a qual a integração devia assumir maior velocidade e extensão.

Assim é que, permanecendo dentro da ALALC, os países andinos, como um grupo sub-regional, ao firmarem o Acordo de Cartagena, se propuseram “una ampliación de los compromisos establecidos por la ALALC, acercándolos a los objetivos indicados [la unión aduanera y el mercado común previsto en el Tratado] y siempre dentro del marco básico del Tratado de Montevideo que en este caso recibe un desarrollo aplicable a esa subregión”.<sup>8</sup>

No Prefácio desse trabalho, este autor bem explicita o alcance pretendido pelo Pacto Andino, que não se limitava apenas a uma integração e conseqüente formação de um mercado comum, mas, através de instituições e de um direito próprio, chegar-se a um verdadeiro direito comunitário:

“El proceso de integración económica de la subregión andina no solamente surge en el seno de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), sino que continúa desenvolviéndose dentro del marco jurídico e institucional de la Asociación. Ahora bien, no obstante esta estrecha relación, el nuevo proceso integracionista latinoamericano, dados sus objetivos y mecanismos, cuenta con instituciones y un derecho propios.

El presente estudio del ordenamiento jurídico andino parte de ambas premisas, así como de una tercera: la de que se trata, no de un mero derecho de integración, sino de un nuevo y verdadero derecho comunitario. Esta última premisa nos pareció un tanto audaz cuando iniciamos la labor de investigación, pero hoy, después de completar el estudio, la vemos más bien como un simple hecho objetivo”.<sup>9</sup>

A nova entidade é, pelo citado autor, como uma Corporação “constituída em forma similar a una sociedade de capital integrado por cuotas que aportan sus socios y las cuales están representadas por acciones, este organismo subregional constituye una empresa multinacional de carácter público. Esto lo corrobora el hecho de que desempeña sus funciones en un área o ambiente geográfico integrado por seis países”.<sup>10</sup>

## 1.2 – ALALC e ALADI

O processo de gestão dessas organizações é primorosa e objetivamente descrito por JUAN MARIO VACCHINO.

Referindo-se à primeira, assinala:

“Las primeras tentativas de integración económica en nuestro continente tuvieron su origen, como acertadamente lo advierte Salazar Santos, en dos movimientos paralelos y contemporáneos: uno propiciado por la CEPAL, con el objeto de crear el mercado regional latinoamericano como respuesta a los problemas de estragulación externa del desarrollo latinoamericano y a la saturación del proceso de

sustitución de importaciones en algunos países del área; el otro, compuesto por los países del Cono Sur, encaminado a resolver los difíciles problemas creados por la red de convenios bilaterales de comercio y de pagos celebrados entre tales países durante la segunda guerra mundial.

(...) la CEPAL, organismo que desempeñó uno de los papeles más relevantes, como promotor y defensor entusiasta de la idea integracionista, como autor intelectual y como gestor e impulsor de las negociaciones que condujeron a la suscripción del Tratado de Montevideo".<sup>11</sup>

E, adelante:

"Como bien se sabe, el pensamiento teórico de la CEPAL no se encuentra condensado en ningún texto oficial, sino que, por el contrario, está diseccionado en una gran variedad de documentos e informes elaborados en el curso de sus tres décadas de existencia.

(...) Tampoco es fácil distinguir nítidamente el momento en que la idea integracionista cobró fuerza en el seno de la CEPAL. Para algunos, el impulso ya puede percibirse en el estudio económico sobre América latina del año 1949 – y por lo tanto corresponde remontarse hasta él – (G. Salgado, 84, p. 87); otros indican que la CEPAL empleó la expresión 'mercado regional' por primera vez en un informe presentado a la reunión de ministros de hacienda de la región, celebrada en el año 1954 (G. Cevallos, 25, p. 35). Otros más estiman que la idea sustancial de la cooperación e integración regional, estructurada sobre la base de un sistema de preferencias comerciales – como medio para acelerar el desarrollo económico latinoamericano – recién aparece claramente en los estudios elaborados por el Comité de comercio de la CEPAL (1956-1957).<sup>12</sup>

(...) los estudios que produjo fueron considerados en la VII sesión de la CEPAL del año 1957, como, también, en la conferencia de la Organización de Estados Americanos, celebrada en el mismo año en Buenos Aires. Allí se vota la Resolución XL que formula una *Recomendación sobre un mercado común latinoamericano*, que se pronuncia por 'la conveniencia de establecer gradual y progresivamente, en forma multilateral y competitiva, un mercado regional latinoamericano'.

(...) Una nueva fase del proceso de gestación, que Salgado designa como de 'formulación y negociación', se abre con la convocatoria por la CEPAL del denominado 'Grupo de trabajo del mercado regional latinoamericano'. Este grupo, formado por expertos que participaban a título personal, celebró dos períodos de reuniones (1958 y 1959) y presentó a la sesión del Comité de comercio de la CEPAL, celebrada en Panamá en mayo de 1959, las bases esenciales para el establecimiento de un mercado común en la región.

(...) Los análisis cepalianos se asientan en el plano teórico sobre un postulado de base: en la economía mundial deben distinguirse dos partes o polos: el centro y la periferia, cuyas respectivas estructuras productivas difieren sustancialmente, aunque se encuentran interconectadas y condicionadas mutuamente (obviamente, en forma asimétrica).<sup>13</sup>



(...) El modelo cepaliano, como muchos de los proyectos populistas de esa época, a los cuales daba sustento teórico, puede ser considerado como nacionalista, popular y estatizante y como propugnador de cambios económicos y sociales, que si bien suponían el afianzamiento de los grupos más dinámicos de la clase capitalista, se proponía lograr la gradual absorción económica y participación social de las clases desposeídas y marginales.

(...) Entre los instrumentos y mecanismos para lograr esa industrialización 'transformadora', junto a la creación de un sector público y a la implementación de una racional y eficiente política económica dirigista y proteccionista de las actividades nacionales, en un lugar destacado, estaba la integración regional.<sup>14</sup>

En suma, la sociedad nacional independiente, resultante de las propuestas de la CEPAL, con una economía fuerte, orientada hacia el mercado interno, políticamente democrática, con una clase empresarial nacional y progresista, nunca pudo concretarse. La burguesía nacional se volvió cada vez más dependiente y asociada (en cierto sentido se 'internacionalizó'), poniendo en evidencia que como clase no pudo repetir en la periferia la función que antes desempeñara en los centros.<sup>15</sup>

(...) la fórmula integracionista con los criterios y las definiciones estipuladas en las reglas del GATT. Esta tendencia se reveló más claramente en una reunión de consulta sobre política comercial, realizada en abril de 1958 (...) donde se propuso establecer una zona de libre comercio entre dichos países, aunque abierta a la adhesión de otros países latinoamericanos.

El proyecto de zona de libre comercio que se elaborara fue presentado, al igual que las bases para el mercado común del Crupo de trabajo, a la reunión del Comité de comercio de la CEPA, celebrado en Panamá en mayo de 1959.<sup>16</sup>

A pesar de resistências, principalmente por parte dos USA e dos organismos internacionais sobre os quais exerce influência<sup>17</sup>, que somente começou a se modificar a partir do governo Kennedy com o impacto da Revolução Cubana, afinal foi criada a ALALC pelo Tratado de Montevideu de 18 de fevereiro de 1960, entrando em vigor em 1º de junho do ano seguinte, com um conteúdo e orientação de "enfoque comercialista y liberal de la integración"<sup>18</sup>, e com o objetivo de, no período de transição previsto para 12 anos, logo ampliado para 18, implantar uma zona de livre comércio, nos moldes da regra XXIV do GATT.

Como é sabido, a ALALC não chegou a concretizar seus principais objetivos. Após uma fase inicial de crescimento comercial na região (anos 60, basicamente), seguiu-se outra de retração, até que, já com suas negociações praticamente paralisadas, foi substituída pela ALADI. Seu funcionamento, no perfeito resumo de VACCHINO, relativamente às "suas características, causas e efeitos, foi insuficiente, desequilibrado e dinamicamente decrescente".<sup>19</sup>

Referindo-se à segunda, assim expõe o modelo integracionista da ALADI:

"En su reunión del 12 de agosto de 1980, en la ciudad de Montevideo, el Consejo de ministros de relaciones exteriores de los países miembros de la ALALC suscribe el nuevo tratado, denominado oficialmente como Tratado de Montevideo 1980, creando

la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), en sustitución de la ALALC. (...) La ALADI entró en funcionamiento el 18 de marzo de 1981, luego de que fueran depositadas en su sede de Montevideo las tres primeras ratificaciones de sus países miembros (ellos fueron Uruguay, Argentina y Paraguay).<sup>20</sup>

El nuevo Tratado, al igual que el anterior, se orienta y dirige a la realización de un programa y proyecto de integración económica regional, que se fija como objetivo de largo plazo, aunque queda indeterminado en las condiciones e indefinido en el tiempo, la formación de un mercado común latinoamericano.

(...) Uno y otro pertenecen a la categoría de 'tratados-marcos', que establecen los principales objetivos, instrumentos, mecanismos e instituciones, sin realizar una regulación detallada de ninguno de ellos.<sup>21</sup>

Finalmente, el establecimiento de un mercado común es una noción que evoca un espacio económico formado por los territorios de los países miembros, en los cuales circulan sin discriminaciones fundadas en la nacionalidad, mercancías, servicios y factores productivos. Dicho espacio se rige por normas y políticas que han sido aproximadas y armonizadas y que en el plano externo se manifiestan por un arancel externo común y una política comercial común. Este mercado común es, como dice R. Tamancs (92, p. 193), la parte visible de la unión económica y realizable en tanto que quede incluido en la construcción de dicha unión (véase también Salazar Santos, 87, p. 33).<sup>22</sup>

A síntese de ELBA CRISTINA LIMA RÊGO, Economista do Departamento Econômico do BNDES, em estilo objetivo e sob enfoque próprio, afigura-se de uma precisão modelar, quanto aos antecedentes do MERCOSUL:

"Projetos de integração latino-americanos vêm sendo perseguidos desde os anos 50, quando a Cepal introduziu a idéia de que a cooperação regional baseada em um sistema de preferências comerciais aceleraria o desenvolvimento econômico da região. O Gatt, no entanto, autorizava a formação de zonas de livre comércio e de uniões aduaneiras, mas não a constituição de uma simples zona de preferência tarifária. Assim, sob os auspícios da Cepal, alguns países sul-americanos (Brasil, Argentina, Chile, Uruguai, Paraguai, Peru e Bolívia) criaram a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC) em 1960, visando à formação de uma zona de livre comércio e à constituição de um mercado comum em um prazo de 12 anos. Foram negociados multilateralmente reduções tarifárias através de 'listas comuns' e de 'listas nacionais', assim como a extinção de restrições não-tarifárias, mas, na prática, a integração da região pouco avançou até o final dos anos 70, dado o pouco interesse dos países envolvidos.

A constatação do fracasso da Alalc levou à criação da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI) em 1980, com o objetivo mais modesto de formar uma área de preferência tarifária (agora permitida pelo GATT), composta por uma preferência tarifária regional, por acordos regionais e por acordos de alcance parcial travados entre dois ou mais países. A meta não foi atingida, mas a possibilidade aberta de formação de sistemas sub-regionais e o incentivo à realização de acordos bilaterais facilitaram a aproximação dos países envolvidos".<sup>23</sup>

E, quanto ao MERCOSUL, na mesma publicação, averba:

“Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai deram um passo decisivo em seu processo de integração econômica no âmbito do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) em 1º de janeiro de 1995, com a formação de uma zona de livre comércio e de uma união aduaneira parcial. A constituição de um mercado comum, prevista pelo Tratado de Assunção assinado em 1991, teve que ser adiada em razão das dificuldades de se levar a cabo um projeto tão ambicioso envolvendo países com estruturas produtivas tão diferentes em um prazo tão exíguo – menos de quatro anos. Apesar desse adiamento e das inúmeras dificuldades envolvidas no processo, não há como negar que os resultados já obtidos representam um grande avanço em termos da integração latino-americana, sobretudo se considerarmos as diferenças econômicas e demográficas entre os associados do MERCOSUL”.<sup>24</sup>

Em nota de rodapé, esclarece:

“Chama-se de zona de livre comércio ao espaço econômico, formado por dois ou mais países, em que são eliminados direitos alfandegários e outras restrições comerciais em relação às importações originárias de parceiros do acordo. Em uma união aduaneira, os países-membros adotam adicionalmente políticas comerciais comuns para os produtos provenientes de terceiros países. O mercado comum, por sua vez, pressupõe as duas formas de integração anteriores mais a livre movimentação de serviços e fatores produtivos (capital e trabalho). No caso do MERCOSUL, inicialmente, a união aduaneira será parcial, já que alguns produtos ficarão provisoriamente de fora da Tarifa Externa Comum (TEC) (...)”.<sup>25</sup>

No número seguinte dessa importante publicação (dezembro de 1995), a autora avalia o desempenho do MERCOSUL nessa primeira fase:

“O MERCOSUL começou a funcionar como zona de livre comércio e uma união aduaneira parcial em 12 de janeiro de 1995, pondo fim ao chamado período de transição do MERCOSUL, iniciado com a assinatura do Tratado de Assunção em 1991. A união aduaneira no MERCOSUL ainda não é plena porque os quatro países continuam adotando políticas comerciais diferenciadas para algo entre 10% e 15% do universo tarifário. Os produtos com tarifas divergentes da Tarifa Externa Comum (TEC) a ela convergirão até 2001 ou 2006. Até que isto ocorra, esses produtos integrarão as chamadas listas de exceções. No segundo semestre de 1994, foi decidido que estas listas não deveriam ultrapassar 299 posições tarifárias da Nomenclatura Comum do MERCOSUL para Brasil, Uruguai e Argentina, incluindo-se os bens de capital, de informática e de telecomunicações. A lista do Paraguai, por sua vez, contaria com 399 itens tarifários, exclusive os bens citados e os produtos com regime de origem de 50% até 2001. Para maiores informações sobre os mecanismos constitutivos do MERCOSUL, ver Rêgo, Elba C. L. (1995)”.<sup>26</sup>

Ao que tudo indica, a expectativa de sucesso do MERCOSUL é das mais auspiciosas, inclusive perante a mídia, como, para ilustrar, se pode deduzir da matéria divulgada na Revista TIME Internacional, de 26 de agosto de 1996, em subtítulo: “*Forget NAFTA-South America is busy building its own powerful trading bloc, called Mercosul*”.<sup>27</sup>

Falamos até agora sobre os antecedentes do MERCOSUL. Um rápido exame sobre suas raízes se faz necessário.

### 1.3 – Raízes e Vocação Integrativa

Como assinalado por CELSO FURTADO, “As Nações Unidas haviam criado a Comissão Econômica para a América Latina – CEPAL – em começos de 1948, fixando sua sede na capital do Chile, país autor da proposta e que muito se empenhara em sua aprovação”.<sup>28</sup>

No âmbito da CEPAL é que se desenvolveu o modelo de industrialização preconizado inicialmente pelo argentino RAUL PREBISCH para superação da dependência internacional, rompendo o círculo: “economia dominante” (“centro principal”) x “países periféricos” (os latino-americanos).

As teorias em voga antes da CEPAL são, em traços largos, expostas por FERNANDO HENRIQUE CARDOSO:

“Foi Bertil Ohlin (1933) quem formulou a teoria ‘pura’ do comércio internacional: a utilização racional dos fatores de produção em função dos recursos locais conduziria, através do comércio internacional, à equalização relativa da remuneração dos fatores de produção entre todos os países.

Dessa forma, o comércio internacional em vez de perpetuar desigualdades seria o instrumento fundamental para reduzir as desigualdades entre as nações. Samuelson (1948) foi mais longe do que Ohlin na defesa dessa nova linha de idéias, sustentando a possibilidade de uma equalização completa e absoluta da remuneração dos fatores. Daí por diante, o subdesenvolvimento desapareceria graças à especialização internacional da produção.

É certo que a crítica demolidora, sobretudo de Gottfried Haberler (1961) (que mostrava como entre os supostos de Samuelson estava uma tautologia: a homogeneidade das funções de produção, isto é, equivalentes de tecnologia entre os países, bem como de condições climáticas e sociais comparáveis) acabou por reduzir o impacto da teoria ‘pura’ do comércio internacional.

De qualquer maneira, desde Ricardo a teoria econômica sustentou as vantagens, para todos os países, da especialização da produção e do livre comércio entre as nações. E mesmo a crítica de Marx (e dos seguidores) não punha em causa o caráter expansivo e progressivo do sistema capitalista, até às formulações tardias de Lênin sobre o imperialismo. Ora, Prebisch, nos estudos já referidos, punha em dúvida precisamente este postulado. Com base nas estatísticas disponíveis, mostrava que o comércio internacional estava aumentando a distância entre Centro e Periferia.”

(...) Prebisch mostrou que havia o que chamou de ‘deterioração dos termos de troca’, isto é, os produtos manufaturados ganhavam relativamente, em termos de preços, das matérias-primas.

(...) Encontrou-o, surpreendentemente, em fatores políticos e organizacionais (pressão sindical e reação oligopolística das empresas). Assim, talvez sem o querer, fez uma crítica radical à teoria econômica vigente: o mercado não pode abstrair-se das condições sociais, políticas e econômicas que o conformam”.<sup>29</sup>

Inobstante – o diagnóstico é do nosso atual Presidente – “quinze anos mais tarde, os documentos da CEPAL constatam que a ‘industrialização substitutiva de importações’ não fora capaz de produzir os efeitos desejados: o ritmo de crescimento dos países do continente, mesmo dos que mais se haviam industrializado, como Argentina, Brasil e México, não fora suficiente para compensar a ‘brecha’ entre esses países e os desenvolvidos”.<sup>30</sup>

E, por fim, no arremate sobre a evolução dessa problemática, quanto ao pensamento de PREBISCH:

“A visão de Prebisch sobre a integração econômica da América Latina nada tinha a ver com o isolacionismo latino-americano. Pelo contrário, ele advertia e pregava a necessidade de intensificar, ao mesmo tempo, o comércio intra-regional, acelerar a industrialização dos países mais atrasados, aumentar o coeficiente de produtos industrializados nas trocas intra-América Latina e intensificar as importações extra-regionais (bem como as exportações), modificando-se os produtos a serem comercializados.

