

REVISTA

2001

Vol.4, n.1

Novembro/Dezembro 2001



EMARF

ESCOLA DE MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL



**REVISTA
DA ESCOLA DE
MAGISTRATURA
REGIONAL FEDERAL
EMARF**

Tribunal Regional Federal 2ª Região

VOLUME IV
NOVEMBRO 2001

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

@ América Jurídica

Revista de Escola de Magistratura Regional Federal / Escola de Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal : 2ª Região. n. 1 (ago. 1999) -

Rio de Janeiro : Editora América Jurídica, 2001 - volume 4, n. 1

Irregular.

O n. 1 foi publicado pela EMARF-TRF 2ª Região / RJ.

ISSN 1518-918X

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

CDD: 340.05

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Presidente

Desembargador Federal ARNALDO LIMA

Vice-Presidente

Desembargador Federal CHALU BARBOSA

Corregedora

Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE

Membros

Desembargador Federal PAULO FREITAS BARATA

Desembargadora Federal JULIETA LÍDIA LUNZ

Desembargadora Federal TANIA HEINE

Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA

Desembargador Federal VALMIR PEÇANHA

Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS

Desembargador Federal CARREIRA ALVIM

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO

Desembargador Federal CASTRO AGUIAR

Desembargador Federal NEY FONSECA

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Desembargador Federal ROGÉRIO CARVALHO

Desembargador Federal ANTÔNIO CRUZ NETTO

Desembargador Federal RICARDO REGUEIRA

Desembargador Federal FERNANDO MARQUES

Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFACIO COSTA

Desembargador Federal SERGIO FELTRIN CORRÊA

Desembargador Federal FRANCISCO PIZZOLANTE

Desembargador Federal BENEDITO GONÇALVES

Desembargador Federal IVAN ATHIÉ

Desembargador Federal ANDRÉ KOZLOWSKI

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Desembargador Federal ANDRÉ FONTES

CONSELHO DIRETOR

Diretor-Geral

Desembargador Federal J. E. Carreira Alvim

Diretor de Cursos

Desembargador Federal Ney Moreira da Fonseca

Diretora de Estágios

Desembargadora Federal Julieta Lídia Machado Cunha Lunz

Diretora de Publicações

Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima

Assessora Especial

Juíza Federal Maria Teresa de A. R. C. Lobo

Equipe da EMARF

Carlos José dos Santos Delgado

Eldson Bezerra da Silva

Maria de Fátima Esteves Bandeira de Mello

Leila Andrade de Souza

Andrea Albuquerque Nogueira

Ana Cristina Paiva de Oliveira



Editora América Jurídica

Rio de Janeiro

Avenida 13 de Maio nº 13, Grupos 2213-15

CEP: 20031-000 – Centro – RJ

Homepage: www.americajuridica.com.br

E-mail: ajuridica@americajuridica.com.br

Tel/Fax.: (0xx21) 2532-4685 / 2524-6292 / 2544-0962

Brasília

Sra. Evan Sales: (0xx61) 338-6151

Direção

Daniella Gomes de Mattos

Geraldo Magela Alves

Revisão

EMARF

APRESENTAÇÃO	XI
SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE LIMINAR OU DE SENTENÇA - OBSERVAÇÕES	
ARNALDO ESTEVES LIMA	
Desemb. Fed. Presidente do TRF-2ª Região	1
ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO PROCESSO MONITÓRIO	
J. E. CARREIRA ALVIM	
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e Diretor Geral da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região	3
A IMPORTÂNCIA DAS ESCOLAS DE MAGISTRATURA NA FORMAÇÃO DO JUIZ	
ANTÔNIO CRUZ NETTO	
Desemb. Fed. do TRF-2ª Região	25
PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E EXECUÇÃO FISCAL	
FERNANDO MARQUES	
Desemb. Fed. do TRF-2ª Região	35
(RE) LEITURA DO DIREITO PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO: POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA NOS CRIMES HEDIONDOS	
CASSIO MURILO M. GRANZINOLI	
Juiz Federal Substituto junto à 5ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro	43
NARCOTRÁFICO - O GRANDE MAL DA SOCIEDADE MODERNA	
CLÁUDIA VALÉRIA BASTOS FERNANDES	
Juíza Federal do Rio de Janeiro	49
SUBSISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO: PRINCÍPIOS, INTERPRETAÇÃO	
FRANA ELIZABETH MENDES	
Juíza Federal Titular da 7ª Vara Federal de Execução Fiscal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro	53
A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANA	
GUILHERME BOLLORINI PEREIRA	
Juiz Federal da 36ª Vara/RJ	77

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ENSINO DA ÉTICA NAS ESCOLAS DE DIREITO	
JOSÉ EDUARDO NOBRE MATTA	
Juiz Federal da 6ª Vara de Execução Fiscal do Rio de Janeiro e Professor de Ciência Política e Direito Constitucional	93
O DIREITO À INDENIZAÇÃO DO HEMOFÍLICO SOROPOSITIVO	
LILIANE DO ESPÍRITO SANTO RORIZ DE ALMEIDA	
Juíza Federal da 21ª Vara/RJ	105
MEDIDAS PROVISÓRIAS EM MATÉRIA PROCESSUAL CIVIL	
MARCELO DA FONSECA GUERREIRO	
Juiz Federal, pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário pela UNESA, mestrando em Direito pela UNESA, Professor nos Cursos de Especialização em Direito da UNESA, membro da Associação Internacional do Direito do Seguro	111
O PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL - REFIS E ALGUNS DE SEUS REFLEXOS NO PROCESSO PENAL	
MARCELLO FERREIRA DE SOUZA GRANADO	
Juiz Federal da 7ª Vara Criminal do Rio de Janeiro	127
ESTADO, SAÚDE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	
MARCELO LEONARDO TAVARES	
Juiz Federal da Vara Única de Itaperuna, na Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, Mestrando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ e Professor de Direito Previdenciário da Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 1ª. Região - EMATRA.	147
A CONTRIBUIÇÃO DO SEGURO DE ACIDENTE DE TRABALHO - SAT	
MARCO FALCÃO CRITSINELIS	
Juiz Federal da Vara Única de Teresópolis/RJ	159
CARACTERIZAÇÃO CONCEITUAL E EVOLUTIVA DE DEMOCRACIA	
REIS FRIEDE	
Juiz Federal, Mestre e Doutor em Direito Público e autor de inúmeras obras jurídicas, dentre as quais "Curso de Teoria Geral do Estado – Teoria Constitucional e Relações Internacionais", Forense Universitária, 2000, RJ (502 ps.)	175
LITISPENDÊNCIA POR IDENTIDADE E CAUSA DE PEDIR	
THEOPHILO ANTÔNIO MIGUEL FILHO	
Juiz Federal da 24ª Vara/RJ	181

A TRIBUTAÇÃO DA INTERNET NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS VALÉRIA MEDEIROS DE ALBUQUERQUE Juíza Federal da 9ª Vara do Rio de Janeiro e Professora de Direito Tributário da UNI-RIO	193
ASPECTOS JURÍDICOS ENVOLVIDOS NA ABERTURA DO RESSEGURO À INICIATIVA PRIVADA – PROCESSO LEGISLATIVO PARA VIABILIZAÇÃO DE TAL REGULAMENTAÇÃO VALTER SHUENQUENER DE ARAÚJO Juiz Federal Substituto	203
OBSERVAÇÕES SOBRE COMPETÊNCIA JURISDICIONAL - A NATUREZA DA COMPETÊNCIA DOS JUÍZOS DESCENTRALIZADOS – VARAS ESTADUAIS REGIONAIS E VARAS FEDERAIS DO INTERIOR WILNEY MAGNO DE AZEVEDO SILVA Juiz Federal Titular da 2ª Vara/RJ	211
É POSSÍVEL A EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DA PESSOA JURÍDICA E A INCLUSÃO DOS SEUS ADMINISTRADORES EM FACE DA MERA AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DOS TRIBUTOS? O QUE DIZ O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA FERNANDO OSÓRIO DE ALMEIDA JÚNIOR Mestre em Direito Tributário pela Universidade Candido Mendes – UCAM e Professor de Direito Tributário da Pós-Graduação em Direito da Economia e da Empresa da Fundação Getúlio Vargas – FGV SIMONE FRANCO DI CIERO Advogada no Rio de Janeiro	221

APRESENTAÇÃO

A Revista da EMARF tem por finalidade divulgar o pensamento jurídico dos membros do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e da Justiça Federal das Seções Judiciárias do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, bem assim membros do Ministério Público, procuradores federais, advogados e professores universitários.

A Revista se destina também a estabelecer um intercâmbio de idéias com os demais operadores do direito, ampliando as perspectivas de renovação doutrinária e jurisprudencial, em vista das expectativas de uma sociedade em transformação, fundada no conhecimento e na interação dos diversos atores sociais. Neste espaço, gostaríamos de ter a colaboração dos nossos colegas aposentados, contando resumidamente fatos que tenham acontecido na sua atividade judicantes, inclusive alguma situação inusitada, e as experiências que poderiam passar para nossos novos colegas; evidentemente, sem prejuízo de colaborações de natureza também jurídica, com o que só farão enriquecer a nossa Revista. Queremos os nossos colegas inativos cada vez mais integrados à EMARF, participando das nossas realizações jurídicas e sociais.

É propósito da atual gestão da EMARF imprimir à Revista uma maior dinâmica acrescida, em termos de periodicidade e ampliação do seu conteúdo, dando oportunidade a que os seus colaboradores divulguem idéias ainda que não estritamente jurídicas, mas de alcance social, e até mesmo no campo literário, como poesias, crônicas, contos e outros escritos. Para tanto, será aberto um campo próprio para veicular essa matéria.

A todos os que deram a sua colaboração, tornando possível a publicação deste número da Revista, o profundo reconhecimento da atual gestão da EMARF, na certeza de poder continuar a merecer o prestígio da sua participação, sem a qual não seria possível manter um periódico de qualidade.

À Editora América Jurídica, que já tem um papel de destaque no campo editorial, o especial agradecimento da EMARF, esperando tê-la como parceira nas edições futuras da nossa Revista, com o que estaremos formando uma parceria em prol do conhecimento, da cultura e da cidadania.

J.E. CARREIRA ALVIM
Diretor-Geral da EMARF

SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE LIMINAR OU DE SENTENÇA

OBSERVAÇÕES

ARNALDO ESTEVES LIMA

Desemb. Fed. Presidente do TRF-2ª Região

O art. 4º, da Lei 4.348/64, admite a suspensão, em despacho fundamentado, da execução de liminar ou de sentença, em mandado de segurança, pelo Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, a requerimento da pessoa jurídica de direito pública interessada, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Pelo art. 4º, da Lei 8.437/92, ampliou-se a admissão do mesmo procedimento, além da legitimidade para requerê-lo, "...nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas". Seu § 1º determina a aplicação do artigo às sentenças exaradas em ações cautelares inominadas, populares e civis públicas, enquanto não transitadas em julgado.

Registre-se que da decisão Presidencial, favorável ou não, à suspensão, cabe, segundo tais leis, AGRAVO, em cinco dias, para o órgão julgador competente, do respectivo Tribunal, recurso que, por estar previsto, em geral, nos regimentos dos Tribunais, é nominado de "Agravo Regimental", cujo procedimento, todavia, não observa, tanto quanto o próprio requerimento original, o contraditório, pois a parte adversa não tem a oportunidade de respondê-lo, inadmitindo-se, também, quando do seu julgamento, pelo colegiado, sustentação oral, não deixando, assim, de tangenciar o devido processo legal.

Acentuam a doutrina e a jurisprudência, em geral, que tal suspensão só se justifica quando algum de tais bens a que se visa tutelar (ordem, economia etc.), correr fundado risco de grave dano, caso se cumpra, desde logo, a decisão.

Referido procedimento, além de se afastar da normal tramitação dos recursos, tem forte conteúdo político pois o juízo valorativo da ocorrência ou não, de seus pressupostos, por sua relativa fluidez, fica entregue à apreciação do Presidente do Tribunal que irá examiná-lo, o qual, embora devendo motivar sua decisão, não encontra, comumente, elementos objetivos para fazê-lo, já que vagos são, relativamente, os conceitos de ordem, economia, saúde e finanças públicas, cuja ocorrência ou não, varia conforme a visão de cada um, ficando, em geral, pelo que se nota, em plano hipotético.

Destarte, não pode haver dúvida que a sua aplicação, na prática, deve ser restrita, excepcional, reservando-lhe a incidência apenas naqueles casos em que, pela natureza da situação de fato, tal se justifique, suficientemente.

Referida excepcionalidade mais se acentua com o advento da Lei 9.139/95, que alterou o CPC, no capítulo em que dispõe sobre o Agravo – art.522 e segs.-, atribuindo competência ao relator para dar-lhe efeito suspensivo bem como à Apelação, conforme arts.527, II c/c 558 e seu Parágrafo único. Assim, se se tratar de decisão liminar, a parte disporá do Agravo para da mesma recorrer, tanto quanto contará com a Apelação para recorrer da decisão definitiva, ou seja, a que definiu a lide, pondo fim ao processo, recursos normais, tradicionais em nosso ordenamento jurídico-processual, submetidos ao contraditório e ao devido procedimento legal, aos quais se poderá atribuir efeito suspensivo, obstando-se executar a decisão que, eventualmente, por seu conteúdo, viole um daqueles bens protegidos pelas normas antes apontadas. Havendo, pois, o caminho normal a ser percorrido pela parte, deve-se, tanto quanto possível, dar-lhe prioridade, evitando-se o requerimento de suspensão do *decisum* pois tal procedimento, a despeito de legal, não é tão legítimo quanto o são referidos recursos.

Indubitável, ademais, mormente nas instâncias ordinárias, que diminuiu e muito, o espaço para a aplicação do art. 4º, das Leis 4.348 e 8.347, com as inovações oriundas da Lei 9.139/95, que dentre outras virtualidades, teve mais esta, qual seja, a de restringir a utilização daquele procedimento porque, ao admitir que o relator do Agravo ou da Apelação lhe dê efeito suspensivo, evitando-se a execução, desde logo, da decisão, tornou perfeitamente adequados e eficazes tais recursos para hipóteses que antes reclamavam requerimento de suspensão, isto, no comum das situações. Naturalmente, se se tratar de questão extremamente urgente, o caminho da suspensão, por sua maior celeridade, ainda deve ser preferido, caso assim não seja, deverá ser preterido em benefício dos recursos naturais. Escusado dizer que o caso-a-caso e o bom senso, como sempre, serão os vetores maiores a indicar qual será o mais adequado procedimento para se contrastar a respectiva decisão.

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO PROCESSO MONITÓRIO

J.E. CARREIRA ALVIM

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais,
Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e
Diretor Geral da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região

Sumário: 1. Antecipação de tutela no processo monitorio. 2. Mandado monitorio "simples" e mandado monitorio "qualificado". 3. Provimento antecipado e recurso. 4. Agravo retido e agravo de instrumento. 5. Jurisprudência sobre ação monitoria.

1. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO PROCESSO MONITÓRIO

O procedimento monitorio vem disciplinado no Livro IV, Título I, dedicado aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, estando inserido no Capítulo XV sob o título "Da ação monitoria", disciplinada pelos arts. 1.102a a 1.102c do Cód. Proc. Civil.

Embora sob o manto de procedimento especial, a ação monitoria só apresenta de especial o deferimento, de plano, da expedição de mandado de pagamento ou de entrega de coisa ou de um bem móvel no prazo de 15 (quinze) dias (Art. 1.102b). Não obstante, diga o Art. 1.102c que os embargos oferecidos pelo réu suspenderão a eficácia do mandado inicial, na verdade essa eficácia já nasce neutralizada na origem, pela só eventualidade de poder vir ele a ser embargado.

O Cód. de Proc. Civil brasileiro, ao contrário do que acontece noutros ordenamentos jurídicos, não adotou mecanismo capaz de garantir a eficácia imediata do mandado monitorio,¹ admitindo, por exemplo, pudesse o juiz de pronto declará-lo provisoriamente executivo, mesmo antes da eventual oposição de embargos ou depois dela (como na Itália), ou proceda a uma condenação com reserva (como na Alemanha).

A propósito, observa Eduardo TALAMINI:²

1 Eduardo Talamini transcreve um acórdão em que se entendeu dever o juiz expedir o mandado monitorio para que a parte requerida pague o valor pretendido no prazo de 24 hs., entregue a coisa fungível ou o bem móvel reclamando. TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 340. Essa decisão, data vênica, não tem amparo na lei, porquanto o prazo, tanto para pagamento ou entrega (Art. 1.102b do CPC), quanto para oferecimento de embargos monitorios (Art. 1.102c do CPC) é de 15 (quinze) dias. Neste sentido também Nelson NERY JÚNIOR, assentando que: "O réu, citado, pode tomar uma de duas atitudes, no prazo de quinze dias: ou cumpre o mandado, pagando a quantia certa ou entregando a coisa certa ou incerta, ficando isento de custas e honorários (CPC 1.102c par. 1º; ou b) opõe embargos ao mandado monitorio". (NERY JÚNIOR, Nelson, Código de Processo Civil Comentado, 3ª Ed. São Paulo: ed. RT, 1997, nota ao Art. 1.102b, p. 1034).

2 TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.*, pp. 156-157.

“Em outros ordenamentos jurídicos, optou-se por agregar à estrutura do procedimento monitório, similar à atual brasileira, outros mecanismos – a fim de que a concreta vantagem na utilização dessa via não ficasse condicionada à não interposição de embargos. Assim, na Itália, o juiz tem a função de declarar provisoriamente executivo o decreto d’ingunzione, em certos casos (já antes da oposição: se há grave prejuízo na demora ou se os créditos são fundados sobre determinados documentos; depois da oposição: se essa não se fundar em prova escrita ou de pronta solução – arts. 642 e 648 do CPC italiano). Em outros modelos, determina-se que o juiz proceda à “condenação com reserva de exceções”, quando recebe embargos que “não provem de plano” (alegações não amparadas em documentos ou em prova imediatamente examinável). É tanto o que se dá no Unkundenprozess (processo documental do direito alemão) quanto o que ocorria na antiga “ação decendiária” luso-brasileira”.

Dispondo o Art. 1.102b que, estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa – esqueceu-se o legislador de se referir, neste preceito, a “determinado bem móvel”, mas que nele considera-se compreendido – teria cabimento, no processo monitório, da antecipação da tutela, nos moldes do Art. 273 do CPC, pós-reforma?

Eduardo TALAMINI³ responde afirmativamente, dizendo aplicar-se ao procedimento monitório o Art. 273 do CPC, porquanto o procedimento ordinário é subsidiário dos procedimentos especiais (Art. 272, par. único, do CPC), com o que se consegue um efeito análogo ao que se obtém, no sistema italiano, com a declaração de executividade da decisão inicial. E arremata: “Até porque, concedido o mandado, existirá juízo de verossimilhança favorável ao demandante, que, muito provavelmente, será suficiente para que se considere cumprido um dos requisitos da antecipação (Art. 273, caput). Existindo o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (Art. 273, I), ou caracterizado abuso do direito de defesa ou propósito protelatório do réu (Art. 273, II), haverá dever do juiz de, tendo o autor requerido (Art. 273, caput), conceder a antecipação da eficácia executiva *lato sensu* – autorizando-se, desde logo e pelo menos, execução provisória. Na hipótese do inc. I do Art. 273, a antecipação deve ocorrer já no próprio momento da concessão do mandado, se a urgência da situação assim exigir”.⁴

Os provimentos liminares, como se sabe, sempre tiveram o seu habitat natural nos procedimentos especiais, sendo aliás a túnica que os vestem como tais, sendo assim, nas ações possessórias (reintegração, manutenção e interdito proibitório), na nunciação de obra nova, nos embargos de terceiro, na apreensão de bem vendido com reserva de domínio, não havendo razão para não sê-lo na ação monitória.

3 *Idem, ibidem*, p. 157.

4 *Idem, ibidem*, p. 157.

Ademais, se no processo de conhecimento, a prova inequívoca autoriza a antecipação da tutela, nos termos do Art. 273 do CPC, permitindo também a tutela específica mesmo com fundamento em obrigação legal (Art. 461), não haveria por que não admitir-se a eficácia do provimento antecipatório na ação monitória, também fundada em "prova escrita", imbuída de forte dose de probabilidade (juízo de verossimilhança).

Num primeiro momento, deferindo o juiz, de plano, a expedição do mandado de pagamento ou de entrega, não deixa de estar já antecipando a tutela —, o que poderia parecer dispensar a aplicação subsidiária do Art. 273 do CPC —, mas essa observação só é verdadeira em parte.

É que a antecipação da tutela, em face dos requisitos que a justificam, dentre os quais o "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (Art. 273, I) importa na imediata efetivação do provimento antecipatório, o que não vem atendido pela só aplicação do Art. 1.102b do CPC, pois este assegura ao réu o prazo de 15 (quinze) dias para cumprir o mandado de pagamento ou de entrega, prazo este, que, ao seu término, já pode ter determinado a lesão do direito ou, no mínimo, o seu agravamento.

Seria, deveras, contraditório, que o juiz expedisse um mandado de pagamento ou de entrega, para cujo cumprimento a lei fixa 15 (quinze) dias (Art. 1.102b), e determinasse, concomitantemente, o seu cumprimento imediato, com o que estaria em rota de colisão com o prazo legal. Essa aparente colisão é afastada pela conjugação dos dois preceitos (Art. 1.102b e Art. 273), disciplinando a um só tempo o despacho monitório "simples" (sem tutela antecipada) e o despacho monitório "qualificado" (com tutela antecipada).⁵

No âmbito do procedimento monitório, a exegese não pode ser muito rígida sob o aspecto dogmático, porque, de outro modo, chegar-se-ia à conclusão de que, já prevendo o Art. 1.102b uma antecipação de tutela, não haveria lugar para a aplicação subsidiária do Art. 273 do CPC, para viabilizar o cumprimento imediato do preceito condenatório, e a situação de urgência restaria ao largo da tutela legal, quando é ela que mais necessita ser tutelada. O princípio de exegese, de que a regra especial prevalece sobre a geral, não infirma a solução ora alvitrada, porquanto também a regra do Art. 273 é de índole especial, só que encartada no bojo do procedimento ordinário para assegurar o cumprimento de sua finalidade: são duas normas de índole especial para atender a situações igualmente especiais.

Destarte, se a parte demonstrar ser caso de tutela antecipada, deve o juiz guiar-se pelo disposto no Art. 1.102b, combinado como Art. 273 do CPC, de forma a expedir o mandado de pagamento ou de entrega, para cumprimento imediato, ou em menor prazo, restando o prazo de 15 (quinze) dias para o oferecimento da defesa que, no caso, são os embargos monitórios (ou primeiros embargos).

5 Vide o item seguinte, onde volto ao assunto.

Como afirmou que o mandado monitório já nasce neutralizado, na sua eficácia, pela simples possibilidade de virem a ser oferecidos embargos, não resultando esse efeito da sua efetiva interposição, como insinua o Art. 1.102c do CPC, pelo que a única forma de se viabilizar a imediata prestação jurisdicional ao autor é a antecipação da tutela.

2. MANDADO MONITÓRIO “SIMPLES” E MANDADO MONITÓRIO “QUALIFICADO”

Transplantada a tutela antecipada para o âmbito do processo monitório, cumpre distinguir duas modalidades de mandado monitório: a) o mandado monitório “simples”, como tal entendido aquele que se apresenta despido de efetivação imediata (tutela antecipada); b) mandado monitório “qualificado”, como tal entendido aquele que vem acompanhado da tutela antecipada em condições de ser imediatamente efetivado.⁶

Essa distinção é de grande importância, para fins impugnatórios, dado que o mandado monitório “simples” não comporta recurso, por já dispor o devedor dos embargos para defender-se, o que não acontece com o mandado monitório “qualificado”, como se vê a seguir.

3. PROVIMENTO ANTECIPADO E RECURSO

Admitida a antecipação de tutela no âmbito do procedimento monitório, impõem-se algumas observações, a fim de que não se conturbe a lógica do sistema, nem se pense que mudei de opinião, de que não cabe recurso contra o despacho inicial, dado que os embargos monitórios (ou primeiros embargos) lhe fazem as vezes.

Como disse alhures, e mantenho meu entendimento, o mandado monitório, em princípio, não comporta qualquer recurso — nem de agravo nem de apelação — justo porque participa da natureza jurídica de um ato processual que tem a forma de interlocutória, mas conteúdo de uma decisão que, por vir a ser sentença, se não forem opostos embargos, pelo que os embargos monitórios, cumprem, no particular, idêntica função que os recursos cumprem no geral. São eles que neutralizam a eficácia do mandado monitório, como acontece com todo recurso de efeito suspensivo.

Mas, se admitida, como se admite, a antecipação de tutela no processo monitório, enquanto remédio capaz de atender prontamente a uma situação de urgência, em favor de uma das partes (o credor), não se pode deixar de reconhecer à outra (o devedor) o antídoto para neutralizar temporariamente a eficácia do provimento, e esse antídoto não pode ser outro senão o agravo, quando o cumprimento da decisão possa gerar para o devedor lesão grave e de

6 Tenho evitado falar em “execução” de tutela antecipada, preferindo falar em “efetivação”, por entender que provimentos antecipatórios não se executam, mas se efetivam. Quando se fala em execução, mesmo a provisória, vêm à tona as idéias de embargos (mesmo como defesa), quando tais decisões são neutralizadas por via de recurso (agravo).

difícil reparação, justificando também a sua suspensão liminar (Art. 558 do CPC) ou, até mesmo ao próprio autor, quando tenha negado o provimento na inferior instância, por uma decisão errada ou injusta, caso em que a reparação pode ser obtida mediante o “efeito ativo” do agravo.

Pode parecer contraditório que a mesma situação fática que empresta embasamento ao pedido de tutela antecipada — o “receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (Art. 273, I) — sirva também de fundamento para o pedido de suspensão do cumprimento da decisão — “ocorrência de lesão grave e de difícil reparação” (Art. 558), mas a aparente contradição desaparece, considerando-se os diversos graus em que opera a jurisdição: na inferior instância, pelo juiz, e na superior instância, pelo tribunal (relator, turma, seção, etc.). Se bem que, no fundo, expressam, ambos, juízos de valor, que são emitidos em face do princípio da proporcionalidade, de modo que o que parece relevante a um pode não parecer relevante a outro.

Assim, e sem fechar questão sobre o assunto, vou endossar o posicionamento doutrinário de Eduardo TALAMINI, admitindo a antecipação de tutela no procedimento monitório, mesmo porque não teria sentido admiti-la no procedimento ordinário e vedá-la no procedimento especial, que é o seu *habitat* preferido, e vou mais longe ainda, para admitir também o agravo, na sua dupla modalidade (retido e de instrumento), quando a decisão se mostre afrontosa ao direito de qualquer das partes: tanto do credor, quando devendo ser concedida, fosse negada, quanto do devedor, quando devendo ser negada, fosse concedida.

Para não ser mal interpretado, repito, que não admito qualquer recurso contra o mandado monitório “simples”, mas apenas no “qualificado”

4. AGRAVO RETIDO E AGRAVO DE INSTRUMENTO

Constitui um equívoco supor que, contra a decisão antecipatória de tutela, positiva ou negativa, só caiba o agravo de instrumento, interposto diretamente no tribunal, porquanto o agravo retido não cumpriria a sua finalidade, dado que, ao ser julgado, por ocasião do julgamento da apelação, como preliminar deste, a situação de risco já teria desaparecido, e, assim, o próprio fundamento do agravo.

Em face de uma tutela antecipada, que só pode ser concedida a requerimento da parte, vez que inexistente qualquer possibilidade de tutela antecipada de ofício — pode haver medida cautelar de ofício, com base no Art. 797 do CPC,⁷ mas antecipação de tutela nunca — pode o devedor, munido de argumentos e provas, mesmo antes da interposição de embargos monitórios, estar convicto de convencer o juiz a retratar-se, caso em que pode valer-se do agravo retido, a fim de que ele exerça a faculdade que lhe assegura o par. 2º do Art. 523 do CPC⁸ Por certo, será um risco do agravante, porque, mantida a de-

7 “Art. 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”.

cisão, *tollitur quaestio*, o agravo terá perdido o seu objeto, porque, diferentemente do direito português, o brasileiro não admite a ascensão isolada de agravo retido ao tribunal.

5. JURISPRUDENCIA SOBRE A AÇÃO MONITÓRIA

A jurisprudência sobre a ação monitória já é, atualmente, bastante extensa, embora a consagração desse instituto entre nós seja bastante recente, introduzida que foi, no Código de Processo Civil, pela Lei n. 9.079, de 14 de julho de 1995.

Eduardo TALAMINI⁹ nos oferece uma considerável relação de julgados sobre o tema, e não resisti à tentação de transcrevê-los, para orientar os leitores e enriquecer esta obra, escrita quando nada havia ainda, a respeito, com o que divulgo também o exaustivo trabalho desse reconhecido jurista em torno das reformas do Código de Processo Civil. Registro, no entanto, que modifiquei alguns títulos, e deixei de transcrever dois arestos — no que espero a compreensão do seu autor — e o fiz com o único propósito de adaptá-los aos objetivos desta obra.

Dívidas condominiais

“É cabível o manejo da ação monitória para cobrança de cotas condominiais, desde que o autor instrua a inicial com memória discriminada do cálculo com valores líquidos e atualizados.

Agravo provido” (TARS - AgIn 196.125.207 – 6ª Câm. Civ. – j. 5.9.96, rel. Juiz José Carlos Teixeira Giorgis).

Despesas condominiais

“AÇÃO SUMÁRIA DE COBRANÇA DE DESPESAS CONDOMINIAIS.

Indeferimento da inicial, por ausência de interesse, diante da existência da ação monitória com idêntica finalidade. Decisão reformada, pois a utilização do procedimento monitório é faculdade que a lei confere ao credor, não percurso obrigatório”. (TACívSP – Ap. em Sum. 686.569-4 – 12ª Câm. Esp. – j. 12.8.96 – rel. Juiz Campos Mello).

8 “Art. 523. Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação. Par. 1º Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo tribunal. Par. 2º Interposto o agravo, o juiz poderá reformar sua decisão, após ouvida a parte contrária, em 5 (cinco) dias. Par. 3º Das decisões interlocutórias proferidas em audiência admitir-se-á a interposição oral do agravo retido, a constar do respectivo termo, expostas sucintamente as razões que justifiquem o pedido de nova decisão. Par. 4º Será sempre retido o agravo das decisões posteriores à sentença, salvo nos casos de inadmissão de apelação”.

9 TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.*, pp. 171-346.

Honorários advocatícios

“Constitui prova escrita hábil à propositura da ação monitória a proposta de honorários assinada e reconhecida pelos devedores” (TAMG – Ap. Civ. 221.201-1 – 6ª Câm. Civ. – j. 12.9.96 – rel. Juiz Maciel Pereira).

“AÇÃO MONITÓRIA – Honorários de advogado, estipulados em contrato – Recibos de pagamentos parciais não autenticados – Valia probatória, se a impugnação se limita à formalidade da autenticação e não nega a autenticidade real da origem. Saldo apurado a ser corrigido pelo IGPM em lugar dos índices da UPE”. (TARS – Ap. Civ. 196.072.250 – 4ª Câm. Civ. – j. 15.9.96 – rel. Juiz Bertram Roque Ledur).

Notificação como prova escrita

“AÇÃO MONITÓRIA. Prova escrita desprovida de eficácia executiva – Requisito essencial – Imprestabilidade de mera notificação.

É requisito essencial da ação monitória a existência de prova escrita desprovida de eficácia executiva, como tal considerado apenas o escrito emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento ou que com ele guarde relação de caráter pessoal, sendo imprestável para tal fim mera notificação, pois esta supõe nota, que se leva ao conhecimento de alguém, e não, de regra, declaração de vontade”. (TAMG – Ap. 210926-6 – 1ª Câm. Civ. – j. 16.4.96 – rel. Juiz Herondes de Andrade – DJ 6.8.96).

“Ação monitória – Requisito – Documento.

A notificação dirigida a possível devedor não caracteriza documento hábil a processar ação monitória, em decorrência de sua emissão unilateral sem possibilidade de se estabelecer o contraditório, não possuindo tal instrumento a mínima credibilidade em que possa se basear o órgão julgador”. (TAMG – Ap. Civ. 220.758-1 – 3ª Câm. Civ. – j. 21.8.96 – rel. Juíza Jurema Brasil Marins).

Contrato de locação e multa.

“Multa com força de título executivo extrajudicial, é a referente ao aluguer, não a resultante de infração contratual, cuja cobrança deve efetuar-se por via que possibilite investigar tanto sua cabência como seu valor. Cabível, pois, para tanto, a ação monitória”. (TACívSP – Ap. s/ver. 473.844-00/0 – 6ª Câm. Civ. – j. 29.1.97 – rel. Juiz Gamaliel Costa).

“Se os locadores já possuem título executivo extrajudicial para exigir satisfação do crédito decorrente da multa prevista no contrato de locação, carecem de interesse para a propositura da ação monitória” (2ª TACívSP – Ap. c/ver. 474.064-00/1 – 5ª Câm. Civ. – j. 5.2.97 – rel. Juiz Laerte Sampaio).

“LOCAÇÃO – Ação monitória – Embargos improcedentes – Pedido da parte para o julgamento antecipado – Posterior alegação de cerceamento

de defesa – Inocorrência – Títulos constituídos de conformidade com o regramento jurídico vigente, indemonstrado vício de consentimento – Improvimento ao recurso”. (2º TACívSP – Ap. c/ver. 464.808-00/5 – 9ª Câm. Cív. – j. 2.10.96 – rel. Juiz Radislau Lamotta).

Documento de cuja formação o réu não participou. Prova indireta.

“PROCESSO CIVIL – Ação monitória – Prova escrita – Presença de assinatura do devedor – Desnecessidade – Boleta bancária – Mensalidade de estabelecimento de ensino.

A ação monitória possui como requisito essencial o documento escrito. Se este, apesar de não possuir a eficácia de título executivo, permite a identificação de um crédito, gozando de valor probante, sendo merecedor de fé quanto à sua autenticidade e eficácia probatória, possibilita o procedimento monitório.

Embora seja o documento escrito mais comum do título executivo o que vem assinado pelo próprio devedor, a restrição do procedimento monitório a esses casos não traduziria em toda a extensão o alcance dessa prova. Pode a lei, ou o próprio contrato, fazer presumir que certas formas escritas, embora não contendo assinatura do devedor, revelem certeza e liquidez processuais da obrigação.

A boleta bancária, expedida em favor de estabelecimento de ensino, relativa à cobrança de mensalidades, acompanhada da prova do contrato de prestação de serviços, enquadra-se no conceito de prova escrita do Art. 1.102a do CPC”. (TAMG – Ap. Cív. 228.881-7 – 3ª Câm. Cív. – j. 11.12.96 – rel. Juiz Wandler Marotta).

“PROCESSO – Ação monitória – Indeferimento liminar – Título que não seria líquido e certo – Exigência, no entanto, ausente do texto legal – Termo de responsabilidade assinado pelo devedor e testemunhas, acompanhado de fatura discriminada dos serviços e valores – Montante devido especificado – Requisitos legais presentes – Inicial instruída – Decisão cassada”. (TAPR – Ap. Cív. 96.261-4 – 6ª Câm. Cív. – j. 28.10.96 – rel. Juiz Ruy Fernando de Oliveira).

Duplicata sem eficácia de título executivo.

“DESCONTO BANCÁRIO – Ação monitória – Interesse processual.

Pactuada a obrigação de pagamento em caso de inadimplemento do sacado, presente está o interesse processual do descontante na ação monitória contra o descontário, uma vez ausente prova da existência do título executivo”. (TARS – Ap. Cív. 196.146.237 – 4ª Câm. Cív. – j. 10.10.96 – rel. Juiz Bertram Roque Ledur).

“APELAÇÃO CÍVEL – Ação monitória – Venda de medicamentos – Duplicatas inaceitas – Ausência do comprovante da entrega das mercadorias – Confissão de recebimento das mercadorias pela apontada devedora – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Recurso desprovido.

Estando configurados os requisitos estabelecidos no Art. 1.102, a, b e c, do CPC, que trata da ação monitória, confirma-se a sentença que concluiu pela sua procedência, constituindo-se, destarte, de pleno direito, os títulos que embasam a ação, em títulos executivos judiciais, prosseguindo o feito, agora em fase de execução”. (TJPR – Ap. Cív. 52.718-0 – 10ª Câm. Cív. – j. 25.2.97 – rel. Juiz Antônio Gomes da Silva).

“AÇÃO MONITÓRIA – Prova escrita – Duplicata sem aceite – Protesto de título – Comprovante de entrega de mercadoria.

A duplicata sem aceite que, embora protestada, se encontre desacompanhada do comprovante de entrega das mercadorias, descaracteriza-se como título executivo extrajudicial, constituindo documento próprio à inscrição do pedido monitório, enquadrando-se nas exigências do Art. 1.102a do CPC”. (TAMG – Ap. Cív. 223.363-4 – 2ª Câm. Cív. – j. 8.10.96, Juiz Edivaldo George).

“AÇÃO MONITÓRIA

A duplicata de prestação de serviços sem aceite pressupõe a existência de um negócio subjacente realizado entre as partes, constituindo “prova escrita” capaz de ensejar a ação monitória. Tendo a devedora oposto embargos, o procedimento, que era especial, transformou-se em ordinário, sendo facultada às partes a ampla produção de provas. Agravo desprovido”. (TARS – AgIn 196.090.534 – 7ª Câm. Cív. – j. 7.8.96 – rel. Juiz Perciano de Castilhos Bertoluci).

“PROCEDIMENTO MONITÓRIO – Duplicatas protestadas por falta de aceite e devolução - Ausente comprovante de entrega de mercadoria – Possibilidade – Recurso provido.

O “documento escrito” requerido para o procedimento monitório não é, necessariamente, aquele do qual consta a assinatura do devedor. Basta, para tal, que do referido documento se extraia o princípio do convencimento da existência da dívida, independente de qualquer formalização do título. Se, como no caso dos autos, as duplicatas foram protestadas, por ausência da devolução dos originais, falta de aceite e de pagamento, além de estarem presentes as notas fiscais/faturas que lhes deram origem, o convencimento da existência da dívida, sem dúvida, encontra-se presente. As referidas duplicatas, sem a eficácia de títulos executivos, são hábeis a instruir o procedimento monitório”. (TAMG – Ap. Cív. 215.845-6 – 7ª Câm. Cív. – j. 30.5.96, rel. Juiz Fernando Bráulio).

Encargos por atraso no pagamento de cambial quitada.

“AÇÃO – Condições – Monitoria visando a cobrança de encargos financeiros devidos pelo atraso no pagamento de duplicatas mercantis – Adequação da ação à situação fática – Art. 1.102a do CPC – Preliminar afastada – Recurso improvido”. (1º TACív.SP – AgIn 697.860-3 – 12ª Câm. Cív. – j. 22.8.96 – rel. Juiz Paulo Eduardo Razuk).

Duplicata quitada para haver coisa comprada.

“A nota fiscal-fatura e as duplicatas quitadas, representativas do preço, não são títulos executivos aptos a estribar execução para entrega de coisa certa, adquirida pela exequente. Advento da ação monitoria, com a Lei 9.079, de 14.07.1995, adequada ao presente caso”. (TAMG – Ap. Cív. 202.777-8 – 4ª Câm. Cív. – j. 27.9.95 – rel. Juiz Jarbas Ladeira).

Certeza, liquidez e exigibilidade no título executivo e no monitorio

“AÇÃO MONITÓRIA – Prova escrita.

A prova escrita, apta a ensejar a propositura de uma ação monitoria, não necessita conter a demonstração de uma obrigação certa, semelhante a um título executivo”. (TAMG – Ap. Cív. 215.308-8 – 2ª Câm. Cív. – j. 23.4.96 – rel. Juiz Almeida Melo).

Contrato de abertura de crédito em conta corrente

“AÇÃO MONITÓRIA – Ausência de prova embasadora para a pretensão – Contrato de abertura de conta corrente para cobertura de cheques especiais – Insuficiência, ainda que acompanhada de saldo devedor, ausentes extratos ou provas outras.

O simples contrato de abertura de conta corrente com oferta de possível cobertura para cheques e um único saldo tido por devedor, ausente qualquer outro meio probatório, como extratos ou exame pericial, não embasam, satisfatoriamente, a pretensão de formação de um título executivo, posto que, em momento algum, levam à convicção de prática indevida de ato ou atraso, ou, ainda, impontualidade do titular da conta. Apelação provida. Pedido monitorio julgado improcedente”. (TAMG – Ap. Cív. 225.778-3 – 7ª Câm. Cív. – j. 7.11.96 – rel. Juiz Quintino do Prado).

“PROCESSO CIVIL – Ação monitoria – Execução – Contrato de abertura de crédito.

O contrato de abertura de crédito em conta corrente não se caracteriza como título executivo extrajudicial, quando desacompanhado de extrato que demonstre toda a evolução da dívida, com rubricas adequadas a identificar os débitos lançados na conta do devedor.

Não se deve inferir, por falta de interesse processual, a petição inicial de ação monitória, que visa à cobrança de valores decorrentes da celebração de contrato de cheque especial, pois, dispondo o autor de um documento desprovido de eficácia executiva, pode se valer da ação monitória para exigir o adimplemento de seu crédito.

A alternativa de composição conferida pela lei, entre várias, é opção do titular do direito subjetivo que pretende vê-lo satisfeito". (TAMG – Ap. Cív. 219.053-4 – 2ª Câm. Cív. – j. 18.6.96 – rel. Juiz Almeida Melo).

“AÇÃO MONITÓRIA – Extinção do processo, sem julgamento do mérito, por falta de condições da ação – Sentença reformada, instrumento de dívida que não se reveste das características aparentes de executividade, justificando a propositura da ação tendente à formação de título judicial – Necessidade de enfrentamento, no juízo a quo, da matéria de mérito, referente à existência do débito e de seu valor. Recurso provido”. (TARS – Ap. Cív. 196.133.425 – 8ª Câm. Cív. – j. 3.9.96 – rel. Juiz Luiz Ari Azambuja Ramos).

“AÇÃO MONITÓRIA

O contrato de abertura de crédito em conta corrente, quando desacompanhado de demonstrativo cabal da evolução do débito, não se constitui em título executivo. Daí o cabimento da ação monitória. Apelo provido”. (TARS – Ap. Cív. 195.201.272 – 8ª Câm. Cív. – j. 27.2.96 – rel. Juiz Alcindo Gomes Bittencourt).

“AÇÃO MONITÓRIA – Prova escrita – Contrato – Conta bancária – Embargos – Art. 1.102a do CPC.

Não obsta ao prosseguimento da ação monitória, proposta com base em contrato de abertura de conta bancária, a ausência de documento comprobatório da liquidez da dívida, em face da regra contida no Art. 1.102a do CPC, que exige tão-somente prova escrita desprovida de eficácia executiva, não se justificando, assim, a limitação daquele procedimento, mormente considerando-se que ao réu é garantida a ampla defesa, através da oposição de embargos, na forma do Art. 1.102c do mesmo diploma legal”. (TAMG – Ap. Cív. 215.103-3 – 5ª Câm. Cív. – j. 25.4.96 – rel. Juiz Marino Costa).

Cambial prescrita

“APELAÇÃO. Ação monitória proposta contra avalistas de nota promissória – Prescrição – Título hábil para aparelhar execução – Pedido juridicamente impossível.

A ação de execução contra os avalistas de nota promissória prescreve em três anos, por força do disposto nos arts. 32, 70 e 77 da Lei Uniforme.

Possuindo o credor título de crédito hábil para aparelhar uma ação e execução, a propositura da ação monitória se mostra inadequada para cobrar o débito, sendo o pedido juridicamente impossível. Recurso conhecido e im-

provido”. (TAMG – Ap. Cív. 221.849-1 – 4ª Câm. Cív. – j. 28.9.96 – rel. Juiz Célio César Paduani).

“PROCESSO CIVIL – Ação monitória – Título de crédito prescrito – Cabimento – Compensação – Inexistência de reciprocidade de obrigações – Mandado de pagamento – Isenção dos ônus sucumbenciais.

I – O título de crédito não mais exigível, por escrito, enquadra-se no conceito de prova escrita do Art. 1.102a do CPC, por representar documento que atesta a liquidez e certeza da dívida, confessada na cártula.

II – Para que se possibilite a compensação, é mister, dentre outros pressupostos, a reciprocidade das obrigações. O devedor poderá compensar com o credor apenas o que este lhe dever (Art. 1.013 do CCB).

III – O mandado de pagamento não poderá incluir o valor de custas processuais e de honorários advocatícios, uma vez que a isenção destes surge como incentivo ao adimplemento espontâneo pelo réu da ordem, a fim de que deixe de embargar caso esteja consciente da existência da dívida”. (TAMG – Ap. Cív. 226.899-1 – 3ª Câm. Cív. – j. 20.11.96 – rel. Juiz Wander Marotta).

“AÇÃO MONITÓRIA – Título cambial – Prescrição.

A ação monitória, instituída pela Lei 9.079/95, serve de instrumento à constituição de título executivo decorrente de negócio ou obrigação, não se prestando para afastar a prescrição da cambial”. (TAMG – Ap. Cív. 210.933-1 – 6ª Câm. Cív. – j. 29.2.96 – rel. Juiz Francisco Bueno).

“AÇÃO MONITÓRIA – Cheque – Prescrição – Voto vencido.

É cabível ação monitória para cobrança de cheque prescrito, uma vez que tal procedimento não restitui a força executória dessa cambial, mas tão-somente torna disponível, para obtenção de título executivo judicial, uma via processual mais célere do que a ação ordinária de cobrança, em nada restando agredido o instituto da prescrição”. (TAMG – Ap. Cív. 217.908-6 – 6ª Câm. Cív. – j. 22.8.96 – rel. Juiz Pedro Henriques).

Liquidez, certeza e exigibilidade.

“AÇÃO MONITÓRIA – Prova escrita – Ausência de documento hábil para o manejo da ação – Inteligência do Art. 1.102a do Código de Processo Civil – Indeferimento da inicial – Sentença mantida.

Para manejo da ação monitória – instituída pela Lei 9.079/95 – torna-se imprescindível a demonstração da prova escrita na qual conste a existência de dívida certa, líquida e exigível, que, despida de força executiva, pode ser perseguida pelo procedimento injuntivo. Logo, não gozando a prova juntada da presunção de força executiva, inviável é a propositura da ação monitória, devendo o autor, em casos tais, recorrer à via cognitiva adequada.

Recurso a que se nega provimento". (TAMG – Ap. Cív. 225.792-3 – 3ª Câm. Cív. – j. 6.11.96 – rel. Juiz Dorival Guimarães Pereira).

“EMBARGOS EM AÇÃO MONITÓRIA – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Documentos – Liquidez e certeza – Desnecessidade.

Tratando-se de matéria exclusivamente de direito, sem que o recorrente traga indícios sérios e robustos que ensejem a instrução probatória, não implica cerceio de defesa o julgamento antecipado do feito. Os documentos que instruem a ação monitoria não precisam atender aos requisitos de certeza e liquidez, próprios dos títulos de crédito, bastando que espelhem em seu bojo obrigação de pagar quantia em dinheiro. Apelação improvida”. (TAMG – Ap. Cív. 225.375-2 – 2ª Câm. Cív. – j. 19.11.96 – rel. Juiz Lucas Sávio).

Fiança. Forma escrita “ad solemnitatem”

“AÇÃO MONITÓRIA. Fiança – Contrato acessório não assinado – Impossibilidade – Indeferimento da inicial.

Sem prova escrita hábil, através da qual o devedor reconhece a existência do débito, não cabe ação monitoria”. (2º TACívSP – Ap. s/ver. 47.177-00/0 – j. 27.1.97 – rel. Juiz Artur Marques).

“AÇÃO MONITÓRIA – Embargos – Medida cautelar – Arresto – Ausência de citação – Agravo.

Provada a inexistência de citação, não há que se falar em decurso de prazo para interposição do agravo.

Suspensa a eficácia do mandado injuntivo, mediante oposição de embargos, nos termos do Art. 1.102 do CPC, o autor de ação monitoria não pode valer-se de cautelar de arresto para garantir futura execução, já que não se constituiu o título executivo dotado dos atributos de certeza e liquidez”. (TAMG – Ap. Cív. 211.277-2 – 6ª Câm. Cív. – j. 14.3.96 – rel. Juiz Francisco Bueno).

Documento com eficácia de título executivo.

“AÇÃO MONITÓRIA – Documento particular – Art. 585, II, do CPC – Título executivo extrajudicial – Petição inicial – Indeferimento – Voto vencido.

Documento particular firmado pelas partes e por duas testemunhas é título executivo extrajudicial e, portanto, ano se presta ao manejo da ação monitoria, devendo o credor, desde logo, propor a execução, sob pena de indeferimento da petição inicial”. (TAMG – Ap. Cív. 218.724-4 – 6ª Câm. Cív. – j. 5.9.96 – rel. Juiz Baía Borges).

“AÇÃO MONITÓRIA – Legitimação ativa – Portador de título executivo.

Não tem o portador de título executivo extrajudicial, nos termos do Art. 1.102a do CPC, opção entre se valer da ação monitória, que se caracteriza exatamente pelo propósito de ensejá-lo a quem não o tem, ou promover imediatamente a sua execução, inviabilizando-se, desse modo, a tese de que “quem pode o mais pode o menos”“. (TAMG – Ap. Cív. 216.589-7 – 1ª Câm. Cív. – j. 4.6.96 – rel. Juiz Herondes de Andrade).

Dúvida sobre a eficácia de título executivo.

“AÇÃO MONITÓRIA – Petição inicial corretamente instruída – Documento juntado por determinação judicial – Indeferimento da peça de ingresso – Descabimento.

Estando a inicial da ação monitória instruída com prova escrita, sem eficácia de título executivo, deveria o processo prosseguir nos termos do Art. 1.102b do Código de Processo Civil. Se outro documento veio aos autos, com força executiva, por determinação judicial, tal circunstância não pode prejudicar a parte que instruiu a peça de ingresso de modo satisfatório. Recurso conhecido e provido”. (TAMG – Ap. Cív. 210931-7 – 4ª Câm. Cív. – j. 29.5.96 – rel. Juiz Célio César Paduaní).

“AÇÃO MONITÓRIA – Título executivo extrajudicial – Art. 1.102a do CPC – Voto vencido.

Não bastando detenha o credor título líquido, certo e exigível, poderá valer-se do procedimento monitório, ao invés da ação executória, por ser aquele meio de cobrança mais benéfico ao patrimônio do devedor”. (TAMG – Ap. Cív. 215.821-6 – 1ª Câm. Cív. – j. 21.5.96 – rel. Juiz Alvim Soares).

“AÇÃO MONITÓRIA

Se o credor, dispondo de prova escrita, enende não ser ela título executivo extrajudicial, pode optar pela ação monitória, ainda que o julgador tenha entendimento contrário quanto à natureza do título.

Não se pode obrigar o credor a trilhar a via executiva quando ele tem dúvida sobre a liquidez e certeza do título, valendo-se da ação monitória.

Sentença desconstituída.

Apelo provido”. (TARS – Ap. Cív. 195.196.498 – 5ª Câm. Cív. – j. 7.3.96 – rel. Pres. João Carlos Branco Cardoso).

“AÇÃO MONITÓRIA

O credor pode optar pela ação monitória quando não estiver convicto de estar em condições de apresentar uma escoreita conta gráfica com o contrato de abertura de crédito em conta corrente.

Assim, precavê-se em relação à conhecida corrente jurisprudencial que não considera o aludido contrato como título executivo extrajudicial em nenhuma hipótese.