(...) Sempre preocupado com o comércio internacional e descrente do liberalismo à *outrance* do GATT – Raúl Prebisch se propôs a capitanear não só a América Latina, mas o conjunto dos países subdesenvolvidos em suas penosas negociações para logramos termos de intercâmbios menos deteriorados e mais iguais”.<sup>31</sup>

Feita a brilhante resenha histórica, o Prof. FHC faz seu brilhante diagnóstico:

“O passo lento da Associação Latino-Americana de Livre Comércio – ALALC –, sua substituição por uma Associação Latino-Americana de Integração – ALADI –, um pouco mais vigorosa, a emergência e o declínio do Pacto Andino, os azares da política que levaram muitos dos países latino-americanos a ditaduras militares e alguns deles à busca de caminhos solitários para o desenvolvimento econômico foram traçando um roteiro bem distinto do imaginado por Prebisch para a integração regional. Não obstante na passagem da década de 80 para a de 90, em pleno *boom* do chamado neoliberalismo e no reino da globalização da economia, a convergência das políticas nacionais de desenvolvimento da Argentina e do Brasil deu, de repente, de forma antes insuspeitada, novo alento não só à prática de políticas comerciais e tarifárias em comum, inais de um verdadeiro ‘mercado comum’. A presença do Uruguai e do Paraguai no Tratado de Assunção, o interesse da Bolívia e o permanente namoro com o Chile parecem dar sustentação, hoje, ao sonho de Raúl Prebisch: o mercado

ampliado, complementar, competitivo (interna e externamente), capaz de permitir especialização e de continuar negociando *hacia afuera* com a economia mundial".<sup>32</sup>

## II—O COMÉRCIO

Como já se disse, tanto a ALALC como a ALADI (1960-1980) apresentaram resultados bastante modestos, o que na opinião corrente, de que é exemplo a de LUIZ CARLOS DELORME PRADO, "teve pouca importância prática, pelo menos até a década de 80. O Brasil e o México foram os únicos países latino-americanos que conseguiram na década de 70 avançar significativamente sua industrialização, fazendo parte daquele grupo de países que ficaram conhecidos como NICs (países de industrialização recentes)".<sup>33</sup>

No que diz respeito ao comércio intra-regional entre os países do MERCOSUL, os dados são bastante desiguais, como assinala o citado autor:

"O comércio intra-regional entre os países do MERCOSUL é de importância desigual, em função dos diversos tamanhos de suas economias e diferente dinamismo de suas exportações. A importância do comércio intra-Mercosul para o Brasil é muito pequena, somente 4,8% de suas exportações (2,9% para a Argentina) e 5,9% de suas importações (3,7% da Argentina) vêm da região. A região tem pouca participação nas exportações argentinas, absorvendo apenas 9,6% dessas (6,7% para o Brasil); esse país tem nesse mercado uma importante fonte de suprimentos, sendo que a região fornece 19,8% do total de suas importações (17,4% do Brasil). Para os pequenos países a região é muito mais importante. O MERCOSUL absorve 29,3% das exportações paraguaias (22,2% para o Brasil) e fornece 42,5% de suas importações (33,9% do Brasil); 24,1% das exportações uruguaias destinam-se ao MERCOSUL (16,4% para o Brasil) e 44,7% das importações originam-se na região (28% do Brasil)".<sup>34</sup>

Embora de diminuta expressão em termos de volume, sem dúvida esse mercado ganha importante peso estratégico se atua "em bloco", e não isoladamente, em negociações com outros blocos econômicos e na sua integração no mega-espaco internacional, notadamente no contexto da gestacionária ALCA (desde o Plano Busch).

Com a consolidação do MERCOSUL, os resultados do comércio intra-regional passam a apresentar cifras de razoável dimensão, como se vê de estudo realizado pelo BNDES:

"As exportações intrazonais do MERCOSUL atingiram US\$ 10 bilhões e as exportações totais US\$ 54,1 bilhões em 1993. Entre 1990 e 1993, aquelas exportações aumentaram 92%, graças, sobretudo, ao aumento do comércio entre Brasil e Argentina — em vista (basicamente) da maior dimensão das duas economias vis-a-vis às do Paraguai e Uruguai —, assim como do menor dinamismo das exportações intra-regionais dos dois outros parceiros do acordo. A participação do comércio intrazonal no comércio total situou-se em 18,5%, nível ainda muito baixo para um conjunto de Estados que

pretendem formar um mercado comum em um futuro próximo. No Nafta e na União Européia, por exemplo, aquela participação estava em torno de, respectivamente, 40,7% e 60,6% em 1990. Na época da formação do Mercado Comum Europeu, o comércio intra-regional respondia por 35% do comércio total".<sup>35</sup>

O certo é que, mesmo na fase da ALALC/ALADI, se os números não foram grandiosos, tampouco se poderá qualificar de inexpressivos ou desprezíveis; as pertinentes observações de HÉLIO JAGUARIBE, "A experiência ALALC-ALADI foi positiva, mas relativamente modesta. Os países da região continuaram tendo um intercâmbio com países de fora da região – Estados Unidos e Europa – significativamente superior ao intercâmbio intra-regional, que se situou em torno de 30% do total".<sup>36</sup>

Ao lado do crescimento do comércio intra-regional, outro fenômeno que surge, com características de um "novo processo de substituição de importações" (não mais dos "países periféricos" em face dos industrializados, mas dentro do próprio espaço regional), como evidenciado pelo referido autor:

"Estudos efetuados pelo Instituto de Estudos Políticos e Sociais (Projeto Alvorada, Rio de Janeiro, 1991) indicam que existe uma importante margem de substituição de importações a favor do MERCOSUL. Num prazo da ordem de três a cinco anos esses países serão levados a substituir uma significativa cota de importações que ora fazem de terceiros países por importações uns dos outros, cota essa que poderá chegar a triplicar o valor das importações dentro do MERCOSUL. Assim, mesmo se se considerar esse mesmo período de 1986 a 1989, a triplicação das exportações para o MERCOSUL de um país como o Brasil elevaria a taxa de suas exportações no Cone Sul, relativamente às exportações totais de 2,7% para 8,2%".<sup>37</sup>

### III – HARMONIZAÇÃO

No tópico em que abordou a problemática da "Integração de Processos", o Embaixador Rubens Antonio Barbosa bem situou a questão das assimetrias regionais:

"Problemas herdados da fase anterior ao estabelecimento do MERCOSUL como aqueles derivados de assimetrias tributárias remanescentes ou de desajustes cambiais que refletem as diferenças de ritmo nas políticas nacionais de ajuste econômico (e que ainda têm uma real incidência na competitividade relativa dos países-membros), não podem ser utilizados para impedir o pleno desenvolvimento do programa de integração quadripartite.

(...) Independentemente, porém, da perfeição dos mecanismos de integração econômica que se consiga implementar na região, o MERCOSUL pressupõe, antes de mais nada, o sistema democrático de governo. Nesse sentido, ele deixa de ser um simples projeto interessando a ordem econômica, para ser uma obra em progresso, uma

nova forma de organização política e social que deve mudar profundamente a vida dos povos desta região".<sup>38</sup>

Nos aspectos voltados mais para a tributação, vale trazer à reflexão essas observações de JOSÉ MARIA ARAGÃO:

"ii) a coordenação das políticas de conjuntura (orçamentária, monetária e financeira internas) e das políticas cambiais, dada a íntima correlação existente entre as mesmas e a influência direta que os tipos de câmbio têm sobre o comércio exterior e os movimentos de capitais;

iii) a eliminação de subsídios às exportações intra-sub-regionais;

iv) a harmonização dos sistemas nacionais de promoção das atividades produtivas (agrícolas, industriais, de serviços etc.), inclusive nas compras estatais;

v) a harmonização das estruturas e da base de cálculo, como, também, a aproximação das alíquotas dos impostos indiretos, com a adoção do imposto ao valor agregado sobre o universo dos produtos oferecidos no mercado. Isto permitiria a devolução dos impostos que incidem sobre os produtos exportados à sub-região e a adoção do princípio da imposição no país de destino; e

vi) a harmonização das normas de sanidade vegetal e animal e dos sistemas nacionais de pesos e de medidas".

"Além dos anteriores instrumentos, necessários para o funcionamento normal do livre comércio recíproco entre os membros do MERCOSUL, o avanço para o mercado comum, que inclui a modalidade de fatores, requerirá, também, a harmonização da legislação tributária que afeta mais diretamente a atividade das empresas (por exemplo: impostos sobre o patrimônio e a renda das sociedades), a circulação de capitais e as operações financeiras, a eliminação da dupla tributação, a harmonização das normas sobre a criação, operação e liquidação de instituições financeiras e a proteção à propriedade intelectual, a eliminação de qualquer tipo de tratamento discriminatório entre trabalhadores nacionais e de outros países da sub-região, a redução paulatina até sua completa desaparecimento, das restrições ao direito de livre estabelecimento de empresas e profissionais liberais originários dos países sócios e a criação de mecanismos de complementação e de compensações entre os sistemas nacionais de seguridade social."

"Paralelamente à negociação dos acordos sobre as chamadas 'políticas básicas' que se referem ao comportamento de produtores, consumidores e investidores, ou inclusive antes que se inicie ditas negociações, os países poderão consertar acordos sobre mecanismos específicos, complementários das políticas básicas e que facilitarão o funcionamento do mercado comum. Exemplos deste tipo de instrumentos são aqueles vinculados à facilitação de transportes, à legislação intelectual, à reconversão industrial, à reorientação da mão-de-obra deslocada pela competição de produtos originários de países-membros e à redução das disparidades regionais de desenvolvimento."<sup>39</sup>



Mais especificamente ainda referindo-se à adoção do IVA nas diversas etapas da harmonização de tributos “indiretos” a partir do Tratado de Roma (1957) — salienta ANTONIO CARLOS RODRIGUES DO AMARAL que foi o perfil pioneiro na adoção de um tributo similar (o então ICM) na década de 60, aplicados a todas as etapas de cadeia produtiva, o que somente se fez na Comunidade Européia em 1967<sup>40</sup>.

Apesar desse pioneirismo, anota o referido autor — traduzindo a quase unanimidade das opiniões dos especialistas na matéria —, esse tributo foi, no Brasil, introduzido com características que o tornava, senão impraticável (em termos de harmonização regional), pelo menos de difícil harmonização, no tocante aos demais integrantes do MERCOSUL<sup>41</sup>.

No outro lado do Atlântico, a experiência da CE enfrentou enormes dificuldades, que serve de lição para o processo de integração do MERCOSUL, como relatado por ANTÔNIO SALAZAR P. BRANDÃO e LIA VALLS PEREIRA:

“Realizada a união aduaneira em 1968, a integração econômica na Comunidade entrou numa fase de estagnação conhecida como euroesclerose, que durou cerca de 17 anos. Em 12 de março de 1985, um novo ritmo se impôs ao processo de estabelecimento de um mercado comum, com a apresentação de um programa de criação do mercado único ao Parlamento Europeu por Jacques Delors, presidente da Comissão Européia. O livro branco da Comissão, aprovado em junho de 1985, elaborado sob orientação de lord Cockfield, delineou as políticas favoráveis à obtenção do objetivo proposto. O Conselho Europeu deu prosseguimento ao processo, em dezembro de 1985, ao aprovar o Ato Único, que reformou os tratados, introduziu a votação por maioria qualificada — que passou a ser adotada na maior parte dos casos — e facilitou a adoção das medidas que viabilizaram a instauração do mercado único, agendado para o final de 1992”<sup>42</sup>.

Foi necessário, com o relativo fracasso dos dois Tratados de Montevideu, que uma nova perspectiva — a de bases comunitárias — fosse adotada, inicialmente pelo Brasil e Argentina, como bem assinalado por JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA:

“Brasil e Argentina iniciam a caminhada rumo à cooperação e à integração a partir da Declaração de Iguazu, em 1985, e do Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, em 1988. Em 26/03/1991, os Presidentes da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai assinam, em Assunção, o Tratado que cria entre eles um Mercado Comum. O *preâmbulo* deste Tratado expõe os motivos que levaram os quatro países à formação de uma nova união e as metas que pretendem alcançar:

‘CONSIDERANDO que a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, através da integração, constitui condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social;

ENTENDENDO que esse objetivo deve ser alcançado mediante o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis, a preservação do meio ambiente, o melhoramento das interconexões físicas, a coordenação de políticas macroeconômicas e a

complementação dos diferentes setores da economia, com base nos princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio;

TENDO EM CONTA a evolução dos acontecimentos internacionais, em especial a consolidação de grandes espaços econômicos, e a importância de lograr uma adequada inserção internacional para seus países;

EXPRESSANDO que este processo de integração constitui uma resposta adequada a tais acontecimentos;

CONSCIENTES de que o presente Tratado deve ser considerado como um novo avanço no esforço tendente ao desenvolvimento progressivo da integração da América Latina, conforme o objetivo do Tratado de Montevideu de 1980;

CONVENCIDOS da necessidade de promover o desenvolvimento científico e tecnológico dos Estados-Partes e de modernizar suas economias para ampliar a oferta e a qualidade dos bens de serviço disponíveis, a fim de melhorar as condições de vida de seus habitantes;

REAFIRMANDO sua vontade política de deixar estabelecidas as bases para uma união cada vez mais estreita entre seus povos, com a finalidade de alcançar os objetivos supramencionados, acordam' ”.<sup>43</sup>

Chega-se assim ao Tratado MERCOSUL, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 350, de 21 de novembro de 1991.

Em nova etapa, com o Decreto nº 1343, de 23/12/94, adapta-se a Tarifa Aduaneira do Brasil – TAB para o fim de aplicação da Tarifa Externa Comum – TEC, aprovada no âmbito do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL (DOU 26/12/94).

Por fim, superando-se mais uma etapa desse processo de integração, é aprovada, com o Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994, a Estrutura Institucional do MERCOSUL (promulgado no Brasil pelo Decreto nº 1901, de 09/05/96). (DOU de 10/05/96)

Na teoria e na prática o MERCOSUL está plenamente amadurecido para atingir seus objetivos, o que tem despertado reações políticas de desestabilização, notadamente por parte dos USA.

O triunfo do MERCOSUL é exaltado na mídia norte-americana, como se vê por ilustração de matéria publicada na revista *TIME* (vol. 148, nº 9, de 26/08/96), ao registrar seu formidável crescimento, em contraste com a paralisia do NAFTA.

Esse acordo entrou em vigor em 1º de janeiro de 1994 e impressiona pelo volume de dinheiro envolvido, como enfatizado por HERMES MARCELO HUCK: “Congrega 6,5 trilhões de dólares norte-americanos do Produto Nacional Bruto e reúne, aproximadamente, 360 milhões de pessoas nesse composto de integração”.<sup>44</sup>

A comparação entre o NAFTA e o MERCOSUL é assim descrita por esse autor:

“Um exercício de estatística nos dá essa semelhança. Os Estados Unidos, no Nafta, representam 70% da população global dos três países e 85% da produção total. Se pegarmos o MERCOSUL, o Brasil tem números muito mais semelhantes: aproximadamente 70%, ou um pouco mais, da população global e oitenta e tantos por cento da produção total”.<sup>45</sup>

E adiante: “O que o Nafta pretende criar, nesse quadro bastante diversificado que ele tem, é apenas uma zona de livre comércio”.<sup>46</sup>

Nas palavras de WERTER R. FARIA, a definição de “mercado comum” foi dada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Européias: “é uma fusão de mercados nacionais; após a fusão, esse mercado que é um só, passa a atuar como se fosse um mercado interno”.<sup>47</sup>

Sobre o atual estágio do MERCOSUL, lança seu diagnóstico:

“Pode-se tirar a conclusão de que tudo vai mal? Não. Atingimos um estágio no processo de integração que surpreende pela rapidez, por exemplo, com que atingimos a zona de livre comércio. Hoje não há exigência no pagamento de impostos quando uma mercadoria produzida na Argentina é vendida para o Brasil; as mercadorias circulam livremente, independente do pagamento de impostos. Existem, ainda, restrições não-tarifárias, mas isso não é de surpreender pois aconteceu a mesma coisa na comunidade européia, onde, passados não os nossos quatro anos, mas dez anos, algum Estado tentava ainda reintroduzir ou introduzir medidas protecionistas”.<sup>48</sup>

Nesse diapasão, prossegue esse autor: “No que se refere à segunda etapa, que se iniciou com o Protocolo de Ouro Preto – a união aduaneira –, conseguimos que cerca de 80% dos produtos, objeto do comércio pelos quatro países, fossem incluídos na tarifa externa comum. No ano 2006, todos os produtos estarão incluídos nessa tarifa”.<sup>49</sup>

Nessa linha, finalizando: “A minha conclusão é que, se foi possível, em tão curto espaço de tempo, darmos todos esses passos, é a vez, agora, de nos prepararmos e organizarmos para o passo mais difícil, que é a constituição do mercado comum como espaço em que não só o econômico tem a vez, mas os direitos dos cidadãos, dos povos integrantes do mercado comum, sejam definidos corretamente e respeitados em toda a extensão”.<sup>50</sup>

Em termos de extra-regionalidade, a análise é de Maria Cristina Boldorini, Ministro Plenipotenciário da Subdiretoria do MERCOSUL na Chancelaria Argentina:

“Também dentro das relações externas, algo muito importante sucedeu: o primeiro acordo que celebrou o MERCOSUL como união aduaneira com a ‘extra-região’, que é o acordo do MERCOSUL com a União Européia, acordo de natureza mista, porque não apenas fora negociado pelas associações, como também pelos Estados-participantes de cada uma das associações.

(...) Outro aspecto no qual está envolvido o MERCOSUL dentro de suas relações externas é sua negociação no marco da ALCA – Associação de Livre Comércio das Américas, na qual já existem onze grupos de trabalho em funcionamento. A ALCA surge no ano de 1994, da Conferência de Miami, proposta pelos Estados Unidos. Estabelece um cronograma para liberação do comércio e para liberação das inversões no ano 2005.

(...) Teremos, por um lado, o MERCOSUL; por outro lado, os países-membros da ALADI, com seus esquemas de integração, suas zonas de livre comércio e suas próprias disciplinas; a ALCA, que envolve 34 países do hemisfério; e depois a negociação

com a União Européia. Além disso, como o MERCOSUL possui uma marca exitosa, iniciamos também intercâmbios de pontos de vista e de informação com outros esquemas de integração e outros países como, por exemplo, o Japão, a Índia, a Comunidade dos Estados Independentes e também o *Close Economic Relation*, que está integrado pela Austrália e Nova Zelândia. O MERCOSUL, em suas relações externas, está abrangendo praticamente o mundo”.<sup>51</sup>

Diante da evolução dos blocos econômicos, em especial do projeto da ALCA – Área de Livre Comércio das Américas, como se colocaria o futuro do MERCOSUL?

A Associação Brasileira de Advogados para o MERCOSUL – ABAM, pelo seu Presidente, ARMANDO ÁLVARES GARCIA JR., reage ao projeto da ALCA com impressionante contundência, a começar pelo título de entrevista concedida ao Jornal do Comércio: “a caminho do matadouro” (31/05/97), referindo-se, naturalmente, ao MERCOSUL:

“O projeto americano para a ALCA decorre da perda de competitividade desse país no cenário internacional, do agigantamento da União Européia e do melindre que sente em relação ao MERCOSUL e seus avanços.

A Área de Livre Comércio das Américas não é tão ‘livre’ assim para nosotros. A força de atração que fatalmente exercerá a América do Norte em relação aos Estados Latino-Americanos poderá jogar por terra os esforços gigantescos que esses países têm feito ao longo das últimas décadas para modernizar suas economias, especialmente as industriais.

Temos que ser cautelosos com a criação de uma área de livre comércio para as Américas. O desnível econômico é imenso entre nosotros e eles. Alguém já se perguntou porque todas as iniciativas integracionistas americanas foram baseadas em ‘áreas de livre comércio’, e nunca em um ‘mercado comum’? Efetivamente não existe nenhum interesse na criação de órgãos supranacionais, característicos dos mercados comuns. Considero – e essa não é apenas minha opinião pessoal, mas reflete o pensamento generalizado dos advogados integrantes da Abam – que a ALCA será a desgraça do MERCOSUL. O setor de serviços, sem dúvida alguma, seria massacrado, o setor financeiro migraria para a terra do tio Sam, as manufaturas (deles) ingressariam ainda mais em nossos mercados e nossos produtos ... bem, as barreiras não-tarifárias seriam realmente eliminadas? ... e as práticas protecionistas?

Penso que o MERCOSUL deve se consolidar para depois se aventurar em novos processos integracionistas, mas não nesse suicida da ALCA”.<sup>52</sup>

FÁBIO GIAMBIAGI, economista e gerente de Macroeconomia do BNDES, em artigo publicado nesta data (J.B. 16/10/97) aponta para um cenário semelhante. Entretanto, em sua visão prospectiva, aponta para os caminhos da salvação do MERCOSUL:

“(…) é compreensível que as diplomacias dos países do MERCOSUL se esforcem em repetir que a ALCA não anula o MERCOSUL, mas a realidade vai se encarregar,

com o tempo, de sepultar a retórica: a realidade nua e crua é que ou o MERCOSUL avança ou a ALCA vai condenar o MERCOSUL, se não à morte, à mais completa insignificância. O MERCOSUL avançar significa postular para si mesmo uma pauta de negociações que vá além da solução de pendências comerciais e se estenda para uma vasta gama de áreas com interesses comuns. Isto implica, entre outras coisas, por exemplo, harmonizar as legislações nacionais nos campos tributário, financeiro e trabalhista; definir mecanismos de coordenação macroeconômica entre os países; criar um passaporte comum; e, no limite, atingir a unificação monetária, daqui há 10 ou 15 anos. De um modo geral, tais questões demandam um esforço em favor da institucionalização do MERCOSUL. Caso contrário, enquanto a Europa avança na direção do euro, nós continuamos discutindo sobre problemas de remédio ou de cana-de-açúcar. Resolver – também – esses problemas deve ser uma das preocupações do MERCOSUL, mas este não pode se limitar a resolver problemas da ‘agenda negativa’. ‘Limpar’ de conflitos essa agenda negativa foi a base para que o MERCOSUL avançasse até agora – antes da ALCA. Para depois da ALCA, entretanto, precisamos de uma ‘agenda positiva’ ”.<sup>53</sup>

#### IV – CONCLUSÃO

Dois aspectos nos parecem da maior importância para o pleno desenvolvimento do MERCOSUL: a) de um lado, a solidificação de um mercado intra-regional que, mesmo em volume não muito expressivo (v.g. 30% de seu PIB), permite aos países integrantes do MERCOSUL uma maior liberdade de comércio e das consequentes vantagens (notadamente em setores de “complementariedade”), o que tende a aumentar na proporção que a base jurídica da tributação cresça em termos de “harmonização”; b) como “bloco”, o MERCOSUL também amplia sua capacidade de “escolha”, na medida em que se “globalize”, entendida essa expressão como afirmação de sua presença institucional nos diversos espaços econômicos do planeta. Pela primeira vez na história, um bloco latino-americano se volta simultaneamente para mais de um pólo da economia “central” (União Européia e USA, notadamente), mantendo sua “performance” regional.

Na vida como na matemática, freqüentemente é nas frações que as mais complexas equações se resolvem. Assim também no sutil “Balanço” (contábil) do MERCOSUL.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Paulo Roberto de (coord). Mercosul: textos básicos. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 1992.
- ALVARES JÚNIOR, Armando. O acordo de Madrid. MERCOSUL: Revista de Negócios - Mercado do Cone Sul. v. 5, n. 45, p. 23, mar. 1996.
- AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. [Relatório do Brasil]. El [Impuesto Sobre el Valor Agregado] en los negocios internacionales. In: JORNADAS LATINOAMERICANAS DE

- DERECHO TRIBUTARIO** (17:1995:Cartagena). [Bogotá?]: Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 1995. v. 1: Memórias, p. 607-629.
- ARAGÃO, José Maria.** A harmonização de políticas macroeconômicas no MERCOSUL: a construção de um mercado comum. Brasília: BID, Instituto para a Integração da América Latina, 1991, p. 12 (Série Economia Regional MERCOSUL).
- ARRUDA, Marcos, GONÇALVES, Reinaldo, PRADO, Luis Carlos Delorme.** In: **MERCOSUL ou a Integração dos Povos do Cone Sul?**, Rio de Janeiro: PACS - FASE - UFRJ, 1992.
- BARBOSA, Rubens Antonio.** O MERCOSUL na Agenda Diplomática do Brasil. **MERCOSUL: Sinopse Estatística**, v. 1, 1993, p. 47-51.
- BAPTISTA, Luiz Olavo (coord.).** MERCOSUL: a estratégia legal dos negócios. 2. ed., São Paulo: Maltese, 1994.
- BOLDORINI, Maria Cristina.** Mecanismos Institucionais: *Revista CEJ*, v. 1, n. 2, ago. 1997, p. 31.
- BRANDÃO, Antônio Salazar P., PEREIRA, Lia Valls (orgs.).** MERCOSUL: perspectivas da integração. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996.
- CARDOSO, Fernando Henrique.** Raúl Prebisch: um precursor da integração latino-americana. **MERCOSUL: Sinopse Estatística**. Rio de Janeiro, v. 1, 1993, p. 25-30.
- FARIA, José Ângelo Estrella.** O MERCOSUL: princípios, finalidades e alcance do Tratado de Assunção. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Subsecretaria-Geral de Assuntos de Integração Econômicos e de Comércio Exterior, Núcleo de Assessoramento Técnico. [1993].
- FARIA, Werter R.** Experiências Latino-Americanas de Integração. *Revista CEJ*, v. 1, n. 2, ago. 1997, p. 9-10.
- FERREIRA, Aldo Leão.** MERCOSUL: comentários sobre o Tratado de Assunção e o Protocolo de Brasília. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da.** Direito econômico. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- FURTADO, Celso.** In: O Manifesto dos Periféricos. **MERCOSUL: Sinopse Estatística**. Rio de Janeiro, v. 1, 1993, p. 21-24.
- GARCIA JR., Armando Álvares.** ALCA: a caminho do matadouro. *Jornal do Comércio*, Rio de Janeiro, 31.05.97.
- GARCÍA-AMADOR, F. V.** El ordenamiento jurídico andino: un nuevo derecho comunitario. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 67.
- GIAMBIAGI, Fábio.** *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 16/10/97.
- IIANSEN, Roger D.** O comércio, os países em desenvolvimento e as relações Norte-Sul. In: **TARIFAS, quotas e comércio: a política do protecionismo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.
- IIUCK, Iermes Marcelo.** O modelo NAFTA: *Revista CEJ*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 21, ago. 1997.
- JAGUARIBE, Hélio.** Significação de MERCOSUL. **MERCOSUL: Sinopse Estatística**, Rio de Janeiro, v. 1, 1993, p. 31-38.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.).** Curso de direito tributário, 4. ed. Belém: Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1995. v. 2.
- PUPO, J. Eduardo B.** A comunidade econômica européia e o mercado comum do sul (MERCOSUL) no âmbito do comércio internacional. In: **MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.) - CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO**. 4. ed., Belém: Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1995. v. 2, p. 251-267.
- RÊGO, Elba Cristina Lima.** O processo de integração no MERCOSUL. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, n. 3, p. 167-196, jun. 1995.
- \_\_\_\_\_. Um ano de MERCOSUL como zona de livre comércio e união aduaneira: desafios e perspectivas. *Revista do BNDES*, n. 4, p. 69-87, dez. 1995.
- \_\_\_\_\_. O processo de constituição do MERCOSUL. Rio de Janeiro: BNDES, 1995. (Textos para Discussão, n. 23.)
- RODRIGUES, Maria Cecília Prates.** O mercado de trabalho e a integração social. In: **BRANDÃO, Antônio Salazar P., PEREIRA, Lia Valls (orgs.).** MERCOSUL: perspectivas da integração, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996.

SAMPAIO, Martim de Almeida. A tributação no contexto do Mercobusiness. In: BAPTISTA, Luiz Olavo (coord.). *MERCOSUL: a estratégia legal dos negócios*. 2. ed., São Paulo: Maltese, 1994. p. 73-90.

SERRIL, Michael S. Keep it in the neighborhood; forget NAFTA – South America is busy building its own powerful trading bloc, called Mercosul. *Time*, New York, v. 148, n. 9, p. 28, 26 Aug. 1996.

SILVA, Carlos Roberto Lavalle da. Harmonização tributária no MERCOSUL. In: BRANDÃO, Antônio Salazar P.; PEREIRA, Lia Valls (orgs.). *MERCOSUL: perspectivas da integração*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996, p. 143-168.

VACCHINO, Juan Mario. Integración latinoamericana: de la ALALC a la ALADI. Buenos Aires: Depalma, 1983, p. 27.

VIEIRA, José Ribas. O acesso à Justiça no MERCOSUL. In: SEMINÁRIO [SOBRE] A SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA INTEGRAÇÃO DOS PAÍSES DO CONE SUL (1993: Rio de Janeiro) Rio de Janeiro: VRD/Editoria Central, 1993, p. 15-21. Seminário promovido pelos cursos de Pós-Graduação em Direito da UGF, Mestrado e Doutorado, 1993.

<sup>1</sup> FERREIRA, Aldo Leão. *MERCOSUL: comentários sobre o Tratado de Assunção e o Protocolo de Brasília*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 13.

<sup>2</sup> *Ibid*, p. 20.

<sup>3</sup> *Ibid*, p. 20.

<sup>4</sup> *Consulte-se a respeito a publicação intitulada Resoluciones. Comité Provisional de Montevideo. Comité Ejecutivo Permanente, Montevideo: ALALC, 1963, v. 2.*

<sup>5</sup> PUPO, J. Eduardo B. *A comunidade econômica europeia e o mercado comum do sul (MERCOSUL) no âmbito do comércio internacional*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.): *Curso de direito tributário*, 4. ed. Belém: Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1995, v. 2, p. 263-264.

<sup>6</sup> AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. [Relatório do Brasil]. *El [Impuesto Sobre el Valor Agregado] en los negocios internacionales*. In: *JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO TRIBUTARIO (17:1995:Cartagena)*. [Bogotá]: Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 1995, v. 1, Memórias. p. 617.

<sup>7</sup> SAMPAIO, Martim de Almeida. *A tributação no contexto do Mercobusiness*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo (coord.). *MERCOSUL: a estratégia legal dos negócios*. 2. ed., São Paulo: Maltese, 1994. p. 73.

<sup>8</sup> GARCÍA-AMADOR, F. V. *El ordenamiento jurídico andino: un nuevo derecho comunitario*. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 67.

<sup>9</sup> *Ibid*, p. VII.

<sup>10</sup> *Ibid*, p. 97.

<sup>11</sup> VACCHINO, Juan Mario. *Integración latinoamericana: de la ALALC a la ALADI*. Buenos Aires: Depalma, 1983, p. 27.

<sup>12</sup> *Ibid*, pp. 28-29.

<sup>13</sup> *Ibid*, p. 29.

<sup>14</sup> *Ibid*, p. 34.

<sup>15</sup> *Ibid*, p. 35.

<sup>16</sup> *Ibid*, p. 40.

<sup>17</sup> Por todos, trazemos a lume duas passagens do insuspeito ROGER D. HANSEN, Professor Titular de Organização Internacional na Cátedra Jacob Blaustein, Escola de Estudos Internacionais Avançados, da Universidade Johns Hopkins.

Na primeira, em relação ao que, entre nós, denominamos "processo" ou "modelo" de substituição de importações: "Há quase 25 anos, destacados economistas, agências de desenvolvimento como o Banco Mundial e governos do Norte vêm tentando convencer as elites dos países em desenvolvimento de que uma escolha fundamental de política em favor da estratégia de ISI é um erro e argumentando que as políticas de desenvolvimento que permaneceram intimamente ligadas ao sistema econômico internacional e seus sinais de preço são as melhores políticas a adotar. De uma forma excessivamente simplificada, o que os peritos governamentais do Norte e as agências internacionais vêm pregando aos países em desenvolvimento foi – nos últimos anos – resumido na expressão 'industrialização substitutiva de exportações' " (HANSEN, Roger D. *O comércio, os países em desenvolvimento e as relações Norte-Sul*. In: *TARIFAS, quotas e comércio: a política do protecionismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981, p. 226).

E, em seguida: "Seria realmente uma ironia – para não falarmos em considerações de equidade e dos custos humanos em jogo – que as conseqüências potenciais das medidas protecionistas adotadas pelo Norte, solapando o presente esforço de desenvolvimento do Sul, esforço esse do tipo 'substituição da exportação', se materializassem depois dos esforços muito significativos feitos pelos governos do Sul para adaptar tais medidas, a conselho dos governos do Norte.

À primeira vista, é difícil compreender por que as exportações dos produtos manufaturados dos países em desenvolvimento devam ser motivo de tanta atividade protecionista no Norte. Os países em desenvolvimento, compreendendo bem mais de 50% da população mundial, representam apenas 9% da produção industrial do globo. Produzem hoje apenas entre 9 a 10% de todas as exportações manufaturas do mundo. Finalmente, calcula-se que todas as exportações de manufaturas dos países em desenvolvimento não atingiam 1% do consumo total de manufaturas pelo Norte, antes de 1975, sendo improvável que atinjam 3% muito antes de 1990. Como pode essa percentagem infinitesimal do comércio mundial, ou consumo interno do Norte, tornar-se motivo de tamanha preocupação dos setores privados norteístas e de seus círculos governamentais?" (ibid, p. 229).

<sup>18</sup> VACCHINO, J. M. *Integración latinoamericana...*, ob. cit., p. 53.

<sup>19</sup> Ibid, p. 119.

<sup>20</sup> Ibid, p. 147.

<sup>21</sup> Ibid, p. 148.

<sup>22</sup> Ibid, p. 150.

<sup>23</sup> RÊGO, Elba Cristina Lima. *O processo de integração no MERCOSUL*. Revista do BNDES, n. 3, p. 169, jun. 1995.

<sup>24</sup> Ibid, p. 168.

<sup>25</sup> Ibid, p. 168, nota de rodapé nº 1.

<sup>26</sup> RÊGO, Elba Cristina Lima. *Um ano de MERCOSUL como zona de livre comércio e união aduaneira: desafios e perspectivas*. Revista do BNDES, n. 4, p. 71, dez. 1995. Nota de rodapé n. 1.

<sup>27</sup> SERRIL, Michael S. *Keep it in the neighborhood : Forget NAFTA – South America is busy building its own powerful trading bloc, called Mercosul*. Time. New York, v. 148, n. 9, p. 28, 26 Aug. 1996.

<sup>28</sup> FURTADO, Celso. *O Manifesto dos Periféricos*. MERCOSUL: Síntese Estatística. Rio de Janeiro, v. 1, 1993, p. 21.

<sup>29</sup> CARDOSO, Fernanda Henrique. *Raúl Prebisch: um precursor da integração latino-americana*. MERCOSUL: Síntese Estatística. Rio de Janeiro, v. 1, 1993, p. 26.

<sup>30</sup> Ibid, p. 28.

<sup>31</sup> Ibid, p. 29.



<sup>32</sup> *Ibid*, p. 29-30.

<sup>33</sup> *ARRUDA, Marcos, GONÇALVES, Reinaldo, PRADO, Luis Carlos Delorme. MERCOSUL ou a Integração dos Povos do Cone Sul?, Rio de Janeiro: PACS - FASE - UFRJ, 1992, p. 21.*

<sup>34</sup> *Ibid*, p. 22-23.

<sup>35</sup> *RÊGO, Elba Cristina Lima. O processo de integração..., ob. cit., p. 18.*

<sup>36</sup> *JAGUARIBE, Hélio. Significação de MERCOSUL. MERCOSUL: Sinopse Estatística, Rio de Janeiro, v. 1, 1993, p. 32.*

<sup>37</sup> *Ibid*, p. 35.

<sup>38</sup> *BARBOSA, Rubens Antonio. O MERCOSUL na Agenda Diplomática do Brasil. MERCOSUL: Sinopse Estatística, v. 1, 1993, p. 50-51.*

<sup>39</sup> *ARAGÃO, José Maria. A harmonização de políticas macroeconômicas no MERCOSUL: a construção de um mercado comum. Brasília: BID, Instituto para a Integração da América Latina, 1991, p. 12 (Série Economia Regional MERCOSUL).*

<sup>40</sup> *AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. [Relatório do Brasil]..., ob. cit.*

<sup>41</sup> *Ibid*.