Apelação provida". (TARS – Ap. Cív. 196.033.781 – 5ª Câm. Cív. – j. 23.5.96 – rel. Juiz Márcio Borges Fortes).

Transformação de demanda executiva em monitória.

“INDEFERIMENTO DA INICIAL – Pedido – Citação.

Ação inicialmente proposta como executiva, e posteriormente alterada para monitória.

Ainda não tendo sido citados os demandados, o pedido pode sofrer adição (Art. 294 do CPC), sendo vedada sua modificação – assim como a da causa de pedir – apenas depois de estabilizada a demanda (idem, Art. 264).

Sentença desconstituída". (TARS – Ap. Cív. 196.112.056 – 1ª Câm. Cív. – j. 17.7.96 – rel. Juiz Breno Moreira Mussi).

Prova escrita do “quantum”.

“EMBARGOS – Ação monitória.

É cabível a ação monitória a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, o pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel; todavia, é mister surgir do próprio documento que embasa a pretensão creditícia o quantum debeaturm. Impertinente à espécie a liquidação para se apurar o valor da dívida, aliás, procedimento inadequado à celeridade e caráter sumário da ação monitória. Impertinente, ainda, o conhecimento de documento preexistente ao ajuizamento da demanda e em poder do autor, tão-somente trazido aos autos na fase recursal.

Apelação não provida". (TARS – Ap. Cív. 196.108.492 – 6ª Câm. Cív. – j. 8.8.96 – rel. Juiz José Carlos Teixeira Giorgis).

Cálculo discriminado da quantia pretendida.

“AÇÃO MONITÓRIA – Demonstração clara da constituição de crédito – Inicial que deve constar cálculo do débito e sua correção monetária.

Para a admissibilidade do procedimento monitório, o credor deve demonstrar, claramente, a constituição de seu crédito, visto que um dos maiores objetivos da ação monitória é imprimir agilidade na entrega da tutela jurisdicional. Deve constar na inicial o cálculo referente ao débito, segundo o indexador aplicável, bem como, se incidente, a correção monetária". (TJMT – Ap. Cív. 18.242 – 2ª Câm. – j. 22.10.96 – rel. Des. Benedito Pereira do Nascimento).

Impropriedade do pedido. Mera irregularidade.

“PROCESSO CIVIL – Ação monitória – Representação processual – Inépcia – Natureza da ação – Seguro.

A comunicação acerca de seguro, a sua respectiva apólice e o contrato social da pessoa jurídica legitimam, processualmente, o outorgante de procuração em seu nome.

A irregularidade no manejo da ação monitória não conduz à inépcia da inicial.

O inexercício da denunciação da lide não exclui a constituição de eficácia comunicativa à obrigação escrita sem força executiva (artigo 1.102, CPC).

A comprovação da comunicação de sinistro e pedido de cobertura é suficiente para afastar a sua negativa.

Recurso improvido”. (TAMG – Ap. Cív. 220.134-1 – 4ª Câm. Cív. – j. 11.9.96 – rel. Juiz Tibagy Salles).

Conexão entre ação de conhecimento e ação monitória.

“AÇÃO MONITÓRIA – Identidade de lides – Sentença transitada em julgado na ação de conhecimento – Coisa julgada.

Inobstante tenha a parte feito uso do procedimento monitório para cobrar seu crédito, percebe-se a identidade de lides entre a ação monitória e a ação de cobrança manejada anteriormente. Assim, em face da sentença transitada em julgado na ação de conhecimento, e por se tratarem das mesmas partes, impõe-se o reconhecimento da existência de coisa julgada”. (TAMG – Ap. Cív. 217.506-2 – 4ª Câm. Cív. – j. 26.6.96 – rel. Juíza Maria Elza).

Coisa julgada e via monitória.

“COMPETÊNCIA – Ação que visa discutir o débito como um todo – Ação monitória objetivando cobrar saldo devedor – Configuração de conexão pela prejudicialidade – Inteligência do Art. 103 do CPC – Recurso provido.

A exigência do Art. 103 do CPC, de ser comum o objeto ou a causa de pedir, deve ser interpretada teleologicamente, dentro da regra jurídico-processual de que conexão visa primordialmente a economia processual e evitar julgamentos divergentes, relativos aos mesmos fatos, fatores de desprestígio ao Poder Judiciário.

Por isso, pouco importa eventual diversidade da causa petendi e do objeto, para o reconhecimento de conexão, se existe identidade das partes e o traço de prejudicialidade, entre as duas causas justapostas, de forma que o resultado de uma venha a influir no resultado da outra”. (TJPR – AgIn 50.454-3 – 2ª Câm. Cív. – j. 9.10.96 – rel. Juiz Airvaldo Stela Alves).

Mandado monitório e ausência de embargos

“AÇÃO MONITÓRIA – Mandado injuntivo – Embargos – Título executivo judicial – Arts. 1.102b e 1.102c.

O deferimento de expedição de pagamento ou entrega da coisa, a que se refere o Art. 1.102b do CPC, por se condicionar a prévia verificação de regularidade da prova escrita, importa em juízo de mérito da pretensão monitória, não sendo permitido ao magistrado alterar, ex officio ou a pedido, tal decisão, após decorrido o prazo legal sem oposição de embargos, hipótese em que se constitui, de pleno direito, o título judicial, convertendo-se o mandado inicial em executivo, nos termos do Art. 1.102c do citado texto legal”. (TAMG – Ap. Cív. 222.371-2 – 2ª Câm. Cív. – j. 17.9.96 – rel. Juiz Carreira Machado).

Restituição do título de crédito

“AÇÃO MONITÓRIA – Título de crédito – Extinção do processo – Provimento.

O título de crédito inclui-se entre os bens referidos no Art. 1.102a do CPC” (TAPR – Ap. Cív. 89.365-6 – 1ª Câm. Cív. – j. 23.4.96 – rel. Juiz Antônio Renato Strapasson).

Recebimento de bem fungível.

“AÇÃO MONITÓRIA – Embargos – Prova testemunhal.

I – O contrato de compromisso de compra e venda de bem fungível, assinado pelas partes, sem as formalidades exigidas ao título executivo, é documento perfeitamente hábil para o procedimento monitório, não descaracterizando a sua liquidez e certeza o pagamento de parte do que fora pactuado.

II – No procedimento injuncional, tal como no ordinário, o regime de prova não difere, devendo ser valoradas pelo magistrado de forma idêntica, em ambos os casos.

III – Somente havendo princípio de prova por escrito, produzida pelo devedor, toma-se possível a sua complementação via testemunhal.

IV – Recurso a que, rejeitando as preliminares, se nega provimento”. (TAMG – Ap. Cív. 216.673-4 – 3ª Câm. Cív. – j. 7.8.96 – rel. Juiz Wander Marotta).

Citação por hora certa e por edital

“MONITÓRIA – Citação por hora certa – Possibilidade – Recurso provido para admiti-la, deste que preenchidos os requisitos legais, por maioria de votos”. (1ª TACívSP – AgIn 690.240-3 – 8ª Câm. Cív. – j. 25.9.96 – rel. desig. p/ ac. Franklin Nogueira).

“AÇÃO MONITÓRIA – Réu citado com hora certa – Descabimento – Agravo – Decisão cassada.

Não havendo qualquer restrição, nos dispositivos que regulam a ação monitoria, é possível a citação do réu com hora certa, aplicando-se, assim, as normas processuais previstas no Livro I do CPC (processo de conhecimento)”. (TJPR – AgIn 0052.182-00 – 21ª Câ. Cív. – j. 11.12.96 – rel. Des. Accácio Cambi).

“AÇÃO MONITÓRIA – Citação por edital – Impossibilidade.

Por se constituir a ação monitoria espécie de procedimento que propicia a formação de um título executivo judicial, não comporta a modalidade de citação ficta ou editalícia. Os embargos, através dos quais se defende o devedor, têm natureza declaratória ou constitutiva negativa, sendo mister a efetiva manifestação da vontade do demandado, que ultrapassa os limites dos poderes do Curador Especial, nomeado ao citado por edital. Recurso a que se nega provimento”. (TAMG – AgIn 229.148-1- 3ª Câ. Cív. – j. 5.3.97 – rel. Juiz Duarte de Paula).

“AÇÃO MONITÓRIA – Citação por edital – Título executivo judicial.

Em face de sua natureza e excepcionalidade, a ação monitoria não admite citação por edital, porquanto esta importa em presunção de conhecimento, insuficiente para a formação de título executivo”. (TAMG – Ap. Cív. 210.948-2 – 1ª Câ. Cív. – j. 19.3.96 – rel. Juiz Alvim Soares).

27 – Produção de prova

“AÇÃO MONITÓRIA – Prova – Juntada de documento após os embargos.

Em ação monitoria é possível a juntada de documentos após a oposição dos embargos, por serem processados segundo o rito ordinário (Art. 1.102c do CPC).

Ao juiz, é facultado determinar a produção das provas necessárias para que forme a sua livre convicção.

Recurso a que se nega provimento”. (TAMG – AgIn 217.221-4 – 3ª Câ. Cív. – j. 26.6.96 – rel. Juiz Kildare Carvalho).

“AÇÃO MONITÓRIA – Petição inicial – Prova escrita – Embargos.

Para instrução de ação monitoria é necessário que se demonstre de plano, mediante prova escrita, a certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação pretendida, não se admitindo o accertamento de débito no curso dos embargos eventualmente opostos pelo devedor”. (TAMG – Ap. Cív. 216.953-7 – 2ª Câ. Cív. – j. 28.5.96 – rel. Juiz Edivaldo George).

“CONTRATO – Moeda estrangeira – Nulidade – Inexistência – Art. 1º do Decreto-lei n. 857/69 – Objetivo – Ação monitória – Documento – Testemunhas – Ônus da prova – Art. 333, II, do Código de Processo Civil.

Estando evidenciada a veracidade dos fatos alegados pelo autor da ação, incumbe ao réu comprovar a circunstância modificativa, extintiva ou impeditiva alegada em sua defesa, nos termos do Art. 333, II, do Código de Processo Civil”. (TAMG – Ap. Cív. 225.879-5 – 3ª Câm. Cív. – j. 30.10.96 – rel. Juíza Jurema Brasil Marins).

“AÇÃO MONITÓRIA – Julgamento antecipado – Cerceamento de defesa – Inocorrência.

I – Incorre cerceamento de defesa quando a resposta do mutuário não apresenta qualquer prova convincente para elidir a pretensão creditícia, seguida da confissão da existência de débito em montante menor.

II – Presentes, nos autos, os elementos necessários ao livre convencimento do juiz, através de prova documental, acrescida da fragilidade da defesa e ausência na audiência conciliatória, inexistente o alegado cerceamento de defesa.

III – Recurso a que se nega provimento”. (TAMG – Ap. Cív. 219.815-4 – 3ª Câm. Cív. – j. 14.8.96 – rel. Juiz Wander Marotta).

Embargos ao mandado e revelia

“AÇÃO MONITÓRIA – Embargos – Natureza jurídica e alcance”. (1º TACivSP – AgIn 713.239-0 – 7ª Câm. Cív. – j. 22.10.96 – rel. Juiz Vicente Miranda).

Sucumbência

“AÇÃO MONITÓRIA – Promissórias prescritas – Verba honorária – Atualização do valor da NP – Necessidade – Prescrição penal – Incompetência da justiça na parte cível.

Quando uma NP prescrita embasa uma ação monitória e, por falsidade dela, sucumbe o autor, os honorários deverão ser calculados sobre o valor devidamente atualizado.

A prescrição criminal somente pode ser objeto de declaração em juízo igualmente criminal, sendo impertinente sua alegação na área cível da justiça”. (TAMG – Ap. Cív. 225.376-9 – 7ª Câm. Cív. – j. 31.10.96 – rel. Juiz Quintino do Prado).

Reconvenção

“MONITÓRIA – Procedimento especial do processo de conhecimento de natureza contenciosa – Aplicabilidade do princípio do

contraditório, de iniciativa do réu – Admissibilidade, no procedimento, do contraditório, se não ocorrente na monitória – Procedimento monitório – Inadmissibilidade de restrição de defesa por ocasião do oferecimento dos embargos – Reconvencção adinitida – Recurso provido”. (1º TACívSP – Ap. Cív. 708.850-6 – 9ª Câm. Cív. – jl 10.12.96, rel. Juiz Opice Blum).

“AÇÃO MONITÓRIA – Reconvencção – Extinção só desta – Possibilidade.

Embora tecnicamente fosse melhor a solução do indeferimento da reconvencção, no caso a sua extinção se apresenta como solução correta.

O pedido de repetição de indébito, em embargos, por via reconvençional, não tem cabimento, dada a incompatibilidade de ritos”. (TAMG – Ap. Cív. 216.952-0 – 6ª Câm. Cív. – j. 23.5.96 – rel. Juiz Maciel Pereira).

Embargos tempestivos

“AÇÃO MONITÓRIA – Embargos – Tempestividade – Erro do cartório – Sentença anulada – Provimento do recurso”. (TAPR – Ap. Cív. 100.415-3 – 1ª Câm. Cív. – j. 4.3.97 – rel. conv. Juiz Antônio Renato Strapasson).

“MONITÓRIA – Crédito representado por extrato de conta corrente – Demanda proposta contra empresa devedora e avalista – Embargos oferecidos pela devedora não juntados aos autos – Improcedência – Decisão cassada.

Não sendo juntados aos autos da ação monitória os embargos oferecidos pela empresa devedora, por falta da máquina judiciária, inviabilizando, assim, a sua apreciação pelo juízo, declara-se a nulidade do processo, para propiciar a juntada daquela peça e seu respectivo exame”. (TJPR – Ap. Cív. 53.250-7 – 6ª Câm. Cív. – j. 11.12.96 – rel. Des. Accácio Cambi).

Efeitos da apelação

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação monitória – Recurso de apelação recebido só no efeito devolutivo – Recurso provido.

Não se deve confundir a sentença que rejeita os embargos interpostos na ação monitória com a asentença que rejeita ou julga improcedentes os embargos à execução. A ação monitória não é execução de título extrajudicial, que passará a existir se os embargos não forem interpostos ou se, interpostos, forem rejeitados, iniciando-se, então, a execução propriamente dita, prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV, do Código de Processo Civil (arts. 646 e seguintes, conforme Art. 1.102c e seu par. 3º). Por isso, da sentença que os rejeita, a apelação será recebida em ambos os efeitos, nos termos do Art. 1.520, parte inicial, do Código de Processo Civil”. (TJPR – AgIn 52.757-7 – 3ª Câm. Cív. – j. 12.02.97 – rel. Des. Wilson Reback).

Monitória em face da Fazenda Pública

“AÇÃO MONITÓRIA – Procedimento contra a Fazenda Pública – Inadmissibilidade – Inteligência do Art. 730 do CPC.

Face ao preceituado no Art. 730 do CPC, a Fazenda Pública tem direito a execução especial, não lhe alcançando as normas previstas para as execuções comuns, sendo vedada a penhora de bens seus, a avaliação desses bens e o respectivo praxeamento. Além do que, é essencial, para a formação de título sentencial contra os entes públicos, a obediência ao duplo grau de jurisdição. *Mutatis mutandis*, se assim é, indevido faz-se expedir em detrimento das pessoas jurídicas de direito público mandado para que, no prazo de 24 horas, paguem elas os valores reclamados, como é da essência da ação monitória. Neste contexto, então, de todo inviável é o manejo, contra as Fazendas Públicas, de ação monitória objetivamente a formação de título executivo”. (TJSC – Ap. 96.001.214-1 – 1ª Câm. – j. 10.9.96 – Des. Trindade dos Santos).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – Decisão que concedeu nos autos de ação monitória benefícios do Art. 188 do Código de Processo Civil – Admissibilidade – A Lei 9.079/95, que criou a ação monitória, não distinguiu e não excepcionou o prazo em quádruplo para contestar – Recurso improvido”. ((TJSP – AgIn 11.139-5/8 – 6ª Câm. Cív. – j. 27.5.96 – rel. Juiz Afonso Faro).



A IMPORTÂNCIA DAS ESCOLAS DE MAGISTRATURA NA FORMAÇÃO DO JUIZ

ANTÔNIO CRUZ NETTO
Desemb. Fed. do TRF-2ª Região

O legislador constituinte inseriu na Constituição de 1988(art. 93, inciso IV) a previsão para Cursos Oficiais de Preparação e Aperfeiçoamento da Magistratura, determinando, no *caput* que a lei complementar (Estatuto da Magistratura), de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, os condicione como requisito ao ingresso e à promoção nessa carreira jurídica oficial. Antes disso, a Emenda Constitucional nº 7, de 1977, que alterou a redação do art. 144 da Constituição Federal de 1969, facultou, exclusivamente na esfera da Justiça Estadual, a instituição de cursos de preparação para a magistratura.

Houve, portanto, ao se elaborar a atual Constituição Federal, uma evidente preocupação não só com a formação intelectual do magistrado, mas, sobretudo, com uma atividade jurisdicional mais qualificada exatamente pela preparação e pelo aperfeiçoamento do juiz, fatores de inegável destaque no objetivo dessas escolas. Muitas delas foram concebidas, por integração funcional, à organização judiciária de cada unidade judicial — da União, dos Estados e do Distrito Federal. São integrantes da estrutura dos tribunais sob cujas autoridades se encontram estabelecidas, como uma espécie de departamentos dos Órgãos Superiores da Administração da Justiça, sendo dirigidas por um dentre os membros do tribunal, auxiliados por juizes e por outros professores captados nas atividades de ensino e pesquisa na área de sua atuação. Em face disto, de um modo geral, não possuem, essas escolas, total autonomia administrativa e financeira. É importante ressaltar, entretanto, que a estreita vinculação dessas escolas com os tribunais a meu ver não afeta a sua autonomia científico-filosófica e metodológica, mesmo em se considerando que elas são parcela da atividade-fim do Poder Judiciário, na prestação eficaz da própria jurisdição. Certamente os seus professores, mesmo os professores-juizes têm ampla liberdade de ensino, mesmo porque se trata de ensino eminentemente voltado para o aspecto técnico-jurídico.

É evidente a importância das Escolas de Magistratura no aprimoramento dos operadores do sistema jurídico, cuja habilitação não se lhes é conferida automaticamente, no sistema pátrio, pela simples graduação universitária.

O Ministro Cordeiro Guerra destacando a importância das escolas de magistratura, define os fundamentos diante dos quais a exigência constitucional assume grande autoridade política. Afirma ele:

“Julgar, por certo, não é um atributo divino, é um ato humano, que exige um claro entendimento, um reto proceder, acendrado amor ao trabalho, elevado respeito às leis e seguro senso de justiça. Se exigem dos magistrados virtudes personalíssimas, o caráter, a renúncia e a coragem, o

desprezo pela incompreensão freqüente, a serenidade diante do apodo e da malícia dos vencidos, por outro lado, à virtude própria se acrescenta a necessidade de um saber adquirido através dos tempos e constantemente atualizado. (...) Ao ensino técnico-jurídico, há de se acrescentar a formação moral do magistrado, do juiz, que deve ser preparado para enfrentar as agruras do ofício. É claro que o homem bem instruído para a missão de julgar, julgará mais e melhor; e o homem educado para o sacrifício e a independência, melhor enfrentará os perigos a que se expõe. Só assim teremos bons magistrados, moralmente fortes e intelectualmente preparados.”(1)

Na mesma linha de raciocínio, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça (2), dá ênfase aos aspectos de seleção, formação e aperfeiçoamento dos juizes como ponto fundamental na transformação do judiciário, colocando as escolas de magistratura como elemento decisivo para tais objetivos. Destaca aquele eminente jurista:

“As novas técnicas de administração pública, aliadas às diretrizes das grandes empresas privadas, estão a evidenciar a necessidade de um planejamento no qual, a par de meticulosa formulação de linhas diretivas, se dê especial relevo ao elemento humano que as opera e dirige.

Se isso ocorre no plano das administrações pública e privada, com maior razão é de ser observada em relação ao juiz, para cuja missão, delicada, difícil e complexa, se exige uma série de atributos especiais, não se podendo admitir a sujeição dos interesses individuais, coletivos e sociais cada vez mais sofisticados e exigentes, a profissionais não raras vezes sem a qualificação vocacional que o cargo exige, recrutados empiricamente por meio de concursos banalizados pelo método da múltipla escolha e pelo simples critério do conhecimento científico.

Carreira de especificidade singular, a Magistratura não pode ter seus quadros preenchidos por profissionais que receberam apenas uma formação genérica para o desempenho de qualquer profissão jurídica. É imprescindível uma formação específica.”

Não há dúvida, como observa o Ministro Sálvio de Figueiredo, de que os concursos públicos produzem um judiciário digno e têm prestado serviço inestimável à causa da Justiça e continuam sendo a alternativa mais adequada ao recrutamento de juizes. Mas, modernamente, vem ganhando corpo a idéia de se substituir a metodologia desses concursos, para a inserção de critérios mais consistentes de seleção, priorizando os aspectos éticos e vocacionais, com primazia sobre o apuro técnico, pois é sabido que uma pessoa destinada a julgar seu semelhante se auto-motivará ao estudo permanente, enquanto o intelectual aético nunca será um verdadeiro juiz.

Segundo os estudiosos, torna-se imprescindível uma nova postura, mais condizente com a realidade brasileira, com adoção de novos caminhos, métodos e critérios de recrutamento de magistrados, a exemplo do que vem

ocorrendo, há algum tempo, em países como Portugal, França, Espanha, Estados Unidos, Alemanha e Japão, sendo que nos três primeiros o sistema de recrutamento é feito em dois segmentos, a saber: um que seleciona e forma; outro que aprimora e recicla.

Em Portugal, por exemplo, o candidato a juiz presta concurso para ingresso na Escola Judicial, denominada "Centro de Estudos Judiciários - CEJ". Os selecionados, chamados Auditores de Justiça (ganhando 80% do salário inicial da carreira), fazem um curso de formação inicial que se divide em quatro etapas: a) 10 meses de atividades teórico-práticas, com aulas diárias e exames periódicos; b) 10 meses de período de iniciação nos tribunais, com avaliação feita por magistrados designados; c) 6 meses de período de pré-afetação nos tribunais (já nomeados juizes) e, d) 3 meses de formação complementar no Centro de Estudos Jurídicos. Só depois destas etapas é que são designados para responder por uma comarca.

Na Alemanha, também, o ingresso na magistratura está condicionado à aprovação em exames para ingresso em curso específico, com duração mínima de dois anos, ao fim do qual ele é submetido a novo e rigoroso exame e, se aprovado, é nomeado juiz auxiliar, mas só atua em órgão colegiado durante um período de três a cinco anos, após o que ingressa, em definitivo, na carreira de juiz. Na Espanha e na França o ingresso na carreira também se dá mediante concurso para ingresso na Escola da Magistratura (5).

Foi justamente com os olhos voltados para essa questão importante que o constituinte de 1988 inseriu a previsão de cursos oficiais de preparação - sempre prévia - como requisito para o ingresso na carreira de juiz, prestigiando o contínuo aperfeiçoamento, mediante a freqüência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento, como critérios objetivos de aferição do merecimento (art. 93 e incisos).

É certo que no Brasil ainda estamos numa fase que eu diria incipiente neste campo, buscando o melhor modelo, multiplicando-se as escolas estaduais, federais e especializadas. A realidade, como observa o Ministro Sálvio de Figueiredo, *"é que a maioria das escolas têm se limitado ao campo do aperfeiçoamento, até porque, a rigor, não podem ser consideradas como seleção e formação inicial as que se destinam à preparação dos candidatos ao concurso de ingresso nos quadros da magistratura. Ademais, como anotou a Ministra do STJ, Fátima Nancy Andrighi, "os cursos de seleção de magistrados não podem assumir as características de estudos com natureza de pós-graduação, apenas destinados ao desenvolvimento técnico de anterior aprendizagem na Faculdade de Direito. Não de preparar o candidato para as múltiplas dimensões que envolvem o desempenho da função jurisdicional, principalmente a formação humanística"*.

Note-se que essa preocupação com a formação e aperfeiçoamento do juiz ganhou especial relevo na Constituição de 1988, notadamente em face da marcante preocupação com os direitos sociais e com a cidadania, sem embar-

go de eventuais excessos. Nesse contexto, o Judiciário teve uma especial atenção como Poder Político, visto que foi erigido à condição de participante ativo do processo democrático, exigindo-se-lhe uma presença mais efetiva na solução dos conflitos, tendo a sua atuação ampliada com novas vias processuais de controle social (mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, ações coletivas, ação civil pública, ação popular, ações de controle da constitucionalidade, etc).

É sabido que o *"Estado atual é gerador de conflitos, com destaque no campo dos direitos sociais, particularmente nas áreas de habitação, assentamento rural, Previdência, instrução e saúde, pela desarmonia entre o modelo político, fomentador de ansiedades e expectativas sempre frustradas e não concretizadas, estimulando ainda a perpetuação dos litígios, a exemplo do que se dá com as desapropriações e sua indenização, não instrumentalizando adequadamente o Judiciário com recursos humanos, tecnológicos e materiais, mantendo uma concepção individualista do processo em detrimento das soluções coletivas, em uma sociedade marcadamente de massa"* (Cf. Min. Sálvio de Figueiredo).

Por isso mesmo houve necessidade de se ampliar o acesso à tutela jurisdicional, como observa aquele eminente Ministro, para adaptar essa garantia aos novos tempos e às novas aspirações sociais. Essa ampliação de acesso ao judiciário está expressivamente consignada na Carta Magna, merecendo destaque:

a-) a instalação de juizados especiais para o julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo;

b-) a legitimação de entidades associativas para atuarem em juízo, representando seus filiados;

c-) ampliação das funções institucionais do Ministério Público;

d-) a previsão de Defensoria Pública;

e-) a diversificada legitimação ativa para a propositura da ação de inconstitucionalidade em nível federal;

f-) a ampliação do mandado de segurança que passou proteger também direito coletivo;

g-) o habeas data, para acesso do cidadão a registros de bancos de dados.

Ora, se tantos instrumentos processuais novos passaram a fazer parte do cotidiano do magistrado, que a todo momento se vê às voltas com problemas novos e muitas vezes inusitados, revela-se evidente a necessidade de uma constante atualização, um aperfeiçoamento permanente, que implica numa autêntica "reciclagem" de quem tem a difícil missão de julgar. Isto, sem

dúvida, exige do juiz uma sobrecarga de trabalho intelectual, pois além do volumoso serviço a seu cargo, está obrigado a se aperfeiçoar e a se atualizar com as modificações constantes no sistema processual, para que possa bem compreender e aplicar os novos tipos de ações e ritos implantados, como observa o Ministro José Delgado(3). Essas recentes vias procedimentais, salienta ele, *“surgidas no âmbito do processo visam a atender, em parte, ao clamor da sociedade contemporânea contra a demora do processo. No particular, identifica-se, plenamente o interesse do próprio Estado em garantir o primado do Direito, objetivo que só pode ser alcançado se o judiciário se apresentar preparado, tanto no aspecto material, como no de sua formação humana, para responder, de modo célere, eficaz e efetivo, à pacificação dos conflitos que lhe são entregues pelas partes e que para elas constitui anseio fundamental e direito subjetivo sublimado pela Carta Magna.”*

Tem-se dado especial ênfase à necessidade de aplicação constante dos princípios da instrumentalidade e da efetividade, pela importância que eles têm na solução dos litígios. Com efeito, o processo não é um fim em si mesmo, mas um caminho ou meio regulado pela lei e utilizado pelas partes e pelo juiz para o alcance do seu objetivo. Por seu turno, *“a efetividade visa a que o processo cumpra a sua missão de entregar a prestação jurisdicional buscada dentro de parâmetros do que é justo, isto é, que o direito material protetor das partes seja bem aplicado.”*

Indiscutivelmente, na conscientização e no implemento desses objetivos avulta-se a importância das escolas de magistratura, organizando e ministrando os mais diversos cursos, não só preparatórios, mas, sobretudo, de extensão, visando ao aprimoramento de conhecimentos jurídicos, humanitários, sociológicos e até mesmo técnico-científico, pois todas essas áreas da ciência fazem parte da realidade judiciária mundial. A sociedade moderna é dinâmica e os valores sociais que cultua são efêmeros, de forma que reclama a readaptação das normas legais e dos que as aplicam ao fenômeno sociológico.

Neste particular aspecto, parecem-me oportunas e pertinentes ao tema as colocações postas no livro *“A Judicialização da Política e das Relações Sociais”*, de Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumam Burgos - Editora Revan -, nos seguintes termos:

“A invasão do direito no mundo contemporâneo não tem limitado as suas repercussões no âmbito dos poderes republicanos e à esfera propriamente política. Ela também vem alcançando a regulação da sociabilidade e das práticas sociais, inclusive daquelas tidas, tradicionalmente, como de natureza estritamente privada e, portanto, impermeáveis à intervenção do Estado, como são os casos, entre outros, das relações de gênero no ambiente familiar e do tratamento dispensado às crianças por seus pais ou responsáveis. Ao lado dessa crescente regulação da vida privada, também no que concerne a novíssimas dimensões da experiência social, cujos exemplos poderiam ser a dramática ampliação do consumo juvenil de drogas ou, de uma perspectiva mais positiva, a universalização de uma consciência ecológica, o

direito vem expandindo a sua capacidade normativa, armando institucionalmente o Judiciário de meios e modos para o exercício de uma intervenção nesse plano.

É todo um conjunto de práticas e de novos direitos, além de um continente de personagens e temas até recentemente pouco divisível pelos sistemas jurídicos - das mulheres vitimizadas, aos pobres e ao meio ambiente, passando pelas crianças e pelos adolescentes em situação de risco, pelos dependentes de drogas e pelos consumidores inadvertidos -, os novos objetos sobre os quais se debruça o Poder Judiciário, levando a que as sociedades contemporâneas se vejam, cada vez mais, enredadas na semântica da Justiça. É, enfim, a essa crescente invasão do direito na organização da vida social que se convencionou chamar de judicialização das relações sociais”.

Nesta mesma linha de raciocínio, o Ministro José Néri da Silveira traçou a função do juiz, em palestra proferida na Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, em 6/12/91, afirmando:

“O Direito, para servir a sociedade, não pode ficar na pura abstração, mas deve existir no conviver humano, ser companheiro da vida, assistindo e protegendo, promovendo o convívio harmônico e a segurança nas relações sociais. O juiz, desse modo, há de estar atento aos fatos, ao tempo em que vive, não lhe bastando o conhecimento da técnica de Direito, para que se resolvam adequadamente os conflitos e se avance, de maneira segura e equilibrada, em direção ao que deve ser. Válido é, no particular, afirmar-se que, em princípio, o que se procura, no processo, é a vida, nas suas múltiplas manifestações. E o juiz tem que penetrar na parte noturna do ser, nas suas manifestações de rebeldia, na sua variada manifestação: no crime, na fraude civil, no desamor, no ódio. Em princípio, em cada processo, há problemas humanos, e não apenas problemas de técnica jurídica...”

Nesse contexto constata-se, sem maiores indagações, o quanto é essencial a preparação e o aprimoramento dos magistrados para a solução dos litígios inéditos, formação esta que, como já visto, não pode limitar-se ao aspecto jurídico.

É preciso saber - como afirmou o Ministro Sidney Sanches, do STF - *“se as pessoas consideram a justiça como necessidade, no mesmo grau que da saúde, da educação, do transporte e da previdência social, é de se perguntar se os homens públicos querem a Justiça como prioridade. Com certeza, para o cidadão que se sente injustiçado, a Justiça é mais importante que tudo.”*

Não há dúvida de que a Justiça é serviço público essencial e visa, especialmente, assegurar ao cidadão o direito à saúde, à educação, à vida, à liberdade, à segurança.

Mas é preciso dizer, como observa o Desembargador Eliseu Fernandes de Souza, do TJ de Roraima, *“que, ao longo da história de nosso país, até pela cultura de seu povo, sedimentou-se um certo conformismo do cidadão*

em aceitar deveres impostos pelo Estado: cumprir e respeitar as leis e pagar impostos. No entanto, não exigia eficiência da contrapartida dos serviços públicos com presteza e qualidade.

Com o advento da Carta Constitucional de 1988, mesmo pendente de regulamentações e submetida a remendos e emendas, não se pode negar o despertar da sociedade no sentido de exigir garantias constitucionais e melhor qualidade dos serviços públicos."

Certamente inclui-se nessa relação a prestação jurisdicional que se insere no contexto de realização política do Estado. Por isso não é demais afirmar que "o juiz vocacionado tem como ideal a proficiência da prestação jurisdicional, por compreender que a justiça é serviço público essencial. Com esse espírito, não alimenta vaidade fútil, nem compulsão por promoções pessoais e se realiza com o exercício consciente da sua missão".

Todas essas constatações mostram, de maneira insofismável, a importância de que se revestem as Escolas de Magistratura, como já afirmei, que desempenham um papel fundamental, propiciando aos juizes oportunidade de preparar-se para esses grandes desafios. Algumas iniciam sua atividade já na preparação de candidatos ao cargo de juiz. Entretanto, diante da realidade brasileira, a missão primordial dessas escolas deve ser a de assegurar aos juizes uma permanente atualização em todas as áreas do direito.

Quando me refiro à realidade brasileira, certamente não estou esquecendo que as transformações sócio-econômicas e científicas se operam no mundo todo. Faço-o, de propósito, porque acredito que dificilmente haverá um outro país em que a legislação seja mais instável do que o nosso.

Com efeito, se a missão do julgador já é árdua por sua própria natureza, no Brasil as coisas se complicam ainda mais, visto que vivemos um momento da história - que, aliás, já se prolonga por vários anos - em que praticamente não existe segurança jurídica em nenhuma esfera do direito. A espantosa freqüência com que se editam e se mudam as leis e atos normativos, além de provocar uma evidente insegurança jurídica, chega a causar perplexidade. E o pior é que isto se faz por meio de instrumento legal hoje completamente desvirtuado de sua finalidade constitucional, que é a Medida Provisória. Já são mais de 2.000 tratando de todas as matérias, algumas reeditadas centenas de vezes, quase sempre com modificações no texto, tornando-se um tormento para os juizes que, apesar de um esforço ingente, já não conseguem acompanhar tão rápidas e inusitadas alterações.

Há uma completa subversão do processo legislativo, transformado que foi o Poder Legislativo praticamente em chancelador ou homologador da vontade legislativa do Executivo. Os requisitos constitucionais de urgência e de relevância para a edição dessas medidas já foram há muito relegados a plano secundário, prevalecendo a vontade única de quem as edita. Até mesmo os tribunais superiores já estão se rebelando contra este estado de coisas, como vê de pronunciamentos recentes do Ministro Costa Leite, presidente do STJ e de Ministros do STF.

Pois bem, nós, juizes, vivemos às voltas com esta situação, o que nos exige uma atenção redobrada, sob pena de incidirmos em graves equívocos, aplicando uma legislação que, no mesmo dia, está sendo revogada.

Ao lado deste autêntico “carnaval legislativo” não se pode olvidar o extraordinário progresso científico-tecnológico que traz a lume fatos e situações novas, muitas delas ainda não reguladas por lei, que desafiam a inteligência e a criatividade dos juizes.

Para ficar apenas em alguns poucos exemplos disso, temos: a discussão sobre alimentos transgênicos; a fecundação “in vitro” com as chamadas “mães de aluguel”; as questões envolvendo o ecossistema; os crimes cometidos pela internet; a possibilidade de transformações genéticas até então inimagináveis, etc. Todas essas questões vêm sendo postas perante o judiciário, exigindo dos juizes novos e aprofundados estudos sobre elas, pois o juiz não pode se eximir de decidir invocando lacuna ou inexistência de lei. Seja qual for o caso que se lhe apresenta terá de proferir um julgamento.

Acresça-se a isto o fato de que trabalhamos com legislação defasada, sobretudo os principais Códigos., como observou o Desembargador Joaquim Mouzinho, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em solenidade realizada na Assembléia Legislativa daquele Estado: “os juizes do Brasil não querem mais usar um Código Comercial de 1850, decidir a vida íntima dos brasileiros com um Código Civil de 1916 e muito menos castigar o nosso povo com um Código Penal de 1940.”

Por isso, os cursos de atualização promovidos pelas Escolas de Magistratura são fundamentais.

Destaque-se, por dever de justiça, que neste passo a nossa Escola de Magistratura Regional Federal da 2ª Região - EMARF tem sido de uma extraordinária eficiência, com constantes cursos, seminários, simpósios, etc. sempre versando sobre temas de grande importância. Está, sem dúvida, cumprindo a sua missão constitucional. Merece todo o nosso apoio e admiração, como já salientei no início.

Para encerrar valho-me, mais uma vez, das palavras do Min. Sálvio de Figueiredo:

“Como assinalou com a sua reconhecida sensibilidade jurídica o professor Carlos Fernando Mathias, “a humanidade está em plena fase da chamada terceira geração dos direitos do homem, vale dizer, dos assim designados direitos de solidariedade, como o direito ao desenvolvimento, o direito ao patrimônio comum da humanidade e o direito ao meio ambiente”. Outra não é a lição de Antônio Augusto Cançado Trindade, com efeito, ao lado dos direitos civis e políticos(primeira geração), dos direitos sociais, econômicos e culturais(segunda geração), emergem os direitos que, além de ter por valor supremo o homem, o focalizam sob o ângulo da fraternidade.

Por outro lado, os direitos fundamentais clássicos cedem lugar, cada vez mais, a esses novos direitos fundamentais, que repudiam a inatividade do Estado e sua omissão, reclamando atuação positiva. São direitos à prestação ou à participação (Leistungsrechte oder Teilhaberechte).

Daí a ilação de que o Judiciário, como Poder ou atividade estatal, não pode mais manter-se equidistante dos debates sociais, devendo assumir seu papel de participante do processo evolutivo das nações, também responsável pelo bem comum, notadamente em temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, defesa do meio ambiente e valorização do trabalho e da livre iniciativa. Co-partícipe, em suma, da construção de uma sociedade mais livre, justa, solidária e fraterna”.

Bibliografia

1) Juiz Federal Roberto Wanderley Nogueira: “O JUIZ E O PROBLEMA DAS ESCOLAS DE DIREITO NO BRASIL” - Monografia apresentada à Cadeira de Sociologia do Direito.

2) Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: “A Formação do Juiz Contemporâneo”. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros - ano 2, nº 4, pgs. 80/88.

3) Ministro José Delgado: “A Função do Juiz na Direção do Processo”. Revista CONSULEX, Ano II, nº 13, pgs. 34/41.

4) Luiz Wernech Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Brauman Burgos: “A Judicialização da Política e das Relações Sociais”, Ed. Revan, p.148.

5) Ministro Carlos Mário da Silva Velloso: “Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico” - Revista Cidadania e Justiça, nº 4, pgs. 94/111.

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E EXECUÇÃO FISCAL

FERNANDO MARQUES
Desemb. Fed. do TRF-2ª Região

INTRODUÇÃO

Não se tem dúvida quanto a que o fator tempo exerce iniludível influência na construção jurídica. Em pódio de prescrição, especialmente, ele reveste atributo de substancialidade ampla, pois há interesse da sociedade em conferir juridicidade a situações fáticas que, por seu intermédio, se podem prolongar de forma indesejável.

Duplamente o tempo influi nas relações jurídicas. Se o sujeito desfruta de certo direito durante determinado período, a lei lhe defere a faculdade de integrá-lo ao seu patrimônio, caso em que a prescrição se diz aquisitiva. Se, ao contrário, deixa de utilizar os remédios protetivos do direito, com omissão até mesmo quanto ao próprio exercício deste, verificar-se-á, em momento próprio, a ocorrência da prescrição extintiva. Assim, ambas as modalidades buscam punir os inativos, com "sacrifício da justiça em favor da ordem", no dizer abalizado do emérito Professor Arnold Wald¹.

Colimando o direito desiderato de obtenção da denominada paz social e de garantia da segurança jurídica, seria de difícil compreensão admitir-se a possibilidade de existência de eternas discussões em torno de questões, quando já passado lapso temporal razoável. Inicialmente, no entanto, no primitivo direito romano, como adverte Silvio Rodrigues, não existia tal limitação de tempo. Com efeito, "a idéia de prescrição aparece só no direito pretoriano, pois o magistrado vai proporcionar às partes determinadas ações capazes de contornar os princípios do *jus civile*"². Por isso que, naquela fase, o instituto representava forma de extinguir a ação, afetando, via de consequência, o próprio direito material. Hodiernamente, contudo, não pode mais haver dúvida quanto a que a fluência inativa do prazo da prescrição não extingue a ação, pois esta se caracteriza como direito autônomo, instrumental, subjetivo, formal, acessório do direito substantivo. Transcorrido o lapso de tempo aplicável, caracteriza-se o fenômeno da prescrição, que acarreta a inevitável consequência da perda da exigibilidade do direito do credor. Em outras palavras, ele continuará com o seu direito de ação incólume, mas correrá o risco de não poder, com êxito, exigir do seu devedor o cumprimento da obrigação que lhe era devida e deixou de sê-lo por decurso de prazo, pois a prejudicial da prescrição lhe poderá ser oposta pelo devedor. Com isso a pretensão a que a parte devedora se submeta ao direito da credora se apresentará invariavelmente despida do atributo da exigibilidade, ficando esta última a

1 Curso de Direito Civil Brasileiro, vol.1, 7ª ed. P.222, Ed. RT.

2 Direito Civil, vol. I, 17a. ed., Saraiva, pag.341

depende, às inteiras, da vontade daquela de cumprir a obrigação, que já traz em si o defeito de não mais poder ser validamente exigida.

O CONTEXTO FÁTICO-JURÍDICO

Em regra, o instituto da prescrição se apresenta como matéria submetida ao império da reserva legal, já que o mesmo implica, como antes se mencionou, na extinção da exigibilidade de um direito, que poderá ser deduzido e exercido através da ação judicial. Portanto, é a lei que se encarregará de estabelecer certo e determinado prazo, dentro do qual a referida ação deverá ser ajuizada ou remédios processuais outros, tendentes a evitar que o prazo fatal flua *in albis*, pena de perecimento da referida exigibilidade.

A propositura da ação de execução fiscal, quando ainda não expirou o prazo prescricional, ou seja, quando ainda não se consumou e se perfez o vício da perda da exigibilidade do direito, que se busca alcançar em juízo, concretiza e traz à balha o exercício de uma faculdade essencialmente revestida do atributo de subjetividade, consubstanciada no respectivo direito autônomo e acessório de ação, acarretando, como consequência direta e inarredável, a interrupção do prazo legal exigível à eficácia daquele imediato efeito que o instituto traz consigo. Tal interrupção se erige, em verdade, em incontestável medida de salvaguarda e proteção, a premiar os que diligenciam em defesa dos seus direitos, razão porque não se sujeitam às conseqüências advindas do comportamento ínsito na idéia contida na vetusta mas sempre atual parêmia *dormientibus non succurrit jus*.

Todavia, o afastamento do efeito da prescrição pressupõe e exige não apenas que o credor inicie a ação executiva, mas também que nela atue, incessantemente, durante todo o tempo de seu processo e julgamento. Assim, afigura-se ônus processual do autor-exequente requerer o que for pertinente, tanto quanto promover as diligências que se lhe apresentarem como necessárias ao objetivo de constrição do patrimônio do devedor, que o mesmo persegue através da ação. Por isso que se, a qualquer momento, se efetivar a inexistência da indispensável e inafastável diligência ou dedicação, através de comportamento processual a caracterizar atitude negligente do autor, relativamente ao prosseguimento ativo e célere do processo de execução, a perda da exigibilidade do direito, que a prescrição traz consigo, não poderá restar afastada, pois a propositura da ação constritiva, razão da interrupção da fluência do prazo fatal, estará deixando de perseguir seu real desiderato.

De um modo geral, a fluência do referido prazo prescricional encontra-se interrompida em decorrência da propositura da ação, porém isto não significa que a prescrição não se poderá consumir. É que, como variante necessária a que o exequente não se torne negligente, encontra-se em estado de constante alerta o que o magistério da doutrina e da jurisprudência denominam de prescrição intercorrente ancorada na dicção do artigo 174 do Código Tributário Nacional, que dispõe no sentido de que a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constitui-

ção definitiva, se e quando ao final de cinco anos não tiver havido qualquer manifestação do credor exequente.

Consequentemente, não se pode argumentar, exitosamente, que o autor da ação de execução fiscal não tenha dado causa ao decurso do prazo da prescrição intercorrente, quando fica claro nos autos que o seu comportamento se cobre do atributo da inatividade processual, no que concerne ao seu indispensável impulso, objetivando cobrar o que lhe é devido, ou seja, visando à satisfação de seu crédito. Nesse aspecto interessa sobretudo notar que, em verdade, o que importa à configuração do referido comportamento omissivo do credor é sempre e sempre a sua falta de zelo e atitude desinteressada pela marcha do processo, que ficam caracterizadas quando, passado o prazo legal, não tiver havido qualquer manifestação nos autos.

Ademais, o art. 40 da Lei nº 6.830/80, nos termos em que foi admitido em nosso ordenamento jurídico, não pode revestir-se do atributo de prevalência necessária a amparar a manutenção do processo em aberto, *ad infinitum*. Isto porque a sua aplicação há de sofrer os limites impostos pelo artigo 174 do Código Tributário Nacional, pois repugna aos princípios informadores do nosso sistema de Direito a prescrição indefinida, porque caracterizadora de indesejável situação de insegurança jurídica. Daí então que, após o decurso de determinado tempo, previsto em lei, sem promoção da parte interessada, deve ter fim a lide, pela via da prescrição, impondo-se a referida segurança jurídica aos litigantes. Ademais, os casos de interrupção do prazo prescricional estão previstos no artigo 174 do CTN, nele não incluídos os do artigo 40 da Lei nº 6.830/80, sendo fundamental sempre lembrar-se a circunstância de que o mencionado artigo se contém em diploma revestido de natureza de lei complementar. Por isso que deve preferir a dispositivo de lei ordinária, que não pode malferir, com êxito, tema já abordado por aquele tipo de diploma legal. Esse o *rationale* que induz o intérprete à inevitável conclusão de que o processo de execução fiscal não deve ficar paralisado por longos anos (art. 40 da Lei 6.830/80), sem que se caracterize a prescrição intercorrente (art. 174 do CTN).

Entretanto, não se há de concretizar a prescrição intercorrente, em sede de executivo fiscal, quando o credor não tiver tomado conhecimento da determinação judicial de sobrestar o andamento do feito, mesmo que ele permaneça inerte pelo tempo que for. Isto se dá porque não há de se extinguir o direito processual da parte, pelo efeito da prescrição, por falha do sistema judicial. Em verdade, as partes têm direito subjetivo de serem comunicadas da prática dos atos processuais, especialmente os que concorrem para confirmar, modificar ou extinguir direitos.

Nesse aspecto, a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, orienta no sentido de que o Código Tributário Nacional (art. 174), por ser lei complementar, há de prevalecer sobre a Lei nº 6830/80, que é lei ordinária. Assim, a suspensão do processo de execução fiscal (art. 40 da Lei nº. 6830/80) há de se compatibilizar com a regra prevista no art. 174, I, do Cód-

go Tributário Nacional, de modo a que o débito tributário não se torne imprescritível, quando já em fase de execução³.

A orientação da doutrina também se tem sido no sentido de que é de todo inconveniente permitir-se a perpetuação dos interesses em conflito caracterizados por pretensões resistidas. Com efeito, os doutrinadores José Afonso da Silva⁴, Carlos Guimarães⁵, Milton Flaks⁶ e Luiz Celso Barros⁷ veementemente repudiam a possibilidade da suspensão por tempo indefinido do processo de execução fiscal, que obstaculizaria a incidência do instituto da prescrição. Por mais relevante que seja o direito protegido - a cobrança do tributo - não justificaria, no abalizado magistério desses juristas, a perpetuação e a elisão do princípio da prescrição.

Destarte, tanto no ensinamento da doutrina como no da jurisprudência são significativos os posicionamentos quanto às iniludíveis inconveniências de tal *contendae perpetuatio*.

DO RECONHECIMENTO E DA DECRETAÇÃO

A Carta Política de 1988 exige lei complementar para a criação de regras de caráter geral, em sede tributária, em que também se inclui o instituto da prescrição. Em atenção ao desiderato dessa regra constitucional, a construção pretoriana nacional já deixou assentada orientação no sentido de que o Código Tributário Nacional foi integralmente por ela recepcionado. Daí então a conclusão de que, em se tratando de matéria confiada a norma legislativa especial, que exige processo de elaboração mais rígido do que pretendeu o constituinte para a lei ordinária, não de ter os dispositivos daquela necessária preferência sobre os desta, sempre que houver conflito entre os de uma e de outra. Portanto, sendo a prescrição instituto que reveste qualidade de direito material, por definição do próprio Código Tributário Nacional, que, como lei complementar, a regula, força seria convir que o inciso V do art. 156 desse Digesto há de preferir às regras estampadas nos artigos 128, 219, §5º do Código de Processo Civil e 166 do Código Civil. Justificaria tal posicionamento a circunstância de que a autorizada utilização do princípio da subsidiariedade, contido nos artigos 109 e 110 do CTN, relativamente a normas substantivas e processuais haveria de ser indubitavelmente posta de lado nos casos em que

3 RESP 132846/PR ; RECURSO ESPECIAL (1997/0035296-0) DJ24/08/1998 PG:00014 Min. GARCIA VIEIRA; Min. DEMÓCRITO REINALDO (1095) data da decisão* 21/05/1998; PRIMEIRA TURMA. Precedentes RESP 51541-PR, RESP 46059-MA, REBP 8384-RJ, RESP 33339-MG, RESP 35690-SP, RESP 31693RJ, RESP 31695-RJ, RESP 31696-RJ, RESP 31698-RJ, RESP 31699-RJ, RESP 31700-RJ, RESP 31701-RJ (STJ)AC 132453-PE, AC 72833-RS, AC 72913-RS, AC 72952-RS, AC 116752-PE

4 Execução Fiscal, ed. RT, 1976, págs. 209 e 210, Bauri.

5 Prescrição e Decadência, ed. Forense, 2ª, 1984, op. 254.

6 Comentários à Lei de Execução Fiscal, ed. Forense, 1981, págs. 349-350.

7 A Nova Execução Fiscal, ed. Jalovi.

dito *Codex* se ocupasse diversamente de institutos semelhante ou, até mesmo, quando desautorizasse sua aplicação⁸.

Por outro lado, Sebastião de Oliveira Lima e parte da jurisprudência, que o acompanha, defendem orientação no sentido de que a prescrição “extingue não apenas o crédito tributário, mas também, por via de consequência, a própria obrigação tributária. Em outras palavras, a prescrição tributária extingue, não apenas a ação que assegura um direito, mas também o próprio direito”⁹. Em razão disso, argumenta-se, então, que, se a decadência, pela qual se perde o direito, pode ser declarada de ofício, também o mesmo se daria com a prescrição, porque, em última análise, transcorrido o prazo fatal, estariam extintos o crédito e a obrigação tributária, vale dizer, o próprio direito, por força do que se contém no §1º do artigo 113 e 156 do Código Tributário Nacional. Entretanto, tal posicionamento não pode, validamente, prosperar, tal como se observa do magistério do eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal e, atualmente, seu ilustre Presidente, Ministro Carlos Mario da Silva Veloso, ao advertir, *in verbis*, que:

“O argumento no sentido de que, por extinguir a prescrição o crédito tributário, e, em consequência, a obrigação tributária, não tem a extensão que empresta OLIVEIRA LIMA.