<sup>42</sup> *BRANDÃO, Antônio Salazar P. e PEREIRA, Lia Valls. MERCOSUL: perspectivas da integração. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996, p. 145.*

<sup>43</sup> *FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito econômico. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 137.*

<sup>44</sup> *HUCK, Hermes Marcelo. O modelo NAFTA. Revista CEJ. Brasília, v. 1, n. 2, p. 21, ago. 1997.*

<sup>45</sup> *Ibid*, p. 19.

<sup>46</sup> *Ibid*, p. 21.

<sup>47</sup> *FARIA, Werter R. Experiências Latino-Americanas de Integração. Revista CEJ. Brasília, v. 1, n. 2, p. 9-10, ago., 1997.*

<sup>48</sup> *Ibid*, p. 9.

<sup>49</sup> *Ibid*, p. 21.

<sup>50</sup> *Ibid*, p. 10.

<sup>51</sup> *BOLDORJN, Maria Cristina. Mecanismos Institucionais: Revista CEJ. Brasília, v. 1, n. 2, p. 31, ago. 1997.*

<sup>52</sup> *GARCIA JR., Armando Álvares. ALCA: a caminho do matadouro. Jornal do Comércio, Rio de Janeiro, 31/05/97.*

<sup>53</sup> *GIAMBIAGI, Fábio. Jornal do Brasil, Rio de Janeiro, 16/10/97.*

# NOTAS SOBRE A LESÃO NO DIREITO CIVIL

MARCELO DA FONSECA GUERREIRO

Juiz Federal no Rio de Janeiro

Professor de Direito Constitucional na Faculdade Moraes Junior

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo apresentar a importância e o tratamento jurídico dispensado pelo Direito Civil, no mundo globalizado, ao instituto denominado lesão.

## 2. DEFINIÇÃO

Já dizia DEMONTÉS, em seu trabalho intitulado *De la lesion dans les contrats entre majeurs*, que a lesão é o prejuízo que um contratante vem a experimentar, quando em um contrato comutativo não recebe da outra parte um valor igual ao da prestação que oferece. Este prejuízo surge, pois, em decorrência da desigualdade entre os valores das prestações, e o dano que causa parece um atentado à idéia de justiça.

Quanto às soluções que o problema da lesão pode receber, podemos classificar as legislações da aldeia global em quatro grandes categorias.

## 3. A PRIMEIRA CATEGORIA: VÍCIO SUBJETIVO

Esta categoria é formada pelas legislações que admitem a lesão como um vício subjetivo do consentimento, ao mesmo título que o erro e o dolo, sem se considerar nenhum elemento de desproporção material entre as prestações. Alguns consideram que a repressão se funda na teoria clássica sobre uma presunção de violência ou de erro que é justo reparar. Mas não é neste sentido que a entendemos. Não é uma questão de justiça que se impõe nos contratos, mas de se saber se o consentimento foi dado validamente, isto é, se a vontade não está maculada. A legislação-tipo na matéria é o Direito dos países anglo-saxões.

## 4. A SEGUNDA CATEGORIA: VÍCIO OBJETIVO

Esta categoria é formada pelas legislações que admitem a lesão como um vício objetivo do contrato. Nessas legislações não se admite a lesão senão em certos casos, mas quando se admite, não se trata de estabelecê-la por meio de um elemento subjetivo, de apreciação individual ou de conduta moral, considera-se a desproporção que pode existir

entre as prestações do contrato e se esta desproporção ultrapassa certo valor legalmente fixado, para a rescisão do contrato.

O tipo fundamental desta categoria de legislação é o Direito Romano e, em suma, se pode dizer que sua extensão abarca todas as legislações dos povos latinos. Conhece-se as regras essenciais, ainda que, no detalhe, tenha havido soluções muito diversas na interpretação histórica dos textos da compilação de Justiniano. Em princípio, a lesão não produz efeitos nos contratos celebrados por maiores; eles permanecem válidos. Em certos contratos, no entanto, parece que há um interesse social particular em que as prestações respectivas das partes possuíssem certa relação de equivalência e, então, se admitiria, a título excepcional, a rescisão por lesão. É preciso e basta, para isso, que a lesão alcance certo valor. E, no entanto, aqui se estabelece uma diferença: certas legislações, para os contratos nos quais se admite a rescisão, concede-se este remédio às duas partes e, neste caso, se pode dizer que há, absolutamente, vício objetivo do contrato, posto que é somente a medida da desproporção entre os equivalentes, a respeito de qualquer uma das partes que seja, que justifica a ação para a rescisão contratual. Outras legislações, ao contrário, não a admitem senão em benefício de apenas uma das partes; então, se ainda é verdade que há, fundamentalmente, uma concepção objetiva, se pode dizer, contudo, que certo elemento subjetivo penetrou no instituto da lesão porque se estabelece uma situação favorável a uma das partes, em razão de uma espécie de presunção legal de debilidade existente em sua pessoa... A este grupo pertencem o Código Napoleão e os Códigos por ele influenciados diretamente, o da Bélgica e o da Itália.

#### 4.1. O Código Napoleão

O Código Napoleão contém os seguintes artigos relativos a lesão entre pessoas maiores de idade: “Artigo 1118. A lesão não vicia os consentimentos senão em certos contratos em razão de certas pessoas...”; “Artigo 1674. Se o vendedor tenha sido lesionado em mais de sete décimos no preço de um imóvel, tem o direito de pedir a rescisão da venda, ainda quando expressamente houvera renunciado no contrato à faculdade de pedir esta rescisão...”; “Artigo 1675. Para saber se há lesão de mais de sete décimos há que se estimar o imóvel segundo seu estado e seu valor no momento da venda”; “Artigo 1676. A demanda não é admissível depois da expiração de dois anos, a contar do dia da venda...”.

LÉVY-ULLMAN registra que a opinião que domina é a de que a lesão faz presumir que o consentimento tenha sido viciado, é a revelação de um vício, tem um valor de sintoma, faz presumir uma falta de liberdade de consentimento. E agrega que a maior parte das vezes o prejudicado sabe que é prejudicado, mas contrata sob o império das circunstâncias; tal é o caso em que uma pessoa que, sabendo que não venderá seu imóvel pelo preço verdadeiro, consente, contudo, sob o império da necessidade, na transação desvantajosa, no contrato que entranha a lesão.<sup>1</sup> Como disse POTHIER, há imperfeição no consentimento e essa imperfeição repousa seja sobre o erro, seja sobre a coação, seja sobre manobras.

#### 4.1.1. A Natureza da Rescisão no Direito Francês

PLANIOL ensina que antigamente em França se reservava o nome de ação de rescisão aos casos em que a nulidade se fundava exclusivamente sobre textos romanos, e não se intentava senão depois de obter atas de chancelaria e de pagamento de tributos, e se denominou ação de nulidade a que estava aberta de pleno direito pelas ordenanças ou pelos costumes; que esta distinção se tornou, hodiernamente, totalmente supérflua, pois os autores do Código Napoleão empregam indiferentemente as duas expressões ação de nulidade ou ação de rescisão para designar ambas ações hoje confundidas. Destaca, ainda, que os autores modernos têm tomado o costume de reservar o nome de ação de rescisão às nulidades fundadas sobre uma lesão. BONNECASE diz que “a rescisão por lesão aplicada aos maiores em matéria de partição ou de venda de imóveis está incorporada à nulidade de direito”.<sup>2</sup>

### 5. ODIREITOMEXICANO

#### 5.1. O Código Civil Mexicano de 1884

O Código Mexicano de 1884 pertence à segunda categoria de legislação a que nos referimos acima, como se pode verificar dos seguintes artigos do referido codex: “Artigo 1656. Não podem rescindir-se as obrigações que em si mesmas são válidas”; “Artigo 1657. Nenhuma obrigação se rescinde unicamente por lesão, salvo o disposto no artigo 2890”; “Artigo 1658. Somente há lesão quando a parte que adquire dá dois tantos mais ou a que aliena recebe dois terços menos do justo preço ou estimativa da coisa”; “Artigo 1660. A ação para pedir a rescisão dura quatro anos”; “Artigo 2889. O contrato de compra e venda não poderá rescindir-se em nenhum caso a pretexto de lesão, sempre que a estimativa da coisa se tenha feito por peritos ao tempo de celebrar-se o contrato”; “Artigo 2890. Se a coisa foi estimada por peritos posteriormente à celebração do contrato, poderá rescindir-se este se do ditame daquilo resulta que alguma das partes tenha sofrido lesão nos termos do que estabelece o artigo 1658”.

#### 5.2. A Exposição de Motivos do Código Civil Mexicano de 1884

Os artigos retrotranscritos são uma reprodução fiel dos artigos 1770, 1771, 1772, 1774, 3022 e 3023 do Código Civil Mexicano de 1870, em cuja exposição de motivos se lê que se havendo estabelecido as regras necessárias para a rescisão por dolo e por erro não há necessidade das relativas à lesão, pois quando esta se verifica há comumente erro e inúmeras vezes dolo; se excetua o contrato de compra e venda, porque sendo o mais freqüente, e impossível em muitos casos valer-se nele da mediação de peritos, era preciso guardar ao prejudicado a ação rescisória por lesão.

### 5.3. Natureza da Rescisão no Código Civil Mexicano de 1884

O Código Asteca de 1884, em seu artigo 1654, considera que o contrato rescindível é válido e no artigo 1657, estabelece que o contrato de compra e venda é rescindível por lesão e, por conseguinte, não se declara nulo. A nosso juízo, este é um erro técnico, pois a lesão tem caráter de um vício do contrato em sua formação, como resulta da exposição de motivos do Código Civil Mexicano de 1870, cujos conceitos são análogos aos de LÉVY-ULLMAN e de POTHIER.

### 5.4. No Direito Mexicano, É Renunciável no Contrato a Ação para Pedir sua Rescisão por Lesão?

A questão é duvidosa, pois o Código de 1884 não diz expressamente, como o faz o Código Napoleão, que essa ação é irrenunciável, e ademais não declara nulo o contrato de compra e venda no qual há lesão; mas por outra parte, pode dizer-se que há um interesse social, não somente individual, em que as prestações das partes tenham certa relação de equivalência e que a lesão, geralmente, é um sintoma de que o prejudicado realizou uma ação por erro, dolo ou violência.

## 6. A TERCEIRA CATEGORIA: VÍCIO SUBJETIVO E OBJETIVO

Este grupamento é composto pelas legislações que consideram a lesão como um vício de caráter objetivo e subjetivo, concomitantemente. Segundo DEMONTÉS, caráter subjetivo significa que a lesão leva em consideração um vício de consentimento do prejudicado ou uma vontade particular da outra parte; caráter objetivo é a indicação de que se deve ter em conta também certo grau de desproporção entre as prestações. E estes dois elementos, subjetivo e objetivo, são necessários para que se possa anular um contrato por lesão.<sup>3</sup> A esta categoria pertencem o Código Civil Alemão e o Código Suíço de Obrigações, como observa, com muita propriedade, DEMONTÉS.

### 6.1. O Código Civil Alemão

O BGB, em seu artigo 138, reza que: “Um ato jurídico que ataca os bons costumes é nulo. É nulo, em particular, um ato jurídico pelo qual alguém, explorando a necessidade, a presteza ou a inexperiência de outro, obtém para si ou para um terceiro, que na troca de uma prestação, se prometam ou se forneçam vantagens patrimoniais que excedam o valor da prestação, de tal sorte que, tendo em conta as circunstâncias, estas vantagens estejam em desproporção chocante com relação à prestação”.

Referindo-se ao artigo transcrito, DEMONTÉS faz as seguintes observações (tradução nossa): “Os termos mesmos têm necessidade de ser explicados um pouco: o artigo fala de ato jurídico; esta palavra de carácter genérico se compreende quando se pensa que se encontra o artigo 138 na parte geral do Código, a que estabelece os princípios a dominar o Direito Privado e suas aplicações. Mas há, no entanto, certa ligação em manter a palavra ato jurídico na segunda parte, porque ali se supõe um ato no qual intervêm duas pessoas, quer dizer, um convênio... A desproporção chocante de que trata o artigo 138 pareceria conter uma noção moral, nas não é senão um elemento material, é a diferença, a separação entre os valores respectivos das prestações. Representa, pois, o elemento principal de toda a teoria clássica da lesão. Mas esta fixação não foi estimada pela lei; é estimado, referindo-se aos precedentes dados pelas leis precitadas sobre a usura, que toda fixação legal de uma taxa matemática é nociva, porque o ato que tem carácter de lesão se baseia nos costumes de maneira diferente segundo as pessoas que estejam em jogo (...), enquanto uma lesão mais forte, em outros casos, pareceria insuficiente para a anulação do contrato... Ao lado deste elemento objetivo de desproporção, necessita-se que tenha havido exploração da situação desfavorável do prejudicado... pode haver exagero na desproporção; se não há ao mesmo tempo exploração de uma situação desfavorável, não haverá nulidade. Assim, quando se toma emprestado dinheiro a uma taxa excessiva, mas com um fim produtivo bem nítido, não poderá pretender-se que se tenha realizado uma ação em estado de necessidade. Por outra parte, não haverá nulidade tampouco se se obtém condições muito vantajosas, sem que exista nisso exploração, como no caso em que se compra a baixo preço um objeto, móvel ou quadro antigo, que representa grande valor” (ob. cit., pp. 67-70).

## 6.2. O Direito Suíço

O Código de Obrigações Suíço estipula no artigo 21 que: “Em caso de desproporção evidente entre a prestação prometida por uma das partes e a contraprestação da outra, a parte prejudicada pode, no prazo de um ano, declarar que rescinde o contrato e reclamar o que tenha pago, se a lesão tenha sido determinada pela exploração de sua penúria, de sua rapidez ou sua inexperiência. O prazo de um ano corre desde a celebração do contrato”.

DEMONTÉS observa que existem pouquíssimas diferenças, exceto na redação do antedito artigo suíço e do artigo 138 do BGB. As duas palavras, necessidade por uma parte, e penúria pela outra, parecem juridicamente equivalentes (ob. cit., pp. 73-4).

## 6.3. O Direito Mexicano

O Código Civil Mexicano de 1928 pertence à terceira categoria. Com efeito, o artigo 17 está assim redigido: “Quando alguém, explorando, a suma ignorância, notória inexperiência ou extrema miséria de outrem, obtém um lucro excessivo que seja evidentemente

desproporcionado ao que ele por sua parte se obriga, o prejudicado tem direito a pedir a rescisão do contrato, e o de ser esta impossível, da redução eqüitativa de sua obrigação. O direito concebido neste artigo dura um ano”.

Segundo o referido codex, a lesão produz a nulidade relativa do ato (art. 2228). Pelo mesmo, a ação de nulidade é prescritível, pois só dura um ano (art. 17); não pode invocar-se a lesão senão por aquele prejudicado por ela (art. 2230). O artigo 17 diz, como vimos, que o prejudicado tem direito de pedir a rescisão do contrato, e de ser esta impossível, a redução eqüitativa de sua obrigação. Aqui a palavra rescisão está tomada como sinônimo de nulidade, de acordo com o art. 2228.

## 7. QUARTA CATEGORIA: DESCONHECIMENTO DE EFEITOS

É formada pelas legislações que não reconhecem na lesão nenhum efeito jurídico, como são os Códigos Civis do Brasil e da Argentina. Assim o faz observar DEMONTÉS em sua obra tantas vezes repetida, pp. 45-49, e cita estas palavras do jnrisculto CLÓVIS BEVILÁQUA: “É inútil e ocioso recorrer a lesão quando há o erro, dolo ou fraude, e à falta desses vícios do consentimento, a ação é injustificável”.

O Código de Comércio do México também pertence a esta categoria, pois em seu art. 385 dispõe: “as vendas mercantis não se rescindirão por causa de lesão”.

## 8. CONCLUSÃO

Neste breve estudo, esperamos ter demonstrado a importância do estudo do instituto da lesão e os diferentes tratamentos dados à matéria no mundo globalizado.

## BIBLIOGRAFIA

DEMONTÉS, *De la lesion dans les contrats entre majeurs*.

BONNECASE, *Supplément*, t. III, numeros 9 y 111.

GARCIA TELLEZ, *Motivos, colaboración y concordancias del nuevo Código Civil Mexicano*.

LÉVY-ULLMAN, *L'obligation et le contrat au premier quart du XX siècle*, pp. 394-405, 1927-8.

SALEILLES, *en Code Civil Allemand*, traduit et annoté, t. I, p. 155.

SORIANO, *Lesion*, *Revista General de Derecho y Jurisprudência*, t. V, pp. 183-193 (octubre a diciembre de 1934).

<sup>1</sup> LÉVY-ULLMAN, *L'obligation et le contrat au premier quart du XX siècle*, pp. 396-397.

<sup>2</sup> BONNECASE, *Supplément*, t. III, núm. 111.

<sup>3</sup> DEMONTÉS, *De la lesion dans les contrats entre majeurs*, pp. 63-64.

## O CRIME DE HERMENÊUTICA

Henry Chalu Barbosa  
Desembargador federal, presidente da 5ª Turma

Hermenêutica significa interpretação. O crime de hermenêutica seria uma maneira de criminalizar a conduta do juiz que julgasse de maneira errada, segundo o entendimento de outras autoridades.

A propósito, conta-se a seguinte história: num país remoto da África chamado Lusinéia (ex-colônia portuguesa), surgiu uma rebelião num quartel, liderada por um sargento de nome Ali-Ahmed Matoso. Os 1.500 soldados do exército dominaram a capital Lusiville e o sargento Ali-Ahmed, depois de prender e matar o chefe do Executivo, assumiu a Presidência da República. Sua primeira medida foi promover-se a general. A segunda foi mandar fuzilar os 3 generais da ativa ainda em exercício no quartel, para evitar dúvidas sobre quem mandava de fato no país.

Na hora de pagar os vencimentos da tropa, verificou que as finanças do país estavam zeradas, depois do pagamento da dívida externa que o presidente fuzilado acabava de efetuar. O Conselho de Ministros opinou pelo aumento da carga tributária o que o presidente rapidamente resolveu através do Ato Institucional Tributário nº 1, assim redigido:

**Ato Institucional Tributário nº 1. Preâmbulo. O Presidente Perpétuo da República de Lusinéia, tendo em vista a situação calamitosa das finanças públicas, e no exercício das altas funções nas quais foi investido pelo Exército da Nação, decreta o seguinte Ato Institucional:**

**Art. 1º** A alíquota do Imposto de Renda fica majorada para 94,5%, até a total recuperação das finanças públicas, com efeito retroativo ao ano de 1995, devendo pois todos os cidadãos lusinenses efetuar o recolhimento do imposto atrasado no prazo de 15 dias.

**Art. 2º** Fica instituído o serviço obrigatório e gratuito de todos os servidores públicos civis e militares à Pátria, na atividade que já exercem, independentemente de remuneração, durante o tempo que for necessário. Poderá o servidor, de acordo como as disponibilidades do órgão, receber alimentação para si durante o período de suspensão dos salários, benefício este não extensivo a sua família.

O juiz da cidade foi ouvido por espíões da Presidência comentando indignado que aquilo era um absurdo, e que se podia considerar o ato não escrito em face da Constituição. O presidente, inicialmente, pensou em mandar fuzilar o juiz, mas foi desaconselhado pelos Ministros, que temiam conseqüências internacionais e até mesmo intertribais. O presidente, então, editou Ato Institucional Complementar regulamentando situações específicas que poderiam surgir, declarando:

Pone-se com a pena de demissão do cargo, o juiz que proferir sentença impedindo totalmente a aplicação do Ato Institucional Tributário nº 1.

Se a sentença provocou embaraço apenas parcial, o juiz será transferido para a fronteira com a Zululândia, a 200 km, longe de todo povoado. De qualquer maneira, e para que os juízes não venham a se julgar uns deuses e se comportem como se tivessem o rei na



barriga, e queiram mandar até no Presidente da República, fica decretado o congelamento de seus vencimentos para o prazo de 5 anos, até mesmo como represália a seu colega que ousou desafiar um ato institucional da nossa querida revolução e como medida de isonomia com o povo sofredor de Lusinéia.

Inicialmente o povo reagiu com alguma indignação contra a humilhação infligida ao seu Judiciário, logo, porém, o partido do governo espalhou que vários juízes tinham sido flagrados praticando canibalismo contra réus presos, de quem teriam bebido o sangue com corte feito na artéria carótida, no pescoço. Arautos do Governo proclamaram que Ali-Ahmed tinha restabelecido a justiça social, pois não era justo que um juiz ganhasse 6000 lusitanos enquanto um trabalhador braçal tinha que sobreviver com cento e poucos lusitanos. E advertiu que o congelamento imposto aos magistrados só cessaria quando os seus ganhos atingissem o mesmo nível de miséria dos demais cidadãos.

Mas a legislação do país era complexa. Aconteceu o seguinte: impaciente com algumas decisões que, desafiando as ameaças, impediam-no de cobrar o aumento de imposto de renda retroativamente, Ali-Ahmed decidiu fuzilar todos os magistrados que desafiavam seu poder. Logo em seguida, o Ministro da Administração publicou um edital para a contratação de 300 novos juízes, com vencimentos de 300 lusitanos. A inscrição no concurso exigia que o candidato soubesse ler e escrever além de dominar artes marciais, como luta-livre e caratê, o que Ali-Ahmed reputava essencial para que pudessem dominar a violência no país. Inscreveram-se somente 200 candidatos. Não foi possível atrair 300, pois quem sabia ler e escrever conseguia melhor emprego no comércio. A única prova de direito consistia em saber de cor o Ato Institucional nº 1. Foram aprovados 50 candidatos. Empossados como juízes, exerciam suas funções invadindo as casas de seus compatriotas armados de porretes para confiscar os bens e os valores que encontravam.

Começou na cidade um zum-zum-zum de hostilidade ao regime e aos novos juízes. Estes rapidamente começaram a arrecadar por conta própria dinheiro e extorquir os contribuintes para formação de uma caixinha a ser dividida entre eles.

A oposição começou a se conscientizar de que o caos que se instalou na república tinha alguma coisa a ver com a morte dos velhos juízes e a perda do seu poder. Os soldados continuavam sem salários e, depois de matar os sub-oficiais para devorá-los, atacaram o palácio do governo e acabaram fazendo um churrasco com o Presidente Ali-Ahmed, que era gordinho o bastante para fornecer 95 quilos de carne suculenta e gordurosa.

O filho mais velho do Presidente, herdeiro do cargo por ele designado no seu espeto de morte, tinha estudado em Madagascar em colégio francês e estava impregnado das idéias de Montesquieu sobre a tripartição dos poderes como base da democracia. Reuniu o povo na praça pública principal e pacientemente explicou seu plano para reconstrução do Estado democrático. Um novo Presidente culto, firme e esclarecido, era fácil. Era ele. Foi eleito por aclamações. Um novo conselho tribal? Realizar-se-iam eleições. As cabeças dos antigos conselheiros ainda enfeitavam a cerca que defendia a cidade. Agora vinha a parte mais difícil do plano. A nomeação de um corpo de juízes capazes de, com sua moral e cultura, impor e fazer respeitar a lei e a Constituição tribal. Ocorreu ao novo Presidente uma

solução: a contratação, em Lisboa, de advogados que seriam nomeados juízes provisórios, até que autênticos lusitâneos completassem os estudos necessários para assumir o cargo, dentro de 8 ou 10 anos.

Ao ler este conto minha filha, curiosa, perguntou-me se este conto era como uma sugestão para que os soldados brasileiros invadissem o Palácio do Governo e devorassem o FHC. Respondi que não tinha nenhum rancor contra os militares e que não desejaria a morte de nenhum deles por indignação. Esclareci apenas que se trata de ilustração de uma das primeiras aulas de Direito que se dá nas faculdades: a diferença entre prerrogativas de um cargo e privilégios de seu titular. Prerrogativas do cargo são condições necessárias para seu exercício. Enquanto privilégio são vantagens pessoais desnecessárias para o exercício do cargo e que outras autoridades não possuem. Por exemplo:

1) a independência do juiz é prerrogativa sem a qual ele não pode decidir segundo sua consciência. Qualquer possibilidade de coação ou ameaça ao juiz fere de morte sua independência. Por isso, em qualquer nação civilizada e democrática, o juiz é inamovível, significando que não pode ser transferido para outro juízo.

2) O juiz é vitalício para não ser demitido quando contraria o Governo. Se o juiz pode ser demitido, como poderá julgar um tributo inconstitucional, sem ir para o olho da rua? Quero que percebam pelo menos que a coisa não é tão simples assim. O controle é feito através dos inúmeros recursos do processo. Mas a finalidade de tudo é uma decisão definitiva e que se tornará a verdade absoluta sobre a matéria controvertida. Fora disso, só um tiro de um dos litigantes no outro que é exatamente o que o processo pretende evitar, com um árbitro estatal ditando a solução legal para o litígio.

3) Finalmente, diz a nossa Constituição (e isto não é aplicado) que os juízes gozam da irredutibilidade de vencimentos. Com receio de serem acusados de corporativismo o Supremo decidiu há muito que a irredutibilidade diz respeito somente ao valor nominal da moeda e não ao seu valor real, e que abriu uma porta para a redução dos vencimentos da magistratura (sem reajustes há 5 anos), e seu posterior desprestígio, além de quebrar a necessária harmonia entre os Poderes.

# PROBLEMAS E REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL\*

ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Professor de Direito Processual

Juiz Federal no Rio de Janeiro

Mestre, Especialista e doutorando em Direito Processual

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual

## 1. INTRODUÇÃO

Encontra-se em tramitação no Brasil um amplo processo de discussão e reorganização do Poder Judiciário. Há várias propostas de emenda à Constituição versando sobre o tema. Na Câmara dos Deputados, formou-se comissão especial destinada a proferir parecer sobre as diversas modificações propostas, estando ainda pendente, no momento, a discussão e votação do substitutivo apresentado pelo relator. Vários setores da sociedade vêm, também, oferecendo sugestões e críticas em relação às mudanças pretendidas, valendo destacar, nesse sentido, as proposições formuladas pelos magistrados e advogados, por estarem diretamente envolvidos com o assunto.

A denominada reforma do Poder Judiciário diz respeito a várias questões, como, por exemplo, a independência e o relacionamento do Poder Judiciário com os demais Poderes; o problema do acesso à prestação jurisdicional e a sua respectiva morosidade; a organização e especialização da Justiça, com a fixação das respectivas competências; controle da constitucionalidade e da legalidade; uniformização de jurisprudência e respectiva vinculação (*stare decisis*) frente à multiplicação de lides idênticas; recrutamento, formação, carreira, vedações e procedimentos disciplinares relacionados com os magistrados; condições de admissibilidade para recursos; normas atinentes às medidas liminares, cautelares e antecipatórias; regime dos precatórios; Defensoria Pública; além de diversas outras proposições processuais. As alterações ventiladas exigem, em grande parte, modificação do texto constitucional vigente, mas, também, inovações que poderão advir de legislação ordinária. O debate contém, por certo, peculiaridades nacionais, mas, por outro, diz respeito a pontos que fazem parte do cenário internacional do Direito Constitucional e Processual.

## 2. CONTEXTO HISTÓRICO

O papel do Estado, no mundo contemporâneo, vem sendo largamente discutido. Em termos internacionais, o debate encontra dois marcos fundamentais: a) o conjunto de fatos relacionados com a derrocada dos regimes comunistas, no que se convencionou vincular com a queda do muro de Berlim e a subsequente onda de privatização; b) a tendência de

globalização, que se revela, por exemplo, dentre outros sinais, pelo desenvolvimento da União Européia e do Mercosul. O primeiro aspecto repercutiu, em particular, quanto à intervenção do Poder Público nas relações sociais, enquanto o segundo envolve uma nova dimensão do Estado e da soberania diante das comunidades em formação.

No âmbito nacional, o País colhe frutos da recente democratização. Após a promulgação da nova Constituição em 1988, houve um vertiginoso crescimento da quantidade de ações ajuizadas,<sup>1</sup> transformando o Brasil em verdadeiro campeão mundial de processos em tramitação perante a Justiça e os juízes nacionais recordistas na produtividade, sem que haja, contudo, a satisfação das demandas sociais. Muito pelo contrário, salvo algumas situações vividas em determinados ramos da Justiça e órgãos judiciais, há, em geral, um grande descontentamento por parte do jurisdicionado. Segundo pesquisa realizada pela InformEstado,<sup>2</sup> realizada na cidade de São Paulo, 72% acham que a Justiça não age com rapidez. Eutretanto, 73% entendem que o Judiciário está mais acessível a todos e 36% já acionaram a Justiça. Todavia, 15% dos entrevistados necessitaram da prestação jurisdicional, mas deixaram de ingressar em juízo. Dentro desse grupo, a lentidão da Justiça foi apontada por 36% das pessoas como a razão principal para o não-ajuizamento da demanda.

Sem sombra de dúvidas, o Poder Judiciário vem despertando, desde a Assembléia Nacional Constituinte, passando pela Revisão Constitucional de 1993, até o presente momento, muitas atenções, debates e idéias. Apenas durante o período da Revisão Constitucional foram apresentadas 180 propostas de emenda constitucional. Há que se registrar, contudo, a existência de momentos de tensão, durante os anos de 1998 e 1999, por força de alguns episódios, dos quais se destacam a formação da Comissão Parlamentar de Inquérito do Poder Judiciário e os ataques feitos pelo Presidente do Senado, Antônio Carlos Magalhães, a instituições e pessoas da judicatura. A Constituição da República tem sido, em apenas 10 anos de vigência, constantemente modificada. Há que se proceder, portanto, à reforma do Judiciário em clima de serenidade e sem atropelos, para que se possam realizar as modificações com razoável segurança e resultado profícuo.

### 3. OS PRINCIPAIS PROBLEMAS DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

#### 3.1. Morosidade

Pode-se dizer que a consecução de uma prestação jurisdicional mais célere é um objetivo mundialmente perseguido. Em pesquisa realizada no Brasil, através de documentos relacionados com a Justiça Federal,<sup>3</sup> pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, o tema morosidade foi o que mereceu o maior número de menções, dentre os problemas assinalados. Da mesma forma,<sup>4</sup> 99,12% dos magistrados federais responderam que a morosidade é um problema, sendo hierarquizado como o principal em termos de desempenho dos órgãos judiciais. Em todas as pesquisas efetuadas com a opinião pública, a lentidão vem sendo ventilada sempre no ápice das dificuldades vividas pelo Poder Judiciário brasileiro.

Ressalte-se, também, que a falta de celeridade repercute no próprio acesso ao Judiciário, na medida em que a ausência de soluções rápidas e a contento faz com que haja o descrédito da Justiça, com a conseqüente busca de outros caminhos para a solução dos conflitos.<sup>5</sup>

As causas mais apontadas, em relação ao problema da morosidade, segundo os magistrados federais,<sup>6</sup> são a insuficiência de juízes, o crescimento do número de demandas e a legislação ultrapassada. A Associação dos Magistrados Brasileiros e a Ordem dos Advogados do Brasil<sup>7</sup> indicaram também as prerrogativas da Administração Pública,<sup>8</sup> a existência dos Tribunais de Alçada e o regime de precatórios como ensejadores de demora. A imprensa<sup>9</sup> vem noticiando, além disso, outros fatores para explicar a lentidão, como o desaparecimento dos órgãos judiciários, principalmente de 1º grau; a insuficiência e falta de preparo dos juízes, sobretudo em face de um aumento das demandas; falhas da organização judiciária; métodos de trabalho obsoletos e irracionais; o excessivo formalismo das normas procedimentais e o enfraquecimento do juízo de 1º grau, na medida em que boa parte das causas passam a ser efetivamente decididas pelos tribunais de 2º grau ou superiores.

Todavia, como bem apontado pelo professor Barbosa Moreira,<sup>10</sup> necessário se faz que haja, em relação aos processos judiciais e organização da Justiça, o desenvolvimento de tratamento mais científico para os problemas, com o permanente levantamento e acompanhamento de dados, para que se possa melhor dimensionar as dificuldades e as soluções, rompendo-se com a tradição empírica.<sup>11</sup>

### 3.2. Falta de Juízes

Patente é o número reduzido de juízes<sup>12</sup> diante da dimensão populacional<sup>13</sup> e territorial<sup>14</sup> do Brasil e, principalmente, em relação ao número de processos<sup>15</sup> existentes. Haveria, assim, proporcionalmente, em atividade hoje no País um juiz de 1º grau para cada 949 km<sup>2</sup>, ou seja, quase um milhão de metros quadrados. Da mesma forma, a relação seria de um magistrado togado de 1ª instância para cada 18.056 pessoas.<sup>16</sup> Na Alemanha a proporção de habitantes por juiz, levando-se em conta o número total de magistrados, é da ordem de um para cada 4.100 habitantes<sup>17</sup> e em Portugal um para cada 6.572 ou 8.367, se considerados, respectivamente, todos ou apenas os magistrados de 1º grau.<sup>18</sup>

O número de processos por juiz, a cada ano, cresce mais, porque há, na média, sempre uma grande diferença entre a quantidade de ações que ingressam e o montante de feitos que são julgados. No ano de 1998, por exemplo, foram ajuizadas 10,2 milhões de ações novas, enquanto apenas 7,3 milhões foram julgados, havendo, portanto, um saldo remanescente de quase 3 milhões de processos novos que se acumularam em apenas um ano. Em termos proporcionais, cada juiz de 1º grau teria recebido, em 1998, cerca de 1.133 novas ações, tendo, ao final do ano, aumentado, em média, o seu estoque em mais 320 processos. Pode-se ver, com facilidade, que, após alguns anos, a situação torna-se totalmente caótica, diante do crescimento contínuo do número de processos em tramitação.

Em parte, no entanto, a responsabilidade do problema recai sobre o próprio Poder Judiciário, pois cerca de um em cada cinco cargos de juiz encontra-se vago,<sup>19</sup> o que enseja, em média, uma sobrecarga de serviço da ordem 25% para os demais magistrados em atividade. Alguns tribunais têm procurado enfrentar o problema, realizando constantes concursos públicos. Há quem aponte, por outro lado, o despreparo dos candidatos como causa para o não-provimento dos cargos. Todavia, o argumento não é convincente, na medida em que os cargos precisam ser ocupados e, para tanto, devem ser realizados mais concursos públicos ou efetua-los em nível condizente com a formação acadêmica dos novos tempos.

Correlato ao problema do número de juízes está a questão da boa distribuição dos órgãos judiciários, tema que precisa ser também devidamente levantado e equacionado, para que se possa ter um resultado proveitoso.

Além do quadro acima mencionado, em relação aos juízes singulares, há a situação não menos preocupante dos tribunais. Outrossim, enquanto a Corte de Cassação italiana tem 354 juízes e a francesa 190, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) conta com apenas 33 Ministros,<sup>20</sup> tendo julgado cada integrante, em média, nos anos de 1997 e 1998, aproximadamente 3,4 e 3,3 mil feitos.<sup>21</sup> Os dados do Supremo são ainda mais assustadores, tendo cada Ministro julgado, nos anos de 1997 e 1998, respectivamente, em média, 4.085 e 5.247 feitos.<sup>22</sup>

### 3.3. Número de Processos

O número de processos em tramitação, atualmente, no Brasil, é extremamente elevado e bem acima do registrado em outros países, seja em termos absolutos ou proporcionais. O fenômeno ocorre tanto na 1ª Instância como nos tribunais locais, superiores e no Supremo Tribunal Federal (STF), atingindo a Justiça Comum (Estadual e Federal) e também a chamada Justiça Especializada do Trabalho.

A simples enumeração de alguns dados é suficiente para atestar o problema. O Supremo Tribunal Federal recebeu, no ano de 1970, 6.367 processos; em 1980, foram 9.555; dez anos depois, 18.564; no ano de 1998 o número atingiu o montante de 52.636 processos recebidos; e até o dia 30.06.99 já haviam entrado 26.187 feitos.<sup>23</sup> O STF, cabe lembrar, é, na essência, a Corte Constitucional brasileira, composta de apenas 11 Ministros. Órgãos semelhantes, no cenário internacional, apresentam realidade completamente diversa. A Suprema Corte Americana julgou, em 1994, 300 processos. Em Portugal, foram julgados 900.