A uma, porque, leciona CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, no direito privado há corrente doutrinária no sentido de que a prescrição “extintiva ou liberatória conduz à perda do direito pelo seu titular negligente”. Escreve esse notável tratadista.

“Perda do direito, dissemos, e assim nos alinhamos entre os que consideram que a prescrição implica em algo mais do que o perecimento da ação...Pelo efeito do tempo, entretanto, aliado à inércia do sujeito, é a próprio direito que perece.”

Nem por isso, todavia, essa corrente doutrinária justifica a sua declaração de ofício, a exemplo do que ocorre com a decadência, por isso que “a prescrição é instituída com fundamento em um motivo de ordem pública, mas no interesse privado do favorecido, e, por esta razão, somente pode ser pronunciada a seu requerimento; a decadência é criada não só por motivo, mas no interesse também da ordem pública, e pode ser decretada a requerimento do órgão do Ministério Público, e até ex officio.”

8 AGResp 228093/SP, DJ 08.03.00, p. 82, Rel. Min. José Delgado-1ª Turma; REsp 227772/SP, DJ 29.11.99, p. 139, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma; REsp 115565/ES, DJ 01.07.99, p. 163, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma; REsp 85178/PR, DJ 08.09.98, p. 26, Rel. Garcia Vieira, 1ª Turma; REsp 51541/PR, REsp. 46059/MA, REsp. 8384/RJ, REsp. 33339/MG, REsp. 35690/SP, REsp 31693/RJ, REsp. 31695/RJ, REsp. 31696/RJ, REsp. 31698/RJ, REsp. 31699/RJ, REsp. 31700/RJ, REsp. 31701/RJ (STJ), AC 132453/PE, AC 72833/RS, AC 72913/RS, AC 72952/RS, AC 116752/PE (TRF).

9 A declaração pelo juiz de ofício da prescrição tributária, Res. Tributária nº 10, 1976, seção 1.3, pag. 113, apud voto vista Min. Nancy Andrichi, STJ - 1ª Seção - Embargos de Divergência em Resp nº29432-RS, DJU 04.09.00, pag. 115.

A duas, reconhecemos que a prescrição extingue, em verdade, o crédito tributário e, ipso facto, a obrigação tributária. Entenda-se: a prescrição reconhecida e decretada. A forma de reconhecê-la e decretá-la, buscamo-la na lei substantiva civil e na lei processual, porque o Direito Tributário, ao cuidar do instituto, não o alterou, expressamente, no particular (CTN, art. 109).

E tanto não o alterou - e aqui a interpretação sistemática do Código Tributário Nacional se impõe - que, ao cuidar especificamente da prescrição, estabeleceu, expressamente, no art. 174, que "a ação para a cobrança do crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos". (art. 173).

Interpretando-se, assim, em conjunto, os artigos 156, V e artigos 173 e 174, de concluir-se que a lei tributária não alterou, no particular, o instituto de direito privado. A prescrição atinge também o direito, e, no caso, a própria obrigação tributária, por isso que a todo direito corresponde uma ação, que o assegura (Código Civil, art. 75); ora, não dispondo o direito dessa ação, para assegurá-lo, não se pode chamar a pretensão de direito. Por outro lado, se é certo que o direito é marcado pela coercibilidade, não seria direito a pretensão que não pudesse ser eficaz.

O CTN, no art. 173, consagra o princípio de direito privado, no sentido de que a decadência "é morte da relação jurídica pela falta de exercício em tempo prefixado", bem assim reconhece como exato, esse outro princípio de direito privado, no art. 174, que "a prescrição extingue um direito que não tinha prazo para ser exercido, mas que veio a encontrar mais tarde um obstáculo na criação de uma situação contrária, oriunda da inatividade do sujeito." Por serem os fundamentos da decadência e da prescrição diversos, o da primeira o "não ter o sujeito utilizado de um poder de ação, dentro dos limites temporais estabelecidos à sua utilização", e o da prescrição um interesse de ordem pública "em que não se perturbem situações contrárias, constituídas através do tempo", mas no interesse privado do favorecido, só se o CTN tivesse estatuído, expressamente, regra contrária a que está inscrita no art 166 do Código Civil, seria possível a aplicação do instituto, no campo tributário, de forma diversa daquela vigente, no direito privado.

Noutra perspectiva, considerando-se que o CTN, no art. 174, estabeleceu, expressamente, que a ação para a cobrança do crédito tributário é que prescreve em cinco anos, força é concluir que a lei tributária abraçou a doutrina tradicional que acentua que "a prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante um determinado espaço de tempo", ou do "não uso de sua propriedade defensiva, da ação que o reveste e protege" conforme a lição de Clóvis Beviláqua (Teoria Geral do Direito Civil. Liv. Francisco Alves, 21 ed., 1929, p. 370).

Assim, agasalhando o CTN o conceito do direito privado, presente este é que poderiam ser interpretados os art. 165, V, e 113, I, a prescrição extingue, em verdade, o crédito tributário e, em consequência, a obrigação tributária. Entenda-se, todavia, o que já afirmado: a prescrição reconhecida

e decretada, na forma da lei civil e processual (C. C., art. 166; CM, art. 219, § 5º), certo que, em se tratando de direito patrimoniais, vale dizer, as relações jurídicas que tenham expressão pecuária, não pode o juiz, de ofício decretar a prescrição (Código Civil, art. 166, CPC, art. 219, § 5º).¹⁰

Destarte, é bem de ver que, não se podendo equiparar, exitosamente, os institutos da prescrição e da decadência, eis que revestidos de natureza jurídica diversa, também não se há de utilizar os princípios aplicáveis a um para o outro. Se é certo que, como acima se viu, somente quando a prescrição for validamente decretada é que haverá falar em extinção da exigibilidade do crédito tributário, menos certo não é que o suporte legal para a sua validade deverá ser obtido a partir das normas de regência do Código de Processo Civil e do Código Civil, pois, não tendo o Código Tributário Nacional cogitado da possibilidade de seu manejo, de ofício, pelo julgador, certamente remeteu o tema ao domínio das normas que incidem subsidiariamente, por força de exegese dos artigos 109 e 110 desse último Digesto. Ademais, não se há de olvidar a circunstância de que, enquanto a prescrição despe o direito do atributo da exigibilidade, a decadência o fulmina, obstaculizando, inclusive a válida propositura da ação.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, advém, então, a inevitável conclusão de que a aplicação subsidiária e complementar das regras de natureza processual e substantiva, admitida pelo Código Tributário Nacional, se erige em natural consequência de não ter sido o tema da prescrição nele regulado, no tocante à possibilidade de seu reconhecimento e decretação, de ofício, por parte do julgador. Assim, pode-se dizer que tal aplicação subsidiária há de ser necessariamente prestigiada, razão por que a matéria estará obrigatoriamente na dependência das regras de regência dos artigos 291, § 5º do Código de Processo Civil e 166 do Código Civil, que não admitem que o juiz declare, de ofício, a prescrição de direitos patrimoniais, em que se alberga o crédito tributário, impondo-se, destarte, que o interessado manifeste expressamente nos autos seu desejo de vê-la reconhecida e decretada pelo magistrado, como condição inarredável de sua eficácia, inclusive na modalidade intercorrente, em sede de execução fiscal. Por fim, tal posicionamento se afina com o que foi decidido pela primeira seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça nos Embargos de Divergência em REsp 29432-RS, rel. Min. Ari Pargendler.

10 Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Distrito Federal, pag-27-52, *apud* voto vista Min. Nancy Andrighi, STJ - 1ª Seção - Embargos de Divergência em Resp nº29432-RS, DJU 04.09.00, pag. 115.

(RE) LEITURA DO DIREITO PENAL À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO: POSSIBILIDADE DE
SUBSTITUIÇÃO DA PENA NOS CRIMES
HEDIONDOS

CASSIO MURILO M. GRANZINOLI
Juiz Federal Substituto junto à 5ª Vara Federal Criminal
do Rio de Janeiro.

"Do rio que tudo arrasta todos dizem violento, mas ninguém diz violentas as margens que o comprimem." (Bertold Brecht)

Passados pouco mais de 12 anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, torna-se necessária uma nova abordagem da influência dos princípios constitucionais no campo penal, entendida essa expressão em sentido amplo – Direito Penal e Processo Penal.

Realmente, é sempre bom repisar que todo o ordenamento jurídico deve ser sempre lido à luz da Constituição, norma fundante e onde todas as demais devem haurir seu fundamento de validade, como já pregava o Mestre de Viena, Hans Kelsen. Impende, mesmo após alguns anos da novel Carta Política, uma nova leitura do direito sob a ótica, sob o *filtro* constitucional, fazendo-se o que Paulo Ricardo Schier denomina de *filtragem constitucional* – *"mecanismo teórico possibilitador da releitura de todo o universo jurídico e, designadamente, do direito infraconstitucional à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais"*.

Na presente análise, procurar-se-á verificar a influência dessa leitura particularmente no campo penal, sem a pretensão de abordar todos os aspectos ou de apresentar a posição do autor como preceito absoluto, desinfluyente de dúvidas, mesmo porque, como dizia Sócrates, como premissa de sua maieûtica, *"de dúvidas só estão libertos os ignorantes, porque desconhecem que ignoram"*.

Passa-se a abordar alguns temas penais com base nos preceitos fundamentais e princípios constitucionais, iniciando com a defesa da tese de possibilidade de aplicação de penas substitutivas, em certos casos excepcionais, nos chamados crimes hediondos.

Sem embargo da posição da Suprema Corte do país, que em reiteradas decisões vem afirmando a impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito nos denominados crimes hediondos – terrorismo, tráfico, tortura e outros previstos na Lei 8.072/90, permitimos defender, em determinados casos concretos, sua aplicação como corolário de uma hermenêutica constitucional.

A posição do STF pode ser sintetizada pelo aresto abaixo:

Substituição de Pena e Crime Hediondo: o benefício da substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos prevista no art. 44 do CP, com a redação dada pela Lei 9.714/98 ("As penas restritivas de direito são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa [...]"), por ser regra geral, não se aplica à Lei 6.368/76, que é especial. Com base nesse entendimento, e considerando que o paciente fora condenado por tráfico de entorpecentes (Lei 6.368/76, art. 12) - cuja pena deve ser cumprida integralmente em regime fechado por se tratar de crime hediondo, nos termos do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90 -, a Turma, por maioria, indeferiu habeas corpus contra acórdão do STJ, em que se pretendia a substituição da pena privativa de liberdade imposta, por estarem presentes os requisitos previstos no art. 44 do CP. Vencida o Min. Sepúlveda Pertence, que deferia o writ, ante a inexistência de restrição na Lei 9.714/98 à sua aplicação à Lei 6.368/76. HC 80.010-MG, rel. Min. Octavio Gallotti, 25.4.2000.

Cabe, antes de mais nada, interpretar o que seja crime hediondo. Segundo o Dicionário da Língua Portuguesa, do Ministério da Educação (11ª edição, 1986), "hediondo" significa "depravado, imundo, sórdido, repugnante, nojento". A lei, todavia, é genérica e, numa interpretação literal, pode levar a crer que basta que um crime se enquadre no rol do art. 2º da Lei 8.072/90 para que seja taxado de hediondo e, em consequência, não se lhe permita a aplicação de qualquer dispositivo legal mais benéfico que caberia nos demais crimes, como a possibilidade de apelar em liberdade, a progressão de regime e a substituição da pena.

Não se pode olvidar, porém, que o Direito Penal é um voltado para o fato e para o homem, para aquele fato ocorrido e para aquele autor determinado. Daí a necessidade do devido processo legal, com acusação, defesa e um juiz imparcial para processar e julgar cada caso particular que lhe é apresentado. Como ensina Welzel, a ciência penal é uma "ciência prática", não somente porque se coloca a serviço da administração da justiça, mas também com significado mais abrangente, por ser *uma teoria do agir humano justo e injusto*. Quer se dizer com isso possuir a ciência penal uma função criadora, não se limitando a repetir as palavras da lei ou a traduzir-lhes o sentido estático ou o pensamento histórico do legislador.

Retomando a etimologia da palavra "hediondo", nos permitamos fazer a seguinte indagação: o que é mais hediondo, mais repugnante, mais socialmente reprovável, seja para um operador do direito, seja para um leigo: um nigeriano, um sul-africano ou mesmo um brasileiro, que viva sob as condições mais humilhantes e degradantes possíveis, sem ter tido a menor oportunidade de acesso à educação, à saúde e mesmo à alimentação regular que, tentado por tais circunstâncias e aliciado por traficantes inescrupulosos, sirva de "mula", de instrumento para o transporte de pequenas quantidades de entorpecentes por aviões, navios ou mesmo por via terrestre, ou um crime praticado por rico empresário que sonega milhões e milhões de reais em im-

postos e outros tributos? O que é mais reprovável e mais danoso à sociedade? Será que ao primeiro delinqüente – que faz parte daqueles que à sociedade ocidental não interessam e que os economistas denominam de “massa humana excedente”, o que na feliz expressão do Prof. Celso D. de Albuquerque Mello poderia ser traduzido como: “não deveriam ter nascido e deveriam morrer o mais rápido possível”, foram dadas maiores oportunidades ou liberdade de escolha, ou, ao contrário, ao segundo tipo de delinqüentes, que em regra teve boa alimentação, boas escolas, cursou uma faculdade?

Decerto que uma pessoa sensata e atenta para os problemas sociais que assolam o país, e que o Direito, como ciência social deve refletir, concluirá, sem qualquer dúvida, que a segunda conduta é muito mais perversa e daninha que a primeira. No entanto, o primeiro dos delitos é taxado de *hediondo*, o que inoocorre no segundo. No segundo, há a faculdade de se apelar de eventual sentença condenatória em liberdade, a possibilidade de ter a pena substituída por prestação de serviços à comunidade ou mesmo por prestação pecuniária, ao passo que no primeiro isso é restringido ou proscrito, sob o dogma de que “o crime é hediondo”.

Ora, o princípio maior que permeia a Constituição de 1988, inspirado na tendência universal de respeito ao ser humano, é justamente o da dignidade da pessoa humana e precipuamente sob tal princípio é que deve ser lido ou (re)lido o ordenamento jurídico como um todo, particularmente o ramo penal, que interfere em bem jurídico tão valioso, como a liberdade. Nesse sentido a lição de Flávia Piovesan: “*O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988.*”.

Dessarte, é com base no princípio da dignidade da pessoa humana, além dos demais preceitos fundamentais, que deve ser vista a possibilidade em determinados crimes que, embora taxados de hediondos, assim não se apresentam na realidade. É o caso, por exemplo, dos já citados “mulas”, desde que no caso concreto se permita inferir que o agente não atuou exclusivamente premido pela ambição, mas sim, sobretudo, porque se viu impelido a essa prática como meio necessário à própria sobrevivência no chamado mundo globalizado, termo muito bem definido por John Kenneth Galbraith: “*Globalização foi o nome encontrado por nós americanos, para suavizar a reinvestida das empresas (americanas) nas economias mundiais.*”.

Quanto à posição do STF, este a tomou em casos que efetivamente se tratavam de crimes hediondos, de verdadeiro tráfico organizado, o que realmente é a *ratio* contida no dispositivo da Lei de Crimes Hediondos. A esse dispositivo, contudo, como a qualquer outro, não se pode dar interpretação literal, simplesmente filológica, método de interpretação que, como sabido, é o mais pobre de todos.

A *ratio legis*, a *mens legis* e a *mens legislatoris* é exatamente a de combater, de reprimir e prevenir mais fortemente os chamados crimes hediondos e não o pequeno transporte de drogas, praticado por verdadeiros

instrumentos do crime, por pessoas que não tiveram a oportunidade sequer de distinguir o certo do errado, o justo do injusto, o reto do torto, no chamado mundo globalizado, onde de globalizado só existe mesmo é a pobreza e a fome, eis que a renda se encontra concentrada em alguns e poucos países e com algumas e poucas pessoas.

Nesse sentido se manifesta o inesquecível Carlos Maximiliano, *verbis*:

"Nada de exclusivo apego aos vocábulos. O dever do juiz não é aplicar os parágrafos isolados, e, sim, os princípios jurídicos em boa hora cristalizados em normas positivas. O último golpe na preferência pela exegese verbal foi vibrado com a vitória do método sociológico, incompatível com o apego servil à letra dos dispositivos, que é verdadeiro processo de 'ossificação do Direito'; pois impede o trabalho criador por parte da jurisprudência, cujo papel, bem compreendido, leva a melhorar insensivelmente a lei. A jurisprudência é um perpétuo comentário, que se afasta dos textos ainda mais, porque é, apesar seu, atraída pela vida. Como o Direito envolve e a finalidade varia, altera-se o sentido das normas sem se modificar o texto respectivo; portanto a interpretação exclusivamente filológica é incompatível com o progresso. Conduz a um formalismo retrógrado; não tem a menor consideração pela desigualdade das relações da vida, à qual deve o exegeta adaptar o sentido da norma positiva. A linguagem, como elemento de hermenêutica, assemelha-se muitas vezes a certas rodas enferrujadas das máquinas, que mais embaraçam do que auxiliam o trabalho. Como instrumento para transmitir idéias, as palavras se lhes antolham - inadequadas, imperfeitas, sem a necessária utilidade, verdadeiros paquidermes da ordem intelectual."

Em conclusão: nunca será demais insistir sobre a crescente desvalia do processo filológico, incomparavelmente inferior ao sistemático e ao que invoca os fatores sociais, ou o Direito Comparado. Sobre o pórtico dos tribunais conviria inscrever o aforismo de Celso - *Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*: "Saber as leis é conhecer-lhes, não as palavras, mas a força e o poder", isto é, o sentido e o alcance respectivos."

O juiz não pode ser um simples autômato a fazer interpretação literal das normas jurídicas, pois se assim o fosse poderia ser simplesmente substituído por máquinas, devendo aplicar a lei a cada caso concreto, conforme preconiza Dworkin, em sua "Teoria dos Princípios".

No mesmo sentido, ainda que por outra via, a lição do Procurador da República e mestre Daniel Sarmento:

"Em regra, a fundamentação das decisões é apresentada como se os julgadores houvessem se balizado exclusivamente por raciocínios lógico-formais. Nota-se uma forte inclinação dos tribunais à ocultação da dimensão retórica das suas decisões, mesmo em hipóteses em que o recurso a tal técnica se evidencie nitidamente. Os juízes tendem, conscientemente ou

não, a escamotear os fatores não dogmáticos dos seus julgamentos, como se isto fosse indispensável para legitimá-los aos olhos da sociedade. Contudo, o efeito alcançado é inverso ao pretendido, pois sempre que a fundamentação deixa de retratar fielmente as razões da decisão jurisdicional, esta torna-se obscura, incontrolável e, por isto, ilegítima."

Do ponto de vista estritamente técnico, a aplicabilidade da lei mais benéfica (Lei 9.714/98) também é defendida tanto pela jurisprudência como pela doutrina.

A posição do Procurador de Justiça de São Paulo, Dr. Mário de Magalhães Limongi, publicada no Boletim IBCCrim nº 65, de fevereiro de 1999, não difere desse entendimento:

"Por mais que seja revoltante que um traficante possa cumprir outra pena que não a privativa de liberdade, o fato é que a lei não distingue e sendo a pena não superior a quatro anos, qualquer crime, em que não haja violência ou grave ameaça, a substituição é possível. Mas aqui não se pode dizer também que a legislação mais dura tem permitido a condenação dos principais traficantes. Quem se der o trabalho de manusear os processos que são instaurados, verificará com facilidade que a maioria esmagadora das pessoas presas são pequenos traficantes que, a toda evidência, não podem ser apontados como os que dominam o comércio e a distribuição de substâncias entorpecentes. Em verdade, com algumas exceções, a quantidade de drogas apreendidas não é significativa, o que permite concluir que as pessoas processadas como traficantes são, de fato, "mulas", permanecendo ignorados os que vivem do odioso negócio". (grifei).

O E. Superior Tribunal de Justiça, também já decidiu reiteradamente nesse sentido, firmando assim sua posição:

"A Turma, após empate na votação e aplicando o art. 180, § 4º, do RISTJ, decidiu que a Lei n.º 9.714/98, ao dar nova redação aos arts. 43 a 47 do CP, introduzindo as penas restritivas de direitos em substituição à pena privativa de liberdade, tem aplicação retroativa, por ser mais benigna. Referida norma pode ser aplicada aos crimes capitulados nos arts. 12 e 18, III, da Lei n.º 6.368/76, sendo necessário para a recusa da concessão do benefício que a decisão seja sobejamente fundamentada, com exame das condições objetivas e subjetivas. HC 10.049-RO, Rel. Min. Vicente Leal, julgado em 9/11/1999." (noticiado no informativo STJ nº 39, de 3 a 12 de novembro de 1999).

Não destoa a doutrina dessa posição. Por todos, a posição de Damásio de Jesus:

"Ocorre que as penas alternativas constituem medidas sancionatórias de natureza alternativa, não se relacionando com os regimes de execução. De modo que o juiz tem dois caminhos: se impõe pena privativa de liberdade por crime hediondo, incide a Lei 8.072.90; se a substitui por pena alternativa, não se fala em regimes (fechado, semi-aberto ou aberto). Nesse

detalhe, a Lei de Crimes Hediondos disciplina a 'execução da pena privativa de liberdade', não se relacionando com os pressupostos de aplicação das penas alternativas".

Deve ser levado em conta ainda que o que permeia a aplicação da pena é o princípio da individualização, adotada pelo Código Penal francês de 1810, uma vez verificado que, se por um lado a pena absolutamente indeterminada deixava um arbítrio excessivo ao julgador, da mesma forma a pena absolutamente determinada impediria o seu ajustamento, pelo julgador, ao fato e ao agente, diante da realidade concreta.

Conclui-se, pois, dizendo que o aplicador do Direito não deve esquecer que este, como ciência social, é dinâmico e deve ser conformado pela evolução social, não se deixando levar pelo que Lênio Streck, citado por Ricardo Schier, chama de *Síndrome de Abdula*.

Como narra o citado conto, não devemos nos transformar em meros reprodutores do "Direito" dito por outros. Da mesma forma como o personagem Abdula não tinha consciência do seu poder e do seu papel, os operadores jurídicos também não sabem de sua força e em sua grande maioria pensam que seu papel é apenas reproduzir o que é ditado pelos outros, sobretudo pelos que são tidos como os detentores da fala, sem nada inovar, sempre esperando pela profissão da verdade por outros.

Participemos, sim, da criação do verdadeiro Direito, tendo sempre como ponto de partida os princípios maiores informadores da Constituição, entendida esta não em seu sentido literal e estático, mas como uma Carta vinculante, compromissória, dirigente, constituída como um sistema aberto de regras e princípios.

NARCOTRÁFICO – O GRANDE MAL DA SOCIEDADE MODERNA

CLAUDIA VALÉRIA BASTOS FERNANDES

Juíza Federal do Rio de Janeiro

Com a evolução, a sociedade, obviamente, vem sofrendo grandes modificações, umas positivas e outras negativas.

Dentre os aspectos negativos, urge chamar a atenção para o comércio de entorpecentes, que vem atraindo, paulatinamente, um número de adeptos cada vez maior, conseqüentemente, aumentando a violência e a criminalidade, inclusive com o aparecimento de substâncias de maior potencial ofensivo.

Frise-se que, os países da América do Sul, sofrem maior influência, principalmente o Brasil, dada a sua extensão e posição territorial, já que os maiores produtores de cocaína são a Bolívia e o Peru, sendo que a Colômbia, além de também produzir, é a maior responsável pelo refino (pasta de coca e depois o cloridrato de cocaína). Por outro lado, dos países consumidores, o maior deles são os EE.UU., os da Europa Ocidental e o Japão, em razão da estrutura econômica dos mesmos.

Evidentemente, vários fatores contribuem para o incremento dessa atividade ilícita, como por exemplo, fatores sociais, econômicos, políticos e jurídicos.

Dentre os fatores sociais, as pesquisas apontam que, o desemprego, a fadiga, o estresse, a depressão, a ansiedade, a falta de amor são as causas mais frequentes de envolvimento dos indivíduos, desestabilizados emocionalmente, no mundo dos tóxicos, seja como usuários ou como comerciantes.

Aliado aos fatores sociais, não é menos certo que, por ser o narcotráfico uma atividade altamente lucrativa, fácil e rápida, o aspecto econômico vem exercendo uma forte influência no sentido de atrair pessoas a integrarem tal comércio ilícito.

O tráfico de entorpecentes se tornou mais lucrativo do que o mercado internacional de petróleo e, dentre as atividades ilícitas, superou o contrabando de armas.

A título ilustrativo, um quilograma de sulfato de cocaína ou pasta básica, que na Bolívia ou no Peru custa em torno de 5.000 dólares, ao chegar na Colômbia, já vale cerca de 15.000 dólares. A cocaína extraída desse quilograma, vendida aos comerciantes, pode valer nos EE.UU. entre 40.000 a 60.000 dólares.

Entretanto, antes de chegar ao consumidor final, a cocaína passa por um processo de adulteração, nela se misturando lactose, anfetaminas, leite em pó, talco etc., fazendo com que o produto destinado ao consumo possua apenas 12 a 15% de cocaína pura.

Daí que, aquele kilograma, originariamente comercializado a 5.000 dólares, termina valendo entre 200.000 a 500.000 dólares, tornando, assim, extremamente atraente esse tipo de atividade ilícita, não obstante os riscos dela decorrentes.

Quanto aos aspectos políticos, dois fatores vem sendo considerados como responsáveis pelo aumento de tal atividade, ao menos no tocante aos países sul-americanos. O primeiro é o desprestígio do Governo, que vem perdendo a credibilidade e o domínio sobre a população, por não cumprir a sua função social ou cumpri-la de modo precário e por não conseguir conter a onda de criminalidade, inclusive com o envolvimento de autoridades ou de pessoas do alto escalão.

O segundo, é a forte influência que os EE.UU. vem exercendo sobre aqueles países, pois, de maneira tática, ao mesmo tempo em que eles conseguem fazer acreditar que estão ajudando a erradicar o narcotráfico, apoiando as operações para combatê-lo, através da sua agência de combate, o DEA, ganhando, assim, maior reconhecimento político, como por exemplo, recentemente, ocorreu na Operação Colômbia, começam, estrategicamente, a cogitar do estabelecimento de bases militares americanas na Amazônia.

Desta forma, politicamente, até que ponto vai o interesse norte-americano? Será que realmente os EE.UU. desejam ajudar ou será que, ao contrário, lhes é favorável que o combate ao narcotráfico saia completamente do domínio do Governo dos países sul-americanos, principalmente do Brasil, para que eles, na qualidade de maior potência mundial, possam intervir, entretanto, negociando a Amazônia?

Devemos pensar sobre o assunto.

Por derradeiro, no que tange aos fatores jurídicos, a legislação pátria, a meu ver, se afigura extremamente benévola, de modo que não faz temer, como deveria, aqueles que se envolvem nessa atividade ilícita.

Por exemplo, a pena mínima aplicada ao crime de tráfico (artigo 12 da lei 6.368/76) é de apenas 3 (três) anos e, o julgador não poderá ir muito além da mesma em se tratando de um réu primário, inclusive nos casos de tráfico internacional, aos quais será aplicada a causa de aumento de pena do artigo 18, inciso I da Lei de Tóxicos, que é de 1/3.

Noutro giro, após o cumprimento de 2/3 da pena, em regra geral, será aplicado o benefício da liberdade condicional, restando, assim, solto, aquele indivíduo condenado por tráfico de entorpecentes, que, inevitavelmente, voltará à criminalidade, considerando o estado falimentar em que se encontra o nosso sistema penitenciário.

Portanto, não adianta o Congresso Nacional pensar em aumentar tão somente a pena máxima dos crimes de tráfico de entorpecentes, mas sim, a pena mínima, acabando com os benefícios legais, a exemplo da liberdade

condicional, de maneira que, o condenado cumpra o total da pena aplicada preso e em regime integralmente fechado (este último conforme já ocorre, por força do artigo 2º, parágrafo 1º da Lei 8.072/90).

Outra questão é, *data venia* do entendimentos em contrário, porém minoritários, não há de se aplicar o regime das penas alternativas (artigo 44 do Código Penal), ou seja, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, nas hipóteses de tráfico de drogas, por uma simples razão, é absolutamente incompatível com o regime da prisão, que, conforme já citado, é integralmente fechado, devendo prevalecer, neste caso, a legislação especial e não a geral.

Também, deve-se aumentar a idade para fins de aplicação da lei penal. Não é concebível, nos dias de hoje, que um adolescente de 16 anos possa votar e não possa ser criminalmente processado, fazendo, conseqüentemente, que os criminosos cada vez mais se utilizem de menores de 18 anos no comércio de entorpecentes.

Obviamente, que nenhuma dessas modificações adiantará se não houver uma reformulação radical em nosso sistema penitenciário, haja vista que, vem ocorrendo que os presos, na sua grande maioria, saem pior do que entraram, isto é, a finalidade da pena, que é a ressocialização do indivíduo, não vem sendo atingida, até porque eles lá permanecem ociosos, gozando de privilégios, normalmente indevidos, lhes permitindo pensar não como melhorar de vida e se reintegrarem na sociedade, mas como voltar o mais rápido à criminalidade.

Dai que, os presídios deveriam ser deslocados dos centros urbanos, criando-se colônias agrícolas, onde todos os presos deveriam prestar serviços para, inclusive, financiarem a sua estadia, sem que o tempo de trabalho fosse computado no cumprimento da pena.

Assim sendo, a erradicação do narcotráfico e da criminalidade em geral é um trabalho sério, árduo, lento, mas gratificante, que demanda a colaboração de todos os indivíduos, indistinta e imediatamente, começando dentro de nossas casas, a fim de que, pelo menos as próximas gerações possam viver num mundo melhor.

SUBSISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO: PRINCÍPIOS, INTERPRETAÇÃO

FRANA ELIZABETH MENDES

Juíza Federal Titular da 7ª Vara Federal de Execução Fiscal da
Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Introdução. Princípios relativos ao subsistema constitucional tributário. Princípios gerais. Princípios constitucionais tributários. Interpretação da matéria tributária em face da Constituição Federal. Conclusões. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Entende-se por sistema todo conjunto harmônico, ordenado e unitário de elementos reunidos em torno de um conceito fundamental ou aglutinante. O sistema jurídico compõe-se de elementos aglutinados em torno de um conceito fundamental. Trata-se do conjunto de princípios e regras em torno de um conceito fundamental. Inserido no mesmo, gravitam subsistemas erigidos a partir de seus próprios conceitos aglutinantes, interessando-nos o (sub)sistema constitucional tributário brasileiro.

Tércio Sampaio Ferraz Junior nos ensina que “...O conceito de ordenamento é operacionalmente importante para a dogmática; nele se incluem elementos normativos (as normas) que são os principais, e não-normativos (definições, critérios classificatórios, preâmbulos etc); sua estrutura revela regras de vários tipos; no direito contemporâneo, a dogmática tende a vê-lo como um conjunto sistemático: quem fala em ordenamento pensa logo em sistema. Tal sistema tem caráter dinâmico (Kelsen) e, em oposição ao estático, capta as normas dentro de um processo de contínua transformação.

O sistema é apenas uma forma técnica de conceber os ordenamentos, que são um dado social. A dogmática capta o ordenamento, este complexo de elementos normativos e não-normativos e de relações entre eles, de forma sistemática para atender às exigências da decidibilidade de conflitos.

A concepção do ordenamento como sistema é consentânea com o aparecimento do Estado moderno e o desenvolvimento do capitalismo. Esta dinâmica tem a ver com o fenômeno da positivação, ou seja, a institucionalização da mutabilidade do direito.”

Tal noção, no entanto, não é estreme de dúvidas. Norberto Bobbio (*in Teoria dell'Ordenamento Giuridico*, p. 76) outorga várias acepções, como conjunto das normas derivadas de certos princípios gerais; ordenamento, por processo indutivo, de conceitos e classificações gerais sacados a partir do conteúdo das normas; e como princípio de relacionamento de compatibilidade entre as normas.

Tem-se, ainda, a definição de Terán, donde sistema aparece como um conjunto ordenado de elementos segundo um ponto de vista unitário. E tal noção é extremamente importante, na medida em que a solução de controvérsias somente será possível a partir da consideração sistemática dos elementos normativos aplicáveis à questão. Toda e qualquer norma legal deve ser interpretada e aplicada em harmonia com o sistema como um todo, subordinando seu alcance e eficácia aos princípios vetores desse próprio sistema, não se podendo considerar um comando legal de modo isolado do contexto sistemático em que se encontra.

Para a composição de um sistema deve-se hierarquizar seus elementos, separando-se as diferentes espécies de normas (princípios e regras, segundo ensinamento de Canotilho), para nelas reconhecer adequadamente suas funções sistemáticas.

À tentativa do reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário, integrado em uma realidade maior, se denomina sistema.

Sob tal prisma, torna-se indiscutível que a constituição brasileira é um sistema, ou seja, conjunto ordenado e sistemático de normas, construído em torno de princípios coerentes e harmônicos, em função de objetivos socialmente consagrados, como advertiu José Arthur Lima Gonçalves.

Retornando ao subsistema constitucional tributário, vê-se que o mesmo é formado pelos princípios e regras constitucionais que regem o exercício da tributação, ou seja, a função estatal arrecadatória a título de tributo, que com o todo se conjuga, dele extraindo seus fundamentos e condições de existência. É o conjunto ordenado das normas constitucionais que tratam da matéria tributária.

Deve-se conhecer o sistema tributário constitucional brasileiro, ressaltando que os elementos integrantes de um sistema não lhe constituem o todo mediante sua soma, mas, desempenham funções coordenadas, uns em função dos outros e todos harmonicamente, em função do todo (sistema).

Portanto, não é correto pretender conhecer o subsistema tributário, ou qualquer outro, por partes, sem a devida compreensão de sua matriz constitucional, sua sistemática, princípios gerais, caracteres essenciais etc. Cada sistema é uma individualidade. E o sistema normativo parcial aparece sempre profundamente comprometido com o sistema fundamental, com o todo.

Ainda impende relevar que não há, necessariamente, identidade entre sistema constitucional tributário e sistema tributário, sendo este somente o conjunto de tributos existentes em um estado.

O sistema constitucional tributário oferece o quadro geral informador das atividades tributárias, ao mesmo tempo que a colocação essencial das posições, demarcações e limites dentro dos quais e segundo os quais se desen-

volve o exercício da tributação, explicitando os direitos e deveres tanto do poder tributante como os do contribuinte.

Da leitura dos diplomas constitucionais de ordenações comparadas, vê-se que característica comum a quase todas é a elasticidade. Nesses sistemas, o legislador ordinário pode agir em ampla esfera de liberdade, dispondo dos instrumentos tributários da forma como melhor lhe aprouver. Adapta-se às necessidades circunstanciais ou às solicitações de mutações sociais e econômicas de forma mais ampla e livre. Conhece, quando muito alguns reduzidos e tênues limites à sua competência tributária, daí advindo a aduzida elasticidade.

Configura-se como o oposto da rigidez. Enquanto aquela é peculiar à maioria dos sistemas constitucionais tributários, esta é típica do sistema brasileiro. A Carta Magna foi detalhista, particularizada e abundante, não deixando margem jurídica para grandes desenvolvimentos e integração pelo legislador ordinário e, menos ainda, por costumes ou outras formas.

Aqueles diplomas constitucionais que simplesmente façam ligeiras afirmações de alguns princípios fundamentais referentes à tributação ou às garantias individuais em matéria tributária, na razão inversa de sua intensidade e extensão, estarão outorgando à lei a competência para delinear o sistema tributário.

De modo inverso, a matéria tributária é exaustivamente tratada pela nossa Constituição, sendo o sistema tributário todo moldado pelo próprio constituinte.

Assim, os sistemas constitucionais tributários podem ser classificados, de modo geral, em simples e complexos, caso delimitem um ou dois princípios fundamentais a orientar a ação legislativa dos tributos, ou se dobrem na colocação de múltiplos e variados princípios, contendo diretrizes vinculantes para o legislador ordinário, além de impor medidas de garantia e proteção aos contribuintes.

Princípios relativos ao subsistema constitucional tributário.

Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito, vinculando o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

No escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é 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.

Os princípios jurídicos constituem a base da ordenação jurídica atuam como vetores para soluções interpretativas e, os constitucionais,

compelem o jurista a direcionar seu trabalho para as idéias-matrizes contidas na Lei Suprema.

O jurista deve ordenar as normas constitucionais em grupos de fundamentação unitária, formando sistemas e subsistemas, como o tributário, preconizando o emprego preferencial do método exegético *sistemático*, com o que o intérprete é conduzido aos patamares dos princípios jurídico-constitucionais, que, mais do que simples regras de comando, são vetores de todo o conjunto inamandamental, de modo a operar como verdadeiro critério do estreito significado do sistema como um todo e de cada qual das suas partes. E também as próprias normas constitucionais, toda vez que denotem pluralidade de sentidos, devem ser interpretadas e aplicadas de modo consonante aos princípios da Lei Maior.

O princípio constitucional funciona como diretriz do sistema jurídico.

Nossa Constituição é da categoria das rígidas, o que significa dizer que para sua alteração há um procedimento mais solene e complexo do que o exigido para a elaboração das leis ordinárias. O sistema nacional, o sistema federal, os sistemas estaduais e os sistemas municipais estão racionalmente determinados na Carta Magna brasileira, que consagra a Federação; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, I a IV), como cláusulas pétreas, intangíveis pelo constituinte derivado.

A característica da rigidez do sistema constitucional tributário brasileiro se erige em princípio constitucional implícito, que deve se inscrever ao lado dos demais princípios constitucionais tributários.

A rigidez do sistema brasileiro não foi intencional, mas resultou da preocupação do constituinte em assegurar a autonomia das entidades federadas e municípios, assim como garantir clima de harmonia, estreme de conflitos, o que o conduziu a cuidados superlativos, na disciplina quase exaustiva de toda atividade tributária.

Ainda, observa-se que o princípio implícito não difere senão formalmente do expresso. Têm ambos o mesmo grau de positividade. Princípios implícitos são aqueles que não estão traduzidos em construções literais expressas do texto normativo. Na verdade, toda norma jurídica encontra-se implícita, resultando de processo intelectual de apreensão do significado dos símbolos lingüísticos utilizados pelo veículo de comunicação normativa (lei, decreto etc). A norma não se confunde em símbolos lingüísticos. Ela é sempre implícita.

Não há, por conseguinte, que se cogitar em hierarquia entre princípios explícitos e implícitos, à exceção do posicionamento do professor Paulo de Barros Carvalho que entende que o princípio da certeza do direito se sobrepõe aos demais, para o qual trabalham todos os outros, almejando realizá-lo.

PRINCÍPIOS GERAIS

Conforme já afirmado, os princípios são as linhas mestras, as diretrizes magnas do sistema jurídico.

No Brasil, os princípios mais importantes são os da Federação (forma de Estado) e da República (forma de Governo).

Exsurge a Federação como a associação de Estados para formação de novo Estado (o federal) com repartição rígida de atributos da soberania entre eles.

Caracteriza-se modernamente o regime republicano pela tripartição do exercício do poder e pela periodicidade dos mandatos políticos, com conseqüentes responsabilidades dos mandatários. Atualmente tal disposição encontra-se prevista no artigo 60, § 4º, I, II e III da CF, configurando-se as chamadas cláusulas pétreas, vedando que os mesmos sejam objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República.

No que toca a tais princípios nossa Constituição é rigidíssima. Não há possibilidade de ser ela alterada quanto a essas matérias, nem mesmo por meio de emendas. Só o poder constituinte originário pode minimizá-los ou aboli-los.

A autonomia dos Municípios está na base do princípio republicano e comparece como um dos mais importante princípios do nosso direito público (na hierarquia valorativa-positiva dos princípios, tal como proposta pelo jusfilósofo Manuel Terán imediatamente abaixo dos basilares princípios discutidos).

Posta a autonomia municipal como princípio constitucional dos mais eminentes - ao lado da forma republicana representativa e da independência e harmonia dos poderes - protegido pela mais drástica das sanções institucionalmente previstas (a intervenção federal), é, no Brasil, ingrediente necessário e insito na própria república; é decorrência imediata e indissociável do princípio republicano.

Preconizada por Aristóteles e formulada por Montesquieu, há também o ditame da tripartição de funções do Poder, uno e indissolúvel, afirmando que a atividade administrativa há de ser precedida pela legislativa e nesta encontra o próprio guia, o próprio fundamento e o próprio limite. Por variadas razões podem ocorrer na aplicação do direito dissídios, contendas, litígios entre as pessoas, ou entre órgãos do estado e elas; daí outra atividade do estado destinada a resolver as controvérsias que surgem no tocante à aplicação das normas gerais e que se denomina atividade jurisdicional. A teoria da divisão do poder acrescenta que também para esta atividade hão de ser instituídos órgãos distintos seja dos legislativos, seja dos administrativos. Assim, há três grupos distintos de órgãos: os que editam somente normas ge-

rais, os que apenas tomam medidas concretas nos limites traçados pelos primeiros e os que, no caso de controvérsia, decidem da conformidade ou não de cada ato particular em relação às normas gerais, sejam os atos praticados por indivíduos ou por autoridades públicas.

Quem faz a lei não a aplica, os que a aplicam não a fazem

De modo geral, todas as atribuições do Presidente da República podem ser classificadas em políticas e administrativas, juridicamente discerníveis pela circunstância das primeiras serem funções imediatamente infraconstitucionais e as segundas funções infralegais.

Não há prerrogativas majestáticas. O chefe do Executivo não manda no povo. É, pelo contrário, seu mandatário, para obedecer as leis.

As atribuições administrativas também devem ser exercidas na forma ou conforme a lei, não podendo, o Chefe do Executivo, adentrar seara de competência alheia à sua.

Quanto aos mandatários investidos de função legislativa, a responsabilidade será política e disciplinar.

O Presidente tem a direção política do Poder Executivo. Na direção administrativa, é auxiliado pelos Ministros de Estado, que respondem pelos seus próprios atos e pelos crimes conexos como os do Presidente. Exerce, ainda, controle financeiro público, ou seja, o conjunto de medidas de natureza fiscalizatória, exercidas sobre o movimento de dinheiros e bens valiosos, de natureza econômica, manejados por administradores públicos, debaixo da relação de administração.

Na administração o dever e a finalidade são predominantes, no domínio, a vontade. A administração é a atividade do que não é senhor absoluto. A proteção dos bens e dinheiros públicos é estabelecida, em primeiro lugar, contra o próprio administrador público, nos termos da equação da relação de administração.

Corolário, também, do princípio republicano, exsurge a isonomia, como princípio fundamental, imediatamente daquele decorrente; é a igualdade diante da lei, diante dos atos infralegais, diante de todas as manifestações do poder, quer traduzidas em normas, quer expressas em atos concretos. É verdadeiro direito público subjetivo a tratamento igual, de todos os cidadãos, pelo Estado.

A lei deve ser impessoal; geral quando apanha uma classe de sujeitos. Há íntima e indissociável relação entre legalidade e isonomia. Esta se assegura por meio daquela. A lei é instrumento de isonomia.

A igualdade é diante do Estado, em todas as suas manifestações. Igualdade perante a Constituição, perante a lei e perante todos os demais atos estatais. É a primeira base de todos os princípios constitucionais e condiciona

a própria função legislativa, que é a mais nobre, alta e ampla de quantas funções o povo, republicaneamente, decidiu criar.

Onde há lei escrita, não pode haver arbítrio. A igualdade surge como afirmação do cidadão contra o estado.

A titularidade da *res publica* pertence ao povo, no regime republicano representativo, por nós adotado. A cidadania corresponde a um feixe de privilégios, decorrentes da condição da titularidade da coisa pública. Assim, a plenitude de tal princípio, em matéria de direito público, assume radical universalidade quando se trata de matéria constitucional (definição das liberdades públicas e organização do poder à vista de sua promoção e proteção, mediante organização estatal).

Ressalte-se que o fim e não a vontade domina todas as formas de administração. Esse é o contexto no qual se há de entender as condições que estabelecem o clima que permite falar-se em segurança jurídica.

O quadro constitucional que adota os padrões do constitucionalismo e principalmente a adoção de instituições republicanas, em inúmeros estados, cria um sistema absolutamente incompatível com a surpresa. Heinz Paulick, mostra como a previsibilidade da ação estatal é consequência do prestígio da segurança jurídica.

Os direitos fundamentais dirigem-se contra o estado e como seus limites, só serão verdadeiros quando se aplicarem contra a vontade do estado.

Por força do princípio republicano, o consentimento dos governados é a base da legitimidade da ação estatal.

O direito é por excelência instrumento de segurança. Ele é que assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida em sociedade, apta ao alcance do desenvolvimento.

Dentre os princípios gerais aplicáveis à matéria tributária, temos:

Princípio da certeza do direito: Trata-se, na verdade, de um sobre-princípio que está acima de todos os primados e rege toda e qualquer porção da ordem jurídica. A certeza do direito é algo que se situa na própria raiz do dever-ser, é ínsita ao deontico, sendo incompatível imaginá-lo sem determinação específica.

O princípio da certeza jurídica é implícito, mas todas as magnas diretrizes do ordenamento operam no sentido de realizá-lo.

Princípio da segurança jurídica: Não se confunde com o cânone da certeza do direito, atributo essencial, sem o que não se produz enunciado normativo com sentido deontico; a segurança jurídica é decorrente de fatores sistêmicos que utilizam o primeiro de modo racional e objetivo, mas dirigido à implantação de um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo das inte-

rações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta.

Princípio da igualdade: Está contido na formulação expressa do art. 5º, I, da Constituição. Seu destinatário é o legislador, ou seja, os órgãos da atividade legislativa e todos aqueles que expedirem normas dotadas de juridicidade.

Princípio da legalidade: Também explícito em nosso sistema - art. 5º, II, dita que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Efunde sua influência por todas as províncias do direito positivo brasileiro, não sendo possível pensar no surgimento de direitos subjetivos e de deveres correlatos sem que a lei os estipule.

Princípio da irretroatividade das leis: As leis não podem retroagir, alcançando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. É o comando do artigo 5º, XXXVI. Visa à realização do primado da segurança jurídica e, conseqüentemente, à certeza do direito.

Princípio da universalidade de jurisdição: está gravado na redação do artigo 5º, XXXV da CF, pelo qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Significa que a função jurisdicional, no Brasil, é primazia absoluta do Poder Judiciário, que é o único que tem aptidão para fazer coisa julgada, ou seja, outorgar a definitividade.

Princípio que consagra o direito de ampla defesa e o devido processo legal: O devido processo legal é instrumento básico para preservar direitos e assegurar garantias, tomando concreta a busca da tutela jurisdicional ou a manifestação derradeira do Poder Público, em problemas de cunho administrativo.

Está previsto no artigo 5º, inciso LV da Lei Maior.

Princípio da isonomia das pessoas constitucionais: Deflui do princípio da Federação e da autonomia dos Municípios. Federação é autonomia recíproca da União e dos Estados sob a égide da Constituição. Não há superioridade entre as unidades federadas, assim como entre elas e a pessoa União. Cada qual desfruta de autonomia legislativa, administrativa e judiciária, rigorosamente certificadas no texto constitucional.

Assim, nutrido pela conjugação do princípio federativo e do que consagra a autonomia municipal, deriva o reconhecimento da isonomia das pessoas constitucionais como corolário inevitável que se afirma com indelutável certeza no contexto jurídico brasileiro.

Princípio que afirma o direito de propriedade: Inscrito no artigo 5º, XXII e XXIV da CF, assegura o direito de propriedade, salvo o caso de desa-

propriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.

Princípio da liberdade de trabalho: Art. 5º, XIII: É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Princípio que prestigia o direito de petição: Previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da CF, é das mais lúdicas prerrogativas de um Estado de Direito, podendo ser exercido por qualquer do povo.

Princípio da supremacia do interesse público ao do particular: Diretriz implícita, exalta a superioridade dos interesses coletivos sobre os do indivíduo, sendo um dos postulados essenciais para a compreensão do regime jurídico-administrativo.

Princípio da indisponibilidade dos interesses públicos: Também implícito, forma com ele as duas grandes colunas do Direito Administrativo, significa que o titular do órgão administrativo incumbido de representar os interesses públicos não tem poder de disposição, havendo de geri-los na mais estreita conformidade do que preceitua a lei.

Princípio da Justiça: significa que a tributação deve almejar o alcance de Justiça Social.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS

Além dos princípios gerais, o exercício do poder tributário no Brasil, se acha jungido por uma série de outros princípios, especialmente dirigidas a este setor. São na maioria explícitos e têm acatamento obrigatório pela legislação infraconstitucional.

Princípio da estrita legalidade: Para o direito tributário o imperativo da legalidade ganha feição mais severa pela expressa dicação do artigo 150, I da CF. Significa que qualquer das pessoas políticas de direito constitucional interno somente poderá instituir tributos mediante a expedição de lei, estabelecendo a necessidade de que a lei adventícia traga no seu bojo os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional.

A Constituição outorgou com exclusividade ao legislador, em toda e qualquer matéria, competência para criar, modificar e extinguir direitos.

Norma inaugural editada pelo Executivo, fora das exceções constitucionalmente previstas, é inexistente.

O mesmo ocorre com a matéria tributária, onde somente o legislativo pode produzir leis.

Restrições à legalidade não se compadecem com nosso sistema constitucional encimado pelo amplo enunciado do artigo 1º da CF. Exceções às

exigências do sistema não podem decorrer de interpretação administrativa, e nem mesmo legal.

Não há competência tributária à margem da legalidade, sob pena de ofensa ao magno princípio da chamada separação de Poderes.

No exercício da função regulamentar, o Executivo não pode inovar de forma inaugural a ordem jurídica. Atua no plano infralegal não tendo competência para criar, modificar ou extinguir direitos. Não é possível na nossa ordenação, os chamados regulamentos autônomos.

Regulamentos são o exercício de atividade administrativa e não legislativa. O mesmo ocorre com as portarias, instruções ministeriais (expedidas pelos Ministros de Estado).

Também não devem ser utilizadas medidas provisórias para dispor sobre 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, ousou, 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.

Demais 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, Ed. 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".

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".

Geraldo Ataliba asseverou: "Os princípios são a chave e essência de todo o direito. Não há direito sem princípios".

Os princípios constitucionais garantem o direito e asseguram a liberdade.

O Princípio da Legalidade tributária encontra-se incorporado ao Código Tributário Nacional.

Somente a lei pode instituir tributo, bem como cabe a ela majorá-lo.

A política econômica necessita do Princípio da Legalidade tributária. Este é necessário, principalmente, às empresas, em face de permitir a previsão de encargos tributários.

O Texto Constitucional da medida provisória é obscuro, dando origem a substancial indagação na área jurídica.

O legislador não limitou o alcance da medida provisória. Contudo, é veículo inadequado a questões tributárias, pois fere os princípios da norma tributária constitucional.

As expressões "relevância" e "urgência", contidas no texto que trata da medida provisória, não são apropriadas aos preceitos constitucionais tributários.

Para os casos emergenciais tributários, a Constituição já prevê disposições peculiares. Prevê os casos urgentes.

A lei, na criação de tributos, é norma geral, pois passa por um processo legislativo, passando a ter existência e eficácia.

À luz do art. 62 da Carta Magna, a medida provisória é precária e instável. Não é lei.

A lei tributária tem sua aplicabilidade adiada, em face do princípio da "Anterioridade" que dá segurança jurídica ao contribuinte.

A medida provisória tem eficácia e aplicação antecipada, gerando inteira insegurança. É contraditória aos princípios tributários.

A matéria fiscal sempre deverá ser tratada por lei.

A imposição fiscal, via medida provisória, é inconstitucional.