No Superior Tribunal de Justiça, nos anos de 1989 e 1990, foram distribuídos, respectivamente, 6.103 e 14.087 processos. Em 1994, o número subiu para 38.670 e, em 1998, alcançou a quantidade de 92.107 feitos. No Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, foram autuados, nos anos de 1990, 1994 e 1998, pela ordem, 20.276, 65.792 e 131.413 processos.

Na 1ª instância da Justiça Estadual, Federal e do Trabalho, entraram, nos anos de 1990, 1994 e 1998, ao todo, 5.117.059, 5.147.652 e 10.201.289 processos, respectivamente. Todavia, o crescimento não foi uniforme nos três ramos. Entre 1990 e 1998, o número de processos distribuídos aumentou em 56,8% na Justiça do Trabalho, 106,4% na do Estado e 206,4% na Federal.

As Justiças Militar e Eleitoral concentram um número bem menor de processos. Além disso, não houve crescimento significativo da quantidade de demandas formuladas, tendo ocorrido, em alguns casos, até diminuição.<sup>24</sup> Junte-se a isso, também, que a Justiça Militar está organizada no âmbito federal e estadual, podendo-se considerar que, ueste último, está integrada à estrutura local.

A quantidade excessiva de processos distribuídos e julgados acarreta a perda de qualidade nos pronunciamentos judiciais, que não comportam, inobstante o auxílio de funcionários e recursos materiais, produção em escala industrial, tendo em vista a natureza da atividade, que se desenvolve, ou deveria ser realizada, com razoável firmeza e segurança, através do exame minucioso dos autos, da análise das provas, dos fatos e do direito. A quantidade excessiva de processos já extrapolou o limite do suportável, pois os juízes são seres humanos e, para o bom desempenho da função, necessitam, além de permanente estudo e aperfeiçoamento, de um mínimo de serenidade e tempo para refletir.

*Last but not least*, deve-se assinalar que a quantidade de processos não representa necessariamente diversidade de questões submetidas ao Judiciário. Boa parte das demandas formuladas levam ao conhecimento do juiz fatos semelhantes, o que vulgarmente passou a ser denominado de processos repetidos ou idênticos. Como exemplo, podem ser mencionadas as milhares de ações individuais ajuizadas por funcionários públicos ou empregados em busca de reajustes salariais; pequenos investidores que discutem índices de correção monetária; aposentados com litígios em relação aos seus benefícios previdenciários, contribuintes impugnando a constitucionalidade do mesmo tributo ou a respectiva majoração, dentre inúmeros casos que poderiam ser apresentados.

O processo civil brasileiro não representa exceção ao molde individualista de litigância que ainda predomina na realidade contemporânea. As ações coletivas existentes contemplam, ou são permitidas a contemplar, segundo a interpretação dominante, apenas espaços muito limitados. Conseqüentemente, prossegue-se no caminho atomizado da prestação jurisdicional, embora os direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos estejam a cada dia mais presentes na sociedade de massa, que, no caso brasileiro, atinge o quantitativo de quase 163 milhões de pessoas. A solução individual torna-se não apenas inviável, como, também, injusta, na medida em que permite a diversidade de soluções para situações idênticas, fomentando-se a desigualdade diante da lei.

A falta de percepção quanto à homogeneização e coletivização dos direitos e a estrutura individualista do processo impede e torna difícil a tarefa de elaboração de soluções efetivas para o problema processual brasileiro, como se verá adiante.

### 3.4. Formação dos Juízes

A formação do magistrado pode ser vista sob dois prismas: a) como etapa prévia ao exercício da função, eventualmente repercutindo na própria escolha e seleção dos juízes; b) do aperfeiçoamento dos conhecimentos ao longo da carreira.<sup>25</sup>

Segundo o Juiz Federal Leandro Paulsen,<sup>26</sup> a "Procuradora do Estado de Minas Gerais, Dr.<sup>a</sup> Carmem Lúcia Antunes Rocha, em uma de suas palestras pelo País, procurou demonstrar a importância do aperfeiçoamento do magistrado e do profissional do Direito em geral, através de um conto que diz mais ou menos assim:

"Um fazendeiro, precisando obter lenha, contratou dois lenhadores para trabalharem durante um dia, na sua propriedade. Iniciarão com o nascer do sol e trabalharão até o entardecer. Deu a cada lenhador um machado. O primeiro dos lenhadores trabalhou incessantemente durante todo o dia, sem descanso e com dedicação. O segundo dos lenhadores também mostrava-se dedicado, mas a cada duas horas, retirava-se do local em que estava cortando as árvores e somente voltava vinte minutos depois. Durante o dia, pois, parou várias vezes. Ao entardecer, um capataz do fazendeiro veio conferir o trabalho e constatou que o segundo lenhador havia trabalhado melhor e expressou isso verbalmente. De pronto, o primeiro insurgiu-se, dizendo que tinha trabalhado sem trégua durante todo o dia e que o outro fazendeiro volta e meia parava, de maneira que não poderia este ser considerado o melhor. Diante do protesto, o capataz esclareceu que as paradas do segundo lenhador haviam sido feitas para afiar o seu instrumento de trabalho, o machado, e que ele aproveitava para recompor suas forças, além do que, no trecho que caminhava para retornar ao trabalho, avistava árvores melhores para serem cortadas, de maneira que, ao final do dia, havia produzido mais lenha e de melhor qualidade".

O Poder Judiciário opera, no momento, de modo contingencial. O grande acervo de processos e o reduzido número de juízes vêm, na prática, impedindo, salvo poucas exceções, que se desenvolva a efetiva preparação dos novos magistrados<sup>27</sup> e o aperfeiçoamento e reciclagem dos integrantes da carreira.<sup>28</sup> O excesso de serviço vem, da mesma forma, afastando, gradativamente, muitos juízes da vida acadêmica e universitária.<sup>29</sup> O resultado desse distanciamento é prejudicial para o Poder Judiciário, que deixa de receber, de modo mais intenso, os ares críticos e acadêmicos de renovação, e para as faculdades de Direito, que perdem docentes experientes e qualificados, bem como a proximidade com a prática judicial.

O aprimoramento deve, por fim, vir acompanhado do enriquecimento cultural e interdisciplinar<sup>30</sup> do magistrado.<sup>31</sup> A vida moderna e a dinâmica das inovações tecnológicas levam aos tribunais, com frequência crescente, assuntos e litígios que não estão regulados em lei, exigindo dos juízes, na prática, a criação do direito, com a análise de aspectos não apenas jurídicos.<sup>32</sup>



### 3.5. Acesso à Prestação Jurisdicional

O problema do acesso à Justiça<sup>33</sup> é preocupação mundial, que diz respeito ao efetivo exercício do direito de ação. Envolve uma série de fatores, desde a formação cultural da população até a confiança depositada na Justiça, passando por outros entraves como os custos processuais.<sup>34</sup>

A Constituição brasileira<sup>35</sup> prevê a existência da Defensoria Pública, como “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados”. Como decorrência da forma federativa de Estado, estatui a Carta que lei “complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados.”<sup>36</sup>

Embora prevista em 1988, a Lei Complementar da Defensoria Pública<sup>37</sup> só foi promulgada quase seis anos depois. Mas, o mais grave é que a Defensoria Pública da União continua existindo apenas no papel, pois não foi até agora estruturada.<sup>38</sup> No âmbito dos Estados, a situação não é uniforme, na medida em que alguns<sup>39</sup> já a haviam estruturado antes mesmo da Constituição, enquanto outros possuem organização mais recente<sup>40</sup> ou ainda não efetivada.

Em termos infraconstitucionais, a Lei nº 1.060,<sup>41</sup> de 5 de fevereiro de 1950, vem exercendo importante papel para o acesso à Justiça, tendo previsto, dentre outras medidas, a isenção de custas<sup>42</sup> e despesas judiciais e de honorários de advogado e perito, ‘mediante simples afirmação, na própria petição inicial’, de que a parte não está em condições de pagar<sup>43</sup> os respectivos custos. Todavia, sem a organização da Defensoria Pública, torna-se sempre mais difícil, para quem não possui boa condição econômica, conseguir constituir um advogado que aceite exercer as suas funções sem retribuição econômica ou recebendo, ao término do processo, os honorários que podem ser pagos, em alguns casos, pelo Estado.<sup>44</sup>

## 4. PROPOSTAS

A reforma do Poder Judiciário brasileiro ainda não se encontra totalmente delineada, na medida em que, desde 1992, várias propostas de emenda constitucional foram apresentadas, sem que tenha havido, até o momento, deliberação por parte do plenário da Câmara ou do Senado. Todavia, a etapa atual é de grande relevância, na medida em que a Comissão Especial da Câmara dos Deputados está a proceder ao juízo de admissibilidade das emendas apresentadas e à sistematização das propostas, com o objetivo de formular um projeto substitutivo de alteração constitucional.<sup>45</sup> Pretende-se, assim, expor e resumir, a seguir, as principais propostas até agora ventiladas, bem como as respectivas críticas formuladas, a fim de possibilitar um panorama das perspectivas da reforma judiciária no Brasil.

#### 4.1. Conselho Nacional de Justiça

A Constituição da República de 1988 previu a autonomia financeira e administrativa dos tribunais brasileiros.<sup>46</sup> Conseqüentemente, a administração da Justiça brasileira encontra-se descentralizada, não dispondo de órgão central de planejamento e administração em nível nacional, salvo para a supervisão, no âmbito da Justiça Federal.<sup>47</sup> A fiscalização externa administrativa e financeira é realizada, por sua vez, pelos tribunais de contas.

As propostas relacionadas com a criação do Conselho Nacional de Justiça diferenciam-se sob o prisma da composição, finalidade e justificativa. Por um lado, há a idéia do controle externo,<sup>48</sup> consubstanciada em conselho com integrantes de fora da magistratura e que possuiria funções relacionadas com a fiscalização da atuação dos juízes, inclusive com o poder de aplicar sanções disciplinares.<sup>49</sup>

A participação de não-magistrados na atividade de correição recebeu o repúdio generalizado dos juízes, através das suas associações. Dentre os motivos invocados, levantou-se que a independência e imparcialidade dos magistrados ficaria enfraquecida, pois os advogados e o Ministério Público estariam, perante os juízes, concomitantemente, atuando como fiscais e parte interessada nos litígios.<sup>50</sup> Por conseguinte, várias proposições apresentam a composição do conselho apenas com integrantes da magistratura, variando, entretanto, o número, a origem e a forma de escolha dos respectivos juízes. Dentre as propostas com participação exclusiva de magistrados, pode-se destacar o substitutivo<sup>51</sup> à PEC nº 112-A, aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, e o projeto apresentado pelos Deputados José Priante e Bonifácio de Andrada, contendo as sugestões da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).<sup>52</sup>

Em posição intermediária, há propostas que incluem a participação de juristas não integrantes da magistratura, mas que seriam escolhidos pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>53</sup>

A tendência é a aprovação do Conselho Nacional de Justiça com a participação de magistrados, membros do Ministério Público, advogados e, eventualmente, cidadãos, tendo em vista, inclusive, o substitutivo apresentado pela nova relatora da Comissão Especial da Câmara dos Deputados. A instituição do Conselho de Justiça, no âmbito nacional, pode ser salutar para o Poder Judiciário, na medida em que possibilite o controle administrativo, financeiro e disciplinar em todo o País, impedindo-se, assim, que práticas irregulares ou fatos desabonadores fiquem esquecidos ou impunes, o que reverte em benefício da integridade da própria magistratura. Todavia, a eventual participação de não-magistrados no conselho, em quantidade quase que paritária com a de juízes, em nada por certo contribuirá para a melhoria da prestação jurisdicional. Experiências, como a da Espanha, demonstram que o controle externo acaba fomentando uma danosa interferência política, em detrimento da isenção, imparcialidade e independência do Judiciário.

#### 4.2. Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça

As propostas apresentadas procuram reforçar o papel do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional, passando-se, portanto, algumas competências, que fugiam a esse

perfil, para o Superior Tribunal de Justiça ou para os juízes federais. No âmbito do recurso extraordinário, nos dois substitutivos apresentados, explicita-se o seu cabimento em caso de se julgar válida lei ou ato normativo local contestado em face de lei federal, considerando-se, no caso, a natureza constitucional do conflito. Por outro lado, elimina-se o cabimento de recurso extraordinário quando a decisão recorrida não tiver sido proferida por tribunal.<sup>54</sup>

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o segundo substitutivo apresentado altera o número mínimo de ministros do Superior Tribunal de Justiça, passando-o de 33 para 63, ampliação esta que se faz necessária.

### 4.3. Justiça do Trabalho

O maior consenso existente em torno da Justiça do Trabalho diz respeito à extinção dos juízes classistas, pois, na prática, não têm desempenhado qualquer função de relevância nos julgamentos, representando, entretanto, elevada despesa para os cofres públicos.<sup>55</sup>

Por outro lado, chegou a ser proposta a extinção da Justiça do Trabalho,<sup>56</sup> com a transferência da sua competência para a Justiça Federal. Todavia, a idéia encontrou grande rejeição e situa-se em caminho oposto ao trilhado mundialmente nos dias atuais, em que se procura especializar a Justiça, a fim de torná-la mais ágil e preparada para temas específicos,<sup>57</sup> não sendo provável a sua aprovação.

Discute-se, também, a diminuição do número de Tribunais Regionais do Trabalho, com a aglutinação de cortes que tenham menor movimentação processual.

### 4.4. Justiça Federal

A principal modificação cogitada está relacionada com a idéia de extinção da Justiça do Trabalho, pois a Justiça Federal receberia a competência daquela. Como dito acima, não é provável a aprovação dessa proposta.<sup>58</sup>

Outra proposição polêmica é a hipótese sugerida de incidente para deslocamento da competência para a Justiça Federal, nos casos de violação de direitos humanos, que poderia ser suscitado pelo Procurador-Geral da República ou por Procurador-Geral de Justiça, perante o Superior Tribunal de Justiça. Apresenta-se, como argumento para a inovação, a relevância dos crimes contra os direitos humanos e a possibilidade de o País ser internacionalmente responsabilizado em tais casos, diante de eventuais dificuldades para a investigação, processo ou julgamento, bem como demora injustificada na prestação jurisdicional, no âmbito estadual. Todavia, contrapõe-se a crítica, afirmando que a medida visaria desaforar causas que são julgadas principalmente em cidades menores, situadas no interior do País, onde a pressão local poderia comprometer a investigação ou o julgamento, mas que a Justiça Federal, por outro lado, está instalada apenas nas capitais e nas maiores cidades, estando, assim, distante dos fatos probatórios. Portanto, alega-se que o problema não seria resolvido com o deslocamento para a Justiça Federal.

Decorrente de eventual alteração da competência do Supremo, como assinalado anteriormente, poderia a Justiça Federal passar a ser o órgão responsável para a homologação de sentença estrangeira e a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias. Poderá haver, também, aquisição da competência para processar e julgar os crimes impropriamente militares, como se verá no item seguinte.

#### 4.5. Justiça Militar

Na esfera da Justiça Militar, há basicamente duas modificações centrais sendo propostas. A primeira diz respeito à composição do Superior Tribunal Militar, que passaria a contar com 9, ao invés de 15. Conforme o substitutivo apresentado, seriam seis militares, um juiz de carreira, um advogado e um membro do Ministério Público Militar.<sup>59</sup>

Pela segunda, a Justiça Militar passaria a julgar apenas os crimes militares próprios, passando-se a competência dos delitos militares impróprios para a Justiça Federal.<sup>60</sup>

#### 4.6. Súmula Vinculante ou Impeditiva de Recursos

Como solução para o problema do acúmulo de serviço nos tribunais superiores e no Supremo Tribunal Federal, duas propostas disputam a preferência dos juristas brasileiros: o estabelecimento da vinculação dos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública ao entendimento esposado em súmula do STF ou dos tribunais superiores<sup>61</sup> ou apenas a previsão de inadmissibilidade de recurso, em caso de conformidade do julgamento com a súmula.<sup>62</sup>

#### 4.7. Arguição de Relevância

Os dois substitutivos apresentados propõem também, como instrumento para a diminuição do número de processos a serem julgados pelo Supremo Tribunal Federal e instâncias superiores, a reintrodução no sistema recursal da denominada arguição de relevância. O recorrente, por conseguinte, precisaria demonstrar a repercussão geral das questões discutidas no caso, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, que poderá ser recusada pela manifestação de dois terços de seus membros.

#### 4.8. Controle Concentrado de Constitucionalidade e de Interpretação Legal das Normas

Em termos de controle direto da constitucionalidade e interpretação das normas, há proposições antagônicas contidas, inclusive, nos substitutivos formulados. No primeiro,

do Deputado Aloysio Nunes, há clara expansão do controle concentrado, em detrimento da interpretação e aferição difusas, acarretando, assim, o fortalecimento dos tribunais superiores e, conseqüentemente, o enfraquecimento do juiz de primeiro grau. Seriam instituídos, segundo essa proposta, os incidentes de inconstitucionalidade e de interpretação, perante, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, que poderiam, em caso da suscitação ser acolhida, determinar a suspensão de processos em cursos, perante qualquer juízo ou tribunal, para proferir decisão exclusivamente sobre a matéria constitucional ou legal, conforme o caso, que teria efeito *erga omnes* e vinculante.

Por outro lado, a proposta da Deputada Zulaiê Cobra suprime do texto constitucional vigente a ação declaratória de constitucionalidade, espécie essa que foi inserida na atual carta por força da Emenda Constitucional nº 3, de 1993. Alega-se, a favor da supressão, que a existência da ação estaria invertendo a presunção de constitucionalidade que deveria, em princípio, militar em benefício dos textos legais.