A lei é preponderante na área tributária, sendo sua importância demonstrada no art. 146 da Constituição, que trata da lei complementar.

A lei é que dispõe sobre conflito de competência tributária.

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 do 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 monárquica 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 - 635, de setembro de 1988, pp. 07/13), é que se faz mister a obediência aos ditames constitucionais.

A criação e a cobrança do tributo deve sempre estar calcada em LEI, que deve TIPIFICAR taxativamente o tributo criado, ou seja, deve descrever a materialidade de sua hipótese de incidência, a definição do sujeito passivo, a fixação de sua alíquota e base de cálculo etc.

É necessário, ainda, que haja consentimento por parte do cidadão, ou seja, exige-se que o particular consinta em concorrer para os gastos públicos e

em que medida o fará. Tal princípio é assegurado pelos princípios da legalidade e tipicidade taxativa.

Princípio da anterioridade: Ab initio, não se confunde com o princípio da anualidade que previa a específica autorização orçamentária para que a lei instituidora ou majoradora de tributos pudesse ser aplicada no ano seguinte ao de sua instituição (parte da doutrina entende que na atual ordenação ainda vige o princípio da anualidade, mas de modo implícito, diante do atrelamento rígido do orçamento, previsto nos artigos 165/169 CF). Pela anterioridade (art. 150, III, "b") o diploma legislativo deve estar em vigor antes do exercício financeiro em que se pretenda efetuar a cobrança da exação criada ou aumentada.

Princípio da irretroatividade da lei tributária: Previsto no artigo 150, III, "a" da CF, protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, impossibilitando as entidades tributantes atinjam fatos passados, já consumados no tempo, debaixo de plexos normativos segundo os quais os administrados orientaram a direção de seus negócios.

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 impositivo e não o fato impositivo 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."

Princípio da igualdade: Também expressamente previsto no artigo 150, inciso II da CF.

Princípio da tipologia tributária: No direito positivo brasileiro o tipo tributário é definido pela integração lógica de dois fatores: hipótese de incidência e base de cálculo. O vulto constitucional desse princípio advém da linguagem empregada no art. 154, I, figurando, desse modo, entre os implícitos. Tudo por se entender que a disjunção “ou” há de ser substituída pelo conjuntor “e”.

Princípio da proibição de tributo com efeito de confisco: Não constava expressamente da Constituição anterior e é de difícil configuração. Atualmente está previsto no artigo 150, IV. A idéia de confisco não traz dificuldade. O problema reside na definição do conceito, na delimitação da idéia, como limite a partir do qual incide a vedação constitucional.

Intrincado e embaraçoso, o objeto da regulação do referido artigo 150, IV, da CF, acaba por oferecer unicamente um rumo axiológico, tênue e confuso, cuja nota principal repousa na simples advertência ao legislador dos tributos, no sentido de comunicar-lhes que existe limite para a carga tributária.

Princípio da vinculabilidade da tributação: O magistério dominante inclina-se por entender que, nos confins da estância tributária, não de existir somente atos vinculados, fundamento sobre o qual exalta o chamado princípio da vinculabilidade da tributação. Há apenas uma ressalva, onde podemos isolar um catálogo extenso de atos administrativos, no terreno da fiscalização dos tributos, que respondem, diretamente, à categoria dos discricionários, em que o agente atua sob critérios de conveniência e oportunidade, para realizar os objetivos da política administrativa planejada e executada pelo Estado.

Princípio da uniformidade geográfica: Surge explícito pelo artigo 151, I, da CF e se traduz na determinação imperativa de que os tributos instituídos pela União sejam uniformes em todo o território nacional. É uma confirmação do postulado federativo e da autonomia dos Municípios.

Princípio da não-discriminação tributária, em razão da procedência ou do destino dos bens: Significa que pessoas tributantes estão impedidas de graduar seus tributos, levando em conta a região de origem dos bens ou o local para onde de destinem. Previsto no artigo 152 da CF.

Princípio da territorialidade da tributação: Não se manifesta ostensivamente, mas aparece como decorrência imediata de importantes diretrizes do sistema. O poder vinculante de uma lei ensejará os efeitos jurídicos de estilo até os limites geográficos da pessoa política que a editou.

Princípio da indelegabilidade da competência tributária: A faculdade legislativa de instituir tributos e sobre eles dispor, inaugurando a ordem jurídica, não pode ser delegada, devendo permanecer no corpo das prerrogativas constitucionais da pessoa que a recolher do Texto Superior. Tal regra

vedatória não encontra registro expresso na Constituição, mas tem aí seu fundamento, pela concepção orgânica do direito positivo brasileiro.

É expressamente previsto no artigo 7º, do CTN. Ressalte-se que a proibição não atinge a transferência da titularidade para ser sujeito ativo de obrigações tributárias e, mesmo previsto no CTN, não perde ele sua magnitude de princípio constitucional tributário, e o faz integrando o subconjunto dos implícitos.

Princípio da pessoalidade e da capacidade contributiva: aplicáveis somente a impostos. Ao falar em pessoalidade, o constituinte rendeu-se à classificação das ciências das finanças. Há classificação que divide os impostos em diretos e indiretos e em pessoais (incidentes sobre as pessoas-IR) e reais (incidentes sobre as coisas-IPTU, IPVA). Na verdade, o imposto sempre é pago por pessoa.

O caráter pessoal a que alude o constituinte significa o desejo de que a pessoa tributada venha a sê-lo por suas características pessoais (capacidade contributiva), sem possibilidade de repassar o encargo a terceiros (impostos indiretos). A regra geral é a de que imposto pessoal e direto incide sobre o contribuinte, sem transferência.

Capacidade contributiva nem precisava estar expresso. Significa a possibilidade econômica de pagar tributos. É subjetiva, quando leva em conta a pessoa (capacidade econômica real) e objetiva quando toma em consideração manifestações objetivas da pessoa (ter casa, carro, etc). Se efetiva pelas tabelas progressivas e deduções pessoais.

Nas taxas e contribuições de melhoria costuma-se dizer que o princípio realiza-se negativamente, pela incapacidade contributiva, fato que tecnicamente gera remissões e reduções subjetivas do montante a pagar imputado ao sujeito passivo sem capacidade econômica real.(ex.: isenção da taxa judiciária aos pobres).

Princípio da retributividade: aplicável somente às taxas.

Princípio da progressividade: IPTU, art. 156, § 1º, CF. Tem caráter de extrafiscalidade (função social da propriedade). Não esbarra no princípio do não confisco, desde que corretamente aplicado. A progressividade somente é aceita por questões de política urbana, aliada à capacidade contributiva. Também deve ser aplicado em relação aos demais tributos, não se confundindo com proporcionalidade.

Seletividade em função da essencialidade do produto-IPI

INTERPRETAÇÃO DA MATÉRIA TRIBUTÁRIA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Como cedição, o exercício do poder tributário, pelo Estado, submete-se, in totum, aos modelos jurídicos positivados no texto constitucional que

instituí, 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.

Novamente trazendo à colação Roque Antonio Carrazza (*in ob. cit.*, 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 não 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 de tais digressões, 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.

Trazendo também à colação o escólio de Geraldo Ataliba, o mesmo nos ensinou, como já aduzido, que o subsistema constitucional tributário brasileiro é rígido e exaustivo. *In Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*,

editora RT, 1968, São Paulo, pp. 22/40, o renomado mestre nos diz que "a característica da rigidez do sistema constitucional tributário brasileiro se erige em princípio constitucional implícito, que deve se inscrever ao lado dos demais princípios constitucionais tributários. (...) "

Como cedição, 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 teceu laboriosas orientações no sentido de se interpretar matéria tributária.

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, aquelas advindas em decorrência de legislação celebrada em âmbito internacional.

Há, imperiosamente que 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, 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 a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes os 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 fizerem-se 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 Geraldo Ataliba (in COFINS E EMPRESA DE CONSTRUÇÃO IMOBILIÁRIA, parecer publicado na RDA nº 201/95, pp. 344/360), temos que: “Recentemente, o STF apreciou o RE 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 direitinho vem qualificando “salários”, sem alargamentos que ampliem a compreensão do termo. Com isso, repeliu todo processo analógico. O relator (Min. MARCO AURÉLIO) foi categórico(...)

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:

‘Cumpra 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 hermenêuta, 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, entusiasmos e preconceitos’ - “Hermenêutica e aplicação do Direito” - Ed. Globo, Porto Alegre, segunda edição, 1993, pág. 118”.

Para arrematar:

“É 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...”

(...)

Também (*in ob. cit.*) acerca do princípio da tipicidade como desdobramento da legalidade, o mesmo 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 S.T.F.

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 debea-*

tur - como, onde, quando pagar o tributo).’ (SACHA CALMON NAVARRO COELHO, “Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário”, Ed. 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 tido 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 BALBEIRO, GOMES DE SOUSA e ULHÓA 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 rigorosamente 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 jurídica 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 decisão 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 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...."

CONCLUSÕES

Buscou-se no presente trabalho trazer maiores subsídios interpretativos diretamente aplicáveis ao subsistema constitucional tributário brasileiro, suscitando sua complexidade e exaltando a importância da interpretação sistemática e correlata aos princípios gerais e implícitos, denotando a completa noção de sistema.

BIBLIOGRAFIA

Ataliba, Geraldo - *in* COFINS E EMPRESA DE CONSTRUÇÃO IMOBILIÁRIA, parecer publicado na RDA nº 201/95, pp. 344/360.

Sistema Constitucional Tributário Brasileiro, editora RT, 1968, São Paulo, pp. 22/40.

Bachof, Otto - *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.

Becker, Alfredo Augusto - *Teoria Geral do Direito Tributário*, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1972.

Canotilho, Joaquim José Gomes - *Direito Constitucional*, livraria Almedina, 6ª edição revista, 1995, Coimbra.

Carrazza, Roque Antonio - *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 4ª edição, editora Malheiros, 1993, São Paulo.

Carvalho, Paulo de Barros - *Curso de Direito Tributário*, 4ª edição, 1991, Editora Saraiva - São Paulo.

Coelho, 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, Ed. Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo, pp. 23/34.

Ferraz Jr., Tércio Sampaio, Introdução ao Estudo do Direito, 2ª edição, editora Atlas, pp. 175/179.

Gonçalves, José Arthur Lima - Imposto sobre a renda - pressupostos constitucionais, Malheiros editores, 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, Malheiros Editores, São Paulo, 1997.

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 - 635, de setembro de 1988, pp. 07/13).

A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANA¹

GUILHERME BOLLORINI PEREIRA
Juiz Federal da 36ª Vara/RJ.

Muito se discute a respeito da Constituição norte-americana, não propriamente a respeito de sua efetividade, já que, por se tratar de uma constituição sintética, permite generosa elasticidade em sua interpretação, embora sem ameaçar o alicerce ideológico do liberalismo econômico sob o qual passou a vigor, mas especula-se sobre o porquê de ter durado tanto, não obstante as profundas transformações sofridas pela sociedade americana nos últimos duzentos anos.

Pretende-se aqui, com o auxílio da doutrina colhida em escritos de autores americanos, juristas e historiadores, descrever, resumidamente, desde o seu nascimento, as causas que motivaram os constituintes americanos do século XVIII a criar, sem prejuízo da rigidez constitucional, a mais flexível constituição escrita que se tem notícia, bem como apresentar as principais características do Estado americano e sua evolução, a partir daquele documento básico.

I. INTRODUÇÃO

Considerações gerais - a Constituição dos EUA e suas características - pode-se apontar como principais características da constituição americana os seguintes pontos:

- a mais velha constituição escrita do mundo em vigor (desde 1787);
- é uma das mais curtas constituições existentes;
- um dos mais bem escritos documentos;
- sabedoria dos constituintes nas disposições expressas e omissões intencionais;
- foi emendada (aditada) 27 vezes, sendo que as dez primeiras emendas foram ratificadas em dezembro de 1791 e a última - 27ª - em 1992;

O que mais impressiona ao se estudar a evolução constitucional americana - diante das transformações por que passou a sociedade americana nos últimos duzentos anos, de uma sociedade agrária e isolada a maior potência industrial e militar do mundo - é a manutenção, com poucas alterações, do mesmo texto constitucional da época em que predominavam, justamente, o

1 Trabalho apresentado em seminário promovido pelo Prof. Paulo Braga Galvão, para a disciplina Teoria da Constituição, no curso de Mestrado em Direito Público da UERJ.

isolacionismo, até mesmo entre os estados federados, e a atividade agrícola como principal fonte de riqueza daquela sociedade.

Antes de examinar os primórdios do constitucionalismo americano, veja-se, como preliminar, o entendimento de Jeremy Rabkin (v. bibliografia):

“O governo federal adotou um conjunto enorme de responsabilidades regulatórias e de bem-estar social que seriam impensáveis sob um entendimento mais antigo da Constituição. E os tribunais federais assumiram um papel extraordinário em monitorar as atividades dos governos estaduais e municipais para lhes garantir conformidade com os presentes ideais nacionais. A Constituição, como a ‘religião’, tem perdurado tanto porque, em parte, se revelou mais elástica do que qualquer uma outra de épocas anteriores.”

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

II.1. O *laissez faire* do colonialismo britânico na América

O colonialismo britânico na América desenvolveu-se de uma forma um tanto frouxa na administração daquela parte do império britânico. Essa relativamente pouca interferência governamental nos assuntos coloniais, ao lado de um progresso econômico da sociedade americana daquela época (sociedade agrária, como visto), como nunca os colonos (e seus ancestrais) imaginaram atingir em terras européias, criou as condições para a formação de uma consciência a respeito do quanto se deveria suportar de interferência oficial nos negócios privados.

A qualquer sinal de injunção imperial, os colonos reagiam, utilizando, por exemplo, o contrabando como alternativa a eventuais apertos da política fiscal inglesa (mercantilismo, Leis de Navegação e Lei do Melaço).

A sociedade americana naquela época, tal como hoje ocorre em relação ao povos do terceiro mundo que emigram para os E.U.A, oferecia oportunidades de progresso jamais encontradas nas antigas e rígidas estruturas sociais européias. Havia uma fluidez de classe, mas também escravidão e restrições aos direitos das mulheres.

Com a riqueza, formou-se uma poderosa classe burguesa, além uma elite intelectual que se abeberava dos escritos europeus sobre filosofia política, que pululavam naquele século XVIII.

Alie-se a isso o fato de o puritanismo ter exercido poderosa influência na idéia democrática americana. Conforme a lição de Irving Kristol:

“A idéia de uma comunidade sendo governada por representantes eleitos não vem de lembranças de um parlamento feudal (como na Europa), mas do Puritanismo e do Presbiterianismo.”

O Iluminismo exerceu poderosíssima ascendência no pensamento norte-americano. Afirma Walter Berns que "John Locke foi a fonte imediata de grande parte da Declaração de Independência, mas foi Hobbes quem primeiro começou a falar dos direitos do homem e, ao fazê-lo, modificou os termos do discurso político americano. Na época da independência, *aparentemente todos - os ricos e os pobres, os letrados e os iletrados, enfim, todos com exceção dos chamados Tories - estavam falando a linguagem dos direitos do homem.*"

Havia, além disso, a tradição do liberalismo britânico (Revolução Gloriosa de 1688 e a Carta de Direitos), do qual os americanos se consideravam herdeiros. Por outro lado desenvolvia-se a idéia republicana, como oposição à monarquia absoluta e pela afirmação da soberania popular. Essa idéia republicana nasceu mais como símbolo de reivindicações populares do que uma aspiração a uma nova forma de governo. A república era expressão democrática de governo, era a limitação do poder dos governantes, com atribuição de responsabilidade política, assegurando-se com isso a liberdade individual.

Por aquela época — meados do século XVIII - a situação das colônias era a seguinte: eram treze, sendo nove governadas em nome do Rei da Inglaterra, duas pertencentes às famílias que as haviam fundado por concessão real (Pensilvânia e Maryland) e duas (Rhode Island e Connecticut) denominadas *corporate colonies*, auto-administradas, com suas próprias constituições (cartas régias). Quase não havia comunicação entre as colônias e, em 1776, foi registrada uma correspondência por cada habitante das Treze Colônias.

II.2. A virada: A Guerra dos Sete Anos (1756 a 1763)

Com a Guerra dos Sete Anos (*The French and Indian Wa.*), adveio o esgotamento do tesouro britânico, com as conseqüentes medidas de aperto fiscal destinadas a arrecadar mais para o tesouro do rei. Entre as medidas adotadas que repercutiram fortemente nas colônias podem ser citadas: Lei da Moeda, Lei do Aquartelamento, Lei do Selo etc.

Evidentemente, houve um endurecimento do governo colonial, com o qual o colonos não estavam acostumados, tanto que evocavam o princípio *no taxation without representation*, até a revogação daquelas leis fiscais.

Esse clima de insatisfação está bem descrito por Daniel Patrick Moynihan:

"As colônias tinham então amadurecido ao ponto de não mais quererem continuar colônias, isto é, plantação cultivadas aqui para produzir lucros lá fora, com todas as restrições e aborrecimentos de um mercantilismo tolerante mas ainda assim infiltrador, e de uma aristocracia tediosa. Entrementes, o pensamento político e as mudanças econômicas haviam transformado a monarquia numa forma ultrapassada de governo.

Com a eclosão da segunda crise, com a edição da Lei do Chá, em 1773, e das leis de coação, têm início as hostilidades abertas entre a Inglaterra e os colonos. Houve um crescimento da agitação entre os colonos de todas as classes e começa a se destacar um grupo minoritário radical, favorável à independência;

II.3. Rebelião

Convocado o Primeiro Congresso Continental (Filadélfia), que era uma assembléia de delegados de todas as colônias, ainda dominava a idéia da manutenção da conexão com a Inglaterra, embora o grupo radical, favorável ao rompimento, começasse a ganhar força (iniciado um boicote generalizado aos produtos britânicos). Esse congresso, na realidade, foi uma última tentativa de conciliação com a metrópole.

Caindo por terra as tentativas de conciliação, ocorreu o primeiro choque com tropas britânicas em Boston, em abril de 1775. Daí em diante, começa a rebelião geral dos colonos, com os radicais obtendo controle da situação. Logo depois, foi realizado o Segundo Congresso Continental, em maio de 1775, que durou até 1788. Romperam-se os últimos vestígios de lealdade à Coroa e começava a guerra de independência (o rei Jorge III foi chamado então de "besta real"). Em 15/05/76, o Congresso recomendou às colônias que elaborassem cartas constitucionais, e o modelo adotado foi a Constituição da Virgínia.

A famosa Declaração de Independência, de 04/07/1776, foi elaborada por Thomas Jefferson, Benjamin Franklin e John Adams. Nesse famoso texto, o vilão é o rei, mas há uma crítica contundente à atuação do Parlamento britânico no último parágrafo das justificativas. A guerra, no entanto, continuava, agora com os colonos contando com a ajuda inestimável da França, nessa época uma tradicional opositora dos britânicos.

Em 1777, o Congresso Continental, após demorados debates, aprovou os **ESTATUTOS DA CONFEDERAÇÃO**, estabelecendo uma confederação de estados soberanos, com os objetivos principais de ganhar a guerra e promover a unidade nacional. Na verdade, esse documento registra um mero sistema de coordenação diplomática da ação soberana de Estados independentes. A entidade criada, por outro lado, não tinha receita própria nem órgão executivo.

Só houve a aprovação final dos estatutos em 1781. As principais competências por ele estabelecidas à Confederação foram: conduzir assuntos externos, administrar os assuntos dos índios, estabelecer padrões de cunhagem, solucionar divergências entre os estados e encarregar-se do serviço postal.

II.4. Independência e Constituição

Logo depois, os colonos obtêm uma vitória decisiva na guerra, em 1783, na batalha de Yorktown. Firmam-se, então, tratados de paz.

Após a guerra, começa um movimento, liderado por George Washington, James Madison e Alexander Hamilton, em prol de um governo mais forte. Em maio de 1787 convocam-se comissários dos Estados para uma Convenção na cidade de Filadélfia para tratar de "elaborar outras disposições que pareçam necessárias para tornar a constituição do governo federal adequada às exigências da nação", ou seja, na prática, uma revisão dos Estatutos da Confederação. Alguns Estados de maioria favorável à confederação se desinteressaram pela convenção e então delegados federalistas destes Estados tomaram a iniciativa e compareceram como seus representantes.

A CONVENÇÃO CONSTITUCIONAL - foram reunidos 55 delegados, a maioria de mentalidade nacional. James Madison, representante da Virgínia, propõe um sistema novo de governo, com um corpo legislativo nacional, proporcional à população. Os pequenos Estados reclamam desse arranjo, temendo o domínio pelos Estados maiores. Até que houve uma proposta de consenso, pela qual seriam criadas uma câmara baixa e uma câmara alta (Senado), com dois representantes por Estado. Com isso, diminui-se a resistência à idéia centralizadora.

Após intensos trabalhos, foi apresentado o documento denominado Constituição para os Estados Unidos da América. Criou-se um sistema federal (forma de Estado), no qual poderes e responsabilidades eram distribuídos entre os governos estaduais e o nacional. Os poderes do novo governo podiam ser assim sintetizados: lançar impostos, contrair empréstimos, regulamentar o comércio interno e externo, conduzir a política exterior e manter as forças armadas.

Além do fato de o novo governo nacional atuar diretamente sobre os cidadãos e não sobre os Estados, essa proposta "constituição nacional" mais as leis e tratados elaborados em sua conformidade, eram declarados "a Lei suprema da Terra"; foi introduzida a separação de poderes (artigos primeiro, segundo e terceiro da Constituição) e o sistema de freios e contrapesos (atos gerais editados pelo poder legislativo e atos especiais pelo poder executivo).

É interessante observar, conforme a lição de Harvey C. Mansfield, Jr., que no *Federalist* (série de publicações promovidas através da imprensa de Nova York pelos principais elaboradores da Constituição), há defesa candente dos três ramos do poder estatal, mas para isso se espera muito mais dos mandatários do que uma "obstinada insistência na maneira de ser de cada um": virtude dos congressistas-deputados (*Federalist* nº 55), caráter e moderação em Senadores (*Federalist* nº 62 e 63), energia do Presidente (*Federalist* nº 70) e sabedoria e bom senso no Judiciário (*Federalist* nº 78). Diz o citado autor que "o alcance a que tais qualidades podem atingir varia de acordo com o mandato e acaba permanecendo incerto".

Se houver exorbitância no exercício das funções, surge a ação fiscalizadora do poder judiciário. Outras características do sistema: poder de veto, julgamento do Presidente pelo Senado, nomeação de juizes para a Suprema

Corte etc. Criou-se também o Colégio Eleitoral com competência para eleger o Presidente da República, formado por eleitores de cada Estado, escolhidos pelos respectivos legislativos, em número proporcional à representação daquele Estado na Câmara e no Senado. Os votos eram enviados dos Estados para a capital federal. Com o aparecimento dos partidos políticos esse sistema sofreu profunda transformação.

Uma interessante observação acerca do funcionamento das instituições políticas americanas à luz ideais dos elaboradores da Constituição foi feita por Martin Diamond, citado por Daniel Patrick Moynihan:

"A grande e nova proposta repousava numa idéia nova e agressivamente mais 'realística' da natureza humana. Dizia-se que o pensamento e a prática do mundo antigo e medieval haviam fracassado desastrosamente por terem se apegado a ilusões sobre como os homens deveriam ser. Ao invés, a nova ciência aceitaria o homem como ele realmente é, admitindo como de natureza primitiva o egoísmo e as paixões que todos os homens manifestaram sempre e em toda parte. E era precisamente nessa base que se elaborariam soluções políticas decentes."

E Daniel Patrick Moynihan completa:

"Os autores da Constituição americana puseram em prática um sistema de governo que eles acreditavam pudesse funcionar. Não que funcionaria; que pudesse. Não era um sistema que por norma admitisse que as atividades humanas sempre resultariam bem; nem muito menos que contasse com alguma poderosa transcendência em curso para dar cabo, de uma vez por todas, das misérias e das contendas. A "ciência da política" não cuidou de nada disso."

Na realidade, a pedra de toque do pensamento dos elaboradores da Constituição norte-americana era a criação de um governo limitado, mas que sobrevivesse ao choque de facções e à "tirania de maiorias apaixonadas" ou de políticos ambiciosos, ao mesmo tempo em que procuraria cumprir os objetivos nacionais que pudessem subsistir dos embates àquele processo.

Pode-se dizer que a ênfase dada à separação de "poderes" decorreu da crença segundo a qual as liberdades individuais estão mais seguras quando os atos de uma parte do governo nacional podem ser examinados por outra parte ou a esta recorridos.

RATIFICAÇÃO - Após a apresentação do documento à nação, descobriu-se que os delegados haviam excedido em muito sua autoridade, pois a confederação tornava-se uma federação, com um governo central ao qual todos se submetiam, constituindo-se em um Estado federal. Foi proposto pela convenção que a nova constituição só entrasse em vigor após a ratificação de, pelo menos, nove dos treze Estados. Após intensos debates nas convenções de ratificação, todos os Estados aprovaram a Constituição, sendo o último deles o de Rhode Island, em 1790.

III. A CONSTITUIÇÃO DE 1787

A Carta Magna americana tem sete artigos, cada um dividido em seções; tem um preâmbulo; o artigo I cuida do Poder Legislativo: a seção 2 trata da Câmara dos Representantes; a seção 3 trata do Senado; seção 8 cuida da competência do Congresso; a seção 10 traduz-se em vedações aos Estados. O artigo II regula o exercício do Poder Executivo, o artigo III o Poder Judiciário. O artigo IV trata de matérias referentes aos Estados; o artigo V disciplina o processo de emendas constitucionais; o artigo VI proclama a supremacia da Constituição e o artigo VII trata da ratificação pelos Estados da Constituição dos Estados Unidos da América.

A constituição foi emendada vinte e sete vezes, sendo que as dez primeiras, que constituem o *Bill of Rights* do direito norte-americano, foram ratificadas em dezembro de 1791.

Doutrina Jorge Miranda que a constituição americana é rígida e elástica. Rígida porque o processo de alteração de seu texto é mais complexo do que o das leis ordinárias; elástica porque tem podido ser concretizada, adaptada e, sob certos aspectos, metamorfoseada, quer através de leis e costumes, quer, sobretudo, pela ação dos tribunais, sem falar no caráter de símbolo nacional que adquiriu. O constitucionalismo americano tem duas características fundamentais: *a noção de Constituição e de sua superioridade sobre todos os demais atos da Federação e dos Estados-membros e a autoridade reconhecida aos tribunais na sua interpretação e concretização.*

Segundo Marcelo Caetano, a fácil adaptação às circunstâncias dos tempos, segundo as oportunidades vão exigindo, é tido como fator principal da longevidade da constituição, mesmo porque seu texto não se prende à realidade de fato subjacente, mas se limita a fornecer regras gerais de ação.

Tendo em vista a experiência ruim que os americanos tiveram com o parlamentarismo inglês, logo desconfiaram do excesso de poder de que dispunha esse órgão, lá na Inglaterra. Pensaram, obviamente, em limitá-lo. Para isso, valeram-se de dois mecanismos fundamentais: 1) o controle judicial da constitucionalidade das leis e 2) veto presidencial no processo legislativo. O princípio da legalidade, para os americanos, coincide com a supremacia da Constituição, conforme declarada pelos juízes e tribunais, ao passo que, para os ingleses, significa a vontade do poder legislativo, expressa nas leis votadas segundo o princípio da maioria parlamentar.

Fechando este tópico, vêm a calhar os comentários de Harvey C. Mansfield, Jr:

"...os Fundadores foram cautelosíssimos contra 'usurpação legislativa' advindo dos setores mais perto do povo, e por isso construíram um Executivo forte e um Judiciário independente levantados frente ao povo. Dizia-se então que esses dois setores se derivavam do povo para agir no interesse do povo, mas se considerava que sua força não seria exercida por

imposição do povo. Ao contrário, essas duas instituições essencialmente não-republicanas, cuja legitimidade democrática temos hoje como ponto pacífico, foram originalmente destinadas a contrariar as inclinações momentâneas do povo."

IV. FONTES DO DIREITO NORTE-AMERICANO

IV.1 Estrutura do Direito nos EUA

O sistema da *common law* não foi aplicado na América tal como era na Inglaterra. O direito era baseado em disposições particulares locais, nas decisões dos magistrados e na Bíblia, já que a *common law* não dava resposta satisfatória aos novos problemas enfrentados pelos colonos. Houve casos até de algumas colônias redigirem códigos sumários (Massachusetts e Pennsylvania). Mas a *common law* acabou triunfando em meados do século XIX.

Tal como na Inglaterra, o direito nos EUA é concebido como jurisprudencial, fundado nos precedentes e na razão. As leis e regulamentos são observados como complementos corretivos de um corpo de direito que lhes preexiste, a *common law*. Além disso, há a distinção fundamental entre direito federal e direito dos Estados.

IV.2. A Jurisprudência

A regra do *stare decisis* impõe aos juizes, em dadas condições, seguirem as regras de direito decorrentes de julgamentos precedentes de outros juizes. No entanto, a Suprema Corte e os supremos tribunais dos Estados não estão vinculados aos precedentes. E mais, pelo fato da competência legislativa dos Estados ser a regra, o *stare decisis* funciona, relativamente às matérias de competência de um Estado, no seio da hierarquia e jurisdições deste Estado e, após o pronunciamento da Suprema Corte, no caso *Erie Railroad Corporation vs. Tompkins*, em relação à jurisdição federal.

Neste julgamento a Suprema Corte, reviu posição anterior, firmada no julgamento do caso *Swift vs. Tyson* (1842), afirmando, a partir de então, que não existe *common law* federal geral, e que a aplicação do direito estadual deve ser a regra, salvo nas matérias regidas pela Constituição Federal ou pelas leis do Congresso (isso em 1938). Mas pode acontecer que exista uma *common law* federal em certas matérias que são da competência legislativa federal. De tudo isso se conclui que o direito dos Estados tem, na vida cotidiana, muito mais importância que o direito federal, por mais relevante que este seja.

IV.3. A Supremacia da Constituição

A outra fonte é o *statute law* (legislação). Há leis federais e estaduais. A lei fundamental é a Constituição dos Estados Unidos, promulgada, como vimos, em 1787, ligada à própria fundação do estado norte-americano.

Estabelecido o princípio da supremacia da Constituição, conforme artigo VI, firmou-se, após o julgamento do caso *Marbury vs. Madison* (em 1803), o princípio do controle judiciário da constitucionalidade das leis, mesmo as federais.

Esse célebre julgamento originou-se da controvérsia que se estabeleceu após a eleição de Thomas Jefferson, (Partido Democrata Republicano) para a presidência da república, em 1800, derrotando John Adams (federalista), que tentava a reeleição. Este, nos últimos dias de governo fez uma série de nomeações, entre as quais a de John Marshal (um mês antes da posse do novo presidente) para Chief Justice da Suprema Corte e, poucas horas antes de deixar o poder, as de vários membros de seu partido, entre os quais Marbury, este para a modesta função de juiz de paz (esses nomeados de última hora foram chamados de "juizes da meia-noite"). Tomando posse, Thomas Jefferson ordenou que seu Secretário de Estado, James Madison, sustasse as nomeações de meia-noite de Adams.

Quanto tudo levava a crer que logo começaria o acerto de contas, Marbury requereu à Suprema Corte um writ of mandamus para ordenar a Madison que liberasse a nomeação. A decisão que se seguiu ficou célebre por estabelecer que o Supremo poderia declarar nula uma lei do Congresso, sob fundamentos constitucionais. O interessante é que a lei declarada nula - o Judiciary Act, de 1789 - justamente estabelecia a competência da Suprema Corte a expedir a ordem de mandamus requerida por Marbury. Marshal, um federalista, habilmente evitou um confronto com o governo recém empossado, declarando que o autor tinha realmente direito à nomeação, mas aquela lei que lhe outorgava a competência para emitir a ordem nesse sentido era inconstitucional, pois a Suprema Corte não é competente para deliberar este writ, já que a Constituição prevê que aquela corte é instância recursal, fora alguns casos particulares.

Este foi o primeiro caso em virtude do qual foi declarado que o Congresso violara a separação de poderes (ao tentar ampliar a jurisdição original do Judiciário).

A fiscalização da constitucionalidade, nos dias atuais, pode resumir-se em: a) competência difusa, ou seja, todos os tribunais estaduais e federais apreciam a constitucionalidade dos atos do Poder Público; b) todos os atos normativos são sujeitos à fiscalização; c) o poder de fiscalizar a constitucionalidade dos atos do Poder Público é um poder normal dos juizes; d) não há controle concentrado da constitucionalidade e e) a lei não é anulada, mas considerada uma não lei. É como nunca tivesse existido.

De 1803 até nossos dias podem ser apontadas três fases dessa fiscalização: 1) até cerca de 1880, a preocupação maior era a defesa da unidade do Estado; 2) de 1880 a 1935 a Constituição é interpretada a favor do liberalismo econômico e 3) a partir de 1954 (*Brown vs. Board of Education*), a Suprema Corte dedica-se à salvaguarda da liberdade política e da igualdade racial (di-

reitos civis). Atualmente, dominada por conservadores, a Suprema Corte deixou de ter a importância política e o brilho de outras épocas.

Também os atos judiciais se submetem ao controle de constitucionalidade pela Suprema Corte. Todo o desenvolvimento do direito nos EUA, a distinção do direito federal e do direito dos Estados e a própria história do país foram comandados pela interpretação dada pelo Supremo Tribunal a certas fórmulas da Constituição.

IV.4 Os Princípios Fundamentais da Constituição Americana

Com o tempo, fixaram-se regras fundamentais do Direito Constitucional Americano, sintetizadas pela Jurisprudência do Supremo, às quais as leis estaduais e federais devem respeitar. São elas:

I) proteção dos direitos individuais - dez primeiras emendas (Bill of Rights).

II) due process of law (devido processo legal) - V e XIV emendas. Esse processo legal não seria um processo qualquer, mas sim organizado de acordo com as concepções tradicionais de justiça, e que garantisse a ampla defesa ao acusado. Prevaleceu, nos primórdios de sua interpretação, o caráter processual da cláusula do devido processo legal.

Por exemplo nos denominados *Slaughterhouse cases* (1873), declarou a Suprema Corte que o devido processo legal era um princípio de proteção do indivíduo contra as injustiças de cunho processual.

Com o tempo, acrescentou-se uma nova dimensão ao princípio, passando-se a examinar não apenas o aspecto processual, mas a própria legitimidade dos fins visados pelo legislador ou administrador, bem como a compatibilidade entre os meios empregados e os fins visados (*substantive due process*).

Essa nova interpretação passou por três fases:

a) ascensão e consolidação - século XIX até a década de 1930 - quando a corte suprema atuou como intérprete do pensamento liberal (caso *Lochner vs. New York*, 1905, cuja decisão anulou lei que limitava jornada de trabalho de determinada categoria de trabalhadores). É a era denominada Governo dos Juizes (Marcelo Caetano, *op.cit.*);

b) desprestígio do *due process of law* no final dos anos 30, marcado pelo abandono do controle substantivo de leis de cunho econômico;

c) ênfase às liberdades pessoais (não econômicas), tais como, liberdade de expressão, direito à privacidade, à participação política etc. São marcos desse período: caso *Brown vs. Board of Education* (1954), através do qual foi proibida a discriminação racial nas escolas públicas; no caso *Gris-*

wold vs. Connecticut (1965), anulou-se uma lei daquele Estado que incriminava o uso da pílula anticoncepcional; no caso *Miranda vs. Arizona*, foi regulamentado o procedimento policial para o interrogatório dos indiciados criminalmente; no caso *Roe vs. Wade* (1973), considerou-se inconstitucional uma lei do Texas que criminalizava o aborto.

III) a regra do razoável, ou do equilíbrio de interesses (princípio da razoabilidade) - seria a adequação dos meios aos fins desejados pelo legislador ou administrador, e que esse meios não sejam infundados ou arbitrários, isto é, sejam proporcionais às circunstâncias que os motivaram e aos fins que se procura alcançar.

É a correspondência entre os meios propostos e os fins desejados. Manifestou-se, na Corte Suprema, no controle das classificações legislativas (Ex. caso *Royster Guano vs. Virginia*), pelo qual a Suprema Corte exigiu que as classificações legislativas fossem razoáveis e passassem a apresentar uma plausível relação de justificativa entre a classificação em si e os fins objetivados pela norma classificatória.

IV) Igualdade de direito à proteção legal - V e XIV emendas. Inicialmente usada para proteger cidadãos americanos de raça negra, aplica-se hoje a todos os indivíduos, nacionais ou estrangeiros, bem como a pessoas jurídicas, principalmente contra os abusos do poder governamental. Embora não mencionada expressamente na V Emenda, mas somente na XIV Emenda, em relação aos Estados, a Suprema Corte entendeu que a cláusula abriga de modo implícito o princípio da isonomia, com isso merecendo o respeito do legislador federal. Como exemplo, o caso *Jimenez vs Weinberger*, a respeito de uma lei federal de previdência que suprimia o pagamento do auxílio-invalidez para os filhos ilegítimos nascidos após a inabilitação física e laboral do titular do benefício, procurando, com isso, estimular aqueles em gozo do benefício referido a não gerarem filhos. A Suprema Corte declarou que essa discriminação entre as duas classes de filiação era desnecessária e odiosa.

V. O FEDERALISMO NORTE-AMERICANO

Os Estados Unidos têm uma estrutura de sobreposição (cada cidadão se submete a dois poderes políticos e a dois ordenamentos jurídico-constitucionais) e de participação (o poder central como resultante da agregação dos poderes políticos dos Estados federados).

O federalismo nos EUA se baseia em quatro princípios jurídicos: a) Poder constituinte de cada Estado limitado pela Constituição Federal; b) intervenção institucionalizada na formação da vontade política federal: pelo Senado, como órgão de representação dos Estados; pela composição e processo de votação do Colégio Eleitoral presidencial; pela necessidade de as emendas à Constituição carecerem de aprovação de 2/3 dos membros de cada câmara e ratificação por 3/4 dos Estados; c) especialidade das atribuições federais, entendendo-se que as que não forem próprias do Estado federal pertencem ou podem pertencer aos Estados federados; d) igualdade jurídica dos Estados (art. IV da Constituição).

Desde 1787, o poder federal cresceu muito, especialmente após a guerra civil de 1861/1865 e as duas guerras mundiais, em decorrência do aumento do número de estados federados e do enorme peso financeiro das funções do Estado federal. Portanto, predomina atualmente a centralização, motivada, impulsionada, outrossim, pela *teoria dos poderes implícitos*, que significa que os órgãos federais têm competência para fazer tudo quanto seja necessário ou útil para desempenharem as atribuições que a Constituição lhes confere.

Esse princípio foi adotado, primeiramente, por Alexander Hamilton, Secretário do Tesouro do Presidente Washington (1789/1796), que propôs a criação de um banco nacional, destinado a revitalizar o sistema financeiro e prover o crédito público. Como sua criação não estava prevista na Constituição, Hamilton afirmou que a Constituição autorizava o Congresso “a fazer todas as leis que sejam necessárias e apropriadas para pôr em execução” os poderes especificamente enumerados. Mais tarde, em 1819, no julgamento do caso *McCulloch vs. Maryland*, a Suprema Corte declarou que o Congresso agira constitucionalmente ao criar o Segundo Banco dos Estados Unidos, repetindo o argumento utilizado por Hamilton, mais de vinte anos atrás.

Esse caso surgiu da tentativa do Estado de Maryland de, mediante cobrança de imposto extorsivo proposital, tornar inviável o funcionamento da filial do Segundo Banco dos Estados Unidos na cidade de Baltimore. Declarou Marshall que “o poder de tributar é o poder de destruir”, e de nenhuma maneira poder-se-ia admitir que um estado destruísse um instrumento do governo federal.

Outro julgamento importante se deu em *Gibbons vs. Ogden* (1824), pelo qual o Supremo declarou nulo o monopólio que o Estado de Nova York concedera a um serviço de barcas a vapor entre Nova York e Nova Jersey, com isso afirmando a competência do Congresso para regulamentar o comércio interestadual.

VI. OS PARTIDOS POLÍTICOS E OS GRUPOS DE PRESSÃO

Os primeiros partidos refletiam a divisão na sociedade entre os partidários de um governo central forte (federalistas) e os defensores da descentralização (democratas-republicanos), a partir do final da década de 1790, originados da oposição à vigorosa política econômica de Alexander Hamilton, Secretário do Tesouro do Presidente Washington.

Depois, durante a primeira metade do século XIX, vários partidos apareceram (partido do povo, partido Republicano nacional, partido Democrata-Republicano etc.), que mais refletiam as alianças de interesses de candidatos a presidência do que determinada corrente política. Daqueles, o partido Democrata-Republicano alcançou certa estabilidade, a partir da eleição de Andrew Jackson (1828), passando a ser chamado, aos poucos, de Partido Democrata. Seus opositores, por outro lado, fundaram um novo parti-

do e se autodenominaram *Whigs* (liberais). Começa, a partir daí, a ser firmado o sistema bipartidário. Na década de 1850, liberais e democratas descontentes fundaram o Partido Republicano. A partir daí, esses dois partidos monopolizarão a cena política americana, embora aparecesse, de tempos em tempos, uma terceira força (Partido Americano, Partido do Solo Livre).

Após o racha nos partidos antes da guerra civil (havia democratas suelistas, democratas nortistas, e até um partido unionista constitucional), e depois desse sangrento conflito (1861/1865), o Partido Republicano passou a identificar os vencedores e o Partido Democrata passou a agrupar os vencidos na guerra. Mais tarde os republicanos passaram a se identificar com o conservadorismo e os democratas com as reivindicações populares. De 1860 a 1932, com poucos intervalos (1884, 1892, 1912 e 1916), os presidentes foram sempre republicanos.

Na realidade, ambos os partidos têm várias correntes internas e muitos dos seus membros o são apenas por tradição familiar ou local. Por isso, não é raro ver em determinadas questões os democratas do Sul alinharem-se com os republicanos, como em outras, republicanos progressistas votar com os democratas. Segundo Marcelo Caetano, a coesão partidária resulta de uma solidariedade de tipo clubista entre seus membros, mais do que por influência de grupos ideológicos.

Um interessante fator de mudança surgiu com o aparecimento dos grupos de interesses, ou de pressão, ou *lobbies*. Sobre a sua influência na realidade política atual dos Estados Unidos ensina Michael J. Malbin:

“Mencionar grupos de interesses traz à mente uma alteração final na utilização que os Elaboradores atribuíam ao ciclo de dois anos para promover as deliberações. A idéia original era que os mandatos de dois anos para a Câmara e de seis para o Senado levassem os membros a passarem mais tempo vivendo na capital do país. Isso, por sua vez, ajudaria os legisladores a formarem um senso comum de identidade e de propósitos, que favoreceria as deliberações num cenário distanciado das pressões imediatas dos eleitores.

O crescimento de grupos nacionais de interesse em Washington mudou tudo isso. Tal crescimento tem andado diretamente em paralelo com o crescimento da agenda do governo, e de certo modo é uma das conseqüências disso. Os primeiros grupos de proteção aos negócios e à força de trabalho surgiram com a nacionalização da economia e com os primeiros grandes pruridos de regulamentação econômica nacional no final do século XIX. Continuaram a crescer em surtos que, em linhas gerais, se comparavam à Era Progressista, ao New Deal, à Grande Sociedade e, finalmente, à expansão da saúde, da segurança, da defesa ambiental e às leis dos direitos civis e às regulamentações de meados da década de 1960 a princípios da década de 1970. O resultado foi uma explosão de representações na capital do país de grupos de interesse.”

VII. A RELIGIÃO E O ESTADO AMERICANO

Finalmente, cabem umas poucas palavras acerca do tratamento dado pelo Estado americano à questão religiosa, segundo o entendimento dos elaboradores da Constituição, face à milenar contenda entre a Igreja e o Estado, do qual aqueles tinham perfeita consciência de suas implicações na história da civilização ocidental.

Os fundadores do Estado norte-americano pugnaram, desde os primeiros debates relativos ao asseguramento da proteção aos direitos fundamentais, a estabelecer uma separação rígida da religião em face das funções estatais e isso com um propósito bem claro. Explica Jeremy Rabkin:

“A estabilidade de nossa ordem constitucional deve muito ao fato de que as tendências religiosas dominantes ao longo da maior parte da história americana foram perfeitamente compatíveis com a democracia liberal e com a tolerância religiosa e, de um modo geral, não obrigaram as pessoas a fazer violentas opções entre obrigações religiosas e obrigações civis.”

Segundo a maioria dos doutrinadores americanos, essa separação favoreceu, por outro lado, um crescimento espetacular de seitas (algumas até perigosas) e de doutrinas religiosas, que tornou a repressão, em virtude de crença, virtualmente impossível, freando as ambições sectárias.

VIII. INFERÊNCIAS

Através desse pequeno ensaio, percebe-se que o caráter sintético da Constituição dos Estados Unidos tem a ver, antes de tudo, com as condições históricas sob as quais foi elaborada, quando se visava, essencialmente, limitar o poder central.

No entanto, com o passar do tempo e o aumento, cada vez maior, de participação do Estado na regulação da vida privada, sentiu-se a necessidade de uma mudança de orientação, devida, principalmente, às crescentes pressões sociais.

Mas o caráter sintético daquele documento acabou se revelando de enorme vantagem, pois possibilitou-se sua adaptação aos novos tempos, sem necessidade de uma ruptura com a ordem anterior (por exemplo, instalação de uma assembléia constituinte).

Assim, tirante as emendas constitucionais, que visaram, principalmente, a garantir direitos fundamentais aos cidadãos americanos, as mudanças operadas na interpretação do texto vigente, pela Corte Suprema, provaram suficientes para atender as novas demandas da sociedade americana.

Fundamentalmente, penso que os constituintes americanos, quando da elaboração do texto da Constituição dos Estados Unidos da América, jamais sofreram daquilo que, espiritualmente, o Professor Luis Roberto

Barroso chama de *narcisismo constitucional*, ou seja, de se elaborar normas para esta geração, para resolver problemas imediatos, para se livrar das pressões circunstanciais etc.

Acredito que aqueles legisladores pensaram nos governantes como realmente eram, e serão sempre: seres humanos mortais.

BIBLIOGRAFIA

- *A Ordem Constitucional Americana - 1787/1987* - Irving Kristol, Nathan Glazer, James Q. Wilson, Walter Berns, Daniel Patrick Moynihan, Glenn C. Loury, Jeremy Rabkin, Thomas L. Pangle, Michael J. Malbin e Harvey C. Mansfield, Jr., Forense Universitária, 1987.
- Caetano, Marcelo. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional* - Coimbra Editora, 1972.
- Constituição dos Estados Unidos da América - texto em português fornecido pelo Consulado Geral dos Estados Unidos no Rio de Janeiro.
- Dallari, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado* - Saraiva, 1991.
- David, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo* - Martins Fontes, 3ª ed. 1998.
- Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, vol. I (Biblioteca da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro).
- Sellers, May, e McMillen. *Uma Reavaliação da História dos Estados Unidos* - Jorge Zahar Editor, 1985.
- Texto em inglês da 27ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ENSINO DA ÉTICA NAS ESCOLAS DE DIREITO

JOSÉ EDUARDO NOBRE MATTA

Juiz Federal da 6ª Vara de Execução Fiscal do Rio de Janeiro e Professor de Ciência Política e Direito Constitucional.

Sumário: I. Introdução II. Ética, Moral e Direito III. A Constituição Ética - Do Estado Democrático de Direito ao Estado de Justiça IV. O Ensino da Ética no Direito

I. INTRODUÇÃO

Recentes acontecimentos na história política de nosso país têm levado toda a sociedade a refletir sobre a ética. A grita pela ética na política aparece como verdadeiro movimento de cidadania. Governos e antigos caciques eleitorais caem, não tanto pelos males que causaram à democracia em si, ou em decorrência de suas más administrações, mas pelas agressões que teriam perpetrado aos valores morais e éticos acolhidos pela sociedade. Assim foi com o ex-Presidente Collor (1), ou mesmo, mais recentemente com o ex-Senador Antônio Carlos Magalhães.

Esta cíclica visitação aos valores éticos na política, abre espaço para o seu debate também em outras áreas do convívio social. Fala-se, assim, muito mais, hoje, em ética na administração, na economia, no comércio, no desporto, na ciência, na educação e no ensino (2), bem como na ética dentro do direito e também na ética profissional.

É a partir da cumulativa experiência de profissional do direito, professor universitário, aluno e cidadão, que pensamos em participar desses debates, meditando especificamente sobre o ensino da ética profissional nas Escolas de Direito.

II. ÉTICA, MORAL E DIREITO

Costuma-se diferenciar moral de ética.

Segundo Aristóteles, no seu *Ética a Nicômacos*, “*toda arte e toda indagação, assim como toda ação e todo propósito, visam a algum bem; por isto foi dito acertadamente que o bem é aquilo a que todas coisas visam*” (3).

Os filósofos Gregos distinguiram uma ciência do bem (moral) da própria prática desta ciência (ética). Pode-se dizer, então, que a ética exercita os valores morais.

LEONARDO BOFF (4), com clareza e poesia, demonstra a existência de uma unidade complexa entre ética e moral.

Primeiramente, demonstra a diferença existente entre ambas. Para tanto, parte da etimologia das palavras. Ética, que vem do grego *ethos*, diz o grande teólogo, “designa a morada humana” (5). E prossegue: “A ética, como morada humana, não é algo pronto e construído de uma só vez. O ser humano está sempre tornando habitável a casa que construiu para si” (6). De outro turno, a moral, que vem do latim *mos, mores*, “designa os costumes e as tradições” (7). Assim, “quando um modo de se organizar a casa é considerado bom a ponto de ser uma referência coletiva e ser reproduzido constantemente, surge então uma tradição e um estilo arquitetônico. Assistimos, ao nível dos comportamentos humanos, ao nascimento da moral” (8). Desta forma, a moral estaria “ligada a costumes e tradições de cada povo, vinculada a um sistema de valores, próprio de cada cultura e de cada caminho espiritual” (9).

Em seguida, o autor trata de articular moral e ética, demonstrando a existência de uma unidade complexa dos dois fenômenos, no qual um contribui para a atualização do outro, em perfeita simbiose. Diz: “a ética assume a moral, quer dizer, o sistema fechado de valores vigentes e de tradições comportamentais. Ela respeita o enraizamento necessário de cada ser humano na realização de sua vida, para que não fique dependurada das nuvens. Mas a ética abre esse enraizamento. Está atenta às mudanças históricas, às mentalidades e às sensibilidades cambiáveis, aos novos desafios derivados das transformações sociais. Ela impõe exigências a fim de tornar a moradia humana mais honesta e saudável. A ética acolhe transformações e mudanças que atendam a essas exigências. Sem essa abertura às mudanças, a moral se fossiliza e se transforma em moralismo. A ética, portanto, desinstala a moral. Impede que ela se feche sobre si mesma. Obriga-a à constante renovação no sentido de garantir a habitabilidade e a sustentabilidade da moradia humana: pessoal, social e planetária” (10). E arremata: “A moral deve renovar-se permanentemente sob a orientação e a hegemonia da ética. Cabe à ética garantir a moradia humana, sob diferentes estilos, para que seja efetivamente habitável.” (11).

Cientes, pois, da diferença ontológica de moral e ética, mas valendo-nos deste sentido de unidade complexa existente entre ambos os conceitos, acima referida, permitimo-nos neste estudo referirmo-nos indiscriminadamente a um ou outro termo.

Quanto à relação existente entre moral e direito, como bem salienta GEORGES RIPERT, citado por MIGUEL REALE, “não há entre a regra moral e a regra jurídica diferença alguma de domínio, de natureza e de fim. Nem pode haver, porque o Direito deve realizar a justiça, e a idéia do justo é uma idéia moral. Entre elas existiria apenas uma diferença de caráter (*sic*), pois a regra moral torna-se regra jurídica, consoante expressão de Gény: ‘graças a uma injunção mais enérgica e a uma sanção exterior necessária ao fim a ser alcançado’.” (12).

O mesmo professor MIGUEL REALE, ao assentar o valor, ao lado do fato e da norma, como elemento integrador do Direito, em sua teoria tridi-

mensional do Direito, obriga ao reconhecimento de que mais interessa saber distinguir um conceito de outro, que a própria distinção em si. Vale transcrever a lição do eminente jusfilósofo a respeito, no seu *Lições Preliminares de Direito*, verbis: "*Encontramo-nos, agora, diante de um dos problemas mais difíceis e também dos mais belos da Filosofia Jurídica, o da diferença entre Moral e o Direito. (...) Nesta matéria devemos lembrar-nos de que a verdade, muitas vezes, consiste em distinguir as coisas, sem separá-las. Ao homem afoito e de pouco cultura basta perceber uma diferença entre dois seres para, imediatamente, extremá-los um do outro, mas os mais experientes sabem a arte de distinguir sem separar, a não ser que haja razões essenciais que justifiquem a contraposição.*" (13).

Destarte, diante de alguns casos, é certo, interessar-nos-á distinguir e separar o que é moral e o que é direito. Mas, na maioria dos casos, o que irá importar, de fato, é a intimidade existente entre ambos, quer no que se refere ao processo de elaboração da norma jurídica, quer no processo de sua aplicação mesma.

Com efeito, até os neopositivistas tendem a argumentar em torno da influência da moral, mesmo como um elemento metajurídico, na formulação e na aplicação do direito. Basta conferir obras de autores do quilate de HERBERT HART (14), por exemplo. Trata-se de tendência mundial verificada principalmente após a Segunda Guerra Mundial. PAULO BONAVIDES (15), em estudo sobre os fins do Estado, aborda tal tendência do resgate dos valores do direito natural, principalmente na Alemanha, como verdadeiro remédio para sarar as feridas e as inseguranças jurídicas ocasionadas pelo holocausto nazista.

Hoje, as sociedades contemporâneas não mais se satisfazem com o modelo de Estado legalista dos séculos XVIII e XIX, e tampouco com o Estado Democrático paulatina e lentamente desenhado durante o século XX. O novo milênio impõe um modelo de Estado Ético, ou, na feliz expressão de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (16), do Estado de Justiça. Dignas de referência as palavras do eminente publicista: "*A sujeição da sociedade e depois a do Estado moderno à lei, foram as primeiras conquistas, conformando o sistema da legalidade, como 'o mínimo ético indispensável que a sociedade exige de seus membros', marcando a transição histórica do Estado Absolutista para o Estado de Direito. A sujeição do Estado à vontade da sociedade foi, a seguir, a extraordinária conquista política realizada pelas revoluções francesa e americana, dotando o ordenamento jurídico de um sistema de legitimidade e permitindo o surgimento e a disseminação do Estado Democrático. Finalmente, a sujeição do Estado à moral, a mais ambiciosa e demandante das conquistas éticas, está apenas começando, incorporando-se lentamente à ordem jurídica como um sistema de licitude e possibilitando, onde o Estado Democrático já se está sedimentando, o advento do Estado de Justiça.*" (17).

Assim, mais do que nunca, ética e direito devem caminhar juntos nos novos tempos.

III. A Constituição Ética - Do Estado de Direito ao Estado de Justiça

Riquíssima em princípios, a Constituição de 1988 incorpora valores morais, jurisdicizando-os.

Válida para o Brasil, a afirmação de Gomes Canotilho para o ordenamento jurídico português. Ou seja, o sistema jurídico brasileiro é também um *"sistema aberto de normativo de normas e princípios"*(18); sendo um sistema aberto *"porque tem estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e 'capacidade de aprendizagem' das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da 'verdade' e da 'justiça'."*(19).

Com efeito, a conformação específica da Constituição brasileira, muito próxima da portuguesa, ante a riqueza de princípios, permite a tal *"capacidade de aprendizagem"*, referida pelo grande constitucionalista luso, na medida em que possibilita ao aplicador da norma constitucional valorar tais espécies normativas, atualizando-as no tempo.

Pelo que se disse, já aqui pode-se identificar a forte influência da ética no nosso ordenamento jurídico constitucional vigente. Afinal, como deixamos claro acima a partir da lição de BOFF, cabe à ética exatamente a função de acolher as mudanças e transformações necessárias ao aperfeiçoamento da sociedade. É dizer com aquele teólogo, que a ética *"está atenta às mudanças históricas, às mentalidades e às sensibilidades cambiáveis, aos novos desafios derivados das transformações sociais."*

Mas não é só pelo fato de ser rica em princípios que se impõe reconhecer que a Constituição de 1988 inaugura uma ordem jurídica ética em nosso país. Como bem salienta DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO no estudo já referido, *"é indubitável que, por força dos inúmeros princípios e preceitos em que o referencial moral da licitude vem consignado, também lá se expressa a vocação ao Estado de Justiça"*(20).

O eminente administrativista fluminense anota nada menos que 58 normas constitucionais, entre princípios e regras, dirigidas ao Estado, à sociedade ou a ambos, que tratam direta ou indiretamente de referir-se à moralidade social.

O presente estudo não comporta uma análise detalhada de cada um desses dispositivos constitucionais. O que se pretende, todavia, é que fique registrado que a Constituição de 1988 é intrinsecamente uma Constituição Ética, quer seja pela sua riqueza de normas principiológicas, quer pelo fato de referir-se direta ou indiretamente à moralidade social.

IV. O ENSINO DA ÉTICA NO DIREITO

Sendo, como vimos, a Constituição de 1988 uma constituição de vocação ética, e sem esquecer, ainda, do que dissemos em relação ao nexo existente entre moral e direito, até mesmo intuitivamente salta aos olhos a re-

levância do estudo da ética na formação do futuro profissional do Direito, quer venha ele a seguir a carreira de advogado, juiz ou membro do ministério público.

Contraditoriamente, porém, os currículos das Escolas de Direito costumam limitar o estudo da ética a uma única disciplina, usualmente denominada deontologia jurídica, ética profissional ou simplesmente ética.

Nesta disciplina, usualmente, há duas ordens de abordagem da ética: a). a geral (deontologia geral), na qual se estuda o fenômeno da moral em si mesmo, desprovido de vínculo com o atuar específico em uma dada profissão; b). a deontologia jurídica, na qual se estuda a atuação específica do profissional do direito - advogado, juiz e membro do ministério público.

Quanto à deontologia geral, dada a sua natureza eminentemente filosófica, não se costuma fazer um maior aprofundamento sobre ela. Até porque, muitos de seus conceitos já foram abordados na cadeira de filosofia do direito.

Em relação à deontologia jurídica, diversos fatores práticos levam as Faculdades de Direito a abordar precipuamente a ética da advocacia.

Com efeito, não há um código de ética escrito específico para juízes e promotores. As linhas de atuação destes profissionais estão traçadas na Constituição Federal, nas respectivas Leis Orgânicas, bem como nos Códigos de Processo. Além disso, apenas uma diminuta parcela dos futuros profissionais do direito ingressarão nas carreiras da magistratura ou do ministério público, cujo acesso é limitado pela estreita porta do concurso público. Assim, impõe-se reconhecer que o grande contingente de estudantes de direito será absorvido realmente pela advocacia, em suas mais diversas modalidades. Mas não é só. Até para aqueles que vierem a optar pelo ingresso nas carreiras da magistratura ou do ministério público, em regra, deverão, precedentemente, inscrever-se nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, pois a maioria dos concursos públicos exige um tempo mínimo de prática forense. Sendo certo, de outro turno, que a OAB exige conhecimentos específicos da ética do advogado no chamado *Exame de Ordem*.

Desta forma, como dito, as Escolas de Direito costumam dar especial relevo aos estudos da ética da advocacia na cadeira de deontologia jurídica.

ELIANE BOTELHO JUNQUEIRA, em seu excelente livro *Faculdades de Direito ou Fábricas de Ilusões?*, elabora interessante estudo sobre o ensino da ética nas Escolas Jurídicas, valendo-se dos dados obtidos por intermédio de uma pesquisa feita junto aos alunos de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro no ano de 1996. Tratou a autora, ainda, de formular entrevistas com os dois professores daquela disciplina.

Reconhecendo a influência da OAB na orientação do ensino da ética profissional nas Faculdades de Direito, identifica a pesquisadora aludida dois

discursos sobre a ética naquela instituição: o discurso politicamente orientado e o discurso profissionalmente orientado.

O discurso politicamente orientado é aquele ligado ao mister público do advogado, sua função social. Guarda estreito vínculo com as lutas da OAB em prol da democracia e dos direitos do homem. O próprio *status* constitucional alcançado pela advocacia na ordem jurídica inaugurada com a Constituição de 1988 demonstra bem a legitimidade alcançada pela Ordem dos Advogados do Brasil junto à sociedade brasileira.

Já o discurso profissionalmente orientado da ética do advogado dá ênfase ao dia-a-dia do profissional, sua relação com seus pares, membros do judiciário e ministério público, bem como com o cliente. Sobre esta vertente, houve, segundo a professora JUNQUEIRA, a partir da década de noventa, a substituição do discurso anterior, política e socialmente orientado, por um novo discurso, voltado mais especificamente para o exercício profissional e para o relacionamento entre advogados e seus clientes. Com efeito, observa a eminente autora, tal preocupação com a ética em sua vertente mais profissional que social e política teria razão de ser, em face do crescente desprestígio da figura do advogado, em decorrência do ingresso de profissionais com pouco preparo acadêmico no mercado, *"principalmente em razão da expansão de escolas de caráter mais comercial, não comprometidas verdadeiramente com a qualidade do ensino"* (21). Assim, a maior preocupação em torno do exame de ordem, bem como a elaboração do novo Código de Ética e Disciplina e o conseqüente cuidado com a sua observância seriam respostas da Ordem dos Advogados à *"demanda da sociedade brasileira, insatisfeita com a qualidade técnica e ética dos serviços advocatícios"* (22).

De acordo com o estudo em questão, ao menos junto aos alunos da PUC do Rio de Janeiro (23), há uma nítida preferência por este último enfoque da ética, qual seja, pelo enfoque exclusivamente profissional. Em outras palavras, os alunos daquela instituição prefeririam que a cadeira de ética profissional se restringisse, ou ao menos desse maior ênfase, a uma abordagem dos dispositivos do Código de Ética e Disciplina que dizem respeito ao aspecto estritamente profissional da advocacia. Observe-se o seguinte trecho do estudo em enfoque: *"Os estudantes, principalmente os do último ano, estão, portanto, mais interessados em aspectos práticos que poderão ser úteis no futuro exercício profissional. Como disse um dos estudantes, quando indagado sobre a utilidade do curso: 'se fosse estudado o Código de Ética, com o conhecimento das leis, haveria alguma utilidade'. Outra resposta, no mesmo sentido: 'Se o ensino fosse mais responsável e mais bem administrado, serviria para que os futuros profissionais se sentissem mais confortáveis e mais seguros quando se deparassem com situações complexas, anti-éticas, dúbias'; 'O ensino da ética é muito útil, desde que esteja voltado para questões relevantes, que serão enfrentadas no dia-a-dia de todo o profissional'. E, um aluno reclama: 'até agora, discutimos apenas temas abstratos, sem nenhuma relação mais direta e objetiva com o Código de Ética'. Os estudantes de direito compreendem a ética profissional, portanto, no sentido de conduta no*

exercício da profissão, ou seja, relacionam ética profissional diretamente ao Código de Ética. Quando solicitados a definir ética profissional, as referências quase necessárias são os clientes e os colegas de profissão.”(24).

Parece-nos, todavia, que a expectativa dos alunos em relação à ética do advogado encontra-se ligeiramente distorcida, sendo certo que a própria Ordem dos Advogados do Brasil tem retomado nos últimos tempos o discurso social e político da instituição e da figura mesma do advogado. Basta lembrar o recente discurso do Presidente da OAB, Doutor Rubens Approbato, quando da posse do novo Presidente do Supremo Tribunal Federal, no qual, em nome da sociedade, foi cobrada uma postura ética e democrática dos governantes do país. Permitimo-nos destacar um pequeno trecho daquele histórico pronunciamento: *“A sociedade, pela vontade de suas maiorias, pela arregimentação de suas entidades civis, pela força expressiva de figuras ilustres e de comportamento ilibado, tem sinalizado no sentido da modernização institucional e política, cujos eixos repousam numa base moral e ética. Base moral e ética que implicam: na investigação das denúncias de corrupção que mancham a vida de setores da administração pública, de dirigentes, governantes e políticos; na punição dos culpados; no restabelecimento do império da lei e da ordem, freqüentemente vilipendiado pela usurpação das funções do Poder Legislativo por outro e por violações a direitos fundamentais retratadas em despótica forma de legislar...”*

A preocupação da Ordem dos Advogados do Brasil com a discussão mais ampla da ética, sob todos os seus enfoques, inclusive, e talvez principalmente, com a sua vertente social e política, mostra-se presente na obra coletiva *Ética na Advocacia* (25), organizada por seu Conselho Federal, no ano de 2000, sob a criteriosa coordenação dos professores SÉRGIO FERRAZ e ALBERTO DE PAULA MACHADO.

Com a intensidade reflexiva que lhe é peculiar, o professor SÉRGIO FERRAZ, em seu estudo *Regras Deontológicas*, contido na obra acima referida, denuncia a *“marginalização de ponderáveis contingentes de nossa população estudantil, do campo da reflexão sobre o fenômeno social e da participação na propositura de soluções para o seu deslinde”*(26). Como se vê, a observação do mestre coincide com aquele repúdio ao estudo da vertente social da ética, identificado entre os alunos da PUC do Rio de Janeiro, na pesquisa acima mencionada.

Mas o eminente publicista não se queda ante esta tendência de alienação em face dos problemas sociais verificada nos estudantes do direito. Ao revés, conclama o jovem acadêmico a engajar-se na luta pelo direito, através do direito, ponderando que o advogado é um privilegiado, se comparado à imensa maioria da população brasileira e, como tal, deve prestar um tributo a este contingente populacional de miseráveis. Confirmam-se suas precisas palavras: *“...o advogado deve convencer-se, em primeiro lugar, de que é um privilegiado. É um privilegiado de início porque, não obstante toda uma estrutura desestimulante que lhe foi posta à frente, como uma verdadeira*

provação para a aferição efetiva de sua vocação, ele conseguiu um diploma universitário, e fez desse diploma universitário um escalão para a sua ascensão social. Em segundo lugar também é um privilegiado porque, tendo feito um curso de Direito, não obstante as deficiências notórias deste, conseguiu munir-se do material mínimo para uma consideração crítica sobre os instrumentos de conformação da estrutura social que, como sabido, repousam fundamentalmente no ordenamento jurídico dessa mesma sociedade. O dispor desse instrumental crítico, ainda quando mínimo, e o ter superado os empecilhos sócio-econômicos que barram a ascensão universitária e a utilização profissional dos atributos dessa ascensão, colocando o advogado imediatamente acima de uma ponderável parcela de concidadãos, doutra parte também dele exige um compromisso de retorno ao caldo social, de que destacado de todos aqueles benefícios de que se viu destinatário (nem sempre por méritos próprios, freqüentemente por imperativos decorrentes de dados meramente aleatórios ou familiares e, de toda maneira, raramente imputáveis ao esforço consciente do próprio advogado. Até porque só o tempo provará a densidade e a consistência de sua vocação e de sua opção).”(27).

Por isto mesmo que o ensino da ética não se pode prender às questões estritamente profissionais, relativas ao trato do futuro advogado com seus clientes e pares. Cremos que não se pode reduzir o estudo da ética profissional a mais um exercício de simples técnica jurídica. Afinal, como bem salienta o professor FERRAZ, “o advogado é convocado e impelido a transcender da sua simples banca de advocacia, ou do simples exercício egoístico ou confinado de suas aptidões técnicas e intelectuais em benefício de determinado cliente”(28), para atuar “como verdadeiro receptor dos anseios nacionais”(29).

Mas como vencer este desafio?

Em primeiro lugar, pensamos, deve-se ter consciência de que uma única disciplina, dê-se a ela o nome que se queira (deontologia jurídica, ética profissional ou simplesmente ética), não se presta para abordar todo o conteúdo ético que deve pautar a atuação do profissional do direito.

De fato, como já dito anteriormente, e considerada até mesmo a cobrança de conhecimento que a OAB faz de seu Código de Ética e Disciplina, talvez seja razoável centrar os estudos de deontologia na ética do advogado, mais especificamente das questões estritamente profissionais, indo ao encontro dos anseios mais imediatos dos alunos. Assim, reservar-se-ia à cadeira de ética profissional essa função.

Todavia, a outra vertente da ética do advogado, qual seja, aquela relacionada a seu *munus* público, esta deverá ser abordada em todas as disciplinas jurídicas, principalmente as de direito público, tais como Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Processual (principalmente Teoria Geral do Processo). Aliás, nestas disciplinas, não apenas deveria ser apreciado o comprometimento social e político do advogado, mas de todo e qualquer profissional do direito, seja advogado, juiz, ou membro do ministério público.

Os professores das Faculdades de Direito devem despertar esta responsabilidade social no aluno, já naquelas disciplinas introdutórias, verdadeiramente resgatando, ou construindo, uma nova cidadania através do ensino jurídico.

Devem os mestres permitir ao aluno o conhecimento da vida profissional e da luta política e social de nossos juristas históricos. É inconcebível, por exemplo, a pouca referência que se faz ao mito Rui Barbosa em nossas Escolas de Direito. É impensável que um estudante possa graduar-se sem ter lido *Oração aos Moços*. Deve ser dada ao acadêmico a oportunidade de conhecer a atuação dos grandes advogados na defesa de presos políticos durante a Era Vargas ou na ditadura militar de 1964: nomes como o de Sobral Pinto, Evaristo de Moraes, e Evandro Lins e Silva, v.g. O acadêmico de direito deve conhecer, ainda, a história do Supremo Tribunal Federal, os seus grandes julgamentos, os grandes juízes.

Com efeito, a figura paradigmática desses grandes juristas brasileiros ajudará sem dúvida a formar aquele comprometimento político e social do futuro profissional do direito. O contato com as lutas históricas vivenciadas por tais expoentes da cidadania permitirá ao graduando *despertar a águia* (30) que existe em cada um deles, bem como, por certo, nos próprios professores. Deveras, como bem salienta LEONARDO BOFF, *“os mestres referenciais despertam em nós virtualidades latentes. Ajudam-nos a evitar enganos e erros. Sustentam a esperança de que sempre vale a pena seguir lutando. Impedem que o desânimo tome conta de nossa vida. Alimentam permanentemente com o óleo da confiança, da solidariedade, do perdão e do enternecimento a lamparina sagrada que arde em nós. Assim sempre haverá luz em nosso caminho. A águia que somos não se mediocrizará e erguerá vôo sempre de novo”* (31).

NOTAS

1. Sobre o caso Collor, vale conferir as palavras do eminente professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, proferidas na nota 7 da p. 61, da 11a. edição de seu Curso de Direito Administrativo: “Sucedeu em dias ainda recentes uma demonstração flagrante da renitência do autocratismo tradicional do Brasil e até mesmo - desgraçadamente - da inanidade dos esforços em buscar dar foro de civilização aos nossos costumes políticos. Recém-nascida a Constituição de 1988, nem bem egressos do último longo período de ditadura, o ex-Chefe do Poder Executivo, o malsinado Fernando Collor, embora eleito diretamente e mal tendo acabado de jurar a Constituição, tripudiava em abertas e publicadas seus dispositivos. Contravinha às claras a tripartição do exercício do Poder e pisoteava os direitos e garantias individuais enquanto os distintos seguimentos sociais e institucionais assistiam catatônicos ao naufrágio dos mais mezinhos princípios do Estado de Direito. E então nem mesmo se podia alegar a força dos canhões para justificar a irresistibilidade dos desmandos, que se apresentavam com a fisíonomia de uma ditadura consentida, conquistada no grito, segundo o melhor estilo do

rançoso estereótipo de machismo latino-americano. *É certo que acabou por ser defenestrado; não, porém, em razão dos agravos à democracia, e sim por falta de decoro e envolvimento em uma vaga de corrupção matizada por tons novelescos e, bem por isto, prestantes para galvanizar a opinião pública, com os efeitos daí decorrentes.*" (os grifos são nossos).

2. Vale lembrar do ocorrido na Escola Parque, no Rio de Janeiro, quando adolescentes foram expulsos, por terem reconhecido junto à direção do colégio que teriam fumado maconha num passeio. A expulsão foi seguida de manifestações dos alunos da escola, questionando a punição dos infratores, na medida em que estes só teriam sido punidos por haverem dito a verdade, enquanto outros alunos que, mesmo tendo fumado maconha, por não terem assumido o ato, não sofreram punição. Dignos de referência os artigos publicados no jornal O Globo de 04 de maio de 2001, na p. 7, de MARIA DA FRANÇA CEZAR COELHO, FERNANDO GABEIRA e LUIZ GARCIA, todos refletindo sobre o episódio, a função da escola e da família junto aos adolescentes, a questão das drogas, e a própria questão ética no ensino.

3. Tradução de Mário da Gama Kury, p. 17.

4. *In A Águia e a galinha - Uma metáfora da condição humana*. Petrópolis: Vozes, 1997.

5 e 6. Op. cit., p. 90.

7 e 8. Op. cit., p. 91.

9. Op. cit., p. 92.

10. Op. cit., p. 93 e 94.

11. Op. cit., p. 96.

12. *In Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 487.

13. Op. Cit., p. 41.

14. HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Calouste GulbenKian, 1994.

15. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

16. *Moralidade Administrativa: Do conceito à Efetivação*. RDA nº 190.

17. Artigo citado, p. 17.

18 e 19. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 1085.

20. Artigo citado, p. 22.

21 e 22. JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Faculdades de Direito ou Fábricas de Ilusões?* Rio de Janeiro: IDES: Letra Capital, 1999, p. 138.

23. A própria autora trata de questionar a validade de generalizações que poderiam ser feitas a partir de seu estudo, dadas as características dos alunos pesquisados. Registrem-se as palavras da ilustre pesquisadora, na obra citada, p. 153/154: "*Não há dúvida de que, efetivamente, os alunos de direito da PUC-Rio não são representativos dos estudantes de direito do Brasil, para os quais as faculdades representam ou uma oportunidade de perseguir outras atividades profissionais (não vinculadas diretamente ao direito) ou uma oportunidade de mobilidade social (Falcão, 198:408). Os estudantes da PUC-Rio são, basicamente, recrutados na elite social da cidade do Rio de Janeiro e não buscam, através do estudo, nem prestígio social, nem prestígio econômico*".

24. Op. cit., p. 155.

25. *Ética na Advocacia: estudos diversos*. Coordenadores: Sérgio Ferraz e Alberto de paula Machado. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

26. Op. cit., p. 26.

27. Op. cit., p. 27.

28 e 29. Op. cit., p. 27 e 28.

30. Expressão de LEONARDO BOFF na obra citada.

31. Op. cit., p. 143.

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BOFF, Leonardo. *A Águia e a galinha - Uma metáfora da condição humana*. Petrópolis: Vozes, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

COELHO, Maria da Graça Cezar Coelho. *Corajosos ou Covardes*. Artigo publicado no jornal O Globo de 04 de maio de 2001, p. 7.

FERRAZ, Sérgio e outros. *Ética na Advocacia: estudos diversos*. Coordenadores: Sérgio Ferraz e Alberto de Paula Machado. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GABEIRA, Fernando. *A Tradição de Rolar Cabeças em Ouro Preto*. Artigo publicado no jornal O Globo de 04 de maio de 2001, p. 7.

GARCIA, Luiz. *A Difícil Educação de pais e Escolas*. Artigo publicado no jornal O Globo de 04 de maio de 2001, p. 7.

HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Faculdades de Direito ou Fábricas de Ilusões?* Rio de Janeiro: IDES: Letra Capital, 1999

LINS E SILVA, Evandro. *O Salão dos Passos Perdidos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira: Ed. FGV, 1997.

MATTA, José Eduardo Nobre. *A Prova Ilícita e o Princípio da Verdade Real no Processo Penal – Hermenêutica do art. 5º da Lei nº 9.296/96*. In Direito Federal nº 66 – Revista da Associação dos Juizes Federais – Janeiro a março de 2001.

.....*A Emenda do Judiciário – Quem Garantirá as Garantias?*. Revista da EMERJ v. 3, nº 10. 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade Administrativa: Do conceito à Efetivação*. In Revista de Direito Administrativo nº 190. Outubro a Dezembro de 1992.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1990.

.....*Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1987.

O DIREITO À INDENIZAÇÃO DO HEMOFÍLICO SOROPOSITIVO

LILIANE DO ESPÍRITO SANTO RORIZ DE ALMEIDA

Juíza Federal da 21ª Vara/RJ

1. A QUESTÃO

Trata-se de avaliar se hemofílicos, portadores do vírus HIV, causador da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, contaminados, em momento que não se pode precisar, através do tratamento da própria hemofilia, doença que exige constantes transfusões de sangue ou recebimento de hemoderivados, têm direito à indenização pelo dano sofrido.

2. A EVOLUÇÃO DA AIDS

Segundo o roteiro histórico resumido por Marco Fridolin Sommer Santos¹, a partir de 1967 os órgãos da Previdência Unificada, no Brasil, passaram a comprar sangue de bancos particulares, para uso em hospitais públicos e conveniados, prática essa que conduziu a uma especulação do sangue, durante os anos 70, por doadores "voluntários" de baixa renda e por um grande número de pequenos bancos de coleta, que operavam sem qualquer padrão de ética, qualidade ou fiscalização.

Foi a Portaria Interministerial n. 7, de 30/04/80, que impôs uma reorganização total da atividade hemoterápica nacional, instituindo-se o Programa Nacional de Sangue e Hemoderivados - o Pró-Sangue -, tendo, em decorrência, sido criados hemocentros públicos, como base de um sistema de coleta de sangue de doadores voluntários, com vistas a processar e fornecer sangue e derivados gratuitamente ao sistema de saúde.

No início dos anos 80, porém, um novo fato veio a abalar os sistemas de hemoterapia do mundo inteiro: a GRID - primeiro nome da AIDS, surgida em 1981 e até então tida como doença apenas de homossexuais -, foi também detectada em pacientes hemofílicos, confirmando as suspeitas de que a contaminação também se dava pelo sangue.

Até os idos de 1983, ante a ausência de testes apropriados para prevenir a transmissão do vírus na transfusão de sangue, uma das únicas medidas preventivas possíveis era a seleção de doadores de sangue, evitando-se aqueles que constituíam um risco para a transmissão da AIDS, o que era diligenciado no momento da coleta do sangue, por médicos especializados, através de interrogatório sobre a vida do pretendo doador.

Trabalhando contra o tempo, chegou-se, em 1984, ao teste conhecido por ELISA - *enzyme-linked immuno-absorvent assay* - que servia para anali-

1 *A AIDS sob a perspectiva da responsabilidade civil*, Saraiva, 1999, p. 161/178.

sar as amostras sanguíneas quanto à infecção e, experimentalmente, as doações de sangue. Esse teste somente passou a ser distribuído comercialmente a partir de 1985.

Já nessa época, porém, suspeitava-se que a utilização de produtos sanguíneos preparados a partir de *pools* de doadores, como é o caso típico do Fator VIII de coagulação liofilizado - utilizado em larga escala pelos hemofílicos - estivesse disseminando o vírus da AIDS entre os hemofílicos, o que veio a se confirmar, tendo os índices de contaminação atingido percentuais bastante elevados em todos os países que dispunham de sistemas de hemoterapia desenvolvidos e bem-estruturados, em percentuais que, não raro, ultrapassavam a 50% de hemofílicos soropositivos, inclusive no Brasil.

Através da Portaria Interministerial MPAS/MS n. 14, de 18/05/87, os Ministérios da Saúde e da Previdência e Assistência Social determinaram que *"a aplicação transfusional de sangue e hemoderivados de sangue, patrocinada com recursos previdenciários, fosse precedida pelos testes sorológicos necessários à detecção e confirmação da infecção pelo agente AIDS"*.

Apesar dessa portaria, somente através da Lei n. 7.649, de 25/01/88, é que a realização dos testes para a detecção do vírus HIV passou a ser obrigatória.

O assunto obteve grande discussão na Assembléia Nacional Constituinte, tendo sido incluído o preceito contido no art. 199, § 1º, da Constituição Federal promulgada em 05/10/88, vedando todo tipo de comercialização de sangue, e o contido no art. 200, I, que atribuiu ao Sistema Único de Saúde, nos termos da lei, a participação na produção de hemoderivados.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL

Em rápidas palavras, a responsabilidade civil consiste na obrigação de alguém reparar o dano injustamente causado a terceiros. Pode ser contratual (art. 1.056, do Código Civil), ou extracontratual, também chamada aquiliana (art. 159, também do Código Civil).

Quanto ao aspecto da atuação do causador do dano, pode ser subjetiva, quando baseada na culpa *lato sensu*, ou objetiva, quando independente de culpa. Destaque-se que a responsabilidade subjetiva é a regra e a objetiva a exceção, somente vigorando esta para os casos expressos em lei.

4. A RESPONSABILIDADE DO CENTRO DE HEMATOLOGIA

A transmissão do vírus HIV por transfusão de sangue havida regularmente por hemofílico, ao contrário da contaminação decorrente de contato sexual, tem, em princípio, caráter contratual, haja vista que o paciente se dirige ao hospital para obter determinado produto - o sangue -, que lhe é ministrado pelo mesmo.

Por outro lado, os constantes avanços da medicina fizeram evoluir também o conceito de prestação de serviços médicos, deixando de ocorrer a singela contratação efetuada entre paciente e médico, para alcançar a contratação havida entre paciente e clínica médica, na qual a obrigação passa a ser assumida pela empresa, ainda que a sua responsabilidade decorra de fato alheio, como no caso do médico que trata diretamente do paciente, do medicamento produzido por laboratório alheio, mas que é ministrado ao paciente como parte de seu tratamento hospitalar, ou do sangue que lhe é transfundido, por força também de recomendação dos médicos que o acompanham, e que foi colhido em locais diversos e repassado ao hospital. Em todos os exemplos, o tratamento é feito por terceiros, em nome da entidade hospitalar.

Pode acontecer, pois, que, dentro da clínica, seja causado um dano que decorra de um fato do serviço prestado por terceiro ao hospital - como é o caso de um erro médico -, como também um dano decorrente de um fato do produto - o caso de utilização de medicamento já vencido.

No caso dos hemofílicos soropositivos, entretanto, não se trata de erro ou falha de médico ou da equipe de enfermagem de algum Centro de Hematologia, mas sim de distribuição de sangue contaminado pelo vírus HIV, tratando-se, pois, de responsabilidade civil por fato do produto produzido por terceiro e utilizado pelo hospital.

A natureza terapêutica da atividade médica não raro conduz à utilização de tecidos, órgãos ou substâncias de origem humana, que podem também ser contidos na definição de produtos, fixada no § 1º, do art. 3º, do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que podem ser distribuídos e até mesmo importados ou exportados.

A partir dessa premissa, o sangue também é um produto. E se o sangue é um produto, seu usuário enquadra-se no conceito de consumidor, contido no art. 2º do referido código, estando, por conseguinte, por ele protegido.

De resto, essa proteção pelo Código de Defesa do Consumidor é mais ampla e mais moderna do que a prevista no Código Civil, vez que, sem excluir a responsabilidade contratual, adota também o regime da responsabilidade extracontratual pelo fato do produto, eliminando as exigências já ultrapassadas do Código Civil, não datasse ele de 1916.

Essa evolução pode ser resumida na observação do autor italiano Guido Alpa, segundo quem *"nasce o problema de acertar se respeita ao produtor do frasco ressarcir o dano causado ao paciente ou se a responsabilidade diz respeito ao hospital que utilizou o frasco de sangue para realizar a transfusão"*.²

2 *La vendita e la produzione di beni di consumo, apud A AIDS sob a perspectiva da responsabilidade civil, p. 181.*

Ora, reza o art. 18, do CDC, que os fornecedores de produtos de consumo respondem solidariamente com os produtores pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam.

Tal regra equivale a dizer, nas palavras de Marco Fridolin Sommer Santos, que: "*A simples existência do vírus HIV em produtos de origem humana caracteriza um vício intrínseco e oculto. A utilização desses produtos de origem humana, de acordo com a sua destinação social, é nociva à saúde, por transmitir o vírus HIV ao consumidor. Sem sombra de dúvidas, trata-se de bens que, em decorrência da presença do vírus HIV, 'tornam-se impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam...'*, nos termos do caput do art. 18 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor".³

Resta saber se essa responsabilidade é também objetiva, da mesma forma que a responsabilidade do fabricante, prevista no art. 12.

Ora, no âmbito das relações de consumo, a imposição da responsabilidade na forma objetiva exerce função moralizadora, invertendo o ônus da prova e obrigando os envolvidos no ato do comércio a envidar seus maiores esforços na boa qualidade de seus produtos.

Por outro lado, exigir do consumidor a comprovação da culpa pelos fatos do produto conduziria à impossibilidade indenizatória, ante as dificuldades óbvias de realizá-la.

Ademais, não haveria lógica num sistema que atribuísse ao fabricante responsabilidade objetiva e ao fornecedor responsabilidade subjetiva, especialmente em casos como o presente, que envolve a própria vida do consumidor, impondo-se, dessa forma, uma obrigação de resultado, e não de meio, ao submetê-lo, na qualidade de hemofílico, a uma transfusão de sangue, única forma de mantê-lo vivo, não sendo admissível que essa sua única tábua de salvação é que, ao invés de salvá-lo, resultasse em sua condenação à morte, em razão da presença do vírus HIV.

Destaque-se, ainda, que as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, como é o caso dos Centros de Hematologia, também respondem objetivamente pelos riscos decorrentes de sua atividade.

Assim, o Centro de Hematologia responderá objetivamente pelo fornecimento viciado de sangue, especialmente por se tratar de local especializado, o que lhe atribui uma responsabilidade ainda maior pelos produtos que utiliza, que devem corresponder ao esperado, trazendo saúde à sua clientela, e não mais um dano a ser tratado.

3 Idem, p. 184.

5. A RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO

É, via de regra, aplicável ao Estado a responsabilidade objetiva, tendo a doutrina evoluído desde a irresponsabilidade total do Estado - baseada na máxima inglesa "*the King can do no wrong*", felizmente já superada - passando pelo conceito da responsabilidade com culpa, também já abandonado, em face das dificuldades evidentes de sucesso em demandas dessa ordem, e finalmente aportando na teoria da responsabilidade objetiva ou independente de culpa.

Por essa teoria, na forma mitigada do risco administrativo, a obrigação de indenizar surge do próprio ato lesivo e injusto causado à vítima por um dos agentes do Poder Público.

Nos dizeres do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles: "*Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF de 1946.*"⁴

A Constituição outorgada em 1967, no art. 105, e a Emenda Constitucional de 1969, no art. 107, repetiram a redação da Carta de 1946, tendo a Constituição Federal atualmente em vigor reafirmado o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, vale dizer: pela simples ocorrência da falta, ainda que anônima, do serviço público, responde a Administração, uma vez que esta assume, para consecução de seus fins, os riscos da execução da atividade (art. 36, § 6º).

Em consequência desse princípio consagrado em nosso Direito pátrio, basta ao prejudicado provar o dano e o nexo de causalidade entre aquele e a atividade estatal, ou, nos dizeres do eminente Desembargador Federal ora aposentado D'Andréa Ferreira, "*a noção de culpabilidade é substituída pela de causalidade*".

A idéia é, assim, a de "*socializar o ônus injusto recaindo sobre um ou alguns isoladamente; a vítima também não é culpada, e como foi a ação própria e direta da administração a causadora do mal, é mais justo, em tais*

casos, a divisão de custos pela coletividade, representada pelo ente público".⁵

Não se argumente que se trata de obrigação de meio, e, portanto, de responsabilidade civil subjetiva, vez que o que se examina aqui não é a imperícia de um determinado médico no atendimento dado a um determinado paciente, que, em decorrência veio a falecer.

Analisa-se, isto sim, a falta do produto, que ao invés de manter a vida do hemofílico, termina por servir de causa à sua contaminação pelo mortal vírus da AIDS.

Por outro lado, não é "correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir".⁶

Tampouco isenta os órgãos públicos de seu dever de indenizar o fato de a doença ser desconhecida, à época da possível contaminação, pois está a se apreciar uma questão de justiça distributiva: toda a sociedade deve, por solidariedade, comparecer para amenizar o dano injusto sofrido pelos hemofílicos, não suportados pelos demais membros da coletividade, compensando-se, com isso, a desigualdade por eles havida.

É, pois, razoável a socialização do prejuízo, dentro dos claros ditames do princípio da solidariedade: as vítimas não foram imprudentes, imperitas ou negligentes, e o dano decorreu de transfusão de sangue efetuado em hospital privado prestador de serviço público ou em hospital público.

Cabível, pois, a indenização aos hemofílicos soropositivos, contaminados pela transfusão de sangue.

5 CASTRO, Guilherme Couto, *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*, Forense, 1997, p. 52.

6 Idem nota 5, p. 57.

MEDIDAS PROVISÓRIAS EM MATÉRIA PROCESSUAL CIVIL

MARCELO DA FONSECA GUERREIRO

Juiz Federal, pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário pela UNESA, mestrando em Direito pela UNESA, Professor nos Cursos de Especialização em Direito da UNESA, membro da Associação Internacional do Direito do Seguro

INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que as medidas provisórias tiveram como modelo inspirador os chamados *decreti-legge in casi straordinari di necessità e d'urgenza* da Constituição Parlamentarista Italiana, datada de 1947.

Antecedeu à medida provisória o antigo decreto-lei brasileiro, instrumento legislativo larga e abusivamente utilizado pelo Presidente da República que detinha a competência para editá-lo.

Demais disso, a Carta Magna determinou, em seu art. 62 que, em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir em cinco dias, tendo o prazo de trinta dias para deliberar sobre a questão, em sessão conjunta, porém bicameral. Igualmente é previsto que as medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de 30 dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional regular as relações jurídicas delas decorrentes.

Vale registrar que, regulamentando o processo legislativo das medidas provisórias, o Congresso Nacional editou as Resoluções 1 e 2, ambas de 1989.

O uso abusivo da medida provisória no cenário nacional é tema da ordem do dia, valendo mesmo destacar a existência de Proposta de Emenda Constitucional de n. 472-A, de 1997, cujo objeto é a limitação da edição do instrutor normativo baixado pelo Presidente, como forma de dar-se maior segurança jurídica aos cidadãos e de preservar a função legislativa do Congresso Nacional.

Neste breve trabalho analisar-se-á a problemática do uso abusivo da MP em sede processual civil, com vistas a exacerbar privilégios processuais dos entes públicos e postergar dívidas do Poder Público para com particulares, contribuindo, assim sobremaneira para a lentidão do Judiciário, bem como avaliar-se-á se tal proceder viola princípios insertos na Carta Magna.

1. OS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS PARA A EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA

A medida provisória – cuja fonte está insculpida no art. 77 da *Costituzione Della Repubblica Italiana* (1947) – é o instrumento normativo concebido pelo art. 62 da *Lex Fundamentalis* de 1988, em substituição ao extinto decreto-lei.

Dispõe o art. 77 da Constituição Italiana, modelo inspirador, que:

“O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, emitir decretos que tenham valor de lei ordinária. Quando, em caso extraordinário de necessidade e urgência, o Governo adota, sob sua responsabilidade, provimentos provisórios com força de lei deve no mesmo dia apresentá-los para conversão às Câmaras que, ainda que dissolvidas, serão expressamente convocadas e se reunirão dentro de cinco dias. Os decretos perderão eficácia desde o início, se não forem convertidos em lei dentro de sessenta dias de sua publicação. As Câmaras poderão, todavia, regular em lei as relações jurídicas constituídas com base nos decretos não convertidos.”

No tocante aos pressupostos constitucionais referentes à edição dos *provvedimenti provvisori*, os posicionamentos são diversos. Para alguns estudiosos da matéria, entre eles destacando-se Saulo Ramos, ambos os pressupostos que legitimam a edição da medida provisória (a relevância e a urgência) são de apreciação única e exclusivamente política (*Medida Provisória – art. 62 da Constituição Federal de 1988 – Parecer SR – 92*). Contudo, vários juristas compartilham da idéia central de Oscar Dias Corrêa, o qual considera como pressuposto de apreciação política apenas a relevância, entendendo que, ao oposto, a urgência, “é perfeitamente avaliável: como se o Executivo enviasse medida provisória sobre a matéria que deve ser regulada muito tempo depois, evidenciando a inexistência da urgência” (*A Constituição de 1988 – Contribuição Crítica, Forense Universitária, 1991*).

O nobilíssimo jurista Saulo Ramos, esposa a tese de que os pressupostos legitimadores da ação cautelar legislativa submetem-se ao juízo político e à avaliação discricionária do Presidente da República e que o Chefe do Executivo da União concretiza, na emanação das medidas provisórias, um direito potestativo, cujo exercício – presentes razões de urgência e relevância – só a ele compete avaliar.

Com a devida vênia, ao douto posicionamento do ex-Consultor-Geral, entendemos que a melhor doutrina se pronuncia no sentido de que, em se tratando da edição de medidas provisórias, faz-se mister a real presença de urgência.

Perfeitamente compreensível que o Chefe do Executivo considere que a normatização de certas condutas sobreleve em urgência sobre outras; em meio às várias condutas cujo regramento assume caráter emergencial de forma simultânea e, mais ainda, em meio às condutas cujo regramento, embo-

ra relevante, não denote urgência. Não obstante, a conclusão extrapolítica, a conclusão jurídica e mesmo a conclusão leiga que se pode inferir é a de que, assumindo (a edição de uma MP) o caráter de urgência, evidentemente, deveria envolver tema primacial a ser analisado em pauta preferencial. Porém, na maioria dos casos, a medida provisória não é convertida em lei, nem desaprovada. Segue um trâmite contínuo de reedição mensal. Ainda, em se considerando os órgãos da Administração Pública, que teriam seu patrimônio preservado com substancial economia de cópias; à medida que as MPs fossem convertidas ou desaprovadas.

De regra, o exame do conteúdo de muitas MPs acaba ficando sempre relegado a segundo plano e decorrem, in albis, trinta dias – várias vezes seguidas – , sem que nenhuma providência seja externada pelo Congresso Nacional no sentido de conversão ou rejeição. Mais crucial ainda é a questão de determinadas MPs, que, alterando leis de grande repercussão (exemplificativamente, as leis que regulam dispositivos concernentes ao CCB, ao CPC, à CLT, ao RJU, às normas previdenciárias, etc.), suspende hoje artigos que, daqui a três ou seis meses, virão a ser restabelecidos por outra MP ou pela conversão da MP que voltou a restabelecer os aludidos preceitos normativos. Isso, sem dúvida alguma, ocasiona um caos terrível no mundo jurídico e social, afrontando o princípio da segurança jurídica.

A MP é utilizada para regular qualquer matéria, em que se entenda presentes os pressupostos constitucionais de relevância e urgência. Não há, como havia no decreto-lei, especificação ou limites quanto a matéria a ser regulada. Em decorrência disso, são editadas e reeditadas MPs em um número surpreendentemente elevado, regulando desde a autorização para a abertura de créditos suplementares ao orçamento de um Ministério, ou Poder ou Órgão da Administração Pública até assuntos de teor jurídico-processual.

Vale anotar que os pressupostos da medida provisória, singelamente sintetizados em razões de relevância e urgência, permitem larga margem de aceitação de constitucionalidade, ao lume da jurisprudência do Pretório Excelso que acolhe o sentido discricionário de avaliação dos requisitos, entendidos como um juízo político, de latitude ampla, que não cabe ao Judiciário apreciar, ressalvada a hipótese excepcional de patente arbitrariedade pelo abuso da competência.

2. O ANTECESSOR DA MEDIDA PROVISÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO: O DECRETO-LEI

A Carta de 1937 (Constituição Polaca) previa, como norma permanente, a expedição de decretos-leis mediante autorização parlamentar (art. 12) e, nos períodos de recesso ou de dissolução da Câmara de Deputados, outorgava competência ao Presidente da República para editar decretos-leis, excetuados os assuntos expressamente relacionados (art. 13).

Nos Estados-membros, ao Interventor ou Governador era facultado expedir decretos-leis, sujeitos à aprovação do DASP, salvo em casos de cala-

midade ou necessidade de ordem pública, pendentos, em todos os casos, da aprovação do Presidente da República .

Durante o longo período de hibernação do Congresso, foi intenso o uso do decreto-lei, como fonte criadora legislativa, iniciada com a edição do Decreto-lei n. 1, de 12 de novembro de 1937.

A Constituição de 1967, substancialmente modificada pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969, previa, entre os veículos normativos, o modelo do Decreto-lei, admitindo que, em casos de urgência ou de interesse público relevante e desde que não resultasse aumento de despesa, pudesse o Chefe do Poder Executivo Federal expedir decretos com força de lei.

A verba LUCIA VALLE FIGUEIREDO:

“O regime do decreto-lei anterior era basicamente o seguinte: consoante estabelecido no art. 55 da Constituição de 1967, com sua Emenda n. 1: 1. Havia o requisito da urgência e do interesse público relevante; 2. As matérias eram delimitadas, embora com amplo aspecto, tal seja, permitia-se a adoção para as matérias referentes à segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias; e, 3. Criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.”¹

Vale destacar a Emenda Constitucional n. 1/69 vedou aos Estados a adoção do decreto-lei.

O instrumento normativo do decreto-lei foi amplamente utilizado pelos Presidentes, alcançando o total de 2481 até 3 de outubro de 1988, quando a iminência da promulgação da Constituição Cidadã pôs fim à sua edição.

3. *DISTINÇÕES ENTRE O DECRETO-LEI E A MEDIDA PROVISÓRIA*

Acerca das diferenças entre medida provisória e decreto-lei, doutrinou MICHEL TEMER:

“Por isso, tenho salientado que a medida provisória pouco difere do decreto-lei previsto na Constituição anterior. E com uma agravante: o decreto-lei somente poderia versar sobre matérias determinadas: segurança nacional, criação de cargos públicos, inclusive fixação de vencimentos, finanças públicas e normas tributárias. Para as medidas provisórias não há essa limitação. Podem versar, portanto, sobre todos os temas que possam ser objeto de lei, à exceção, naturalmente, das seguintes matérias: a) aquelas entregues à lei complementar; b) as que não podem ser objeto de delegação legislativa; c) a legislação em matéria penal; d) legislação em matéria tributária.”²

1 FIGUEIREDO, Lucia Valle. Medida Provisória – Novas Reflexões. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, Renovar: Rio de Janeiro, 1999.

2 TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 10 ed. Malheiros: São Paulo, 1994, p. 145.

Ainda é de se asseverar que, no caso do decreto-lei, ao contrário do que ocorre com a MP, o Presidente da República deveria submetê-lo ao Congresso Nacional, que o aprovaria ou rejeitaria no prazo de 60 dias; se silente o Congresso Nacional, considerar-se-ia aprovado o texto do decreto-lei. Em caso de rejeição, não haveria nulidade dos atos praticados durante sua vigência.

É bom pontificar que o decreto-lei salvaguardava melhor do que a medida provisória o princípio da segurança jurídica. Com efeito, as normas trazidas no bojo do decreto-lei, embora pudessem ser refutadas pelo Congresso Nacional, eclodiam efeitos válidos. Dessarte, tinham de ser cumpridas, custasse o que custasse, fosse pelo particular, fosse pela Administração Pública. A medida provisória, não. Como ela perde efeitos *ex tunc*, caso não seja convertida em lei, resta de pé a dúvida sobre se as normas que impõe serão ou não convertidas em lei. Disto ocorre, na praxis, um grande dilema para aqueles que caem sob o seu lume: cumpri-las, supondo a sua conversão no porvir em lei; descumpri-las, acreditando na sua rejeição. É possível afirmar que ninguém pode presumir que a medida provisória será rejeitada e em decorrência disso todos devem cumpri-la. É verdade. Contudo não se olvidem os aspectos concretos, que têm a possibilidade de sua rejeição. E a insegurança jurídica aumentou pelo fato de que o Parlamento Brasileiro na maior parte das vezes não converte em lei a medida nos trinta dias fatais, conquanto não a desaprove, dando ensejo à renovação da medida, hipótese que o constituinte certamente não supôs, mas que o STF vem admitindo.

4. COMPETÊNCIA PARA A EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS

A princípio, pelos dizeres do art. 62 da *Lex Magna*, a competência para a edição de medida provisória é do Presidente da República.

No entanto, há divergência doutrinária acerca de Governadores e Prefeitos poderem baixar medida provisória.

Para NAGIB SLAIBI FILHO:

*"Diferentemente do regime constitucional anterior, que só permitia ao Presidente da República o poder de baixar decretos-leis (art. 200, parágrafo único), as medidas provisórias podem ser baixadas pelo Governador do Estado (o que depende de previsão em sua Constituição - art. 25) e pelo Prefeito do Município (desde que instituída na respectiva lei orgânica - art. 29)."*³

E mais adiante, em nota de rodapé, elucida o preclaro Desembargador Fluminense:

3 SLAIBI FILHO, Nagib. Anotações à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 287.

“Não há vedação constitucional aos Estados e Municípios acolherem, em suas Constituições e Leis Orgânicas, o regime das medidas provisórias; aliás, alguns Estados e Municípios já o fizeram, fundando-se, inclusive na regra genérica do art. 167, § 3º. Contudo, entende-se que os Estados e Municípios somente poderão adotar medidas provisórias se estiverem previstas como espécies normativas em suas leis básicas. Por outro lado, se a Constituição Estadual ou a Lei Orgânica assimilou a redação do que está no art. 167, § 3º, da Constituição (mesmo porque não há alternativa!) teremos em tais níveis federativos as medidas provisórias, ainda que não arroladas, expressamente, como espécie normativa”⁴

No mesmo caminhar, a posição de ALEXANDRE DE MORAES:

“(...) o Supremo Tribunal Federal considera as regras básicas de processo legislativo previstas na Constituição Federal como modelos obrigatórios às Constituições Estaduais. Tal entendimento, que igualmente se aplica às Leis Orgânicas dos Municípios, acaba por permitir que no âmbito estadual e municipal haja previsão de medidas provisórias a serem editadas, respectivamente, pelo Governador do Estado ou Prefeito Municipal e analisadas pelo Poder Legislativo local, desde que, no primeiro caso, exista previsão expressa na Constituição Estadual e no segundo, previsão nessa e na respectiva Lei Orgânica do Município. Além disso, será obrigatória a observância do modelo básico da Constituição Federal.

Ressalte-se, ainda, que diferentemente da Constituição anterior, que proibia expressamente a adoção pelos Estados-membros dos decretos-leis, esta silencia a respeito.”⁵

Vale anotar que as Constituições do Tocantins, do Piauí, de Santa Catarina e do Acre prevêem a possibilidade de o Governador editar medidas provisórias.