#### 4.9. Normas Gerais para o Poder Judiciário e Estatuto da Magistratura

Dentre as modificações contidas no último substitutivo, cabe ressaltar, dentre outras, a fixação da idade mínima de 25 anos e a experiência de três anos, como exigências para o ingresso na magistratura;<sup>63</sup> o fim da vitaliciedade, assim considerada como a impossibilidade de perda do cargo salvo por decisão judicial, pois se pretende permitir que o Conselho Nacional de Justiça tenha poderes para aplicar administrativamente a sanção;<sup>64</sup> fim da irredutibilidade de vencimentos,<sup>65</sup> pois estes poderiam ser diminuídos, inclusive como sanção disciplinar, por descumprimento de prazos processuais; a vedação à promoção do juiz que retiver autos além do tempo legalmente previsto para o ato, sendo vedada a justificativa de acúmulo de serviço;<sup>66</sup> estabelecimento da responsabilidade civil dos juizes também em caso de culpa e não apenas de dolo, o que criaria insegurança e fragilidade da independência do juiz em relação às suas decisões; eleição para cargos diretivos dos tribunais, salvo para o STF e Tribunais Superiores, com a participação dos magistrados vitalícios da primeira instância;<sup>67</sup> o fim do recesso judiciário,<sup>68</sup> e das férias coletivas nos tribunais; e a proibição de o juiz atuar, até três anos após a aposentadoria, como advogado, perante o órgão jurisdicional que integrava.

### 5. AÇÕES COLETIVAS

O número excessivo de processos e a insuficiência de juizes são, por certo, as principais causas da morosidade e da piora na prestação jurisdicional brasileira. O grande contingente de feitos, que atinge não apenas os tribunais superiores, mas, também, de modo avassalador as cortes regionais (Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho), estaduais (Tribunais de Justiça e de Alçada), os juizes de primeira instância e até os Juizados Especiais,<sup>69</sup> é fruto de vários problemas interligados. Pode-se mencionar,

por exemplo, a própria quantidade de juizes, a conjuntura democrática e a atribuição de direitos pela constituição de 1988, os procedimentos judiciais etc. Contudo, há que se chamar atenção, como assinalado acima,<sup>70</sup> que o Código de Processo Civil do Brasil é calçado no modelo de litígios individuais. Na legislação extravagante formulada posteriormente, procurou-se resolver a questão dos direitos difusos, coletivos e individuais, sendo parcialmente bem sucedida em vários aspectos, principalmente no que diz respeito à defesa dos interesses difusos. Todavia, a realidade tem demonstrado que a solução das lides relacionadas com os direitos individuais homogêneos ainda não foi satisfatória, na medida em que continuam a ser tratados de maneira atomizada, sendo talvez essa a principal razão do número excessivo de processos na Justiça brasileira. São causas que possuem uma origem comum, mas que passam a ser processadas e decididas isoladamente, tal como ocorre em conflitos que dizem respeito a direitos do consumidor, servidores públicos, tributos, aposentados e pensionistas, problemas trabalhistas etc. Mecanismos como súmulas vinculantes ou impeditivas de recursos, incidentes de inconstitucionalidade e legalidade, bem como o próprio aumento do número de juizes, além de outras das propostas acima mencionadas, podem, apenas, atenuar o problema da falta de uma boa e célere prestação jurisdicional.

A doutrina nacional e internacional tem se ocupado cada vez mais da questão dos direitos individuais homogêneos. Por outro lado, a Constituição de 1988 chegou, inclusive, a consagrar inovações, como a previsão do mandado de segurança coletivo<sup>71</sup> e a legitimidade das entidades associativas,<sup>72</sup> sindicatos<sup>73</sup> e do Ministério Público.<sup>74</sup> Os direitos coletivos e individuais homogêneos dos consumidores também possuem estatuto legal<sup>75</sup> prevendo a legitimidade de entidades e órgãos públicos. Contudo, ainda são soluções tímidas diante de institutos como o da *class action* norte-americana, em que o juiz pode, por exemplo, transformar uma ação individual em coletiva, mecanismo esse capaz de solucionar inúmeras lides, tornando efetivo o acesso à Justiça, sem, por outro lado, ocasionar um acúmulo de processos. Embora dependesse de previsão legal, a introdução desse tipo de ação coletiva poderia ser feita, inclusive, por norma infraconstitucional.

## 6. BIBLIOGRAFIA

ALEMANHA. Perfil da Alemanha. Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal. Frankfurt am Main: Societäts-Verlag, 1997.

ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS DO BRASIL (AMB). Jornal do Magistrado, n° 29.

CAPPELLETTI, Mauro und GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça* (tradução de Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Escola da magistratura e formação do juiz. Brasília: CJF, 1997.

\_\_\_\_\_. A Justiça Federal através de documentos, Brasília: CJF.

CRUZ, Diniz Ferreira da. O controle externo da magistratura. *Revista dos Tribunais*, São Paulo; Revista dos Tribunais, nº 700, fev. 1994.

FRANÇA NETO, Alfredo. O exercício político da autonomia do Poder Judiciário. In *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.

GILLES, Peter (Org.). Prozeßrecht na der Jahrtausendwende: Deutsche Landesberichte zur Weltkonferenz für Prozeßrecht in Wien, Österreich, 1999. Baden-Baden: Nomos, 1999.

\_\_\_\_\_. Anwaltsberuf und Richterberuf in der heutigen Gesellschaft: Deutsche Landesberichte zur IX Weltkonferenz für Prozeßrecht in Coimbra und Lissabon, 1991. Baden-Baden: Nomos, 1991.

GOMES, Luiz Flávio. *A questão do controle externo do Poder Judiciário*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. Aspectos "políticos": controle externo do Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 697, nov. 1993.

\_\_\_\_\_. Controle externo do Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 668, jun. 1991.

\_\_\_\_\_. Inconstitucionalidade do controle "externo" do Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 687, jan. 1993.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Poder Judiciário. In *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Causas Perdidas. *Gazeta do Povo*, 18 jul. 1995.

\_\_\_\_\_. *Competência Cível da Justiça Federal*. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. Direito processual romano. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Gênese, nº 1, jan./abr. 1996.

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário: problemas, propostas e controle externo. In *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, nº 4. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva. In *Temas de direito processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. In *Temas de direito processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

PAES, José Eduardo Sabo. Controle externo do Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 696, out. 1993.

PAULSEN, Leandro. *Justiça Federal: uma proposta para o futuro*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995.

PEPPE, Afílio M. e LESBAUPIN, Ivo (orgs.). *Revisão Constitucional e Estado Democrático*. São Paulo: Loyola, 1993.

RIBAS FILHO, Thiago. O Controle externo do Poder Judiciário. In *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. O Poder Judiciário: algumas reflexões. In *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. Controle da atividade judiciária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 666, abr. 1991.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Discurso e o poder*. Porto Alegre: S.A.Fabris, 1988.

SILVA, Carlos Manuel Ferreira. *O Poder Judiciário em Portugal: algumas notas sobre a sua organização, garantias e ingresso na magistratura*. [s. n.].

SILVEIRA, José Néri da Silveira. Aspectos institucionais e estruturais do Poder Judiciário brasileiro. In *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Problemas e soluções na prestação da Justiça. In *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. Controle externo do Poder Judiciário e controle de qualidade do Judiciário e da magistratura: uma proposta. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 195, jan./mar. 1994.

ZWEITER, Waldemar. O controle do Poder Judiciário. In *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.

\* Versão adaptada do artigo "Judikative in Brasilien: Probleme und Reform", escrito para a revista *Zeitschrift für Zivilprozess International*.

<sup>1</sup> Enquanto no ano de 1990 foram aguçadas, perante a Justiça Estadual, Federal e do Trabalho de 1º grau, cerca de 5 milhões de novas ações, em 1998 o número de proposituras, em cômputo ainda parcial, atingiu o patamar de 10,2 milhões, tornando-se, assim, praticamente o dobro, segundo dados colhidos, pela Internet, no dia 11.8.99, no Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (BNDPJ).

<sup>2</sup> In "Jornal do Magistrado", nº 29.

<sup>3</sup> In "A Justiça Federal através de documentos", p. 21-24.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 21 e 22.

<sup>5</sup> Vide "O Direito e o Poder, de Boaventura de Souza Santos, e Direito e Justiça – a demanda social do Judiciário", organizado por José Eduardo Faria.

<sup>6</sup> Conforme a pesquisa "A Visão Interna da Justiça Federal".

<sup>7</sup> Nos termos do documento apresentado pela Comissão Mista das duas entidades à Câmara dos Deputados.

<sup>8</sup> Principalmente o duplo grau obrigatório de jurisdição e os prazos em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, previstos, respectivamente, nos arts. 475 e 188 do Código de Processo Civil (CPC) brasileiro.

<sup>9</sup> In "A Justiça Federal através de documentos".

<sup>10</sup> "Temas de Direito Processual", p. 81 e s.

<sup>11</sup> Nesse sentido, já existem levantamentos principalmente de número de processos, recursos e juízes que vêm sendo feitos, cabendo destacar, em particular, o Banco Nacional de Dados do Judiciário, organizado pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>12</sup> No ano de 1998 a Justiça Comum e do Trabalho de 1º grau possuíam 11.953 cargos de juiz togado previstos em lei. Todavia, apenas cerca de 9 mil estavam providos. Os dados são do BNDPJ, embora lá estivessem computados também os chamados juizes classistas do trabalho, mas que integram as Juntas de Conciliação e Julgamento, que são presididas por um juiz togado.

<sup>13</sup> A população brasileira, no ano de 1996, era de 157.070.163 habitantes, segundo consta no site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).



<sup>14</sup> A área absoluta do país é de 8.547.403,5 km<sup>2</sup>.

<sup>15</sup> Vide item seguinte.

<sup>16</sup> Levando-se em consideração a estimativa atual de 162.509.307 habitantes, no mês de novembro de 1998, segundo o IBGE.

<sup>17</sup> Considerando-se uma população de 82 milhões de pessoas e 20 mil juízes, segundo Perfil da Alemanha, p. 15 e 198.

<sup>18</sup> Considerando-se a população de 9.957.270 e o total de 1.515 juízes, dos quais 1.190 seriam juízes de Direito, segundo as estatísticas da Justiça, do ano de 1997.

<sup>19</sup> A média nacional de vacância no 1º grau é de 21,71%. Na Justiça dos Estados e na Federal os percentuais alcançam respectivamente 26,37% e 32,45%, segundo o BNDPJ.

<sup>20</sup> Dos 33 Ministros do STJ, 30 funcionam na qualidade de relator nos processos distribuídos, estando afastados da função o Presidente, o Vice-Presidente e o Coordenador do Conselho da Justiça Federal.

<sup>21</sup> Como consta no BNDPJ, foram julgados, respectivamente, nos anos de 1997 e 1998, 102.054 e 101.467 processos, pelo Superior Tribunal de Justiça.

<sup>22</sup> Segundo o BNDPJ e levando-se em consideração apenas 10 dos 11 Ministros do STF, pois o Presidente não funciona como relator.

<sup>23</sup> Dados do BNDPJ.

<sup>24</sup> Segundo consta do relatório apresentado pelo Deputado Aloysio Nunes Ferreira, "o Superior Tribunal Militar julgou, de 1991 a 1998, apenas 4.260 processos, dos quais somente 528 em 1998, numa média de aproximadamente 35 feitos anuais decididos por cada um de seus 15 integrantes".

<sup>25</sup> Sobre o tema, vide "Escola da Magistratura e Formação do Juiz".

<sup>26</sup> "Justiça Federal: propostas para o futuro", p. 68 e 69.

<sup>27</sup> Na Justiça Federal da 2ª (Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo) e 4ª (Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná) Regiões, são oferecidos, por exemplo, cursos para os novos juízes. O mesmo ocorre, em geral, em outras Regiões da Justiça Federal, da Justiça do Trabalho e nos Estados, ou seja, o oferecimento de cursos de pequena duração, com apenas uma ou algumas semanas, que servem para efetuar a ambientação dos juízes empossadas. Na Justiça Estadual de São Paulo, introduziu-se, como requisito para o ingresso na carreira, a frequência e aproveitamento em curso de formação de magistrados, com a duração de 6 meses. Todavia, a experiência acabava por limitar, na prática, a vinda de pessoas que já integravam outras carreiras, como a do Ministério Público ou Procuradorias, pois a participação no curso implicava em certo risco e possibilidade de constrangimento, na medida em que a opção em concorrer tornava pública a vontade de não permanecer na função até então exercida, sem, contudo, qualquer segurança quanto ao efetivo ingresso na magistratura. Por essa razão, modificou-se a sistemática, sendo etapa posterior à aprovação, ou seja, já na condição de juiz substituto.

<sup>28</sup> Nos últimos tempos, várias Escolas de Magistrados foram criadas no Brasil. Na Justiça Federal, além de Escolas Regionais, como existe na 2ª Região (EMARF), há o Conselho da Justiça Federal, que tem promovido cursos de especialização e outras atividades voltadas para os magistrados federais.

<sup>29</sup> No Brasil, diferentemente do que ocorre na Europa e nos Estados Unidos, quase todos os professores de Direito são também juízes, membros do Ministério Público ou advogados. A justificativa ou defesa dessa cumulação de funções costuma ser apresentada em razão da vinculação entre a prática e a ciência jurídica e da baixa remuneração dos professores brasileiros.

<sup>30</sup> As lides concentram ou representam conflitos políticos, sociológicos, psicológicos, históricos etc. Por outro lado, o conhecimento correlato de outras ciências pode ajudar o juiz na sua atividade do dia a dia. Assim, v.g., a psicologia poderá ser útil na colheita de provas e noções de administração talvez facilitem a organização e o planejamento das funções cartorárias e judiciais.

<sup>31</sup> Nesse sentido, a rica experiência de várias Escolas de Magistrados, como, por exemplo, a de Portugal, onde são lecionados conhecimentos interdisciplinares.

<sup>32</sup> Há inúmeros aspectos não jurídicos que podem ou estão a influenciar os julgamentos, como, por exemplo, a arquitetura da sala de audiências ou do tribunal, a formação política do juiz, o horário do julgamento, que podem e devem ser melhor estudados e compreendidos em conjunto com as ciências correlatas. "Sobre o tema, vide José Carlos Barbosa Moreira, "Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado".

<sup>33</sup> Vide "Acesso à Justiça", de Mauro Cappelletti.

<sup>34</sup> A expressão "custos processuais" é entendida no Brasil de modo amplo, abarcando não apenas as custas processuais, que são devidas em razão da prestação de jurisdição, mas também outras despesas, como necessárias, por exemplo, para a produção da prova, e os honorários advocatícios, que, por sua vez, são livremente fixados, não havendo estipulação pelo Estado.

<sup>35</sup> Art. 134, caput.

<sup>36</sup> Parágrafo único do referido art. 134.

<sup>37</sup> Lei Complementar nº 80, de 12.1.94.

<sup>38</sup> A nomeação de defensores públicos da União depende de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, procedimento que se faz necessário para todo e qualquer cargo público efetivo.

<sup>39</sup> Como o Estado do Rio de Janeiro.

<sup>40</sup> Por exemplo, Minas Gerais.

<sup>41</sup> Conhecida como Lei da Assistência Judiciária.

<sup>42</sup> Em geral, as custas judiciais são pagas, em parte ou integralmente, no início do processo. Na Justiça do Trabalho não há, todavia, qualquer adiantamento de custas pelo reclamante.

<sup>43</sup> Art. 4º da Lei nº 1.060.

<sup>44</sup> Na Justiça Federal e em alguns Estados, diante da inexistência de Defensoria Pública estruturada, o Poder Público paga os honorários advocatícios para o profissional que atuou na defesa do necessitado. Todavia, os valores são extremamente baixos, não atraindo, assim, o interesse dos advogados.

<sup>45</sup> Foram apresentados seis relatórios parciais (estrutura e competência do Supremo Tribunal Federal e da Justiça Federal; súmula vinculante; controle e fiscalização do Poder Judiciário; acesso à Justiça; direitos, garantias e disciplina dos magistrados; e tribunais e juizes estaduais) e o relatório geral, com substitutivo, formulado pelo antigo relator, deputado Aloysio Nunes, que afastou-se para assumir a Chefia da Casa Civil da Presidência da República. Em agosto de 1999, foi designada outra relatora, deputada Zulaiê Cobra, que, por sua vez, apresentou novo relatório e substitutivo em setembro de 1999.

<sup>46</sup> Constituição da República, art. 99.

<sup>47</sup> A Constituição previu o funcionamento, junto ao STJ, do Conselho da Justiça Federal, todavia com funções apenas de supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal.

<sup>48</sup> Pioneira, nesse sentido, foi a proposta de emenda à Constituição nº 112-A, de autoria do deputado José Genoino, prevendo a constituição de um Conselho Federal, de Conselhos Estaduais e do Conselho Distrital de Justiça. Os referidos conselhos seriam compostos de cinco magistrados (o federal, por cinco ministros eleitos por cada um dos tribunais superiores e os estaduais e distrital por cinco desembargadores eleitos pelos juizes), um membro do Ministério Público, um advogado e três cidadãos eleitos pelos respectivos Poderes Legislativos. Aos conselhos, caberia, dentre outras, a função de se pronunciar sobre a aquisição de vitaliciedade, aferição de merecimento para fins de promoção e perda do cargo dos juizes.

<sup>49</sup> O substitutivo apresentado pela nova relatora também propõe a criação do Conselho Nacional de Justiça com a incumbência do controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes. O órgão seria composto de 13 membros, sendo dois Ministros do STF, um do STJ, um do TST, um desembargador de Tribunal de Justiça, um juiz federal e um juiz estadual, ambos indicados pelo STJ, dois membros do Ministério Público, indicados pelo Procurador-Geral da República, dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da OAB e dois cidadãos, indicados pela Câmara dos Deputados e Senado Federal.

<sup>50</sup> O próprio Ministério Público atua, no Brasil, como parte na maioria das ações penais e também em vários processos cíveis.

<sup>51</sup> O substitutivo manteve apenas os integrantes magistrados, em número de cinco, oriundos dos tribunais superiores no âmbito federal e as estaduais e distrital com cinco desembargadores eleitos pelos juízes. Registre-se, ainda, que a então relatora da Comissão de Justiça, Deputada Federal Zulaiê Cobra, hoje é a nova relatora da Comissão Especial que cuida da reestruturação do Poder Judiciário, tendo, no entanto, apresentado proposições muito diferentes, nas duas ocasiões.

<sup>52</sup> O Conselho teria, segundo defende a AMB, 11 membros, dos quais um ministro do Supremo Tribunal Federal, um ministro de cada tribunal superior, um juiz de Tribunal Regional Federal, de Tribunal Regional do Trabalho e de Tribunal de Justiça e 4 juízes de 1ª Instância, sendo dois estaduais, um federal e um do trabalho.