JOSÉ AFONSO DA SILVA expõe que:

*“E medidas provisórias, podem as Constituições estaduais instituí-las? Em edições anteriores, respondemos que nada justificava sua existência no âmbito estadual, mas não víamos proibição em que o fizessem. Até onde sabemos, os Estados (e também os Municípios) evitaram adotá-las. E hoje, ré melius perpensa, achamos ponderável o argumento de que, sendo exceção ao princípio da divisão de poderes, só valem nos limites estritos em que foram previstas na Constituição Federal, ou seja, apenas no âmbito federal, não se legitimando seu acolhimento nem nos Estados nem nos Municípios”.*⁶

4 Idem, op. cit., p. 287.

5 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 539.

6 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16 ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 608.

Contrariamente, e reformulando entendimento anterior adotado até a 8ª edição de sua obra "Elementos de Direito Constitucional", pensa MICHEL TEMER:

"Finalmente, as medidas provisórias só podem ser editadas pelo Presidente da República. Não podem adotá-las os Estados e os Municípios. É que a medida provisória é exceção ao princípio segundo o qual legislar compete ao Poder Legislativo. Sendo exceção, a sua interpretação há que ser restritiva, nunca ampliativa."

5. OBJETO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

Em sua redação original a Constituição de 1988 não previa vedação material à edição de medida provisória. Com a edição das Emendas Constitucionais 6 e 7 de 1945 foi incluso o art. 246, o qual reza que *"é vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995"*.

Fora a vedação constitucional supra, as demais limitações materiais à edição de medida provisória são oriundas da doutrina e/ou jurisprudência.

Em matéria penal, o STF vem entendendo que é incabível a edição de medida provisória (STF – Pleno - Adin n. 221-0/DF – Relator min. Moreira Alves, Diário da Justiça, 22 de outubro de 1993 – Ementário STF n. 1722-1).

No que diz respeito à matéria tributária, em que pese inúmeros tributaristas inadmiti-la, o STF está entendendo na possibilidade de edição de medida provisória, tendo destacado que o prazo de 90 dias a que se refere o art. 195, parágrafo 6º da CRFB, em hipótese de medida provisória majorando ou criando contribuição previdenciária, contar-se-á da edição da primeira MP.

Deixou o Pretório Excelso esclarecido que:

"(...) uma vez convertida a medida provisória em lei, no prazo previsto no parágrafo único do artigo 62 da Carta Política da República, conta-se a partir da veiculação da primeira o período de noventa dias de que cogita o §6º do artigo 195, também da Constituição Federal. A circunstância de a lei de conversão haver sido publicada após os trinta dias não prejudica a contagem, considerado como termo inicial a data em que divulgada a medida provisória" (STF – Rec. Extr. N. 168421-6 – Rel. Min. Marco Aurélio – Informativo STF n. 104 – p. 4).

Quanto à edição de MP abordando assunto reservado pela Constituição à lei complementar, há doutrinadores do escol de Nagib Slaibi Filho (Anotações à Constituição de 1988, Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.289) que entendem pela impossibilidade da hipótese. Contudo, é de se registrar que o Professor Ricardo Lobo Torres admite a edição de MP abarcando matéria reservada à lei complementar, desde que, por ocasião da conversão, obser-

ve-se o quórum especial (Direito Financeiro e Tributário, Rio de Janeiro: Renovar, 1993).

De anotar, ainda, o que foi dito pela ilustre juíza federal Lucia Valle Figueiredo:

“Há, embora não expressamente estabelecidos no texto constitucional, limites no tocante às matérias que possam ser alvo de medidas provisórias. Destaquem-se, pelo menos as seguintes, sem prejuízo de se descontinarem mais algumas espécies:

- matérias reservadas à lei complementar;
- matérias, cuja delegação esteja proibida, nos termos do art. 68, §2º do texto constitucional;
- matéria penal, inclusive sanções administrativas;
- processo civil e penal;
- consoante se nos afigura, também a matéria tributária, sob pena de o contribuinte, satisfazendo a nova exação, ser condenado ao solve et repete, inclusive por intermédio do precatório (assim entendemos, muito embora estejamos cientes que a Suprema Corte deu guarida às medidas provisórias).”⁷

6. PROCEDIMENTO DA MEDIDA PROVISÓRIA

6.1. Aprovação integral pelo congresso

O art. 62 da *Lex Fundamental* estipula que, em hipótese de relevância e urgência, o Chefe do Poder Executivo Federal poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las imediatamente ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir em cinco dias, tendo o prazo de trinta dias para deliberar sobre o assunto, em sessão conjunta, porém bicameral.

O parágrafo único do art. 62 reza que as medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição (*ex tunc*), caso não sejam convalidadas em lei no prazo de 30 dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes.

Regulamentando o art. 62 da Carta Política, o Congresso Nacional editou as Resoluções de números 1 e 2 de 1989.

O processo legislativo das medida provisória tem início com o Presidente da República, agente político que possui competência constitucional para editá-la.

7 IDEM, op. cit., p. 38.

Editada a medida provisória, será ela, em regra, submetida ao Congresso Nacional para apreciação. No Congresso, em 48 horas, será formada uma Comissão mista composta por 14 parlamentares, sendo 7 deputados e 7 senadores, que apresentarão parecer pela aprovação ou rejeição da MP.

O plenário, ao examinar a MP, mandará arquivá-la, se esta for tida como rejeitada, devendo o Presidente do Congresso baixar ato, declarando a insubsistência, com a devida comunicação ao Presidente da República. Nesta hipótese, a comissão elaborará um decreto legislativo disciplinando as relações jurídicas decorrentes da medida, o qual terá sua tramitação iniciada na Câmara dos Deputados (arts. 6 e 17 da Resolução n. 1/89 do Congresso Nacional).

Caso a medida provisória seja admitida, a Comissão terá o prazo máximo de 15 dias para dar parecer sobre os aspectos constitucionais e sobre o mérito. O parecer da comissão poderá sugerir a aprovação total, a aprovação parcial, a aprovação com emendas ou a rejeição expressa da medida provisória.

No art. 16 da Resolução n. 1/89 está previsto que, faltando cinco dias par o término do prazo do parágrafo único do art. 62 da Constituição, a matéria será apreciada em regime de urgência, sendo a sessão prorrogada, automaticamente, até decisão final.

Pelo art. 18 da antedita resolução, sendo a medida provisória aprovada pelo Congresso, sem alteração de mérito, será o seu texto encaminhado em autógrafos ao Presidente da República, para publicação como lei.

Por fim, se o texto da MP for aprovado em parte, a conversão será procedida através de projeto de lei, que, no entanto, dispensa sanção e será promulgada pelo Presidente do Senado.

6.2. Aprovação pelo Congresso com alterações

A doutrina constitucional fincou entendimento no sentido da possibilidade de apresentação de emendas de parlamentares a MP, facultando ao Congresso a ampliação ou restrição de seu conteúdo, pois do contrário o Poder Legislativo vincular-se-ia de modo absoluto à vontade inicial do Presidente da República, em nítida ofensa à separação de poderes.

Vale destacar que os congressistas que apresentarem emendas à MP, deverão, conjuntamente, apresentar texto regulando as relações jurídicas decorrentes de possível modificação pelo preceptivo emendado.

O Parlamento brasileiro, aprovando a MP com alterações, estará transmutando-a em projeto de lei de conversão, que será remetido ao Presidente da República, para que o sancione ou vete, no exercício discricionário de suas atribuições constitucionais.

Sancionado o projeto de lei de conversão, o Presidente da República se encarregará de sua promulgação e publicação.

6.3. Rejeição expressa da medida provisória pelo Congresso Nacional

Rejeitada expressamente pelo Congresso, a MP perderá seus efeitos *ex tunc*, cabendo ao Legislativo Federal disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes.

A doutrina constitucional tem entendido que, rejeitada expressamente pelo Congresso Nacional, a MP não pode ser reeditada. O entendimento contrário levaria a que o Parlamento fosse convocado a manifestar-se novamente sobre o texto rejeitado e com o agravante da nova e insistente regulamentação de matéria já rejeitada voltar a produzir efeitos jurídicos até que fosse novamente refutada.

7. A REEDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS

A reedição de medidas provisórias é uma prática constante do Poder Executivo Federal, com o beneplácito do STF.

Já decidiu a Suprema Corte que não perde eficácia medida provisória, com força de lei, não apreciada pelo Congresso Nacional, mas reeditada, por meio de outro provimento da mesma espécie, dentro do seu prazo de validade de trinta dias (STF, DJU 15.8.97, p. 37035, Adin 1617-2 – medida liminar).

A reedição de medidas provisórias, algumas por um período superior a quatro anos, aumenta, em solo brasileiro, a incerteza jurídica, sendo lapidares as colocações do culto CAIO TÁCITO:

“A medida provisória, ontem admitida na Constituição como remédio excepcional de emergência e de limitada vida temporal, atinge hoje, na prática institucional, papel paralelo à legislação emanada ao Congresso, com a agravante de que sua reedição, mês a mês, nem sempre idêntica, torna difícil, mesmo para especialistas, o pleno domínio das normas em vigor em determinada data, e sobre todas as matérias.”

Vale destacar que, na reedição de medidas provisórias, inicialmente, adotava-se a numeração sucessiva. Com o advento do Decreto n. 1937/96, na reedição de medida provisória, passou-se a manter o número originário, com o acréscimo de algarismo, separado por hífen, indicativo da sequência de renações.

8. A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL LIMITANDO A EDIÇÃO E REEDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA.

A Proposta de Emenda Constitucional n. 472-A de 1997 estabelece que o prazo de eficácia da medida provisória passa a ser de 60 dias, prorrogá-

vel uma vez por igual período, mantida a competência do Congresso Nacional para disciplinar, através de decreto legislativo, sobre as relações jurídicas dela decorrentes.

A aludida PEC dispõe, também, que é vedada a edição de medidas provisórias sobre os seguintes assuntos: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seis membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais, ressalvada a permissão de créditos extraordinários, prevista no art.157, parágrafo 3º; e) a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; f) matéria reservada à lei complementar; g) matéria já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

Anote-se que, consoante a PEC, se a medida provisória não for apreciada até 45 dias contados de sua prorrogação, ficarão sobrestadas todas as deliberações legislativas do Congresso nacional, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a apreciação no prazo apontado.

9. MEDIDA PROVISÓRIA EM MATÉRIA PROCESSUAL CIVIL: VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio do devido processo legal, no seu art. 5º, inciso LIV. Este princípio é originado da cláusula do due process of law do Direito anglo-americano.

Tão importante princípio – o do devido processo legal – teve sua origem histórica, como se sabe, na Magna Carta de 1215 que se referia inicialmente ao processo by the lawful judgement of his equals or by the law of the land, ou na expressão original em latim per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae, o que significa que ninguém pode ser processado “senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou em harmonia com a lei do País”.

A 5ª Emenda à Constituição Americana de 1787 foi, porém, que introduziu a expressão due process of law, estabelecendo que “nenhuma pessoa pode ser privada da vida, liberdade e propriedade, sem o devido processo legal”. E a 14ª Emenda, em 1868, vinculou os Estados da Federação à cláusula, o que permitiu à Suprema Corte Americana, especialmente nos anos 60, durante o período do Chief Justice Earl Warren, desenvolver jurisprudência de proteção aos direitos civis assegurados no Bill of Rights.

A cláusula do devido processo legal no Direito Constitucional americano refere-se, numa primeira fase, como se sabe, apenas a garantias de

natureza processual propriamente ditas, relativas ao direito a orderly proceedings, procedimentos ordenados por princípios como, no campo processual penal, a proibição de bill of attainder (ato legislativo que importa em considerar alguém culpado pela prática de crime, sem a precedência de um processo e julgamento regular, em que lhe seja assegurada ampla defesa) e de leis retroativas (ex post facto law), além da vedação de auto-incriminação forçada (self incrimination), do julgamento duas vezes pelo mesmo fato (double jeopardy) e do direito a ampla defesa e ao contraditório. No campo processual civil, como no processo trabalhista, do direito constitucional à tutela jurisdicional do Estado e do devido processo legal resultam a instrução contraditória, o direito de defesa, o duplo grau de jurisdição e a publicidade dos julgamentos dentre outras garantias. Segundo sua concepção originária e adjetiva, portanto, a cláusula do devido processo legal não visava a questionar a substância ou o conteúdo dos atos do Poder Público mas sim, a assegurar o direito a um processo regular e justo. Por isso, nesse sentido, aplica-se a denominação procedural due process.

A partir de 1890, incorporou-se à cláusula do due process of law, já na vigência da 14^a Emenda à Constituição Americana, o sentido de proteção substantiva dos direitos e liberdades civis assegurados no Bill of Rights. A Suprema Corte dos Estados Unidos, por meio de construção jurisprudencial (construction) e baseando-se em critérios de razoabilidade (reasonableness), passou a promover a proteção dos direitos fundamentais contra ação irrazoável e arbitrária (protection from arbitrary and unreasonable action). Estas são, em síntese, às razões do desenvolvimento da teoria do substantive due process.

A doutrina constitucional americana tem se modificado ao longo dos anos sobre a extensão e o significado da cláusula do devido processo legal. O renascimento do substantive due process, a partir das decisões da Suprema Corte nos casos *Griswold v. Connecticut* em 1965 e *Roe v. Wade* em 1973, volta a enfatizar a importância da proteção de valores fundamentais contra ação arbitrária e irrazoável. Nas investigações criminais, segundo a doutrina e a jurisprudência norte-americana, a disclosure, isto é, a revelação de dados sigilosos, somente pode ocorrer existindo probable cause (fundada suspeita), o que somente se apura obedecidos os ditames do due process of law. A excepcionalidade da medida relativamente à privacidade dos cidadãos, assegurada na Constituição, somente pode ser verificada no âmbito do Poder Judiciário, fundada em critérios de razoabilidade e interesse público relevante.

A Constituição Brasileira de 1988, inspirada na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, adota, no seu art. 5^o, inciso LVI, o princípio da invalidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos. Consagra, assim, no nosso sistema constitucional, a famosa doutrina constitucional americana sintetizada na expressão *fruits of the poisonous tree*, observada em alguns casos pelo Supremo Tribunal Federal.

O princípio do devido processo legal nos Estados Unidos tem também sido aplicado, em muitos casos, pela jurisprudência, especialmente da

Suprema Corte, para limitar a ação administrativa do Estado na esfera individual e o poder de polícia, garantindo aos cidadãos a proteção contra os abusos e a violação de garantias procedimentais e de direitos fundamentais. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa.

A importância da garantia constitucional do due process of law é reconhecida no Direito Comparado e no Direito Internacional ao incluí-la na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, das Nações Unidas, segundo dispõem os seus arts. 8º e 10 expressamente: "Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei," e "Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela".

Demais disso, é de se registrar que a edição de medida provisória abarcando matéria processual viola a cláusula do devido processo legal, pois o governo federal dela se serve para ampliar e exacerbar privilégios processuais da Fazenda Pública, sempre que colocado em cheque os seus interesses, colocando o particular em posição de extremada desvantagem perante o Estado, o que leva àqueles que litigam ou venham a litigar contra o Poder Público a passar por uma verdadeira via crucis para fazer valer e prevalecer o seu direito.

Insta anotar que a MP n. 1561/97, mais tarde convalidada em lei, estabeleceu que as sentenças proferidas contra autarquias e fundações públicas passariam a sujeitar-se ao duplo grau obrigatório de jurisdição, tendo, em certa ocasião o juízo federal da 28ª Vara Federal do Rio de Janeiro, no feito de n. 95.0003141-8, decretado a sua inconstitucionalidade, em controle difuso, por entender incabível a edição de medida provisória em matéria processual. Eis os dizeres do juízo federal:

"Deixo de submeter a sentença ao duplo grau de jurisdição, declarando 'incidenter tantum' a inconstitucionalidade do art. 9º da MP 1561-2/97. A uma, porque a medida provisória não é a via idônea para veicular normas de direito processual, nos exatos termos do art. 22, I, c/c com o art. 62, da Constituição Federal. A duas, porque a sucessiva reedição da MP 1561/97 lhe retira em absoluto a característica urgente que constitui pressuposto obrigatório - de consequente, inafastável - à adoção da espécie legislativa inscrita no inciso V, do art. 59, da Lei Maior. A três, porque fere o princípio da igualdade entre as partes e representa uma dilação temporal na efetividade do processo, em frontal testilha com os princípios reitores da moderna processualística, que nortearam, entre nós, a recente reforma do Código de Processo Civil. A quatro, porque ofende o princípio constitutivo e sistêmico da moralidade administrativa, encartado no art. 37, caput, da Lei Básica, considerando que dispositivo processual de tanta relevância veio ca-

muflado sob a designação genérica de 'outras providências', prática com a qual não pode compactuar o Poder Judiciário."

Não há decisão do STF dizendo expressamente que é vedada a edição de MP em matéria processual, porém o mesmo já decidiu que a concessão de intimação pessoal aos procuradores federais, bem como a ampliação do prazo da ação rescisória, por meio de medida provisória (respectivamente, MP 1984 e MP 1753), contraria o princípio da razoabilidade, pois constituem exacerbação de privilégios processuais conferidos à Fazenda Pública. Sobre o assunto, veja-se:

“Origem: Distrito Federal.

Partes: Requerente: Conselho Federal da OAB

Requerido: Presidente da República.

Relator: Sepúlveda Pertence.

Descrição: Ação direta de Inconstitucionalidade n. 1753.

Ementa. Ação Rescisória: Mprov. 1577-6/97, arts. 4º e parágrafo único: a) ampliação do prazo de decadência de dois para cinco anos, quando proposta a ação rescisória pela União, Estados, DF ou os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas (art. 4º) e b) criação, em favor das mesmas entidades públicas, de uma nova hipótese de rescindibilidade das sentenças – indenizações expropriatórias ou similares flagrantemente superior ao preço de mercado (art. 4º, parágrafo único): arguição de plausível de afronta aos arts. 62 e 5º, I e LIV, da Constituição: conveniência da suspensão cautelar: medida liminar deferida.

1. Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quando a uma delas - a criação de novo caso de rescindibilidade - é pacificamente inadmissível e quando à outra - a ampliação do prazo de decadência - é pelo menos duvidosa.

2. A igualdade das partes é imanente ao processual *due process of law*; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser este o caso das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a

conseqüência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo.

3. *Razoes de conveniência da suspensão cautelar até em favor do interesse público.*"

Vale ainda anotar que o Pretório Excelso a pouco considerou inconstitucionais a veiculação, através da MP n. 1984/2000, dos seguintes privilégios processuais à Fazenda Pública, por contrariar os princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade: a) intimação pessoal aos procuradores autárquicos e fundacionais federais e b) a possibilidade de concessão ex officio pelo Tribunal, presente a plausibilidade do direito, de medida liminar em ação rescisória proposta pelo Poder Público Federal, Estadual ou Municipal, com vistas a inviabilizar a execução definitiva da sentença rescindenda.

CONCLUSÃO

Concluindo, entendemos, com apoio na melhor doutrina constitucional, pela inidoneidade da Medida Provisória em veicular normas de direito processual civil. *Primus*, por descurar os exatos termos do art. 22, I, c/c com o art. 62, da Constituição Federal. *Secundus*, porque fere o princípio da igualdade entre as partes e do devido processo legal e, ainda, representa uma violação ao princípio da efetividade do processo, em frontal testilha com os princípios reitores da moderna processualística, que nortearam, entre nós, a recente reforma do Código de Processo Civil. *Tertius*, porque ofende o princípio constitutivo e sistênico da moralidade administrativa, encartado no art. 37, caput, da Lei Básica, considerando que tem-se utilizado da MP para ampliar privilégios processuais da Fazenda Pública.

BIBLIOGRAFIA

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Medida Provisória – Novas Reflexões. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, Renovar: Rio de Janeiro, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16 ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

BI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 10 ed. Malheiros: São Paulo, 1994.

O PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL - REFIS E ALGUNS DE SEUS REFLEXOS NO PROCESSO PENAL

MARCELLO FERREIRA DE SOUZA GRANADO
Juiz Federal da 7ª Vara Criminal do Rio de Janeiro

Com a publicação da Lei n.º 9.964 resultante da conversão da Medida Provisória n.º 2.004-5 (inicialmente MP n.º 1.923, de 06.10.99) em Lei e que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal – REFIS, destinado a promover a regularização de créditos da União, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com vencimento até 29 de fevereiro de 2000, foi concedida moratória em caráter geral, desde que, obviamente, atendidos os requisitos estabelecidos na própria Lei concessiva.

É fato notório que imensa quantidade de pessoas jurídicas em débito com a Receita Federal e com o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS optou pelo REFIS como meio, às vezes único, de se reestruturarem, mantendo as mínimas condições de produtividade e comercialização de produtos e serviços.

Não tratarei, por absolutamente impertinente nesta oportunidade, da eficácia econômica do Programa para o Estado. Isto diz respeito à conveniência e oportunidade da Administração Pública de, pelo meio próprio e no exercício específico e típico das suas funções, realizar a política que entende correta para a administração de seus créditos.

Também não cuidarei aqui, por entender irrelevantes, de eventuais efeitos penais ou processuais penais específicos da suspensão do crédito tributário decorrente da moratória (art. 151, I, do CTN), mas sim, da repercussão do disposto no art. 15 da Lei de Regência e demais normas reguladoras do referido programa no processo penal, e mais especificamente, na presença ou não do interesse de agir como condição da ação.

Dispõe o art. 15 da Lei n.º 9.964/2000:

“Art. 15. *É suspensa a pretensão punitiva* do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, *durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis*, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 1º *A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.*

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se, também:

I — a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, normas estabelecidas nesta Lei;

II — aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13.

§ 3º *Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.*”(Grifei).

Nota-se que o dispositivo transcrito, em seu *caput*, cuida de inédita causa de suspensão da pretensão punitiva, enquanto o parágrafo primeiro cuida de suspender o curso do prazo prescricional iniciado no instante da consumação dos crimes a que se refere, pelo período em que deva ficar suspensa a pretensão punitiva.

A regra atende à lógica do sistema. Seria realmente um contra-senso e levaria à impunidade a lei impedir a persecução criminal por um determinado tempo e permitir o curso do prazo prescricional.

Embora mais uma vez a intenção arrecadatória do Estado tenha se refletido na lei, é impossível não se deparar o intérprete com discussões jurídicas no âmbito do Direito Penal e Processual Penal, eis que se cuida de regra legal que, de um lado (*caput*) tem caráter nitidamente processual e, de outro (*parágrafo primeiro*), natureza material.

Cediço, e sobre isto não me estenderei, que são absolutamente distintos os critérios temporais de aplicação das leis em função da natureza processual ou material. Aquelas aplicam-se desde logo, vez eficazes as leis novas que as introduziram, desde que da aplicação não resulte repetição de atos processuais já praticados sob a vigência de sistema legal anterior. Estas (leis materiais) só retroagem para beneficiar os réus. Portanto, quando mais gravosas (como é o caso de suspensão da contagem de prazo prescricional) só são aplicáveis a fatos ocorridos em data posterior à sua vigência e eficácia.

Discussão doutrinária e jurisprudencial semelhante ocorreu com a então *nova* redação do art. 366, do CPP. Reconhecida, pela maioria, a natureza mista daquele dispositivo e, também, levando em conta a interpretação teleológica (adequação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal substancial, habitualmente desrespeitados em casos de citação ficta), assentou-se o entendimento no sentido de que se aplica aquele dispositivo tão-somente aos fatos penais ocorridos após a vigência e eficácia da Lei que o modificou.

Uma das razões que levou à tal interpretação repousa na impossibilidade de aplicação *parcial* do mesmo artigo de lei. Nota-se que aquele

dispositivo é de natureza *mista* exatamente porque, no corpo do *caput* de um *mesmo* artigo (art. 366 do CPP) encontram-se conteúdo material e processual.

Por isso, alguns já cogitam da total inaplicabilidade do dispositivo transcrito (art. 15 da Lei n.º 9.964/2000) a fatos ocorridos antes da vigência e eficácia da Lei eis que, no *caput* do art. 15, há nítida disposição *processual*; enquanto no *parágrafo primeiro*, regra de natureza material.

Tenho, contudo, que os fundamentos que levaram doutrina e jurisprudência, pelo que chamo de preponderância interpretativa do aspecto material e teleológico, a concluir que a natureza *mista* do novo art. 366 impedia a aplicação integral para fatos anteriores à sua vigência por mais prejudicial a suspensão da prescrição e porque não se concebe aplicação *parcial* de um mesmo dispositivo legal, em nada se confunde com a questão decorrente da Lei n.º 9.964/2000 (REFIS).

O problema da aplicabilidade do art. 366 do CPP estava intimamente (e talvez exclusivamente) relacionado ao fato de um *mesmo* dispositivo ser dotado de dupla eficácia (material e processual). Questão totalmente distinta é a que agora se apresenta no *caput* do art. 15 da Lei n.º 9.964/2000 e em seu *parágrafo primeiro*.

Considerando a natureza processual do *caput* do art. 15, seria possível a sua aplicação imediata sem que o mesmo se fizesse quanto ao disposto no seu *parágrafo primeiro*. Disso decorre que estaria suspensa a *pretensão punitiva*, mas continuaria fluindo o prazo prescricional.

Todavia, ainda tenho que esta não seria a solução mais adequada ou a mais justa, pois impedido estaria o Estado-acusação de exercer a persecução pelo fato criminoso em tese configurado, ao passo que a continuidade do curso da prescrição levaria *alguns* criminosos/contribuintes à impunidade. Seria como dizer: "Pague as parcelas e mantenha-se nos limites da lei da moratória. Mas faça isto somente até o momento que *eles* possam postular em juízo pela sua punição".

Realmente esta não me parece a melhor solução. Deve o interprete, na sua árdua tarefa, buscar o alcance das normas. Contudo, é imprescindível que esta busca não seja de um valor etéreo de justiça, seja por que desprovido de finalidade prática, seja porque a hermenêutica não deve servir para legitimar a impunidade nem a volta à barbárie.

Como dito acima, é evidente a intenção arrecadatória do Estado. Proporciona aos inadimplentes meios para saldar seus débitos com o fisco e, como não poderia (deveria) deixar de ser, lhes dá um "favor legal", qual seja, a suspensão da pretensão punitiva. Com a Lei, o Estado busca realizar seus créditos e, em contra-partida, mantém aqueles que em tese praticaram crimes tributários sob a espada de Damocles sustentada por um fio de cabelo, que é a estreiteza dos limites para a manutenção da moratória.

Direito é sistema. Como tal prescinde de harmonia legislativa, principiologia e interpretativa. E mais: De nada adianta o esforço legislativo para que as leis acompanhem o dinamismo, a evolução das relações jurídicas (ou procurem fazê-lo), se o intérprete não vislumbra meios de proporcionar real eficácia aos dispositivos legais novos. O Direito serve à sociedade e não o contrário. É, em casos como o em tela, perfeitamente possível empreender-se dinamismo aos critérios de interpretação. As lições dos *mestres* da hermenêutica não devem servir de simples dogmas, mas de ponto de partida para uma inarredável evolução.

Não admitir a aplicação do art 15 da “Lei do REFIS” a fatos ocorridos em data anterior à vigência e eficácia da lei de regência, porque o seu *parágrafo primeiro* cuida de suspensão da prescrição (instituto de direito material que por dogmas interpretativos, no mais das vezes corretos, não admite retroação) é, com o devido respeito às eventuais opiniões em contrário, simplista por demais, senão consagração do divórcio entre os diversos critérios de interpretação.

Há algum tempo, vêm as leis que tratam dos chamados crimes tributários buscando meios de proporcionar maior incremento na arrecadação e, conseqüentemente, outorgando favores legais aos contribuintes inadimplentes que podem ser considerados autores dos chamados “crimes tributários”. Extinguia-se a punibilidade daqueles que, antes do recebimento da denúncia, pagavam *integralmente* o débito. Depois se passou a admitir o parcelamento como causa de extinção, pois se equiparava à *promoção* do pagamento. Certa feita, cogitou-se em impedir a perseguição criminal enquanto não estivesse definitivamente constituído o crédito tributário. Por várias razões que não me cumpre aqui citar, entendeu-se que a lei que, neste sentido sinalizava, não tinha como destinatário o Ministério Público, mas sim os agentes da Administração, de forma que, com outros meios que não a *representação fiscal para fins penais*, poderia o *Parquet* deflagrar a ação penal e não seria o “*trânsito em julgado*” da decisão do fisco em sede administrativa que inviabilizaria o recebimento da denúncia. Enfim, muito se tem tentado nesta seara, mas pouca efetividade se tem logrado alcançar.

É letra da Constituição (art. 5º, XL da CR), da Lei Penal (art. 2º, § único do CP) e princípio de Direito Penal que “a lei penal não retroagirá, *salvo para beneficiar o réu*.”

Hungria¹, em comentários ao Código Penal de 1940 (Decreto-lei nº 2848, de 7 de fevereiro de 1940) ao analisar a aplicabilidade da lei penal no tempo, com peculiar sapiência leciona: “Como qualquer outra lei, a penal pode ser revogada *in toto* (*ab-rogação*) ou *parcialmente* (*derrogação*), de modo *expresso* ou *implícito* (tácito, indireto).

No caso de sucessão de leis penais, pode acontecer que a *lei posterior*: a) seja *menos favorável* que a *anterior*, quer incriminando *ex novo* um

1 Comentários ao Código Penal – vol. 1. 1 ed, Rio de Janeiro: Revista Forense Editora, 1949.

fato (*novatio criminis*), quer agravando, de qualquer modo, a punibilidade; ou b) seja, ao contrário, *mais favorável* que a *anterior*, ou porque elimine uma incriminação (*abolitio criminis*), ou porque, de qualquer modo, beneficie o réu.

No primeiro caso, a lei posterior é irretroativa; no segundo, ao revés, *habet oculos retro*. Assim, no direito penal transitório, a lei *mais favorável* é *extra-ativa*: quando é a lei anterior, sobrevive à sua revogação (*ultra-atividade*); quando é a posterior, projeta-se no passado (*retroatividade*), em contraste com o *Janus in legibus non placet* ou o *tempus regit actum*. Em sentido inverso, a lei *menos favorável* não dispõe de qualquer *extra-atividade*: nem faz marcha à ré (quando é a posterior), nem persiste (quando é a anterior) no seu *plus* de gravidade, mesmo em relação as *facta proeterita*.

A irretroatividade da lei penal menos favorável é um corolário do *nullum crimen, nulla poena sine lege*."

Acrescenta o Mestre: "Lei nova mais favorável. A lei posterior apresenta-se mais favorável que a lei anterior, para o efeito de retroatividade, não só quando elimina a incriminação de um fato, como quando, de qualquer modo, beneficia o réu. Pode isto ocorrer, notadamente, quando: a) a pena cominada atualmente ao crime é mais branda, quanto à sua natureza, que a da lei anterior; b) a pena atual, embora da mesma natureza, é menos rigorosa quanto ao modo de execução; c) o *quantum* da pena *in abstracto* é reduzido ou, mantido esse *quantum*, o critério de sua medida *in concreto* é menos rígido que o da lei anterior; d) são reconhecidas *circunstâncias* que influem favoravelmente na gradação ou medida da pena (atenuantes, causa de especial aumento de pena ou condições de maior punibilidade); e) institui *benefícios* (no sentido da eliminação, suspensão *ab initio* ou interrupção da execução da pena) desconhecidos da lei pretérita, ou facilita sua obtenção; f) cria causas extintivas de punibilidade ou torna mais fácil o seu advento; g) estabelece condições de processabilidade que a lei anterior não exigia; h) acresce as causas de irresponsabilidade penal, de isenção de pena, de exclusão de crime ou de culpabilidade; i) exclui ou atenua penas acessórias; j) suprime a concessibilidade de extradição. (...)

Há casos em que é intuitiva a *maior benignidade* da lei nova (*abolitio criminis*, mera redução simultânea do *minimum* e *maximum* da pena cominados *in abstracto*, exclusão de responsabilidade, simples abreviação de prazo prescricional, etc.). Outros há, porém, em que a verificação do *minus* de rigor somente pode ser reconhecido após o exame do complexo dos dispositivos (especiais e gerais) da lei nova, em confronto com os da lei anterior. Tem-se de apurar o resultado da aplicação hipotética dos critérios do novo sistema jurídico e cotejá-lo com o alcançado ou alcançável, no mesmo caso, dentro do sistema antigo. As duas leis devem ser consideradas *incindíveis* em si mesmas e *distintamente*, em relação ao caso de *quo agitur*. (...)

Mais favorável, sem dúvida alguma, é a lei nova quando admite uma causa extintiva da punibilidade, de que não cogitava a lei antiga. (...) Tam-

bém retroativa é a lei nova, por mais benigna, quando *facilita* a superveniência de causas de extinção de punibilidade já anteriormente previstas (...)”.

O brilhantismo de Hungria não poderia deixar escapar à análise os “casos duvidosos”: “Nos casos de irreduzível dúvida sobre qual seja a lei mais favorável, deve ser aplicada a lei nova somente aos casos ainda não julgados. Os Códigos mexicano de 1871 e espanhol de 1928 dispunham que *“em caso de duda sobre la ley más favorable deberá ser oído el reo”*. Tal solução já fora proposta por Zachariae, e modernamente a defendem Dorado e Cuello Calón, como a mais racional, pois “ninguém melhor que o réu para conhecer as disposições que lhe são mais benéficas”. A jurisprudência norte-americana admite esse critério de decisão e perante o nosso Código não há razão para recusá-lo.”

Anibal Bruno², por sua vez, também enfrenta o tema: “Desde que é posta a vigorar, cumpridos os atos de sanção, promulgação e publicação e vencido o prazo para a sua entrada em vigência, a norma jurídica passa a reger todos os fatos que caem dentro do seu domínio e assim prossegue até que deixa de existir pela revogação. E entre esses dois limites, o da sua entrada em vigor e o da sua extinção, que se estende a sua validade no tempo. Não alcança os fatos que lhe são anteriores ou posteriores: não retroage nem tem ultra-atividade. É desse modo que as leis se sucedem, dentro da ordem jurídica do Estado, sem colisão nos limites temporais da sua vigência. As leis penais como as de qualquer outro ramo do Direito.

Mas os processos criminais e o período de execução das penas geralmente se prolongam e vêm muitas vezes cair debaixo de duas ou mais leis sucessivas. Pode acontecer que a lei do tempo em que se praticou o fato punível não seja a mesma de quando começa ou prossegue a execução da pena. Surge, então, um conflito de leis e a necessidade de regras para resolvê-lo.

Há um princípio que regula superiormente o conflito de leis sucessivas em geral. É o da não retroatividade da lei, princípio de garantia e estabilidade da ordem jurídica, sem o qual faltaria a condição preliminar de ordem e firmeza nas relações sociais e de segurança dos direitos do indivíduo.

Tal exigência é mais imperiosa ainda no domínio severo do Direito Penal, onde bens fundamentais do homem são ameaçados pela cominação penal e onde, em consequência, se impõe mais rigoroso regimen de precisão e certeza de suas normas. Temos de delimitar com linha firme a zona do lícito e do ilícito penal e as fronteiras no tempo da vigência das punitivas.

A regra de não retroatividade, porém, governa a matéria penal somente em relação à lei mais severa. Condições próprias desse ramo do Direito, nas bases tradicionalistas em vigor, justificam soluções particulares. Há de fato dois princípios em relação à validade da lei penal no tempo: a) o da

2 Direito Penal – parte geral – Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito Ltda, 1956.

não retroatividade da lei mais severa; b) o da retroatividade da lei mais benigna.

A distinção era desconhecida dos romanos, e mesmo o princípio mais geral da não retroatividade não se deduz com muita precisão das fontes do velho Direito. Nos primeiros tempos, e ainda na República, as mais seguras opiniões afirmam que a retroatividade da lei penal era a regra. Mas no Império e sobretudo no Direito justiniânico, rara seria a lei penal retroativa. Foram os práticos do Direito intermédio que elaboraram a doutrina, cabendo a Farinácio haver posto a questão nos termos atuais. Os clássicos, no seu movimento de reação contra os excessivos rigores penais do período anterior, tomaram a mesma posição e a fizeram adotar nas legislações punitivas modernas.

Aqueles dois princípios podem, aliás, reduzir-se a um só — o da aplicação da lei mais benigna, que é a maneira pela qual a doutrina comum e, em regra, as legislações resolvem os problemas do conflito entre leis penais que se sucedem. O da aplicação da lei sob a qual se resguardam melhor os direitos fundamentais que a pena ameaça violar. Assim, a lei penal mais benigna, para se opor à lei penal mais severa, alonga a sua eficácia não só por sobre período anterior à sua vigência, mais ainda além do momento da sua revogação. É retroatividade e ultra-ativa.

Na realidade, nenhum princípio jurídico basta para justificar as soluções das várias hipóteses. Nem o princípio da não retroatividade, nem o princípio da não ultra-atividade se mostram suficientes para apoiá-las. O que regula é a consideração do fato de a nova lei beneficiar ou agravar a condição do delinqüente, resolvendo-se sempre pela adoção da mais benigna. Esse critério atende a exigência da consciência jurídica e a razões de oportunidade.

Cabe ao Direito a garantia de certos bens — entre eles bens ou interesses jurídicos essenciais à existência humana, que o moderno Estado de Direito reconhece a todos os cidadãos. Se a sanção penal suprime ou restringe alguns desses bens, no condenado, o faz no interesse da ordem jurídica e da defesa da sociedade, e há de fazê-lo só no limite do necessário ao seu fim. E assim, tem de atender não só ao critério de oportunidade, na exigência daquela defesa, mas ainda ao dos princípios de garantia dos citados direitos, no acusado ou condenado. Daí as soluções dadas às diversas hipóteses do conflito intertemporal de leis penais.

Foram essas exigências de justiça e mesmo de um certo sentido do humano, de que não se podem desapegar os sistemas penais, que inspiraram a distinção dos casos de retroatividade e não da retroatividade aos práticos do Direito intermediário. O Direito Penal moderno, nascido da reação do classicismo contra os abusos da justiça penal, guardou em primeira linha, com o seu caráter individualista, o respeito pelos direitos individuais do acusado, que ele faz valer sempre que o dever de punir não imponha estritamente o contrário. Nas regras sobre a eficácia da lei penal no tempo, hoje mais firmes do que no começo da doutrina, é esse respeito que antes de tudo se reflete.

Diversas hipótese do conflito

2- Desse conflito de diferentes leis sucessivas, sob as quais podem cair o momento do crime e o julgamento, a execução ou o prosseguimento da execução da medida penal de determinado fato punível, podem resultar diversas hipóteses:

- a nova lei incrimina fatos que a lei anterior considera lícitos;
- a nova lei considera não puníveis fatos incriminados na lei anterior;
- a nova lei modifica o regimen anterior, agravando a condição do réu;
- a nova lei altera o regimen anterior, beneficiando o réu.

A lei penal que incrimina novos fatos não alcança fatos anteriores. Não retroage. É essa uma exigência fundamental, em qualquer regimen de Direito. Seria verdadeiramente intolerável, pelo menos para a consciência jurídica atual, que a segurança e a tranquilidade do indivíduo que pratica um ato dentro da zona de licitude deixada livre pelo Estado se vissem ameaçadas por lei subsequente, que viesse alcançar com a sua definição de punibilidade aquele ato anterior. Essa garantia se abriga atrás do princípio *nullum crimen sine lege*, em que ainda hoje se funda o sistema punitivo da quase totalidade dos povos cultos.

Por isto que elemento constitutivo da figura do crime é a sua antijuridicidade, isto é, a sua contrariedade a uma norma de Direito, inexistente a norma não pode haver crime e nem, por conseguinte, o ato já realizado, então ilícito, ser punível por lei posterior. Ao tempo do fato, não existia a advertência da lei, proibindo-o e punindo-o, à qual se tivesse mostrado rebelde o autor, justificando a reação do Estado na supressão ou restrição da sua liberdade.

Aí o princípio geral da não retroatividade da lei coincide com o critério de beneficiamento do agente, que domina a matéria.

Não importa a consideração de política criminal de que, se o Estado incrimina novos fatos, é porque conclui que a repressão deles é exigência da defesa social e todos os que os tenham praticado, mesmo antes da vigência da nova lei, devem ser submetidos às medidas necessárias àquela defesa. Mais ponderável do que essa consideração é a do perigo que a retroatividade, nesse caso, representaria para a estabilidade da ordem jurídica e a segurança das liberdades. Mesmo os representantes mais autorizados do positivismo criminológico, apesar de dar relevo particular às exigências da defesa social, ensinam a não retroatividade da lei de nova incriminação.

b) A lei que desincrimina fatos retroage. A sua ação se estende aos fatos anteriormente puníveis, que desincrimina, praticados antes dela, anu-

lando todas as suas conseqüências penais. Mesmo se há sentença condenatória, cessa a sua execução.

O que se alega em apoio dessa solução é que, se o próprio Estado reconhece, pela nova lei, não necessária à defesa social a incriminação do fato, nada justifica que, por haver anteriormente praticado fato dessa espécie, venha alguém ser punido ou continue a execução da pena aplicada. Não se explicaria que continuasse a impor a sua vontade, em sacrifício de bens jurídicos fundamentais do acusado ou condenado, uma disposição legal considerada inútil e cuja aplicação viria a ser, como diz Pannain, anacrônica e iníqua.

Manzini justifica a regra que estudamos com o princípio da não ultra-atividade em relação à lei anterior, princípio que, como já vimos, não tem aplicação a outras hipóteses. Na realidade, a ausência do imperativo da defesa social, no caso, não permite a restrição aos direitos individuais em que a sanção importa. Na hipótese anterior, faltou a inclusão oportuna do fato na zona do ilícito penal, que pusesse o ato do agente em contradição com a norma e lhe desse, então, a configuração de fato punível. Na presente, há antijuridicidade do fato ao tempo em que se praticou, mas já não existe a necessidade da defesa social que determinara a punição, como se conclui da nova lei descriminante, e, pois, não se justifica a limitação dos direitos individuais que a pena acarreta. Em ambos os casos o que prevalece é a proteção dos direitos individuais do réu, embora por força de duas atuações diferentes da lei — a não-retroatividade, no primeiro caso; a retroatividade, no segundo.

c) Se a lei posterior, sem incriminar novos fatos, agrava, entretanto, a situação do réu, não retroage. Temos aí o mesmo critério que inclina a resolver, na matéria, pela decisão mais benigna para o acusado, em concordância com o princípio do respeito aos direitos individuais, mesmo nos acusados ou condenados, que inspira o sistema penal dos povos cultos. Não se há-de-impor a um bem jurídico do acusado ou condenado uma restrição mais grave do que aquela com que a lei o ameaçava no momento da sua infração, não sendo ainda irrazoável fazer pesar a consideração de que se a pena agravada já existisse no momento do fato, talvez o agente, pelo temor de sofrê-la, se tivesse eximido de praticá-lo.

O positivismo criminológico, sob o critério da defesa social, inclina-se também pela retroatividade da lei mais severa. Para Florian, essa retroatividade se impõe, porque “quando a lei nova sobrevém e se põe em lugar de outra lei pré-existente, este fato socialmente importantíssimo significa que a lei velha não corresponde mais à tutela penal das condições sociais mudadas”, e porque “aparece contraditório e incompatível com os fins práticos do Direito Penal que se continue a aplicar uma lei reconhecida ou severa demais ou branda demais e assim não mais correspondente às necessidades sociais diversas do momento”.

A conclusão de Florian só seria, talvez, aceitável em um regimen de Direito em que a pena houvesse perdido o seu tom aflitivo e tomado o caráter

emendativo, que é hoje próprio, pelo menos em teoria, da medida de segurança. Por isso Ferri, no seu Projeto de Código Penal, admitia a retroatividade da lei mais rigorosa só para os criminosos habituais, enfermos de mente ou de menor idade.

A lei posterior que de qualquer modo beneficia o agente retroage. Não é desincriminando o fato que a lei se mostra mais benigna, mas de qualquer outro modo, isto é, pela situação total mais benévola que resultará para o agente da sua aplicação ao caso concreto. Se a nova lei julgou que fatos daquele gênero se deviam regular pelo novo regimen, menos rigoroso, não se tolera a aplicação do mais severo, que já não corresponde à vontade vigente do Estado.

O Código, entretanto, impõe a essa hipótese de retroatividade se deteria diante da coisa julgada. Se o processo já estivesse encerrado por sentença irrecorrível, esta continuaria a vigorar nos termos da lei anterior, sem influência da nova lei mais benigna. A razão que geralmente se alega em apoio a essa solução é de pura economia do processo judiciário, razão prática extra-jurídico-penal, que visa evitar a “extensa e complexa revisão ou ajustamento de processo já utlimados”. É a razão com que a justifica a Exposição de Motivos do nosso Código. A solução, porém, não é equitativa. Justo seria incluir a hipótese no tratamento geral da lei mais benigna, sem a citada restrição. Esta é, aliás, a lição do mestre Costa e Silva, que a apoia no precedente do Código de 1980 e dos projetos Galdino Siqueira, Sá Pereira e Alcântara Machado.

O caso, aliás, está remediado pela Constituição em vigor, que, pondo a retroatividade da lei mais benigna entre as garantias individuais, sem nenhuma limitação, fez cessar a validade daquela restrição do Código. A lei de qualquer modo mais benigno retroage para beneficiar o réu em qualquer fase do processo ou da execução da pena, sem inesimo se deter diante de sentença irrecorrível.

Todas as hipóteses apontadas podem resumir-se nas duas regras seguintes: A lei penal de qualquer modo mais severa não retroage em caso algum. A que suprime ou atenua a pena, ou a que, embora não eliminando nem abrandando a punição, beneficia de qualquer outro modo o agente retroage, alcançando todos os fatos anteriores, mesmo os definitivamente julgados.

Especificamente no tocante à apreciação da benignidade leciona: “Esse princípio da aplicação da lei mais benigna, como meio de resolver o conflito de leis penais sucessivas, sugere um problema nem sempre de fácil solução.

Que se deve entender por lei mais benigna? A questão só se pode resolver tomando as leis concorrentes, cada uma como um conjunto, e considerando-as na sua aplicação ao caso concreto. O benefício à situação do réu em face da medida penal pode resultar, no confronto entre as duas leis, não só da maior ou menor gravidade da pena, da sua natureza, duração e efeitos, mas da

construção da figura típica do crime nas duas leis, de que pode resultar a desincriminação do fato concreto diante de uma delas, ou o seu deslocamento para espécie menos grave, das suas formas, das condições de punibilidade, das circunstâncias consideradas agravantes ou atenuantes e do próprio regimen do processo.

Mas não é lícito tomarem-se na decisão elementos de leis diversas. Não se pode fazer uma combinação de leis de modo a tomar de cada uma delas o que pareça mais benigno. A lei considerada mais benévola será aplicada em totalidade. Note-se que se trata exclusivamente de aplicar uma ou outra das leis existentes, no seu integral conteúdo, não sendo lícito ao juiz compor, por assim dizer, uma lei nova com os elementos mais favoráveis das que realmente existem. A escolha caberá sempre ao juiz que apreciará os resultados a que chegaria a aplicação das leis em confronto ao caso concreto e decidirá pela mais benigna.”

Costa e Silva *apud* Aníbal Bruno assim discorre: “Até mesmo devem ser levadas em conta as normas extrapenais que constituam, explícita ou implicitamente, elementos da lei penal.”

E nesse sentido Mezger *apud* Aníbal Bruno: “As circunstâncias processuais favoráveis, as leis acessórias, etc. vêm também em consideração para determinar qual é a lei mais benigna.”

Quanto à possibilidade de manifestação do acusado sobre a qual lei pretende se submeter, afirma o mestre da Universidade do Recife que “não é, em princípio, aceitável a solução proposta por Dorado Montero (Problemas I, pág. 375), citada por Cuello Calón, que a apoia (C. Calón, Derecho Penal, I, Barcelona, 1935, pág. 189), de que se deve deixar ao réu a escolha da lei pela qual deseja ser julgado e sentenciado. Entretanto, se o réu pretende escolher entre as leis aplicáveis ao seu caso a que lhe pareça mais favorável, essa pretensão pode ser admitida.”

Álvaro Mayrink da Costa³ a esse respeito: “pode ocorrer que uma lei nova, mantendo o tipo do delito, seja apenas modificadora da precedente. Tais modificações podem referir-se ora aos princípios gerais (eximentes, atenuantes, agravantes, tentativa e co-participação), ora ao conteúdo do delito, ou bem às suas conseqüências (pena mais severa ou mais benigna). Em conjunto, a nova lei pode ser mais favorável ou mais prejudicial ao acusado. Se a lei posterior é mais benigna, o fato executado sob a lei derogada deve julgar-se conforme esta, isto é, a lei antiga é ultrativa, em obediência ao princípio *tempus reegit actum*. Se, pelo contrário, a lei nova é mais favorável, se aplica esta, isto é, fazendo uso da exceção de retroatividade da lei mais benigna.

Em suma: impera o princípio da não-extratividade da lei mais restritiva da liberdade e também aqui há obstáculos relativos à *res iudicata*.

3 Direito Penal -- parte geral, 5ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995.

Ressalte-se que em matéria penal há que se adotar sempre o critério mais favorável à humanidade e à inocência (Princípio humanitário). Se a lei nova mais benigna não se aplica aos fatos cometidos sob a lei anterior mais severa, o princípio da não-retroatividade das leis penais, concebido em favor dos acusados, se transformaria em dano. (...)

Não é suficiente a determinação da lei mais favorável, comparando somente as penas aplicáveis, pois é comum entre as distintas leis em conflito que existam outros elementos que devam ser objetos de análise.

O juiz não pode tomar o sentido mais benéfico para o réu de uma e de outra lei, e sobre tal suporte ditar sua decisão, pois abriria com isso a violação dos princípios básicos que governam o tema, e o mais importante se teria convertido em legislador, pois, ao tomar parte de uma lei, e parte de outra, estaria ditando por si e no momento de decidir, uma terceira norma distinta das originalmente em conflito.

Acertada a doutrina a cada caso concreto. Assim, o julgador deverá ditar sua decisão como se as leis em conflito fossem coexistentes e aplicar ao caso que tem ante si uma ou outra, para atingir o resultado. A que considerar mais favorável para o réu será a que provocará a aplicação da lei sobre a qual esse mesmo resultado se sustentou.(...)

Para determinar a maior ou menor benignidade de uma lei em comparação com outra ou outras, deve-se observar a totalidade dos elementos integrativos da lei penal, e como tal, todas as suas consequências. Uma lei pode ser benigna que outra por vários fatores, embora não existam pautas de comparação que aprioristicamente permitam tal fixação. No nosso entendimento os critérios generalizantes não apresentam qualquer resultado positivo, e a tarefa comparativa só pode realizar-se no caso concreto em julgamento.

Cabe ao juiz penal a análise do caso *in concreto* à luz de uma e de outra, visto que pode ocorrer que convenha a aplicação da primeira, ainda que em pena mais grave que a segunda, que apresenta uma pena menos severa; considerando-se a possibilidade da aplicação da medida penal da suspensão condicional da pena, torna-se mais conveniente para o condenado a mais severa, tendo em vista o cumprimento efetivo.

Enfim, é evidente que não se pode ditar a este respeito uma regra geral, porque a posição do juiz penal é frente ao caso particular, adotando-se a lição de Soler, de que o juiz não resolve qual das duas leis é vigente, senão qual das duas é aplicável ao caso em julgamento; claro esta diante da norma geral.”

Na mesma linha Zaffaroni e Pierangelli⁴: “Tal como a CA de Direitos Humanos e também o inc. XL do art. 5º da CF/88, o CP estabelece expressamente a exceção ao princípio da irretroatividade no caso da lei mais

benigna, tanto aquela sancionada antes da sentença como durante a sua execução. O parágrafo único do art. 2º estabelece: "A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado."

Lei penal mais benigna não é só a que descriminaliza ou a que estabelece uma pena menor. Pode tratar-se da criação de uma nova causa de justificação, de uma nova causa de exclusão da culpabilidade, de uma causa impeditiva da operatividade da pena etc. Por outro lado, a maior benignidade pode provir também de outras circunstâncias, tais como um lapso prescricional mais curto, uma classe distinta de pena, uma nova modalidade executiva da pena, o cumprimento parcial da mesma, as previsões sobre as condições de concessão do sursis, a liberdade condicional, etc.

Ante a complexidade dos elementos que podem ser tomados em consideração para determinar qual é a lei penal mais benigna, não é possível fazê-lo em abstrato, e sim frente ao caso concreto. Dessa maneira, resolve-se o caso hipoteticamente conforme uma e outra lei, comparando-se, em seguida, as soluções, para determinar qual é a menos gravosa para o autor. Nessa tarefa, devem-se analisar em separado uma e outra lei, mas não é lícito tomar preceitos isolados de uma e outra, mas cada uma delas em sua totalidade. Se assim não fosse, estaríamos aplicando uma terceira lei inexistente, criada unicamente pelo intérprete.

Afinal, diz o parágrafo primeiro do art. 2º do nosso vigente Código Penal que "ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória."

A aplicação de tal princípio, inserido no sistema, deve ter nova dimensão. Talvez essa dimensão, em verdade, não deva ser propriamente *nova*, mas sim, consentânea com outro princípio geral de hermenêutica. Refiro-me àquele estampado no art. 5º da Lei de Introdução ao CC: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

A uma primeira vista, pode parecer que a aplicação integral do citado dispositivo colide com o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Todavia, uma análise mais acurada me leva a concluir de modo diametralmente oposto.

É que se é de se entender ser impossível a aplicação parcial do citado art. 15 (*caput ou parágrafo primeiro*) a apreciação do que é mais ou menos gravoso, mais ou menos benéfico para o réu deve ser feita considerando-se o dispositivo legal *por inteiro*. É a visão do *todo* que deve orientar o intérprete.

Diante do dispositivo legal em questão, *por inteiro (caput e parágrafo primeiro)*, questiona-se: O que é melhor para o réu?

Aplicar a regra legal nova a fatos anteriores à sua vigência e eficácia, vale dizer, a crimes tributários ocorridos *antes* da sua edição, suspendendo-se a pretensão punitiva do Estado e, em contra-partida, ficar suspenso o curso do prazo prescricional enquanto estiver ele beneficiado pela moratória, ou;

Não se aplicar a regra legal nova àqueles fatos, *não* ficar suspensa a pretensão punitiva estatal, ser o réu processado criminalmente e continuar o curso normal da prescrição.

Tenho que a primeira das respostas acima é a mais benéfica para o réu. É muito menos gravoso, diria que muito mais vantajoso para o réu, ainda que suspenso o curso do prazo prescricional, ter a *possibilidade* de adimplir seus débitos com o fisco nos limites e modos previstos na Lei do REFIS sem ficar sujeito a uma persecução criminal.

É claro que, se o interprete olhar *apenas* para o *parágrafo primeiro* do citado artigo de lei, concluirá (no meu entender, erroneamente) que sempre a lei que suspende o curso da prescrição é mais gravosa e por isso não pode retroagir. Contudo, a *visão do todo*, a apreciação do conjunto da norma, do *sistema*, indica com meridiana clareza: A lei penal está retroagindo *para beneficiar* o réu!

Isso tudo sem esquecer que não dar imediata, e, às vezes, retroativa eficácia àqueles disposições da Lei do REFIS é torna-la *letra morta*, diria até *nati morta*.

Segundo o texto do art. 1º, da Lei que ora se considera, o Programa se destina a promover a regularização de créditos da União, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições administrados pela SRF e pelo INSS, *com vencimento até 29 de fevereiro de 2000*, constituídos ou não. Ora, fatos posteriores à vigência e eficácia da Lei 9.964 de 10.04.2000 são, e sempre serão, posteriores ao período por ela abrangido. Simplesmente os agentes não serão atingidos pelo *favor legal*!

E não se alegue que a Lei n.º 10.002/2000, publicada em 15.09.2000 e que prorrogou o *prazo de opção* pelo REFIS por mais noventa dias, tornaria ineficaz a afirmação supra. Esta lei apenas *prorrogou* o prazo para a opção pelo Programa, mas os débitos que são abrangidos continuam a ser *somente* aqueles verificados *até* 29 de fevereiro de 2000, data prevista no art. 1º, da Lei n.º 9.964/2000.

Isto está também esclarecido na seguinte passagem das Razões de Veto ao art. 2º, da Lei n.º 10.002/2000:

“...Para tanto, deve-se considerar que o Projeto de Lei não alterou a condição dos débitos passíveis de inclusão no Refis – com vencimento até 29 de fevereiro de 2000 – nos termos do art. 1º da Lei nº 9.964, de 2000...”

Assim, ao menos isto não se contrapõe àquele argumento da “*lei nati morta*”

Mas não é só. Superada esta primeira questão, impõe-se o enfrentamento de outra, a de fundo, que diz respeito aos reflexos dessas disposições legais no campo processual penal. Mais especificamente na inviabilidade do oferecimento de denúncia em face de responsável pela pessoa jurídica sem a imprescindível prova de não estar a pessoa jurídica incluída no REFIS.

Como alhures dito, é fato notório que imensa quantidade de pessoas jurídicas *optaram* (é o que diz a Lei) pelo REFIS.

Embora com inusitado ineditismo legislativo expresso, resulta claro deste dispositivo legal, e isto já foi dito, que a inclusão da pessoa jurídica devedora no REFIS é *causa de suspensão da pretensão punitiva* estatal em relação aos agentes responsáveis pelos *crimes tributários* que menciona e *que se estende pelo período em que permanecer incluída no Programa*.

Portanto, embora tenha se consumado o crime tributário, desta lesão aparente ou efetiva ao bem jurídico tutelado pela norma penal tenha surgido o *direito de pedir o provimento jurisdicional (pretensão punitiva)* para, observado o devido processo legal, resultar na aplicação da sanção prevista no preceito secundário da norma penal violada, a inclusão da pessoa jurídica no Programa afasta, pelo período em que nele permanecer, a possibilidade do *exercício* daquele direito.

Apesar de *existir* o direito de pedir (*pretensão*), porque nascido com a violação da norma penal, o seu *exercício* é vedado (*rectius: suspenso*).

Temporariamente, pela inclusão e permanência no Programa, fica impedida a prática de quaisquer atos concretos por parte do titular do exercício daquele direito instrumental (Ministério Público) de persecução *criminal em juízo*.

O *direito de pedir* o provimento jurisdicional nada mais é senão o próprio *direito de ação penal*.

Não se confundem a *existência* de um direito, a sua *titularidade* e a *faculdade ou obrigatoriedade* de seu exercício.

Nos diversos ramos do Direito, são conhecidas hipóteses em que, embora já se tenha *adquirido* um direito, o seu *exercício* fica subordinado ao advento de determinada *condição*. O efeito do ato fica subordinado a um evento *futuro e incerto*. São conceitos costumeiramente mais frequentes no Direito Civil.

Na esfera penal e processual penal não são muitos os exemplos. Ouso citar dois que agora me ocorrem: a suspensão condicional do processo nos casos e forma determinados pelo art. 89 da Lei n.º 9.099/95 e a suspensão do processo e do prazo prescricional na hipótese tratada pelo art. 366 do CPP com a redação que lhe deu a Lei n.º 9.271/96.

Em ambos os casos citados, diz a lei que fica *suspenso o processo*.

Ora, isso não significa que fica *suspensa a pretensão punitiva*?

Não quer dizer que fica suspenso o *exercício* do direito de ação?

Penso que sim. Tendo que a *pretensão punitiva* (exercício do direito de ação) não se realiza por um só ato (oferecimento de denúncia no caso), mas por uma sucessão deles, todos praticados no *processo* (postulação, produção de provas, etc.) ao longo do *procedimento*. Ou será que nas alegações finais não se formula pedido? A resposta me parece óbvia, principalmente se considerada, por exemplo, a consequência da falta de *pedido* de condenação nas alegações finais em ação penal de iniciativa exclusivamente privada. É perempta a ação, vale dizer que, via de regra, extingue-se a punibilidade por *desinteresse*, por *inércia* do autor (art. 60 do CPP).

Por isso, tenho que a hipótese tida agora expressamente pela Lei do REFIS (art. 15) como causadora da *suspensão da pretensão punitiva* do Estado nada mais é do que uma *causa impeditiva do exercício do direito de ação* que *existe* por que nascido com a violação da norma penal. O impedimento ao *exercício*, porém, será *temporário se*, em dado instante, a pessoa jurídica for excluída do REFIS, possibilitando-se (*rectius: sendo obrigatório*) o exercício ou o prosseguimento dos atos de persecução. De outro turno, será *definitivo* caso ocorra o integral pagamento dos débitos, caso em que, extinguir-se-á a punibilidade (art. 15, § 3, da Lei do REFIS).

Sabe-se que o *exercício* da ação penal é subordinado às conhecidas condições da ação. Sejam elas genéricas (legitimidade de parte, possibilidade jurídica do pedido, interesse e justa causa) ou específicas (representação da vítima, requisição do Mín. da Justiça, etc.). As condições da ação subordinam o seu *exercício*. Presentes, é possível o uso do *instrumento* de aplicação civilizada do direito. Ausentes, inviabiliza-se a persecução.

Pois bem, considerando-se o disposto no art. 15 da Lei do REFIS e a notoriedade do fato da maioria das pessoas jurídicas em débito com fisco ter optado pelo Programa, tenho que não estar a pessoa jurídica à qual o agente do crime tributário está relacionado incluída no REFIS é uma verdadeira *condição específica de procedibilidade*. Não se trata de se reconhecer uma condição da ação de natureza negativa ou se exigir do titular do seu exercício uma “prova negativa”, mas de se exigir, para as ações penais por crimes da espécie, a prova do implemento da *condição*.

Deixar essa apuração para o curso do procedimento penal em juízo, autorizando a deflagração de uma ação penal, com as suas naturais consequências quanto ao *status dignitatis* do indivíduo, para, depois de eventualmente feita a prova pelo réu, anular-se o procedimento onde aquela qualidade ostentou sem que pudesse/devesse o autor da ação ter (precoceamente) exercido o direito de ação, é sancionar um constrangimento ilegal.

O Ministério Público Federal, usando de suas funções institucionais (art. 129, VIII, da CF), pode requisitar diligência investigatória e obter fa-

cilmente, por um simples ofício, a informação junto ao Comitê Gestor do REFIS (art. 1º, § primeiro, da Lei do REFIS). Pode assim demonstrar que está apto a *exercer* o direito de ação penal antes de oferecer denúncia precipitada.

Certa é a dispensabilidade do Inquérito Policial (art. 12 do CPP) quando o titular do exercício do direito de ação possui, por outros meios, os elementos necessários à deflagração da persecução criminal, contudo, em casos como tais, diligências prévias são imprescindíveis (art. 16 do CPP) para demonstrar estar o *Parquet* apto a exercer a persecução. Não se deve esquecer que o Inquérito Policial não é contraditório e, por isso, nem sempre tem o agente do fato criminoso a possibilidade de demonstrar a causa de suspensão da pretensão por falta de condição de procedibilidade durante aquele procedimento investigatório.

Ressalte-se que é o próprio Estado-administração quem possui, com certeza, a informação acerca da eventual opção pelo Programa. Seria correto exigir-se do indiciado ou réu a prova de fato que é do conhecimento (ou deveria ser) do Estado que o acusa? Penso que não.

É comum pessoas em Juízo quando interrogadas, portanto ostentando a qualidade de acusadas em ações penais, declararem terem optado pelo REFIS e que estão pagando corretamente as prestações. Flagrante o constrangimento ilegal. Ou será que o correto seria o recebimento da denúncia sem a prova da condição específica de procedibilidade, citação, interrogatório, etc. e se aguardar que os "beneficiados" pela moratória tivessem que se socorrer de *Habeas Corpus* junto aos tão asoberbados Tribunais para o trancamento da ação penal? É evidente que não!

Imprescindível ainda, identificar se o *termo inicial* da suspensão. Neste aspecto, o dispositivo parece bem claro: a suspensão se inicia no momento em que a pessoa jurídica é *incluída* no REFIS.

O Decreto n.º 3.431/2000:

"Do Ingresso no REFIS

Art. 3º *O ingresso no REFIS dar-se-á por opção da pessoa jurídica, que fará jus a regime especial de consolidação e parcelamento dos débitos fiscais referidos no art. 1º.*

Parágrafo único. *O ingresso no REFIS implica inclusão da totalidade dos débitos referidos no art. 1º, em nome da pessoa jurídica, inclusive os não constituídos, que serão incluídos no Programa mediante confissão, salvo aqueles demandados judicialmente pela pessoa jurídica e que, por sua opção, venham a permanecer nessa situação."*

.....

"Da Homologação da Opção

Art. 10. *A homologação da opção pelo REFIS será efetivada pelo Comitê Gestor, produzindo efeitos a partir da data da formalização da opção.*

§ 1º A opção implica manutenção automática dos gravames decorrentes de medida cautelar fiscal e das garantias prestadas nas ações de execução fiscal, cabendo à PGFN e ao INSS, no âmbito de suas respectivas competências, promoverem as ações necessárias a assegurar o cumprimento dessa exigência.

§ 2º Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, a homologação da opção pelo REFIS é condicionada à prestação de garantia ou, a critério da pessoa jurídica, ao arrolamento dos bens integrantes do seu patrimônio, na forma do art. 64 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997.

§ 3º Ficam dispensadas das exigências referidas no parágrafo anterior as pessoas jurídicas:

I - optantes pelo SIMPLES;

II - cujo débito consolidado seja inferior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

§ 4º A exigência referida no § 2º deverá ser atendida no prazo fixado no § 3º do art. 4º." (Grifei).

Como se pode ver, nos dispositivos legais citados, a *inclusão* da pessoa jurídica no REFIS se dá com a *opção*. A homologação é mero ato declaratório do atendimento dos requisitos legais e, na dicção do art. 10 supra transcrito, produz efeitos *a partir da data da formalização da opção*. Tem eficácia *ex tunc*, retroage à data da opção. Portanto, naquela data, já estaria *suspensa a pretensão punitiva* do estado.

Pelos motivos alhures já externados, a prova da homologação ou do seu indeferimento pode e deve ser obtida pelo Ministério Público mediante o exercício das suas prerrogativas institucionais. Aliás, é também notório que o grande número de opções pelo Programa tem feito com que não seja tão breve a homologação expressa, mas simplesmente comunicadas as empresas optantes (por via postal) acerca da recepção do Termo de Opção pelo fisco. Vale lembrar que a "dificuldade" da homologação expressa levou o Poder Executivo, através do Decreto n.º3.342/2000 (já revogado expressamente pelo Decreto n.º3.431/200) a possibilitar, em determinados casos, a sua homologação *tácita*.⁵

5 "Art. 13. Relativamente a opções que contenham débitos ajuizados não garantidos, a expedição da certidão prevista no art. 206 do CTN e a suspensão do registro no CADIN somente ocorrerão após a homologação da opção. Parágrafo único. Exclusivamente para

Por tudo isso, diante do que dispõe o art. 43, inciso III, do Código de Processo Penal, c/c art. 15, *caput* da Lei n.º 9.964/2000, penso que é inviável o oferecimento de denúncia sem a prova da condição específica de procedibilidade – prova de a pessoa jurídica a que se vincula o denunciado não ter optado pelo REFIS. Conseqüentemente, uma vez oferecida (precocemente) a prefacial acusatória sem a satisfação da referida condição específica de procedibilidade, deve ser rejeitada, pelo fundamento legal acima mencionado.

Ressalva-se, contudo, que a rejeição da inicial no caso, não servirá de óbice ao exercício da ação penal através do oferecimento de nova denúncia, desde que se comprove a satisfação da condição citada. (art. 14, parágrafo único, do Código de Processo Penal).

os fins deste artigo e do § 5º do art. 4º, considerar-se-á tacitamente homologada a opção após transcorridos setenta e cinco dias da sua formalização sem que haja expressa manifestação por parte do Comitê Gestor.”

ESTADO, SAÚDE e DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

MARCELO LEONARDO TAVARES

Juiz Federal da Vara Única de Itaperuna, na Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, Mestrando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ e Professor de Direito Previdenciário da Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 1ª. Região - EMATRA.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Os princípios da máxima efetividade e da reserva do possível 3. O princípio do mínimo existencial e o conceito da dignidade da pessoa humana. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas

INTRODUÇÃO

Uma das questões mais complexas com que se podem deparar os órgãos do Poder Judiciário é a resolução de casos envolvendo pretensões a prestações sociais, dentre elas as de saúde pública, e a resistência do Estado em cumpri-las, sob o fundamento de falta de previsão orçamentária para custear determinada despesa. Até que ponto pode o julgador, respeitando o princípio da separação dos poderes, obrigar o Poder Executivo a arcar com o custeio de tratamentos específicos de saúde? Até que ponto as normas constitucionais de cunho programático podem ser invocadas como sustentáculo dos fundamentos das decisões judiciais, mesmo carecedoras de complementação legislativa? Qual a tendência observada nas últimas decisões das cortes superiores sobre o tema?

O presente trabalho objetiva abrir uma via de discussão a respeito da matéria, sem pretensão de esgotá-la, partindo do estudo de uma decisão proferida recentemente pelo Supremo Tribunal Federal e outra pelo Superior Tribunal de Justiça, analisando-as em contraposição com três posturas doutrinárias distintas.

Para tanto, iniciaremos o estudo pelo tratamento normativo recebido pelo direito à saúde na Constituição e as possibilidades de sua realização fática.

O direito à saúde, como uma das espécies de direitos sociais, encontra previsão na Constituição de 1988, sendo objeto de preocupações e ponderações por parte dos operadores do direito, na busca da concretização das determinações do legislador constituinte quando acometeu ao Estado o dever de prestação através de sistema integrado envolvendo todos os entes federativos. Como uma das facetas dos direitos fundamentais, os direitos sociais em regra não exigem do Estado mera postura negativa, absenteísta; ao contrário, carecem de ações positivas a demandar despesas a serem previstas no orçamento. Daí o dilema entre a exigência de implementação dos direitos

sociais através de ações estatais que propiciem a devida prestação em oposição à limitação das receitas orçamentárias, do que deverá resultar em atitudes destinadas a garantir que as normas constitucionais sobre o tema não caiam no vazio das promessas sem concretização¹.

Observando a recente história do país, não passa despercebida a tendência do Estado de reduzir sua intervenção na ordem econômica a níveis baixos como jamais vistos desde que a Constituição de 1934 iniciou o tratamento sistemático dos direitos sociais. Em relação à saúde, ao lado da crise visível no sistema público, que não consegue corresponder minimamente às expectativas da população na procura pelos serviços mais básicos, observa-se o avanço dos planos de seguro de saúde, preenchendo o vazio da atuação estatal com a frieza daqueles que encaram a saúde como negócio a ser sempre e sempre mais lucrativo². Ao lado da entrega cada vez maior da população aos planos de saúde privada, muitas vezes o Estado ainda se nega a prestar serviços de saúde de forma digna à parcela mais carente da sociedade, apesar das sempre oportunas criações de contribuições "provisórias" para o sustento do sistema.

Será dentro dessa perspectiva que se buscará discutir a existência de um limite mínimo de prestação de saúde da qual o Estado não pode se furtar, cabendo ao Poder Judiciário, na hipótese de negligência voluntária do Executivo e com fundamento na garantia dos direitos fundamentais, determinar a concretização do direito e como objetivo a ser alcançado por um dos valores constitucionais mais caros ao nosso povo - a dignidade da pessoa humana, efetivando-o como vontade da Constituição³.

-
- 1 Norberto Bobbio resumiu o problema no artigo Presente e Futuro dos Direitos do Homem, em A Era dos Direitos, p. 25, "o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais fundamentá-los, e sim de protegê-los" em relação à importância da preocupação com a implementação real dos direitos humanos.
 - 2 Plauto Faracó de Azevedo é preciso na observação do fenômeno, em Direito, Justiça Social e Neoliberalismo, p. 115, "No naufrágio dos bens sociais e dos serviços públicos (que, aliás, após as privatizações freqüentemente têm suas taxas sobrevalorizadas), releva o sucateamento dos serviços de saúde e previdência, enquanto se alardeia a eficiência dos planos assistenciais privados. Supondo-se que assim fosse, de que recursos dispõem para este fim pessoas de baixa ou baixíssima renda, que formam a indubitável maioria da população do Terceiro Mundo? Desta faixa populacional o Estado terá de continuar a incumbir-se, segundo o princípio, hoje transformado em regra, de que os lucros se privatizam e prejuízos se socializam. Mas, com que recursos o faria o Estado, se já não os tem?"
 - 3 O termo é utilizado por Konrad Hesse, na Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft Der Verfassung), p. 19, "a constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se 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*)."

2. OS PRINCÍPIOS DA MÁXIMA EFETIVIDADE E DA RESERVA DO POSSÍVEL

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu a favor de autor carente e portador de AIDS, em caso onde se buscava a condenação do Estado do Rio Grande do Sul a entregar remédios relacionados ao tratamento da doença:

MEDICAMENTOS PARA PACIENTES COM AIDS (RE267.612-RS. Relator: MIN. CELSO DE MELLO (DJU de 23.8.2000, Informativo no. 202, do STF)

EMENTA: PACIENTES COM HIV/AIDS. PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, *CAPUT*, E 196). PRECEDENTES (STF).

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

- A legislação editada pelo Estado do Rio Grande do Sul (consubstanciada nas Leis nºs 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95), ao instituir programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

A decisão fundamentou-se na necessidade de efetivação da prestação, pelo Estado, do direito social à saúde pública, previsto no art. 196 da Constituição:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de

outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

A saúde é uma espécie de direito à seguridade social, ao lado dos direitos à assistência e previdência social (art. 194 e art. 6º., da CRFB/88), sendo normatizada por meio de regras de natureza programática ou de baixa densidade, segundo a maioria da doutrina⁴.

Todas as normas constitucionais, mesmo as que fixam programas ou tarefas prestacionais por parte do Estado, possuem caráter de autênticas normas jurídicas, no sentido de que, na falta de ato legislativo concretizador, se encontrariam aptas a desencadear algum efeito jurídico, seja para colmatar a produção legislativa ou deixar de recepcionar normas infraconstitucionais editadas anteriormente à Carta com ela incompatível, não parecendo sustentável hodiernamente o fato de que essas normas seriam meras proclamações de cunho ideológico e político sem capacidade de imposição perante o mundo dos fatos.

Estabelecido esse mínimo de eficácia das normas programáticas⁵, discute-se se os comandos constitucionais de cunho prestacional podem conferir ou não, sem intermediação legislativa integradora, posição de vantagem para eventuais fruidores dos direitos subjetivos.

A decisão comentada, partindo da premissa de que a saúde é bem juridicamente tutelado “por cuja integridade deve velar, de maneira responsável o poder público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar”, apóia-se não somente na norma constitucional prevista no art. 196, mas também na legislação editada pelo Estado do Rio Grande do Sul (Leis no. 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95), instituidora de programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. Sendo assim, não enfrentou diretamente o tema da possibilidade de se exigir do Estado determinada prestação do direito à saúde com base exclusivamente na norma constitucional, pois havia legislação ordinária integradora.

O legislador tem se preocupado em prever proteção para pessoas portadoras do vírus HIV em todas as áreas relacionadas à seguridade social, permitindo o cumprimento das prestações sociais. A Lei no. 9.313/96 prevê o recebimento gratuito de toda medicação necessária ao tratamento da AIDS (Síndrome de Imunodeficiência Adquirida) por portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) através Sistema Único de Saúde - SUS, dispondo que as despesas decorrentes da implementação da lei serão financiadas com

4 Ver José Afonso da Silva, em *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª. ed.

5 Sustenta Luís Roberto Barroso no livro *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 222, “não há, em uma Constituição, cláusula a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força normativa de regras, dadas pela soberania nacional ou popular a seus órgãos”.

recursos do orçamento da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvendo todos os entes federativos no pólo prestacional da relação jurídica. A norma legislativa possui caráter de generalidade no exercício da competência concorrente da União (art. 24, XII c/c parágrafo 1º, da CRFB/88) e confere às demais entidades políticas a suplementação por regras específicas, como as contidas nas já referidas leis ordinárias do Estado do Rio Grande do Sul. Na assistência social, é possível o pagamento do benefício de prestação continuada no valor de um salário mínimo pelo INSS, desde que fique comprovada a deficiência física eventualmente decorrente de estado avançado da doença, não havendo meios mínimos de provimento de manutenção pelo portador ou sua família (art. 203, V, da CRFB/88 e art. 20, da Lei no. 8.742/93 - Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS). Por fim, a Lei Federal no. 7.670/88 estende aos portadores da AIDS os benefícios previdenciários por incapacidade e pensão por morte do Regime Geral de Previdência Social (Lei no. 8.213/91), e dos sistemas securitários estatutário (Lei no. 8.112/90) e militar (Lei no. 6.880/80 e Lei no. 3.738/60).

Havendo previsão legislativa integradora da norma constitucional inicialmente de eficácia limitada de cunho programático, a proteção normativa se aperfeiçoa na integralidade, não oferecendo maiores problemas de aplicação⁶.

A dificuldade surge na efetivação de norma constitucional garantidora de direito fundamental de natureza social de cunho prestacional carente de complementação legislativa.

Uma primeira postura doutrinária busca alcançar a máxima efetividade da aplicação direta dos direitos prestacionais positivos sem a necessidade de integração legislativa. Seria possível obter-se do Estado, com base diretamente na ilação interpretativa do texto constitucional, as prestações sociais vinculadas à saúde; no caso, dever-se-ia prover a saúde pública como direito subjetivo individual a ser cobrado do Estado com apoio exclusivo na normatividade do art. 196, da Carta. É o que se extrai do entendimento apresentado por Luís Roberto Barroso⁷, quando afirma "em uma perspectiva de avanço social, devem-se esgotar todas as potencialidades interpretativas do texto constitucional, o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no máximo possível, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional". Sem embargo da importância da tese em relação à garantia da efetividade das normas constitucionais, deixa de considerar a limitação real das previsões orçamentárias no alcance das prestações a serem cumpridas pelo Estado.

Em oposição, outra corrente de pensamento apresenta crítica à teoria anterior e encontra limite na obrigatoriedade de prestações estatais sob argu-

6 José Afonso da Silva, op. cit., onde disserta de forma exaustiva.

7 Op. cit., p. 260

mento da reserva da possibilidade orçamentária, também conhecida como teoria da reserva do possível⁸, “vê-se que a posição da máxima eficácia não dá elementos suficientes para a solução do conflito. Seus seguidores parecem conferir certo caráter messiânico ao texto constitucional, como se a estatuição constitucional de uma pretensão positiva pudesse, *per se*, transformar a realidade social naquela desejada e a isso estivessem “os outros” a se opor de má vontade”, posicionando-se contrariamente à possibilidade de franca intervenção do poder judiciário na matéria “deslocar a decisão para o Judiciário em hipóteses que envolvam escolhas dramáticas, é querer alargar para aquele Poder competências que não são suas. O Judiciário não está legitimado pelo voto para tomar tais opções” e propõe, à luz dessa incompetência, a inversão do ônus da prova, cabendo ao Estado “demonstrar que tem motivos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas. Ao Judiciário competiria apenas ver da razoabilidade e da faticidade dessas razões, mas sendo-lhe defeso entrar no mérito da escolha, se reconhecida a razoabilidade...a opção política é preferencialmente do legislativo e do executivo, cabendo ao judiciário o controle de razoabilidade”.

3. O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL E O CONCEITO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Entre as duas posturas extremas, surge uma elaboração conciliadora. A tese da máxima efetividade na concretização de direitos sociais de cunho prestacional, apesar de sedutora, corre o risco de cair no vazio da impossibilidade de aplicação prática, diante da limitação orçamentária, inexorável e fática. A sustentação de que as normas podem ser aplicadas no máximo da sua capacidade não pode desconsiderar que, no orçamento, as despesas encontram obstáculo na previsão e realização de ingresso públicos compostos na maior parte de receitas tributárias, insuficientes para suprir as necessidades sociais ilimitadas de uma população carente como a nossa a qualquer preço. Por outro lado, passa a ser por demais tímida a posição resignada de verificação fria da reserva do possível, mesmo porque eventuais situações inopinadas não se encontrariam previstas com antecedência e poderiam ser de plano descartadas por falta de previsão de receita, anteriormente alocadas para outros fins. Concorde-se em parte com a afirmação de incompetência do Judiciário na escolha de opções de destinação de despesas, matéria atinente à discricionariedade do legislador, mas parece de extrema passividade a argumentação de que somente se deve admitir o controle da razoabilidade da opção do legislativo ou executivo no extremo do limite, pois, havendo situação nova; nascida posteriormente à aprovação do orçamento, o argumento de que as verbas já foram alocadas previamente para outras despesas seria, tecnicamente, razoável, apesar de poder conduzir a situações injustas agressivas a princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana; incorrendo, por outra via, na mesma consequência da teoria que procura atacar, a falta

8 Texto de Gustavo Amaral, em *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes*, em *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 95/116.

de concretização do desejo constitucional. Se o princípio da máxima efetividade arrisca-se a cair no vazio por impossibilidade de concretização de todas as demandas sociais, o princípio da observância da reserva do possível, principalmente se a reserva do possível depender da mera implementação da vontade do Poder Executivo, também pode padecer do mesmo mal, o descumprimento constitucional com o fundamento de respeito às escolhas do momento. Parece então, no equilíbrio dos pontos de vista, haver espaço para a exigência judicial de um mínimo de prestações estatais garantidoras da sobrevivência humana, ao lado do respeito à discricionariedade de opções legislativas e executivas relacionadas ao tema.

É que quando está em jogo a dignidade da pessoa humana, as opções escolhidas pelos mandatários do povo na representação momentânea dos poderes constituídos Executivo e Legislativo não podem prevalecer diante de uma agressão aos princípios permanentes eleitos em supremacia por esse mesmo povo enquanto no exercício do Poder Constituinte e estabelecidos na Constituição⁹ - isso não se chama de invasão de um poder nas atribuições do outro; denomina-se exercício da nobre função de guarda da constituição (art. 102, *caput*, da Constituição da República). Não se prega o desrespeito à limitação do exercício das funções do Poder, apenas pondera-se que esse princípio não serve como escudo formal a ser oposto à preservação dos valores mais caros estabelecidos na Constituição e protegidos por cláusula de imutabilidade - os direitos fundamentais e o valor vetor da dignidade da pessoa humana.

Partindo-se da visualização de diversas dimensões do conceito de cidadania, cunha-se o parâmetro do mínimo existencial ou mínimo social¹⁰ aquém do qual a existência humana encontrar-se-ia ameaçada, condição que deve sofrer intervenção do Estado e exige prestações positivas a fim de cumprir o fundamento da República relacionado com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição), valor unificador de todos os direitos fundamentais¹¹. Sobre o tema, disserta Ricardo Lobo Torres¹² "Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados." Esclarece ainda que "A retórica do mínimo existencial não minimiza os direitos sociais, senão que os fortalece extraordinariamente na sua dimensão essencial, dotada de plena eficácia, e os deixa incólumes ou até os maximiza na região periférica, em que valem sob a reserva da lei." Sendo assim, ao invés de oportunizar a aplicação das normas prestacionais positivas

9 Nas sempre presentes palavras de Emmanuel Sieyès, "O poder só exerce um poder real enquanto é constitucional", A Constituinte Burguesa, p. 95.

10 Termo utilizado por John Rawls em A Theory of Justice, p. 370

11 Ver J. C. Vieira de Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 83 e ss.

12 A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos, em Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 239/335.

diretamente a todo e qualquer caso, medida que poderia resultar na ameaça da existência do próprio Estado por impossibilidade de cobertura orçamentária e quebra da independência entre os poderes, vincula a obrigatoriedade de prestação às hipóteses onde se faz necessário albergar e proteger o mínimo necessário à manutenção da dignidade da pessoa humana. Identificado o atingimento do limite abaixo do qual o ser humano não possui existência digna, deve o Estado providenciar as prestações constitucionais previstas para a garantia do núcleo, mesmo não havendo normatização legislativa disciplinadora. Ingo Wolfgang Sarlet¹³, balizando o mínimo existencial, sustenta “a existência digna abrange mais do que a mera sobrevivência física, situando-se além do limite da pobreza absoluta...é no direito à saúde, igualmente integrante do sistema de proteção da seguridade social (juntamente com a previdência e a assistência social), que se manifesta de forma mais contundente a vinculação de seu objeto (prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar etc), com o direito à vida a ao princípio da dignidade da pessoa humana...para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado em sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível...por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham opor - além da já clássica alegação de que o direito à saúde (a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada - os habituais argumentos de ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, não nos parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana...no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário às prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça.”

A partir daí, o dever somente poderia ser aferido de acordo com a lei, pois a situação estaria entregue à oportunidade do exercício do Poder Legislativo, a quem caberia, untado pelo mandato representativo popular, disciplinar sobre a utilização das receitas públicas a serem previstas no orçamento.

Portanto, as prestações relativas à garantia da dignidade da pessoa humana no conceito do mínimo existencial teriam a natureza de direitos fundamentais originários, ou seja, direitos subjetivos a prestações estatais deduzíveis diretamente das normas constitucionais consagradoras. Segundo J. J. Gomes Canotilho¹⁴, pode-se afirmar a existência de direitos originários a prestações quando, “a partir da garantia constitucional de certos direitos se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos

13 A Eficácia dos Direitos Fundamentais, p. 294/299

14 Direito Constitucional, p. 554.

materiais indispensáveis ao exercício desses direitos; e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.”

E caso o Estado deixe de cumprir sua obrigação constitucional de garantir o mínimo existencial, deve o Judiciário determinar-lhe o cumprimento, sob pena de esvaziamento da força normativa da Carta, garantindo-se os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ressalve-se somente que deve haver prudência na verificação, no caso concreto, do atingimento do limite do mínimo existencial, sob pena de invasão inoportuna da função legiferante. Essa parece ter sido a conclusão chegada pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa na ementado ROMS no. 11183/PR, rel. Min. Jose Delgado, DJ dia 04/09/2000, p. 00121, onde ficou firmado o entendimento na possibilidade de determinar a prestação do direito à saúde com base diretamente na norma da Constituição:

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (RILUZOL/ RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIO- TRÓFICA - ELA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART. 5º, CAPUT, CF/88) E DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196, CF/88). ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA.

1 - A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltados para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir a concessão da medida porque não retira, de forma alguma, a gravidade e a urgência da situação da recorrente: a busca para garantia do maior de todos os bens, que é a própria vida.

2 - É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o *direito à saúde*, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196.

3 - Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado (STF, AG nº 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11/05/99; STJ, REsp nº 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 26/06/2000).

4 - Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de

eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (art. 196).

5 - Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida.

6 - Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do *direito à saúde*, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos.

7 - Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento Riluzol (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente.

CONCLUSÃO

Em nosso estudo, enquanto a decisão proferida pelo STF baseou-se no cumprimento de legislação ordinária vinculada ao direito à saúde, foi no provimento do Superior Tribunal de Justiça que ficou consagrada a possibilidade de extração direta de eficácia de norma constitucional de cunho programático para impor-se ao Estado a obrigação de prover tratamento médico pelo SUS, quando em jogo a manutenção do mínimo existencial necessário para consagração do fundamento nuclear da dignidade da pessoa humana.

Em tempos onde as normas eleitas pelo Poder Constituinte originário vinculadas à estruturação da ordem social vêm sendo submetidas a erosão constante e compulsiva, em que o Estado desincumbe-se dia-a-dia de prestações sociais mínimas, entregando sistematicamente serviços públicos, por mais essenciais que sejam, à iniciativa privada exploradora do lucro, caberá ao Poder Judiciário, alerta, a garantia do mínimo existencial como concretização do valor da dignidade da pessoa na faceta social dos direitos humanos, um dos fundamentos sobre os quais se apóia a República Federativa do Brasil; impondo ao Poder Executivo a obrigação de prestar de forma satisfatória os serviços de saúde pública - e isso, com se afirmou, não configura desrespeito ao princípio da divisão e independência dos poderes, mas sim o exercício da função de guarda da Constituição e dos valores fundamentais mais caros à sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo, Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes, em Teoria dos Direitos Fundamentais, organizador Ricardo Lobo Torres, ed. Renovar, 1998.

ANDRADE, J. C. Vieira de, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra, Livraria Almedina, 1987.

AZEVEDO, Plauto Faraco, Direito, Justiça Social e Neoliberalismo, ed. RT.

BARROSO, Luís Roberto, Interpretação e Aplicação da Constituição, ed. Saraiva, 1996.

BOBBIO, Norberto, A Era dos Direitos, ed. Campus.

CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional, 5^a. ed, Livraria Almedina, Coimbra, 1992.

HESSE, Konrad, A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft Der Verfassung), ed. Sergio Antonio Fabris, trad. Gilmar Ferreira Mendes.

RAWLS, John, A Theory of Justice, Oxford: Oxford University Press, 1980.

SARLET, Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, ed. Livraria do Advogado, 1998

SIEYÈS, Emmanuel, A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tier État), ed. Lumen Juris, 3^a. ed, Tradução Norma Azeredo.

SILVA, José Afonso da, Aplicabilidade das Normas Constitucionais, ed. Malheiros, 3^a. ed., 1996

TORRES, Ricardo Lobo, A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos, em Teoria dos Direitos Fundamentais, ed. Renovar.

A CONTRIBUIÇÃO DO SEGURO DE ACIDENTE DE TRABALHO – SAT

MARCO FALCÃO CRITSINELIS

Juiz Federal da Vara Única de Teresópolis/RJ

A fim de dar efetividade a esta garantia, e seguindo o exemplo das legislações passadas, a atual Constituição Federal, no seu art. 7º, inc. XXVIII, assegurou aos trabalhadores urbanos e rurais “*seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.*”

A preocupação com a segurança do empregado sempre foi uma realidade do legislador nacional, que, ciente da precariedade com que são fornecidos equipamentos adequados para o empregado desempenhar com segurança as suas tarefas, vem tentando criar fórmula hábil que diminua a exposição ao perigo iminente, penalizando o empregador omissivo ou relapso com a justa indenização.

Aliás, este tema foi exaustivamente debatido no Supremo Tribunal Federal – STF, merecendo a cristalização da Súmula 239: “*A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador.*”

E a Lei 6.367, de 19 de outubro de 1976, no seu artigo 2º conceituava o acidente de trabalho como: “*Aquele que ocorrer pelo exercício de trabalho a serviço de empresa, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.*”

Esta regra indenizatória, independentemente do seguro de acidente de trabalho, tem como escopo reparar dano verificado por culpa ou dolo do empregador.

Assim, a empresa que for desidiosa na segurança dos seus empregados é responsável pela reparação dos danos ocorridos quando da prestação dos serviços do obreiro.

A natureza jurídica do SAT é tributária¹, tratando-se, na forma do art. 195, I, da Constituição Federal, de contribuição destinada ao erário da seguridade social, coberto pela Previdência Social no título VIII da aludida Carta Magna.

Nesta vertente, quando se efetua a contribuição para a seguridade social, o contribuinte custeia os benefícios que estão sendo pagos, bem como os serviços que serão prestados, inclusive os que abrangem as situações de risco previstas em lei².

1 Cf. RE 148.754-2, Rel. Min. Carlos Velloso, in RTJ 143/319.

2 Cf. Wagner Balera, in RDT 49/115.

Corroborando o que foi dito Wagner Balera³ citado por Geraldo Ataliba⁴, em laço de extrema felicidade, aduz: *“De outra parte, o ideário do seguro social não pode ser deixado de lado. Pretende-se que haja – e o Direito há de ser para isso instrumento – uma solidariedade entre as gerações e dentro da própria geração que está sendo coberta pelos planos de seguridade social. Desta sorte, quando cada um contribui, o montante que paga não tem relação direta com o valor do benefício ou serviço que irá receber – pois a tanto equivaleria um regime de capitalização que, em nosso direito, só vigora na esfera previdenciária privada. A contribuição de cada um serve (diria melhor, custeia) os benefícios que estão sendo pagos e os serviços que estão sendo prestados aos que hoje se enquadram nas situações de risco previstas em lei.”*

A Lei no. 7.787/89 era a regente sobre o SAT e fixava uma alíquota única de 2% (dois por cento) incidente sobre o *“total pago ou creditado, no decorrer do mês, aos segurados empregados e avulsos”*⁵.

Todavia, em 25/7/91, foram revogadas as disposições contidas na Lei 7.787/89, passando o viger a Lei 8.212/91, a qual, de forma precária, passou a exigir a contribuição SAT variável entre 1% (um por cento), 2% (dois por cento) e 3% (três por cento), em decorrência de risco leve, médio e grave, da atividade preponderante, respectivamente, não definindo, de forma concreta, todos os elementos essenciais para a cobrança do tributo, na forma do art. 97 do CTN, tanto é que o chefe do Poder Executivo expediu sucessivos decretos com o fim de regular a Lei 8.212/91.

Sucedo, que o vício inicial do aludido diploma legal impede que o Decreto Regulamentador explicito as suas lacunas e omissões, em virtude de macular o princípio da estrita legalidade, haja vista que somente a Lei pode definir todos os elementos essenciais para a cobrança do tributo.

Nessa moldura, por invadir o princípio da tipicidade, a atual cobrança do SAT é ilegal, por não definir a atividade preponderante, ou seja, de risco leve, médio e grave.

O art. 22, da Lei 8.212/91, exige a contribuição SAT nos seguintes moldes:

“Art. 22 – A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: II – para o financiamento da complementação das prestações por acidente de trabalho, dos seguintes percentuais, incidentes sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos:

a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes de trabalho seja considerado leve;

3 RDT 49/115

4 RDA 193/48

5 Art. 3, II da Lei 7.787/89.

b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;

c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.”

Como visto, a citada lei fixa os percentuais incidentes sobre o total das remunerações dos segurados empregados e trabalhadores avulsos, sem contudo explicitar os critérios para o que venha a ser considerada atividade preponderante de risco leve, médio ou grave.

Esta lacuna é intransponível, tendo em vista que o poder regulamentar não pode criar ou inovar o que vem contido no texto legislativo. Seria o mesmo, mal comparando, que pudesse o Chefe do Poder Executivo baixar ato permanente que invadisse ou criasse normas legais de competência privativa do Congresso Nacional.

A deficiência da Lei n.º 8.212/91, quando a mesma se limita, pura e simplesmente, a dispor sobre alíquotas variáveis incidentes sobre a chamada atividade preponderante, vem o Poder Executivo, extrapolando a sua competência constitucional (art. 84, IV, da CF), e baixa, inicialmente, o Decreto n.º 356, de 7/12/91, reproduzido no de n.º 612, de 22/7/92, e, recentemente, o Decreto n.º 2.173/97, sendo que o primeiro fixa a base de cálculo, e o último a altera, nos seguintes termos:

“Decreto n.º 356/91 – considera como atividade econômica preponderante aquela que ocupa o maior número de segurados no estabelecimento (art. 26, § 1º e 2º); Decreto n.º 612/92 – considera como atividade econômica preponderante aquela que ocupa o maior número de segurados no estabelecimento (art. 26, § 1º e 2º); Decreto n.º 2.173/97 – considera como atividade econômica preponderante aquela que ocupa o maior número de segurados na empresa (art. 26, § 1º).”

Ora, a prevalecer a possibilidade de o Executivo preencher as lacunas existentes na Lei 8.212/91, as empresas-contribuintes deparar-se-ão com uma majoração disfarçada do tributo: se determinado contribuinte recolhia 1% na matriz (parte administrativa – 100 empregados) e 3% na filial-indústria (101 empregados), a partir da vigência do Decreto n.º 2.173/97, incidirá uma alíquota única de 3% para toda a empresa. Vale dizer que para todos aqueles funcionários lotados na matriz, cujos riscos que o meio ambiente profissional oferece são claramente inferiores àqueles da atividade industrial, deverá ser suportada pelo contribuinte uma alíquota maior, sem absolutamente o menor nexó lógico entre o dano em potencial e a atividade laboral exercida pelo trabalhador. Consigne-se que tal situação, mesmo que fosse veiculada por lei (de legalidade duvidosa), desatenderia ao princípio da razoabilidade.

Não é diferente o entendimento do E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE n.º 182.191-4 – Rel. Min. Ilmar Galvão) ao rechazar – unanimemente – a majoração fraudada de tributo, através da alteração via decreto de um dos elementos que compõem a fixação de cálculo de tributo:

TRIBUTÁRIO. IPTU. AUMENTO DA RESPECTIVA DA BASE DE CÁLCULO MEDIANTE A APLICAÇÃO DE ÍNDICES GENÉRICOS DE VALORIZAÇÃO, APLICÁVEIS POR LOGRADOUROS, DITADOS POR LEI.

*Somente por via de lei, no sentido formal, publicada no exercício financeiro anterior, é permitido aumentar tributo, como tal, havendo de ser considerada a iniciativa de modificar a base de cálculo do IPTU, por meio da aplicação de tabelas genéricas de valorização de imóveis, relativamente a cada logradouro, que torna o tributo oneroso.*⁶

No percurso da ilegalidade, se constata que o atual decreto regulamentador *“exclui qualquer referência a estabelecimentos, definindo que considera-se preponderante a atividade que ocupar o maior número de segurados na empresa. De forma que o enquadramento passou a ser por empresa, e não mais por estabelecimento.”*⁷

Com efeito, o § 1º, do art. 97, do CTN repele a majoração disfarçada de tributo, através da modificação da base de cálculo:

“Art. 97 – (...)

1º - Equipara-se à majoração de tributo a modificação de sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.”

Tem-se, assim, que, na criação do tributo, não basta a existência de leis⁸, tendo em vista que o legislador deve definir todos os elementos básicos do tipo legal: *“se o legislador deixar de fazê-lo, haverá uma lei lacunosa imprestável para a criação do tributo.”*⁹

Apesar de o Chefe do Executivo ter o poder de regulamentar, emanado pela própria Constituição, seu ato discricionário se prende à lei, não podendo desvincular-se dela em hipótese alguma:

“Art. 84 – Compete privativamente ao Presidente da República: (...)

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução.”

Assim o decreto regulamentador não pode ultrapassar os limites da lei que regulamenta, dispondo *ultra* ou *extra legem*, pois, senão, o Executivo estaria invadindo a competência constitucional do Legislativo.

6 RE 182.191-4/RJ, Rel. Min. Imar Galvão, julgado em 7/11/95, publicado no DJ de 16/02/99, pág. 0037.

7 Parecer da Procuradoria Geral do INSS/Brasília PG/CCAR no. 38.97, de 30/4/97, que versa sobre as alterações introduzidas pelo Decreto n.º 2.173/97.

8 Cf. Yonne Dolácio de Oliveira, “Comentários ao Código Tributário Nacional”, coordenado por Ives Gandra da Silva Martins, Vol. 2, ed. Saraiva, 1988, pág. 16)

9 Yonne Dolácio de Oliveira, cit. ant.

Abra-se parênteses para registrar a autorizada ótica de J.J. Canotilho, para quem: *“O regulamento não pode contrariar um ato legislativo ou equiparado. A lei tem absoluta prioridade sobre os regulamentos, modificativos, suspensivos ou revogatórios das leis (...) Os regulamentos modificativos – regulamentos que alteram a disciplina legislativa – implicam a revogação de preceitos legislativos, com a conseguinte violação dos princípios constitucionais de preeminência da lei e de congelamento de grau hierárquico.”*¹⁰

Possuindo o Decreto Presidencial a finalidade de regulamentar o texto legislativo, não pode ele desvincular-se do conteúdo principal da lei, nem mesmo sob o pretexto de preencher lacunas ou omissões verificadas naquele texto.

Dáí porque, o Executivo expediu sucessivos decretos – rotulados como regulamentares – os quais, além de preencherem as lacunas deixadas na lei, ora modificando a base de cálculo da exação denominada SAT, ora alterando as alíquotas aplicáveis a certas atividades empresariais. Esta conduta, além de carecer de amparo legal, resulta uma majoração fraudada de tributo, o que é vedado pelo princípio da estrita legalidade em matéria tributária.

E o STF, no Ag. Reg. 144861/SP, pela autorizada voz do eminente Min. Marco Aurélio, teve a oportunidade de dismantelar suposta regulamentação ao arpejo da norma de vigência, em total sintonia com o Art. 84, IV da C.F.¹¹

Em abono a este posicionamento, não há como validar decretos que majoram o SAT, eis que o princípio da estrita legalidade em matéria tributária é o próprio verdugo destes atos baixados pelo Executivo.

Portanto, a cobrança do SAT, criada da forma como está, demonstra o desvirtuamento do poder regulamentar que é conferido ao Chefe do Executivo, como afirma José Cretella Júnior: *“Onde se estabelecem, alteram, ou extinguem direitos, não há regulamentos – há abuso de poder regulamentar, invasão de competência do Poder Legislativo.”*¹²

É de sabença, que os Decretos regulamentadores não podem extrapolar ou inovar na fiel execução da lei, pois, hodiernamente, o poder discricionário do Executivo é entendido como delegado pela lei.

Consigne-se que, nem mesmo o IPI (exceção institucional do princípio da reserva legal para a alteração de alíquotas, *ex vi* art. 153, § 1º), pode ter sua base de cálculo manipulada por delegação, consoante entendimento do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

“Base de cálculo – Pauta Fiscal – CTN (art. 97) – A fixação de base de cálculo para o IPI deve resultar de dispositivo legal. O sistema tributário

10 J.J. Gomes Canotilho, “Direito Constitucional”, 1993, Almedina, Coimbra, pág. 911

11 Ag.Reg. 144861/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª., DJ de 18/8/95, pág. 24.909.

12 *Comentários à Constituição de 1988*, Ed. Forense, tomo V, pág. 2.898.

*brasileiro não admite delegação de competência para esse fim. O Decreto-Lei 1593/97, outorgando competência ao Ministério da Fazenda para fixar pauta fiscal, é incompatível com a reserva legal explicitada no art. 97 do CTN.*¹³

Por seu turno, o E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, nessa mesma linha, tem rechaçado as investidas do Poder Executivo em legislar via decreto regulamentar – Relator Ministro Celso de Mello:

“ADIN – SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DECRETO FEDERAL Nº 961/93 – CONFLITO DE LEGALIDADE – LIMITES DO PODER REGULAMENTAR – AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. Se a interpretação administrativa da lei, que vier a se consubstanciar em decreto executivo, divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o ato secundário pretendeu regulamentar, quer porque este tenha se projetado ultra legem, quer porque tenha permanecido citra legem, quer ainda, porque tenha investido contra legem, a questão caracteriza, sempre, típica crise de legalidade...”¹⁴

As palavras de CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO¹⁵, servem de conclusão: *“não tem guarida, no direito brasileiro, o regulamento praeter legem, que é editado para preencher o espaço vazio da lei”*.

Dai porque não poderia o Chefe do Poder Executivo ter, legitimamente, expedido os multicitados decretos que efetivamente preencheram lacunas da lei, sem os quais não estariam os contribuintes obrigados ao pagamento da exação. Nesse sentido, confira-se as palavras de ROQUE ANTÔNIO CARRAZA: *“Fazendo um esforço analítico, temos que a classificação das atividades preponderantes das empresas, conforme o risco de acidentes de trabalho que oferecem, porque feitas por meio de decreto, agride aos princípios da legalidade e da tipicidade da tributação. A quantificação da contribuição para o SAT não pode depender da vontade ou critérios do Executivo.”¹⁶*

A Lei n.º 8.212/91, ao dispor sobre as alíquotas incidentes, tão somente cuida de fixar os limites máximo e mínimo (art. 22, II, “a, b e c”), sendo certo que o Poder Executivo é quem estabelece – na prática – a alíquota aplicável a cada uma das atividades.