<sup>53</sup> Como, por exemplo, o substitutivo do Deputado Aloysio Nunes, segundo o qual estariam no conselho três ministros do STJ, dois do STJ, um desembargador de Tribunal de Justiça e três juristas indicados pelo STJ, totalizando nove integrantes.

<sup>54</sup> Nos Juizados Especiais, por exemplo, as causas não sobem aos tribunais, sendo julgadas, em segundo grau, por colegiado do próprio órgão.

<sup>55</sup> A proposta de extinção (PEC nº 33/99) já foi inclusive aprovada no Senado Federal.

<sup>56</sup> Nesse sentido, o substitutivo apresentado pelo Deputado Aloysio Nunes.

<sup>57</sup> A Alemanha, por exemplo, além da Justiça do Trabalho, possui outras especializações, como a Justiça das Finanças, a Social e a Administrativa, com instâncias inferiores e superiores próprias.

<sup>58</sup> A alteração não faz parte inclusive do novo substitutivo apresentado pela deputada Zulaiê Cobra.

<sup>59</sup> Atualmente, dos 15 integrantes, 10 são militares e 5 civis, sendo destes 3 advogados, 1 juiz e 1 membro do Ministério Público.

<sup>60</sup> Nos termos do art. 9º do Código Penal Militar, são crimes militares próprios os tipos especialmente previstos como militares. ImproPRIAMENTE militares são os definidos na legislação comum, mas que seriam considerados como militares por fatores objetivos ou subjetivos, como, por exemplo, o local ou o agente do crime.

<sup>61</sup> Chamada de súmula vinculante e defendida, dentre outros, pelo Ministro do STF Sepúlveda Pertence, foi adotada no substitutivo que fora apresentado pelo deputado Aloysio Nunes.

<sup>62</sup> A Ordem dos Advogados e a Associação dos Magistrados do Brasil defendem a solução, que foi inclusa no substitutivo apresentado pela Deputada Zulaiê Cobra, como contraposição à vinculação. No projeto a súmula seria impeditiva apenas para os casos de matéria previdenciária, acidentária, tributária e econômica. Há que se assinalar que a introdução do mecanismo da súmula impeditiva na Constituição não estaria trazendo grande inovação, pois o art. 557 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente na área trabalhista e penal, já estabelece previsão até mais ampla, ou seja, a possibilidade de se negar seguimento ao recurso quando manifestamente em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo ou de Tribunal Superior.

<sup>63</sup> Não foram apresentados, entretanto, estatísticas ou dados concretos indicando que haja problemas com a atividade ou conduta dos juízes mais novos, não obstante haja a necessidade de ser aprimorada a formação inicial de todos os magistrados e não apenas dos mais novos.

<sup>64</sup> Com isso, os juízes estarão praticamente equiparados aos demais funcionários públicos, não dispondo, assim, de qualquer garantia especial em razão das suas funções e da sua independência.

<sup>65</sup> Os juízes brasileiros têm sofrido uma grande desvalorização dos seus subsídios, pois não receberam qualquer aumento nos últimos cinco anos, embora o País ainda apresente inflação relativamente alta e tenham ocorrido alterações cambiais e tributárias significativas, fazendo com que o salário líquido de um juiz substituto, em início de carreira, esteja situado na faixa de US\$ 1.400,00, praticamente um terço do que era recebido três anos atrás.

<sup>66</sup> O dispositivo demonstra a falta de seriedade diante da problema e o objetivo demagógico de certas propostas que estão sendo formuladas. O que poderia o juiz fazer se assumisse um órgão judicial com acúmulo de serviço? Embora não tenha contribuído para o problema, poderia, com a inovação, ter os seus subsídios reduzidos e ficar impedido de ser promovido. Isso para não falar que as medidas, no momento, incidiriam sobre praticamente todos os magistrados brasileiros, não obstante a elevada produtividade, como demonstram os números anteriormente indicados.

<sup>67</sup> *A democratização da escolha é parcialmente apoiada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, pois no projeto desta haveria eleição com a participação da primeira instância para os cargos de Presidente e Vice-Presidente, sendo, no entanto, o Corregedor indicado apenas pelos integrantes do tribunal.*

<sup>68</sup> *O recesso na STF e STJ ocorre entre os dias 20 de dezembro e 1º de janeiro; na Justiça Federal entre 20 de dezembro e 6 de janeiro e nas Justiças Estaduais conforme legislação local.*

<sup>69</sup> *Criados exatamente para desafogar a Justiça.*

<sup>70</sup> *Item nº 3.3.*

<sup>71</sup> *Art. 5º, inciso LXX.*

<sup>72</sup> *Art. 5º, inciso XXI.*

<sup>73</sup> *Art. 8º, inciso III.*

<sup>74</sup> *Art. 129, incisos III e IX, sendo este último combinado com legislação infraconstitucional.*

<sup>75</sup> *Lei 8.078/90.*

## PROVIMENTOS ANTECIPATÓRIOS E PRIVATIZAÇÕES

VALÉRIA MEDEIROS DE ALBUQUERQUE

Juíza da 9ª. Vara Federal, professora da Faculdade de Direito da UNI - Rio

No dizer de CARNELUTTI: “Processo é vida, mas também porquanto, tendendo o processo a atingir o seu fim moral com a máxima presteza, a demora na sua conclusão é sempre detrimental, máxime quando se cuida de evitar os empecos à sua própria eficácia na atuação do direito objetivo”.

Os processualistas preocupam-se com a efetividade do processo, e ao tratar da efetividade do processo nos deparamos com o problema da rapidez e segurança.

Na busca constante da celeridade do processo e na segurança jurídica é que chegamos aos PROVIMENTOS ANTECIPATÓRIOS, e tentarei com o presente trabalho abordar os tipos de provimentos antecipatórios aplicados, possíveis ou não, nas PRIVATIZAÇÕES.

Antes, cumpre traçar um perfil da privatização.

A Lei nº 8031, de 12/04/90, atualmente revogada pela Lei nº 9491, de 09/09/97, instituiu o Programa Nacional de Desestatização, cujas modificações poderão ser feitas por lei, de acordo com a política da Administração a ser seguida, respeitadas as normas da CONSTITUIÇÃO.

Definição de Leilão: Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, a quem oferece maior lance, igual ou superior ao da avaliação. É a modalidade de licitação consistente na alienação de bens móveis ou semoventes ao licitante que oferecer maior lance, igual ou superior ao da avaliação.

A Antecipação de Tutela está prevista no art. 273 do CPC:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.

A antecipação de tutela do art. 273 do CPC é dada mediante cognição sumária e objetiva, concedida ao requerente, total ou parcialmente.

A doutrina tem sido unânime em afirmar que a tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar.

A tutela cautelar é aquela que se limita a assegurar o resultado prático do processo ou assegurar a viabilidade da realização do direito pleiteado.

O objetivo da antecipação de tutela, ao contrário, é conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos.

Assim, as medidas cautelares, impropriamente denominadas satisfativas, podem agora ser colocadas em juízo com tutela antecipatória do pedido.

O art. 273 do CPC condiciona a antecipação de tutela à prova inequívoca e ao convencimento da verossimilhança da alegação.

Assim, seria possível ou não a ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA PRIVATIZAÇÃO?

Não há nenhuma lei que proíba a mesma, uma vez que o art. 273 não trata especificamente deste assunto, sendo omissivo.

Assim, em tese, seria possível, desde que preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC, isto é, a verossimilhança, conceito de probabilidade e prova suficiente, e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Será muito difícil, quase impossível, provar a VEROSSIMILHANÇA para se conceder a antecipação de tutela para vedar uma PRIVATIZAÇÃO, uma vez que existe Lei, a de nº 9491/97, que autoriza a PRIVATIZAÇÃO, não podendo, portanto, haver verossimilhança, uma vez que a antecipação da tutela do art. 273 do CPC, para obstar ou impedir a PRIVATIZAÇÃO, não seria possível, face o não-preenchimento deste requisito da verossimilhança, tendo em vista que, se a Lei determina a privatização, o Juiz não pode dizer que não cabe privatização, por estar o mesmo adstrito às previsões legais – art. 126 do CPC – Princípio da Legalidade.

O que poderia ser concedido, em sede de antecipação de tutela, desde que preenchidos os requisitos do art. 273, seria a suspensão do Leilão para que sejam examinados pelo Juiz o preenchimento dos requisitos legais para convocação do Leilão, publicação de editais.

Neste sentido, inclusive, já decidi, jamais em um Processo de Conhecimento com pedido de Antecipação de Tutela, processo este que, aliás, nunca recebi em distribuição na Justiça Federal, mas sim em sede de Ação Civil Pública e Ação Popular e que, ao meditar sobre a possibilidade de interpor um Processo de Conhecimento para obstar a PRIVATIZAÇÃO, chego à conclusão de que o mesmo seria quase que impossível, face o não-preenchimento do art. 273 do CPC e seus requisitos.

Analisando também o art. 273, § 3º, do CPC, chego à conclusão de que só cabe tutela antecipada nas Ações Condenatórias, uma vez que só se executam sentenças condenatórias não sendo possível a tutela antecipada do art. 273 nas Ações Ordinárias contra Privatizações, pois só cabe tutela antecipada em providência executável.

Chego, portanto, à conclusão de que não cabe antecipação de tutela nas privatizações, que não são ações condenatórias, além de ser muito difícil que a mesma preencha os requisitos do art. 273 do CPC.

O Juiz pode inclusive extinguir o feito sem julgamento do mérito, por falta de interesse processual nas ações de conhecimento que pedem antecipação de tutela nas privatizações.

Medida Cautelar de natureza garantidora, cautelar ou de mérito, entendo que possível uma Medida Cautelar preparatória de Ação Desconstitutiva do Ato que determinou o leilão, com natureza cautelar.

Entretanto, quanto à Medida Cautelar na Privatização, o Supremo Tribunal Federal já decidiu na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1066-2, proposta pelo PDT – Partido Democrático Trabalhista, quando foi relator o Ministro Néri da Silveira, publicada no *D.O.* de 23/06/95, pág. 19550:

“.....omissis.

4 – Os fundamentos da ação não justificaram a concessão de cautelar, não se caracterizando, também, o periculum in mora.

5 – Se porventura houver processo de privatização de empresa, que se tenha como contrário a lei especial referida ou aos princípios da Constituição, há vias judiciais adequadas para eventualmente atacar o ato administrativo específico, tal como já sucedeu.

Ação conhecida em parte e, nessa parte, indeferida a medida cautelar”.

Logo, o STF indeferiu a Cautelar proposta.

## AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO POPULAR

O mais normal é que se interponha Ação Civil Pública ou Ação Popular com natureza cautelar, no tocante à privatização.

A Ação Civil Pública disciplinada pela Lei n.º 7347, de 24/7/85, é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, protegendo os interesses difusos da sociedade.

O art. 5.º da Lei n.º 7347/85 restringiu a legitimidade ativa ao Ministério Público e às pessoas jurídicas estatais, autárquicas e paraestatais, assim como as associações destinadas à proteção do meio ambiente ou à defesa do consumidor, para proporem a ação civil pública nas condições que especifica – art. 50,

Assim, apesar de possível e bastante utilizada, a Ação Civil Pública com pedido de Liminar para suspender Leilão de privatização tem seu âmbito de atuação restrito, face o art. 5.º da Lei n.º 7347/85, não podendo qualquer cidadão interpor uma Ação Civil Pública.

A prioridade do Ministério Público para a propositura da ação e das medidas cautelares supervenientes está implícita na própria Lei, quando estabelece que: “qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério

Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção”.

O Ministério Público sempre funciona nesta ação como parte ou fiscal da lei.

## AÇÃO POPULAR

Ação Popular é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos ou a estes equiparados, ilegais e lesivos ao patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos.

Deste modo, com a Ação Popular, seria possível um pedido de Liminar para suspender leilão de privatização, mas sua legitimidade também é restrita, uma vez que uma empresa ou pessoa jurídica não pode interpor Ação Popular.

A Ação Popular é regulamentada pela Lei nº 4717, de 29/05/95, que lhe aplica o rito ordinário com algumas alterações, visando a melhor adequação aos objetivos constitucionais da legalidade administrativa, sendo possível o pedido e concessão da Liminar.

A Ação Popular é um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer dos seu membros.

Por meio desta, não se amparam direitos individuais e sim interesses da comunidade.

O beneficiário direto e imediato desta ação não é o Autor, mas sim o povo, titular do direito subjetivo.

Na forma do art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, o cidadão promove a Ação Popular em nome da coletividade.

Assim, a Ação Civil Pública constitui, ao lado da Ação Popular, meio de defesa e proteção do interesse público, devendo este ser provado de plano ao serem interpostas as mesmas contra processos de PRIVATIZAÇÕES com pedido antecipatório.



## TAXAS DE INSCRIÇÃO, EXCLUSÃO E DEMOCRACIA

William Douglas\*

O ingresso em universidades administradas pela União ou pelos Estados e nos cargos públicos é uma das mais importantes conquistas da democracia. Qualquer integrante da sociedade deve ter a chance de se educar em uma universidade gratuita ou de participar da gerência do Estado, em qualquer de seus diversos postos de serviço à coletividade.

O ingresso na universidade e nos cargos públicos, mediante concurso, é uma forma de permitir que qualquer do povo possa alcançar esta honrosa posição e oportunidade de aprender e de servir. O concurso público ou o vestibular tornam obsoletos caminhos vergonhosos e tristes, como o pistolão, o “QI” (“quem indica”), o cabide eleitoral, o nepotismo e outras práticas semelhantes, típicas de países subdesenvolvidos, cartoriais, autoritários e sem futuro.

O estudo, embora mais fácil para os economicamente mais bem posicionados, é caminho que também pode ser trilhado pelo pobre, pelo excluído social. Através do estudo é que muitos alcançaram uma melhoria de vida e de condição social e econômica, melhoria esta que é uma das características da democracia, em oposição às sociedades de castas e de privilégios.

Lamentavelmente, por um lado o governo vem tentando substituir o concurso público por caminhos que, sob a promessa de serem mais eficientes e rápidos, na verdade guardam portas para aqueles velhos oportunistas e apadrinhados que estamos acostumados a ver desde o descobrimento. Por outro, o acesso às universidades públicas vem sendo obtido mais pelos melhor aquinhoados do que por aqueles que não podem pagar uma universidade privada. Para se ter idéia do problema, há estatísticas indicando que negros e pardos, embora representando 44% da população, ocupam apenas 5% das vagas no ensino superior. Ainda hoje, a escravatura não foi suficientemente debelada. Além disto, os excluídos pela cor podem ser agregados, hoje, aos excluídos pela falta de posses, pela falta de meios de sobrevivência, de escola, de saúde, de trabalho, de dignidade.

As elites parecem não saber que a falta de comida, escola, oportunidades, trabalho e outros bens inalienáveis está gerando uma massa tão grande de excluídos que tornará impossível a paz social, como já se começa a perceber cada vez mais. O que será que pretendem? Ao surgir o caos, partir para países do Primeiro Mundo? Não seria melhor um pouco menos de ganância e mais paz e tranqüilidade aqui neste país?

Parte significativa da exclusão social que mata a democracia ocorre quando se limita ou impede o acesso à educação e aos cargos públicos, quando se proíbe ou dificulta gravemente ao pobre a possibilidade de, com seu esforço e mérito, melhorar de vida.

E os governos têm feito isto incessantemente, não só através de políticas míopes e obtusas, mas, no ponto que quero tocar especificamente aqui, ao estabelecerem pesadas taxas de inscrição para os exames vestibulares e concursos públicos.

Não seria um absurdo que os exames fossem gratuitos. Quando menos, que as taxas fossem módicas, pequenas, talvez mesmo simbólicas. O máximo que se poderia admitir seria que as taxas pagassem a despesa com os concursos, mas nem isto parece ser o que ocorre. No caso das universidades, se o ensino é gratuito, porque também não a seleção? No caso dos cargos públicos, não é o empregador quem deve arcar com os custos da seleção?

Porém, a julgar pelas extorsivas taxas atualmente cobradas, parece que os concursos viraram mais uma forma de fazer caixa e arrecadação, aproveitando-se do sonho da universidade ou do cargo público. Existem universidades e concursos cobrando taxas iguais ou maiores que um salário mínimo, quando a grande maioria da população vive com menos de três salários mínimos por mês.

Não nos parece razoável que queiram os administradores fazer dinheiro com vestibulares e concursos. Além do mais, é normal que as pessoas não sejam aprovadas no primeiro vestibular ou concurso, bem como é natural que queiram fazer vários concursos para adquirir experiência até estarem bem preparadas ou alcançarem exatamente o curso superior ou cargo almejado. Com taxas de inscrição caras, o fato é que os ricos podem fazer quantos concursos ou vestibulares desejam e os mais pobres (até nisto) ficam limitados em suas oportunidades.

Nem se diga que as taxas diminuem o número de candidatos e facilitam a realização do certame, porque essa redução vai ocorrer exatamente nos despossuídos, que terão menos chances de competir que os mais abastados. A forma justa e democrática de resolver o problema do grande número de candidatos não é a exclusão dos mais pobres, mas, sim, a realização de provas preliminares e de uma seleção mais inteligente e prática.

É louvável a atitude de algumas instituições, que vêm concedendo isenções nas taxas de inscrição. Entendemos, contudo, que a solução ideal consiste em estabelecer, por bom senso, mediante a gratuidade nos exames ou, quando menos, um limite para as taxas de inscrição, como, apenas a título de sugestão, um pequeno percentual do salário mínimo, nunca maior do que 10%.

Certamente, esta gratuidade ou valor módico, embora diminuindo a arrecadação do concurso (que não é o objetivo do mesmo), tornará os concursos e vestibulares mais democráticos, permitindo uma menor discriminação em face dos cidadãos menos favorecidos economicamente.

Esta medida, mesmo não sendo suficiente para garantir a isonomia, com certeza, já representará um grande, importante e honesto passo em direção à igualdade de acesso e à democracia.

*\* William Douglas, 32 anos, é Mestre em Estado e Cidadania (UGF), Juiz Federal Titular da 4ª Vara Federal de Niterói, Professor da Universidade Salgado de Oliveira, Pós-graduado em Políticas Públicas e Governo (EPPG/UFRJ) e autor de diversos livros e artigos.*