Sabe-se que a única exceção constitucional ao princípio da estrita reserva de lei em matéria tributária no que tange a alteração de alíquotas via decreto, encontra-se disposto no §1º do art. 153, *in verbis*:

“Art. 153 – (...)

13 RESP 24.861-2/CE, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ªt., DJ 21/2/94.

14 STF, Pleno, Medida Cautelar em ADIN nº 996/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 6/5/94, pág. 10.468.

15 TEMAS DE DIREITO PÚBLICO, BH: DELREY, 1993, PÁG. 454.

16 Temas De Direito Público, Bh: Delrey, 1993, Pág. 454.

§ 1º - É refutado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V."

Tal exceção decorre da necessidade da União Federal em proceder a ajustes rápidos, atendendo aos objetivos da política econômica governamental. Não ocorrendo esses casos excepcionais, o decreto não é instrumento legal para a fixação e alteração de alíquotas.

Todavia, como será amplamente demonstrado, os decretos "regulamentares" nº 356/91, nº 612/92 e nº 2.173/97, na prática, fixam e alteram as alíquotas aplicáveis às diversas atividades.

Não obstante restar cabalmente demonstrada a real fixação e alteração de alíquotas via decreto, o próprio Decreto nº 2.173/97, hoje revogado pelo Decreto nº 3.048/99, no seu art. 158 dispunha expressamente que as referidas alterações de alíquotas entrarão em vigor noventa dias após a sua publicação, respeitando-se, assim, a anterioridade mitigada exigida pelo art. 195, § 4º da Constituição Federal de 1988.

Ora, o próprio § 6º, do art. 185, da CF/88 impõe o dever da administração, tendo em vista que o prazo de noventa dias é expressamente contado da data da publicação da lei que modifica a alíquota. Tanto é assim, que o Parecer da Procuradoria Geral do INSS/Brasília, de 30/04/97, citado alhures, ao comentar o referido art. 158, tenta legitimar as alterações de alíquotas via decreto da seguinte forma: "*Tal dispositivo justifica-se perante o estabelecido no art. 195, § 6º da Constituição Federal que determina que as contribuições sociais só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado.*"

Ou seja, efetivamente houve uma modificação nas alíquotas aplicáveis, pois, caso não houvesse, seria desnecessário a observância ao princípio da anterioridade mitigada. Nesse preciso sentido, manifestou-se a ilustre Ministra do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Dra. Eliana Calmon, quando em exercício no TRF-1ª Região¹⁷, através de seu voto-condutor, levou a 4ª Turma a adotá-lo por unanimidade:

"**TRIBUTÁRIO. SEGURO DE ACIDENTES DO TRABALHO - SAT.** Em princípio, parece estranho que, por via de decreto, seja alterada a alíquota da exação, sem observância às limitações constitucionais. Liminar que se justifica. Recurso improvido."

Em seu voto a Juíza asseverou que "*a longa discussão desenvolvida neste recurso, em torno da ilegalidade da contribuição referente ao Seguro Acidente de Trabalho - SAT, é prematura, na medida em que demanda exame meritório. Em princípio e liminarmente, como examinou o magistrado, estranha-se que, por via decreto, tenha sido alterada a contribuição do Seguro*

17 TRF-1ª Região, Rel. Juíza Eliana Calmon, AI. nº 1998.01.00. 081631-3/MG, 4ª Turma, julgado em 16/3/99, publicado DJ 14/05/99, pág. 171.

Acidente de Trabalho – SAT, sem observância às limitações constitucionais, dentre elas o princípio da anterioridade nonagesimal.”

Objetivando convalidar os ilegais decretos “regulamentadores”, foi editada a Lei nº 9.528/97, 11/12/97 (DOU), que deu nova redação ao inciso II, do art. 22 da Lei nº 8.212/91 que, até então, regia a matéria. Na prática, pretendeu-se dispor expressamente que o regulamento ira fixar os graus de riscos. Isto, porque, curiosamente a lei anterior sequer dispunha que caberia ao Poder Executivo a sua fixação.

Tal desvirtuamento legislativa não tem o condão de legitimar os decretos supostamente regulamentadores, tampouco convalidá-los: Nesse sentido, SACHA CALMON NAVARRO averba: *“Mas o princípio da legalidade vai além e proíbe a delegação, pois de nada adiantaria, já descontadas as exceções, a Constituição reservar à lei o tratamento de determinada matéria, se, depois, o legislador, fazendo dela tabula rasa, delegasse o seu manejo ao administrador. Seria o dito pelo não dito. A Constituição obriga o legislador a consentir a tributação. A competência legislativa, em sede de tributação, é indelegável. Esta é a razão pela qual, ocorrendo a delegação surge a eiva de inconstitucionalidade.”*¹⁸

Sintetizando o ora exposto, com a maestria que lhe é peculiar, o eminente Ministro CELSO DE MELLO, no voto condutor da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1296/PE, que teve julgamento unânime pelo Pleno E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, assevera quanto a necessidade de se observar quanto o princípio da reserva absoluta de lei em sentido formal em matéria tributária, a impossibilidade de delegação legislativa e os limites do poder regulamentar, cuja ementa segue:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL QUE OUTORGA AO PODER EXECUTIVO A PRERROGATIVA DE DISPOR, NORMATIVAMENTE, SOBRE A MATÉRIA TRIBUTÁRIA – DELEGAÇÃO LEGISLATIVA EXTERNA – MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO – POSTULADO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – PRINCÍPIO DA RESERVA ABSOLUTA DE LEI EM SENTIDO FORMAL – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA – CONVENIÊNCIA DA SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DAS NORMAS LEGAIS IMPUTADAS – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

A essência do direito tributário – respeitados os postulados fixados pela própria Constituição – reside na integral submissão do poder estatal a rule of law. A lei, enquanto manifestação estatal estritamente ajustada aos postulados subordinantes do texto consubstanciado na Carta da República, qualifica-se como decisivo instrumento de garantia constitucional dos contribuintes contra eventuais excessos do Poder Executivo em matéria tributária. Considerações em torno das dimensões em que se projeta o princípio da

18 Comentários À Constituição De 1988: Sistema Tributário, 6ª Edição, RJ, Forense, 1997, Pág. 314.

reserva constitucional de lei. (...) A vontade do legislador, que substitui arbitrariamente a lei delegada pela figura da lei ordinária, objetivando, com esse procedimento, transferir ao Poder Executivo o exercício de competência normativa primária, revela-se irrita e desvestida de qualquer eficácia no plano constitucional. O Executivo não pode, fundando-se em mera permissão legislativa constata de lei comum, valer-se do regulamento delegado ou autorizado como sucedâneo da lei delegada para o efeito de disciplinar, normativamente, temas sujeitos a reserva constitucional de lei."

Pelo exposto, forçosamente conclui-se que os decretos nºs 356/91, 612/92 e 2.173/97 extrapolam a competência que lhes foi outorgada pela CF/88 (art. 84, IV), ferindo o princípio da reserva legal, sendo, portanto, írritos e desviados de qualquer eficácia jurídica no plano constitucional. Por igual, a Lei nº 9.528/97 não possui o condão de retroagir ou convalidar os ilegais e natimortos decretos declinados anteriormente, constituindo-se em mais um ato legislativo ilegal e desconforme com princípio da legalidade tributária.

Em 11/12/98 foi editada a Lei Ordinária nº 9.732, a qual instituiu uma outra (e nova) fonte de custeio da seguridade social, destinada especificamente a manutenção da chamada aposentadoria especial. Até a entrada em vigor da citada lei, a aposentadoria especial era custeada pelo orçamento geral da seguridade social, daí porque, flagrante a sua inconstitucionalidade, por ferir o previsto no art. 195, §4º da CF/88 que exige Lei Complementar para a instituição de novas fontes de custeio.

Assim sendo, a Lei nº 9.732/98, introduziu a seguinte redação ao art. 57 da Lei nº 8.213/91, *ad litteram*:

"Art. 57- A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15, 20 ou 25 anos, conforme dispuser a lei.

Parágrafo 6º - o benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição respectivamente.

Parágrafo 7º - o acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no "caput".

Diante da previsão legal cite-se o posicionamento do magistrado PETRUCIO FERREIRA do TRF da 5ª Região, que quando na relatoria de AI nº 99.05.23185-4, firmou entendimento acerca da inconstitucionalidade do SAT, tendo em vista a necessidade de lei complementar para instituir a sua

cobrança, *in verbis*: “ Por seu turno, a Lei 8.212/91, ao cuidar da contribuição da empresa, modalidade de financiamento da seguridade social prevista no citado art. 195, da Constituição Federal/88, seguridade social esta, cuja natureza tributária é indubitável, em face, inclusive, de pronunciamento neste sentido da Suprema Corte do país, estabelece a referida Lei 8.212/91, em seu art. 22, que a contribuição a cargo da empresa destinada à seguridade social, além das destinações que lhe dá o art. 23 com seus respectivos incisos, será de 20% sobre o valor total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, aos segurados empregados, empresários, trabalhadores, avulsos e autônomos que lhe prestem serviços (inciso I) e para o financiamento da complementação das prestações por acidente do trabalho, escalona percentuais de 1 a 3%, conforme alíneas “a”, “b” e “c” do inciso II, do referido diploma legal. Atente-se que, em relação à contribuição dos trabalhadores avulsos e autônomos, de modo a atender-se o comando do art. 195§4º da Carta Magna do país, foi tal exação instituída, segundo o ordenamento do art. 154, I, também da Carta Magna, através de Lei Complementar 84/96. Ora, ao instituir-se em relação as obrigações tributárias, que às mesmas se aplica o princípio da reserva legal, tal ocorre com o Direito Penal, a lei, no caso, sem a qual não haverá obrigação tributária alguma, segundo exigência constitucional aplicável ao caso, é Lei de natureza Complementar. Vale dizer, sem Lei não há tratar-se tal contribuição como obrigação tributária, pois, embora prevista em tal diploma legal, não surgiu ainda no mundo jurídico como norma tributária, pois, embora prevista em tal diploma legal, não surgiu ainda no mundo jurídico como norma tributária fiscal, pois, não existe obrigação tributária sem lei, no caso a lei exigível para a sua instituição – Lei Complementar. Tais observações as faço, para, identificando na hipótese a fumaça do bom direito a fundar o pedido, conceder a liminar substitutiva.”¹⁹

O financiamento da aposentadoria especial, a qual era custeada pelo erário da seguridade social (pelas demais contribuições), passou, a partir de então, a ter uma outra fonte específica de custeio: 12%, 9% e 6% exclusivamente sobre os salários dos trabalhadores que possam eventualmente se beneficiar da aposentadoria especial. Isso porque a Lei no. 9.732/98 alterou também a redação do art. 58 da Lei no. 8.213/91 no sentido de retirar da lei e outorgar ao Executivo a determinação de quais atividades profissionais podem ser beneficiadas.

Em outras palavras, determinado empregado que estava sujeito a agentes nocivos e, portanto, incidiu sobre seu salário a exação, poderá, findo 15, 20 ou 25 anos não ter mais o direito de se aposentar, uma vez que o Executivo decidiu excluir determinado agente como nocivo.

O Poder Constituinte derivado, com a promulgação da Emenda Constitucional no. 20/98, retirou da previdência social a exclusividade da

"cobertura de eventos resultantes de acidentes do trabalho". Dispunha a redação inaugural do art. 201, I da Carta Magna vigente a partir de 05.10.88:

"Art. 201 – Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes de acidentes do trabalho, velhice e reclusão;"

Todavia, em 15/12/98, foi promulgada a Emenda Constitucional no. 20 que alterou a redação do transcrito artigo, suprimindo do texto da *Lex Mater* o encargo exclusivo de custear acidentes do trabalho, até então afeto à previdência (Título VIII – CF/88 Da Ordem Social) e, portanto, seguridade social. Senão vejamos:

"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:

I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;"

Nessa moldura, foi introduzido o §10 ao multicitado artigo, o qual dispõe sobre a cobertura de acidentes do trabalho que, a partir de então, pode ser atendida pelo setor privado, nos termos de lei a ser editada: "*Lei disciplinará a cobertura do risco de acidentes do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado.*"

Como de sabença, a contribuição em tela, nos ensinamentos de RICARDO LOBO TORRES, tem caráter contraprestacional²⁰ sendo devida à seguridade social face ao benefício especial para o cidadão, o que no caso poderá deixar de existir, tendo em vista a possibilidade, nas condições que o legislador ordinário estipular, da cobertura dos acidentes ficar sujeita ao regime privado.

Para corroborar, com os argumentos tendentes ao afastamento da exigibilidade da contribuição SAT, desde a vigência da Lei no. 8.212/91 vem sendo exigida sem a observância do princípio da estrita legalidade em matéria tributária, sendo as majorações de alíquotas introduzidas pela Lei Ordinária no. 9.732/98 mais uma ilegalidade eficaz, através da qual se instituiu uma nova fonte de custeio destinada a manutenção da aposentadoria especial, em afronta ao art. 195, §4º que exige Lei Complementar.

A norma em questão viola sobre princípios tributários, cujas premissas suportam o Estado Democrático de Direito, em eterno confronto com a voracidade fiscal dos governos, cujo refreio sempre se curva à interveniência do Judiciário. "*A norma existe e foi, com aparência de legitimidade, editada pelo Congresso Nacional; não a aplico, entretanto, ignoro-a, desprezo-a,*

20 RICARDO LOBO TORRES, *CURSO DE DIREITO FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO*, RENOVAR, 1997, 4ª EDIÇÃO, 1997, PÁG. 353.

dentro de minha função primordial de zelar pela Constituição, de manter a integridade da lei fundamental e rejeitar tudo aquilo que com ela se indisponha, ainda que seja produto aparentemente legítimo do legislador ordinário."²¹

A segurança jurídica é, por excelência, um sobreprincípio. O direito exige para cumprir o fim específico de reger os comportamentos humanos, nas suas relações de interpersoalidade, a implantação dos valores que a sociedade almeja alcançar. As normas gerais e abstratas, principalmente as contidas na Lei Fundamental, exercem um papel relevantíssimo, pois são o fundamento de validade de todas as demais, indicando os rumos e caminhos que as regras inferiores haverão de seguir. Quem se proponha a conhecer o direito positivo não pode aproximar-se dele na condição de sujeito puro, despojado de atitudes axiológicas, como se estivesse perante um fenómeno da natureza ou uma equação algébrica. A neutralidade axiológica impediria, desde o início, a compreensão do sentido das normas, tolhendo a investigação. Além do mais, o conhecimento jurídico já encontra no seu objeto uma auto-explicação, pois o direito fala de si mesmo e este falar-de-si é componente material do objeto.²²

Em síntese, a norma *"reúne formalmente todos os elementos da lei, mas fere a consciência jurídica pelo tratamento absurdo e caprichoso que destoa dos princípios a que visa regular"*, conforme lição de San Tiago Dantas.²³

A matéria, por fim, já encontrou solução no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, a saber, pela decisão, por maioria, da 4ª Turma, no AI nº 99.02.03731-3, rel. Des. Fed. Rogério Vieira de Carvalho, DOU de 08.06.99, com o seguinte acórdão:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA COMPLEMENTAÇÃO DAS PRESTAÇÕES POR ACIDENTE DE TRABALHO. SAT. ART. 22, II, DA LEI Nº 8.212/91. LEI Nº 9.732/98. Inconfundíveis as hipóteses do inciso II e IV do art. 150 do CTN. Caso em que ineficaz a segurança, caso a final concedida, se, desde logo, não for deferida a liminar, suspendendo a exigibilidade do ato impugnado. A ineficácia da medida consiste em não mais ser possível afastar a lesão que se pretendia ver afastada, a não ser pela repetição, que não é via sucedânea do mandado de segurança. Relevância na fundamentação do writ, uma vez que os critérios para enquadrar o risco de acidente de trabalho, na atividade preponderante da empresa – seja leve, médio ou grave – constituem matéria reservada à lei.

21 Panorama Atual da Aplicação do Direito Tributário, Francisco Rezek, Revista Especial do TRF da 3ª Região - parte A, Curso de Direito Tributário, p. 86.

22 Princípio da Segurança Jurídica em Matéria tributária, Paulo de Barros Carvalho, Revista Especial do TRF da 3ª Região, Curso de Direito Tributário, vol. 2, p. 56.

23 Revista Forense, 1948, vol. 116/357.

Aparência do bom direito quanto à inexigibilidade do enquadramento previsto consoante o decreto nº 2.173/97. Agravo de Instrumento provido."

Também o Tribunal Regional Federal da 1ª Região compartilha da tese da impetrante, como se depreende da decisão da 3ª Turma, na AC nº 90.01.06366-7, DJU de 11.11.91, pp. 28.292/293, desse teor:

"PREVIDENCIÁRIO. TAXA DE SEGURO E ACIDENTE DE TRABALHO. ESCRITÓRIO DE EMPRESA INDUSTRIAL. Se a empresa mantém em áreas distintas e fisicamente separados os estabelecimentos industrial e o estabelecimento administrativo, não obstante o cadastro único perante o Ministério da Fazenda, as taxas de acidente de trabalho devem ser diferenciadas, em função, inclusive, da diversidade de riscos. A própria Portaria MPAS nº 3.609, de 13 de dezembro de 1985, ao relacionar as atividades apuradas por grau de risco, dispõe que os escritórios de firmas individuais se classificam no grau I - risco leve. Precedentes do TRF. Apelo improvido."

Ainda no âmbito do TRF da 2ª Região, o Des. Federal Ricardo Regueira, ao decidir no Agravo de Instrumento nº 99.02.14889-1, DJ de 25.05.99, assim declinou: "(...) Ante o exposto, recebo o presente recurso em seu efeito suspensivo e, excepcionalmente, DEFIRO A LÍMINAR para garantir à agravante o direito de compensar as contribuições sociais relativas ao seguro de acidente de trabalho com as contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de salário, bem como determinar que o INSS se abstenha de praticar qualquer ato contrário à presente medida."

No Tribunal Regional Federal da 1ª Região o Juiz Cândido Ribeiro, no AI nº 98.01.095901-3/MG, comunga da mesma tese, conforme notícia da Revista Dialética de Direito Tributário, nº 43, p. 196, que assim resumiu sua decisão:

"CONTRIBUIÇÃO AO SEGURO DE ACIDENTES DO TRABALHO. TIPOS EM ABERTO. FALTA DE DEFINIÇÃO EM LEI. LÍMINAR MANTIDA."

Na primeira instância da Justiça Federal temos a decisão da Juíza Lana Maria Fontes Regueira, no MS nº 98.0030427-4, com o seguinte dispositivo: "*Presentes os pressupostos legais do fumus boni iuris e do periculum in mora, consubstanciados aquele na nova ordem constitucional, em razão da ilegal fixação da alteração de alíquotas através do decreto nº 2.173/97, nos termos do art. 97 do CTN e arts. 149, 150, inciso I da CF, e este na possibilidade de imposição fiscal no pagamento, com graves prejuízos, CONCEDO A LÍMINAR para garantir às impetrantes, a suspensão da inexigibilidade do crédito referente à contribuição ao SAT, devida pela empresa e ainda do crédito referente às contribuições sociais devidas ao INSS(...)"*

Trago à colação outra decisão do juiz Alfredo França Neto, no MS nº 99.0007418-1, verbis: "(...) CONCEDO A LÍMINAR na forma requerida para suspender, a partir desta data, a exigibilidade da contribuição para a

seguridade social denominada Seguro de Acidente de Trabalho – SAT, devida pelas impetrantes, bem como sua incidência sobre a folha de salários, parte patronal(Lei 8.212/91, art. 22, I) e sobre autônomos, avulsos e empresários(LC 84/96) até o montante dos pagamentos indevidos(...).”

A compensação é uma forma de extinção de crédito tributário, conforme disposição do art. 156, II, do Código Tributário Nacional. Dispõe o art. 66 da Lei 8383/91 que em caso de pagamento indevido ou a maior de tributos ou contribuições federais, inclusive previdenciárias, poderá o contribuinte efetuar a compensação desses valores no recolhimento de importâncias correspondentes a períodos posteriores, sendo que a compensação só poderá efetuar-se entre tributos e contribuições da mesma espécie, facultado ao contribuinte optar pela restituição.

Em que pese pender orientação doutrinária e pretoriana no sentido de que os tributos a serem compensados não se restringem à mesma espécie mas à mesma destinação constitucional, o referido artigo literalmente assim o coloca. Reza o art. 170 do CTN : “*A lei, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.*”

O Código Civil cuida da compensação como forma de extinção de obrigações em seu art. 1009: “*Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações se extinguem, até onde se compensarem.*”

De efeito, veja-se a Lei 8383/91, em seu art. 66.

A compensação, como lide judiciária, sofreu evolução considerável. Até determinada altura, a compensação, mesmo após à sobrevinda do art. 66 da Lei nº 8.383/91, ficou condicionada à prévia autorização do fisco, para certificar a liquidez e certeza do crédito compensável com o débito declarado, a teor das diretrizes doutrinárias e legais acerca do instituto da compensação clássica. Entretanto, as cortes constitucionais fixaram a tese hoje praticada indiscriminadamente por todos os tribunais, no sentido da declaração incondicional do direito à compensação, por via do autolançamento, com a ressalva do poder dever fiscalizatório do ente tributante.

Em interessante julgamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça veio à colação a essência da declaração da compensação de tributos. Assim, declarar que o crédito do contribuinte é compensável afigura-se o reconhecimento de um direito inculcado na lei, enquanto a compensação em si mesma considerada prescinde de ajuste contábil e extrapola o âmbito da lide.²⁴

A compensação deve merecer estudo a partir do contexto histórico pretérito à edição da Lei nº 8.383/91 e, nesse aspecto, trata-se de mecanismo

que visa justamente a racionalização e agilidade nos procedimentos a cargo da administração pública como transparece no item 64 da Exposição de Motivos nº 534/91 do então Ministro de Estado de Economia, Fazenda e Planejamento Marcílio Marques Moreira: "*Racionalizar procedimentos, reduzir custos administrativos e evitar perdas para os contribuintes, são os propósitos com a permissão para aqueles que tenham pago imposto indevido, ou a maior que o devido, possam compensar os valores pertinentes com recolhimentos de débitos futuros.*"

Talvez, melhor dizendo, com certeza, por esses motivos cada vez mais a Justiça brasileira venha dando maior extensão ao raio de ação relativamente à compensação, como é o caso do acórdão do Superior Tribunal de Justiça que abaixo transcreve-se:

*"PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. APROVEITAMENTO DA SENTENÇA PARA OS EFEITOS DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA, NO RÉGIME DA LEI Nº 8.383, DE 1991, ART. 66. Se a execução da sentença que julgou procedente a ação de repetição de indébito lhe é menos conveniente do que a compensação dos créditos cuja existência foi reconhecida no julgado, o contribuinte pode, com base na carga declaratória da sentença, fazer esse encontro de contas no âmbito do lançamento por homologação, independentemente de autorização judicial, bastando comunicar ao Juiz da causa que não executará a condenação. Recurso especial conhecido e provido."*²⁵

Conforme assentamento na jurisprudência pátria, a correção monetária dos indébitos em juízo é inquestionavelmente devida, desde o recolhimento dado por ele indevido, objetivando a recomposição do valor aquisitivo da moeda. Nesse sentido, vide súmula nº 46 do Tribunal Federal de Recursos, *verbis*: "*Nos casos de devolução do depósito efetuado em garantia de instância e de repetição do indébito tributário, a correção monetária é calculada desde a data do depósito ou do pagamento indevido e incide até o efetivo recebimento da importância reclamada.*"²⁶

No caso, como se trata de créditos em favor do contribuinte por recolhimento indevido que serão utilizados para futuras compensações com débitos exigíveis, a correção monetária deve ser calculada desde a data do depósito indevido, até a data em que a impetrante utilizará o seu crédito para compensação com exações vincendas.

A correção mensal deverá atender aos ditames estipulados na tabela de atualização dos valores dos precatórios, expedida em conformidade com decisão proferida nos autos do processo administrativo nº 11.773/89/DF, em Seção realizada no dia 10/06/97 pelo Conselho da Justiça Federal, disposta na Portaria nº 02, de 19/06/97, para efeito de cálculos a partir de abril de 1989 até 31/12/95.

25 REsp nº 149.438-PE, Rel. Min. Ari Pargendler, no Informativo Seleção Jurisprudencial nº 07/97.

26 Nesse sentido confira-se a Súmula nº 162 do STJ: "*Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido.*"

CARACTERIZAÇÃO CONCEITUAL E EVOLUTIVA DE DEMOCRACIA

REIS FRIEDE

Juiz Federal, Mestre e Doutor em Direito Público e autor de inúmeras obras jurídicas, dentre as quais “Curso de Teoria Geral do Estado – Teoria Constitucional e Relações Internacionais”, Forense Universitária, 2000, RJ (502 ps.)

Segundo a doutrina clássica, a expressão *democracia* inicialmente foi utilizada para designar uma *forma de governo*, cujo exercício teoria efetivo pertenceria, em tese, a todos os cidadãos. Como bem observa SAHID MALUF (*Teoria Geral do Estado*, 23^a ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 275), “as antigas repúblicas gregas e romanas de vinte e cinco séculos passados, entre as quais se destaca como tipo clássico o Estado ateniense, foram as primeiras manifestações concretas de *governo democrático*”, salientando, logo a seguir, que “foram aquelas experiências as *sementes da democracia*, que os filósofos antigos e medievais conservaram vivas até que germinassem assinalando o advento dos tempos modernos”.

Destacam-se, neste aspecto, como os primeiros teóricos clássicos da *democracia*, ainda sob a roupagem genérica de *forma de governo*, entre os gregos, HERÁCLITO, HERÓDOTO, DEMÓCRITO, LICURGO, SÓLON, SÓCRATES, PLATÃO, ARISTÓTELES e POLÍBIO; e, entre os romanos, LUCRÉCIO, CALÚSTIO, CÍCERO, SÊNECA e TÁCITO.

(Deve ser registrado, repetindo lições de SAHID MALUF (ob.cit, p. 275) que, “nos Estados helênicos e romanos, como mais tarde nos Cantões da Confederação Helvética, a democracia foi idealizada e praticada sob a forma direta, isto é, o povo governava-se por si mesmo, em assembleias gerais realizadas periodicamente nas praças públicas. Tal sistema primitivo foi possível porque então o Estado-cidade (*Polis*, na Grécia, e *Civitas*, em Roma) era pequeno, restringindo-se aos limites da comunidade urbana. E, para bem funcionar a democracia, a população não podia ultrapassar certos limites. PLATÃO, em “*A República*”, limitava em dois mil o número de cidadãos; e mais tarde, no “*Diálogo das Leis*”, admitiu que o número de cidadãos atingisse cinco mil. E ARISTÓTELES, no Livro VII *da Política*, mostrando a conveniência de que os cidadãos se conheçam uns aos outros para que possam escolher com discernimento os seus magistrados, aconselhou também as limitações territoriais e demográficas, embora sem fixar precisamente esses limites. Chegou mesmo a afirmar que o Estado não deveria ir além do número de pessoas às quais pudesse chegar a voz do orador”).

Mais tarde, porém, conforme já advertimos, a *democracia*, sob o ponto de vista conceitual, evoluiu de sua concepção originária de *forma de governo* para traduzir a idéia de *regime político*, motivada, segundo muitos estudiosos, pela própria percepção quanto à sinérgica impossibilidade fática de se ter uma *democracia direta* (no sentido de o povo governar-se por si

mesmo), como a experimentada em alguns Estados helênicos e romanos, em determinados períodos históricos.

Esta radical mudança de *categoria jurídico-institucional* que experimentou a *democracia*, no mundo moderno, deve-se também ao advento da idéia da *representatividade no sentido amplo* que permeou a concepção contemporânea de *legitimidade* e inaugurou os conceitos atuais de *representatividade stricto sensu* (*legitimidade a priori*) e de *legitimidade a posteriori*, todos calcados no princípio basilar da *soberania popular*, cujo corolário fundamental baseia-se na máxima de que todo poder emana do povo (na qualidade de titular do Poder Constituinte) e em seu nome é exercido (pelos agentes do Poder Constituinte).

“No mundo moderno, porém, a *democracia* surgiu sob a forma *indireta* ou *representativa*. Manteve-se o *princípio da soberania popular* (*todo poder emana do povo e em seu nome será exercido*), transferindo-se o exercício das funções governamentais aos *representantes* ou *mandatários* do povo. *Democracia* e *representação política* tornam-se, no mundo moderno, idéias equivalentes: fala-se em *democracia* e subentende-se o *sistema representativo de governo*. Realmente, o Estado moderno, pelo aperfeiçoamento dos meios de comunicação, superou os obstáculos do número e da distância, colocando em pleno funcionamento o *mecanismo das representações* mantendo contato imediato com as imensas populações, a tal ponto que se chega a conceber a formação de Estados continentais e até mesmo de um Estado mundial” (SAHID MALUF, *in Teoria Geral do Estado*, 23^a ed., São Paulo, Saraiva, 1995, ps. 275-276).

Mesmo na tradução contemporânea de *regime político*, a *democracia* pode ser ainda entendida em *sentido amplo* (que alguns autores nomeiam como sentido substancial) e em *sentido restrito* (que alguns autores nomeiam como sentido formal).

Sob a ótica restrita, a *democracia* apenas designa o *regime político* da representatividade *lato sensu*, traduzindo, em última análise, os variáveis *métodos formais* de exercício da *representatividade*, associados aos seus *diversos graus*.

Porém, sob o prisma amplo, a *democracia* alude a uma série de *valores* (otimismo relativo acerca da natureza humana, governo e Estado como instrumentos da sociedade, inexistência do dever de submissão etc.) que, por fim, conduzem a um conjunto de *características próprias* que podem ser sintetizadas através dos seguintes tópicos: *eleições livres* (em contraposição às eleições manipuladas típicas do regime despótico), *oposição política legal* (em contraposição ao partido único típico do regime despótico), *liberdade de expressão* (em contraposição ao conformismo intelectual típico do regime despótico), *governo da maioria com respeito aos direitos da minoria* (em contraposição ao governo arbitrário típico do regime despótico), *constitucionalismo* (em contraposição ao pseudoconstitucionalismo típico do regime

despótico), *império da lei e da ordem legitimamente estabelecidas* (em contraposição à lei e à ordem ilegítimas típicas do regime despótico) etc.

I. DEMOCRACIA NOS SENTIVOS AMPLO E RESTRITO

1.1. Democracia e Regime de Amplas Liberdades

No sentido amplo, alusivo ao vocábulo *democracia*, é também correto afirmar que o *regime democrático* se traduz como um *regime de amplas liberdades* em seus variados espectros (liberdade de ação, liberdade de pensamento, liberdade de reunião, liberdade de associação, liberdade de profissão, liberdade de locomoção, liberdade pessoal etc.), ainda que, por si só, tal característica não seja suficiente para definir a *democracia*.

(É oportuno assinalar que, de modo geral, o *leigo* tende a associar o *regime democrático* com o *regime de amplas liberdades*, como se ambas expressões fossem sinônimas. A verdade, contudo, é que o regime de amplas liberdades é apenas uma condição *necessária*, porém *não suficiente*, para efetiva caracterização efetiva da *democracia*.)

No caso brasileiro, em especial, o regime político democrático atual - de incontestado matiz formal (aparente) com ênfase em elementos de legitimidade originária - caracteriza-se, sobremaneira, por um extenso conjunto de dispositivos constitucionais que tutelam a *liberdade*, ainda que nem sempre exista, por parte do Estado, a necessária *ação comissiva* garantidora, em última análise, desta mesma *liberdade*, teoricamente assegurada pela ordem jurídica estatal. ⁽¹⁾

“(...) A missão do Estado, ante a liberdade individual, não é puramente negativa, nem a de um espectador indiferente: ao contrário, é de natureza essencialmente positiva, para a realização da liberdade jurídica, assegurá-la contra o perigo de uma opressão exterior, ou uma supressão por parte do próprio indivíduo.(...)” (NAGIB S. FILHO, in Anotações à Constituição de 1988, Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 205).

1.2. Democracia e Igualdade

Outro postulado do *regime democrático* é, sem dúvida, o *princípio da igualdade* (isonomia), segundo o qual todos os nacionais devem ter tratamento equivalente e, especialmente, *igualdade de oportunidades*.

Sob a ótica geopolítica, é, inclusive, lícito afirmar que a concepção conceitual de democracia por muito tempo tem se baseado fundamentalmente nos pilares da *liberdade* e da *igualdade*, sendo certo que, nos tempos da chamada “*guerra fria*” (confronto ideológico e político-institucional entre o Ocidente e os países do bloco sino-soviético), as principais democracias ocidentais (EUA, França, Reino Unido, Canadá, República Federal Alemã etc.) denominavam-se “*Mundo Livre*” (numa visível alusão à primazia do elemento *liberdade*, característico de seus respectivos regimes políticos demo-

cráticos) em contraposição crítica aos Estados totalitários da denominada “*Cortina de Ferro*” que se afirmavam, pelo menos sob o prisma designativo, *democracias populares*, em uma pretensa referência à maior *igualdade* que tais povos esbravejam possuir.

De qualquer forma, é válida a afirmação segundo a qual a idéia contemporânea de *democracia* transcende os elementos da *liberdade* e da *igualdade* para, - além de incluí-los sob uma nova roupagem (que implica, conforme já assinalamos, uma participação ativa do Estado, como garantidor último dos direitos derivados desses ⁽²⁾) -, também incluir a noção basilar do direito à própria existência do homem, através dos chamados *direitos humanos*.

(Não é por outra razão que, independentemente da caracterização transnacional dos direitos humanos, todos os Estados que se autoneameiam regimes democráticos consignam em suas respectivas Constituições um extenso (ou genérico) elenco de direitos individuais (e também coletivos e difusos) relativos à liberdade e à igualdade (isonomia) e, sobretudo, à vida (numa acepção particular e nacional dos direitos humanos), como não deixa de ser exemplo a Constituição brasileira em vigor.)

Notas:

1. Democracia Anárquica

Digna de menção é também a especial designação (“*anárquica*”) que alguns autores outorgam a eternamente jovem *democracia brasileira* que se caracteriza, dentre outras, pela ampla discricionariedade (*que muitos rotulam como arbitria*) com que agem os agentes públicos no mister de suas funções político-administrativas.

Mesmo em casos simples, registra-se, com inacreditável constância, o absoluto desrespeito às leis - e, sobretudo, à concepção vinculativa do binômio *poder-dever* (que corresponde ao próprio âmago do regime democrático) -, por intermédio, particularmente, do permanente arbítrio com que agem as autoridades públicas, decidindo subjetivamente seu atuar em situações perfeitamente delineadas pela legislação vigente. É o caso de fato ocorrido no Rio de Janeiro, onde quatro turistas suecos foram conduzidos à delegacia policial por terem sido flagrados se banhando na praia de Ipanema sem roupas (ato obsceno, art. 233 do Código Penal brasileiro) e, ainda assim, foram imediatamente “liberados” pela autoridade policial, *sem o competente registro da ocorrência*, por decisão “soberana” do delegado plantonista (*O Globo*, 14.2.99, p. 20), independentemente de qualquer conhecimento do fato pelo representante do Ministério Público que, no âmbito de sua competência constitucional, poderia requerer o eventual arquivamento do inquérito policial (que não chegou sequer a ser instauração), em face da pretensa presença *in casu* de *erro de proibição* (considerando ser, na Suécia, pretensa prática comum o nudismo em certas praias).

Outro exemplo grotesco é o caso de um cidadão que, afirmando incorporar o espírito de um médico alemão, durante vários anos praticou os crimes de *exercício ilegal da medicina e curandeirismo* (arts. 282 e 284, ambos do Código Penal brasileiro), com pleno conhecimento por parte das autoridades públicas e tendo até mesmo atendido, em cirurgias mediúnicas, muitas delas.

2. Papel Ativo do Estado na Proteção Efetiva dos Postulados Democráticos

Conforme já reiteradas vezes registramos, não se pode simplesmente rotular como genuinamente *democrático* o Estado que, apenas em sua previsão normativa abstrata (ainda que de índole constitucional), assegure os postulados fundamentais do regime democrático, quais sejam: a *liberdade*, a *igualdade* e, acima de tudo, o sagrado *direito à vida*.

Entender de outra forma seria qualificar de *democráticos* os mais terríveis regimes totalitários que, sob o ponto de vista teórico-legislativo, se autoneameavam *democracias*, através dos mais diferentes sofismas (democracias populares (totalitarismo comunista), democracias nacionais (totalitarismo nazi-fascista) etc.).

Em essência, apenas os Estados que verdadeiramente fazem valer ativamente os próprios direitos que asseguram podem ser corretamente chamados de *Estados democráticos de direito*, o que, lamentavelmente, exclui o Brasil do passado e da atualidade.

Nesse sentido, apenas a título de ilustração, vale registrar que, em nosso País, formalmente dotado de um regime democrático, foram furtados ou roubados, somente durante o ano de 1998, 305 mil automóveis (um recorde histórico, mais que toda a produção da Fiat (a segunda maior montadora do Brasil)), embora a Constituição expressamente assegure o *direito de propriedade*. Também passou para o cotidiano nacional o controle de extensas áreas de cidades brasileiras (particularmente o Rio de Janeiro) por grupos privados paraestatais com cenas no mínimo curiosas, como o caso em que bandidos determinaram o fechamento do comércio no bairro carioca de Laranjeiras, por um dia, em sinal de luto pela morte do chefe do tráfico de entorpecentes do Morro do Pereirão (*O Globo*, 28.12.98, p. 8), em local onde se encontra a sede do próprio governo estadual (Palácio Laranjeiras), o que, na época, causou extrema indignação, especialmente ao ex-candidato à presidência pelo Partido Verde, ALFREDO SIRKIS, morador da localidade, que externou sua opinião afirmando ser o caso “uma questão de segurança nacional, sendo inadmissível que grupos armados controlem áreas da cidade”. Em outro episódio (de um conjunto infinito), o secretário de segurança do Rio de Janeiro foi pessoalmente à favela Congonhas acompanhar a destruição de quatro manilhas cravadas verticalmente na rua para impedir a passagem de veículos policiais no principal acesso à comunidade (ocasião em que nenhum dos três mil moradores saiu de casa para acompanhar a comitiva, em claro e evidente sinal do poder do tráfico) (*O Globo*, 6.2.99, p. 13).

LITISPENDÊNCIA POR IDENTIDADE DE CAUSA E PEDIR

THEOPHILO ANTÔNIO MIGUEL FILHO
Juiz Federal da 24ª Vara/RJ

I. PROBLEMÁTICA

Em virtude da pesada carga tributária imposta pelo Governo, vem se tornando freqüente a utilização, por parte dos contribuintes, das vias judiciais em busca de um provimento jurisdicional que os desonere do recolhimento de determinado tributo.

O problema surge quando o Poder Judiciário não lhes dá guarida, mas, mesmo assim, os contribuintes, mormente as pessoas jurídicas, insistem em fazer prevalecer, a todo custo, os argumentos que dão supedâneo à pretensão esposada em juízo, por intermédio de brechas existentes na interpretação da legislação processual.

Uma das vias mais largamente utilizadas é o mandado de segurança, em virtude de seu rito sumaríssimo, que comporta provimento judicial início litis, bem como da benesse legal da prioridade para julgamento.¹

Uma das técnicas utilizadas consiste em decompor a tese autoral em tantos argumentos quantos bastem para fazê-la bem sucedida, ainda que, para tanto, mais de uma ação mandamental tenha que ser ajuizada com o intuito de se alcançar o mesmo resultado prático.

Ocorre que, em regra, a autoridade impetrada é a mesma, deparando-se esta com dois mandados de segurança versando sobre o mesmo assunto, verbi gratia, pretensão desconstitutiva de notificação fiscal de lançamento de débito. O caso é levado ao Poder Judiciário, em sede de preliminar de mérito nas informações prestadas, para pronunciamento acerca da existência de possível litispendência. Indigitado óbice é refutado pelo impetrante, ao argumento de se tratar de ações distintas, por diversidade da causa petendi.

II. OBJETIVOS

Ao final do presente trabalho, restará demonstrado que a causa de pedir não pode ser desdobrada em diversos argumentos, gerando diversas ações e oportunidades para obtenção do sucesso de uma tese autoral, eis que com eles não se confunde.

III. JUSTIFICATIVA

A importância deste estudo se justifica para preservar a integridade de diversos princípios processuais, como o do juiz natural, Oo da livre distri-

1 Artigo 17, caput, da Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

buição, o da lealdade processual, bem como a coisa julgada, coibindo a proliferação de práticas processuais que enfraqueçam a segurança jurídica e a credibilidade dos pronunciamentos judiciais.

IV. METODOLOGIA E TÉCNICAS UTILIZADAS

A pesquisa jurisprudencial e doutrinária, inclusive com abordagens relativas ao Direito Comparado, será o método utilizado para se alcançar a conclusão.

V. DESENVOLVIMENTO

Objetivando atingir a melhor compreensão acerca da matéria, admitimos que uma pessoa jurídica impetre ação mandamental contra ato do Chefe da Divisão de Arrecadação do Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS, objetivando ser desobrigada do recolhimento do adicional de 2,5%, incidente sobre a contribuição previdenciária devida, instituído pelo art. 22, § 1º, da Lei n.º 8.212/91, em relação às parcelas vencidas ou vincendas, pelo fato da cobrança do indigitado acréscimo violar o princípio da isonomia, uma vez que confere tratamento tributário desigual a contribuintes que têm a mesma capacidade contributiva.

Uma vez proferida sentença de mérito denegando a segurança, retorna ao Poder Judiciário mediante novo ajuizamento, sustentando, dessa vez, não ser sociedade seguradora e, conseqüentemente, sujeito passivo da relação jurídica de natureza tributária.

Aduz a Impetrante, como *causa petendi*, que a pretensão ora deduzida baseia-se na premissa de não ser sociedade seguradora, portanto, contribuinte do tributo em questão.

Assim, afirma que se tem como arbitrária e ilegal a iminente cobrança que está para ser ajuizada, tendo a Impetrante sofrido sérios danos em razão da inscrição de tal débito em dívida ativa, com o conseqüente indeferimento de expedição de certidão negativa de débitos fiscais.

Dai se serve de outro *writ of mandamus*, objetivando a concessão de ordem judicial para afastar a cobrança do adicional de 2,5%, regulado pelo art. 22, § 1º, da Lei n.º 8.212/91, haja vista não se enquadrar nas hipóteses previstas em lei para tal cobrança, por não ser sociedade seguradora.

“La litispendencia es uno de esos temas clásicos que siempre ha estado ahí.

Fácil de identificar, de uso cotidiano en el foro, polémico en muchos aspectos concretos, condicionante de otras instituciones.” (Francisco Ramos Méndez)

A litispendência e a coisa julgada são dois institutos processuais afins cujo objetivo é obter segurança jurídica e estabilidade nas relações sociais, evitando a perpetuação dos conflitos de interesses.

Encontram-se definidos pela lei processual civil nos três primeiros parágrafos do artigo 301. Com efeito, “*verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada*”, sendo que “*uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Há litispendência, quando se repete ação que está em curso; há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida, de que não caiba recurso.*”

Destarte, competindo ao réu, antes de discutir o mérito, alegá-las (artigo 301, incisos V e VI), incumbe ao juiz extinguir o processo, independentemente de apreciação meritória, quando acolher a alegação, a teor da norma autorizadora insculpida no inciso V do artigo 267 da Lei Adjetiva.

Dáí exsurge a importância da precisa identificação dos elementos subjetivo, objetivo e causal da ação, vale dizer, por intermédio da perfeita identidade das partes, pedido e causa de pedir, poder-se-á identificar quando uma ação é idêntica a outra.

A causa de pedir consubstancia-se nos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, assim conforme definido pelo inciso III do artigo 282 do Código de Processo Civil.

Segundo Eduardo Arruda Alvim, “responde à tradição do direito brasileiro, e, em realidade, representa posição universal, a de que, para se identificar uma ação, é absolutamente imprescindível examinarem-se os fatos e os fundamentos jurídicos em que se baseia esta ação (causa de pedir), os quais, são, a seu turno, os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, nos quais se deve assentar a sentença que haja julgado essa ação, agora em forma de sua fundamentação. Uma ação deve ser identificada à luz de sua substância, que são os fatos jurídicos ocorridos (teoria da substanciação).”²

José Carlos Barbosa Moreira³ afirma que a identificação da *causa petendi* coincide com a resposta às perguntas: por que o autor pede tal providência? Qual o fundamento de sua pretensão? Prossegue a definindo como o fato ou conjunto de fatos a que o autor atribui a produção do efeito jurídico por ele afirmado, sendo que não integram a causa de pedir a qualificação jurídica dada pelo autor ao fato em que apoia sua pretensão e a norma jurídica aplicável à espécie.

Destarte, segundo Luiz Fux, “se o autor promove uma ação visando à anulação de uma escritura, alegando erro e não obtém êxito, não pode, posteriormente, propor a mesma ação com base nos mesmos fatos, sob a invocação de que o que houve foi dolo. Nesta hipótese, o autor estaria apenas alterando a qualificação jurídica do fato e não a sua consequência jurídica que é o desfazimento do vínculo, mercê de repetir a mesma base fática, incidindo na

2 Curso de Direito Processual Civil, volume 1, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

3 O Novo Processo Civil Brasileiro, 15ª edição, Editora Forense, 1993

vedação das ações à luz da teoria da substanciação.”⁴

Para Araken de Assis⁵ “é rigorosamente neutro o fundamento legal, ou *nomen iuris*, na expressão de certa doutrina, na caracterização da *causa petendi*. Deriva tal certeza de antigo e obscuro brocardo - *iura novit curia* - que atribui exclusivamente ao órgão jurisdicional o dever de joeirar os fatos e encontrar a regra jurídica na qual, supostamente, incidiram.”

Prossegue afirmando que “no que tange à cumulação de ações, admitir a indiferença do fundamento legal implica identificar uma única ação, se o autor, após expor o complexo de fatos, invoca duas ou mais regras jurídicas para designar a consequência reconhecida neste material. Daí, se alguém se vitimou em acidente de trânsito quando era passageiro de um ônibus e, na ação de reparação de seus prejuízos, aponta tanto o artigo 159 quanto o artigo 1056 do CCB como regras que autorizam o pedido, trata-se de uma única ação.”

Segundo Antônio Carlos De Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco⁶, “vindo a juízo, o autor narra os fatos dos quais deduz ter o direito que alega. Esses fatos constitutivos, a que se refere o artigo 282, inciso III, do Código de Processo Civil (...) também concorrem para a identificação da ação proposta (...).

O fato que o autor alega (...) recebe da lei determinada qualificação jurídica (...). Mas o que constitui a causa petendi é apenas a exposição dos fatos, não sua qualificação jurídica. Por isso é que, se a qualificação jurídica estiver errada, mas mesmo assim o pedido formulado tiver relação com os fatos narrados, o juiz não negará o provimento jurisdicional (...). O direito brasileiro adota, quanto à causa de pedir, a chamada doutrina da substanciação, que difere da individuação, para a qual o que conta para identificar a ação proposta é a espécie jurídica invocada (...), não as meras ‘circunstâncias de fato’ que o autor alega.”

Para Humberto Theodoro Junior⁷, “a *causa petendi*, por sua vez, não é a norma legal invocada pela parte, mas o fato jurídico que ampara a pretensão deduzida em juízo.

Todo direito nasce do fato, ou seja, do fato a que a ordem jurídica atribui um determinado efeito. A causa de pedir, que identifica uma causa, situa-se no elemento fático e em sua qualificação jurídica. Ao fato em si dá-se a denominação de ‘causa remota’ do pedido; e à sua repercussão jurídica, a de ‘causa próxima’ do pedido.

Para que sejam duas causas tratadas como idênticas é preciso que sejam iguais tanto a causa próxima como a remota.”

4 Curso de Direito Processual Civil, Editora Forense, 2001.

5 Cumulação de Ações, 1ª. edição - 2ª. tiragem, Editora Revista dos Tribunais, 1991.

6 Teoria Geral do Processo”, 9ª edição, 2ª tiragem, Malheiros Editores, 1993

7 Curso de Direito Processual Civil”, Vol. 1, 19ª edição, Editora Forense

Na hipótese vertente, insurge-se a impetrante contra ato administrativo que a autouou pelo não recolhimento do adicional incidente sobre a contribuição previdenciária prevista na Lei nº 8.212/91. Dessa autuação exsurgiram alguns efeitos, dentre eles, a constituição do crédito tributário e o conseqüente indeferimento do pedido de expedição de certidão negativa de débito. Este decorreu daquele. Em verdade, o fato é único, mas com desdobramentos lógicos.

Para impugná-lo, a demandante valeu-se da ação mandamental, obtendo pronunciamento jurisdicional desfavorável. Sua primeira tese autoral repousou em suposta violação ao princípio da isonomia.

Após a prolação da sentença, comparece a outro Juízo, atacando o mesmo ato administrativo, todavia, com novos argumentos jurídicos.

Nessa nova oportunidade, alega não ser contribuinte do adicional de 2,5%, incidente sobre a contribuição social, instituído pelo art. 22, § 1º, da Lei nº 8.212/91, por não ser sociedade seguradora.

Data venia, tal expediente é inviável tecnicamente, além de atentar contra os princípios processuais do juiz natural, da lealdade e da boa fé. Ao demandante não é dado deduzir sua pretensão parceladamente, revelando paulatinamente argumentos para dar supedâneo à sua demanda, à medida em que os anteriores são rechaçados.

Em elucidativa hipótese, “se alguém propõe ação declaratória de investigação de paternidade alegando concubinato (art.363, I, do CCB) entre a mãe do investigante e o investigado, poderia o juiz, não obstante a falta de prova do concubinato, julgar procedente a ação porquanto, na instrução, se provou a existência de relações entre aquelas pessoas na época própria da concepção? E indicando o autor, desde logo, na inicial, o concubinato e as relações sexuais (art. 363, II, CCB), ter-se-ia cumulação de ações ou uma ação com dois fundamentos? Inclina-se Ovídio A. Baptista da Silva pela última solução e aduz: *‘a circunstância de estarem os fundamentos de uma mesma demanda distribuídos por dois ou mais dispositivos legais, não implicará que existam necessariamente tantas ações quantos sejam os preceitos legais em causa.’*” (grifo nosso)

Conforme José Rogério Cruz e Tucci⁸, *“diferentemente de outras legislações, em especial a alemã e a italiana, nas quais sempre predominou a liberdade das partes na apresentação de suas respectivas alegações, é da tradição do processo brasileiro a adoção da regra da eventualidade, impondo aos demandantes o dever de propor, num mesmo momento, todos os meios de ataque e defesa. Como anota Liebman, o nosso processo civil, fiel às suas origens, manteve dois postulados herdados do processo comum medieval: o de uma ordem legal necessária das atividades processuais, como uma sucessão de estádios ou fases diversas, nitidamente separadas entre si; e o*

8 A causa petendi no Processo Civil, Editora Revista dos Tribunais, 1993.

princípio da eventualidade, que obriga as partes a propor ao mesmo tempo todos os meios de ataque ou de defesa, ainda que contraditórios entre si". (grifo nosso)

Ensina Ernane Fidélis dos Santos⁹ que "o processo não é apenas instrumento de solução de litígios, no interesse das partes. É também meio de que o Estado se utiliza para impor a paz social. Daí não ficar o processo a critério das partes, a ponto de lhes permitir o uso desregrado de expedientes fraudulentos, procrastinatórios e imorais, para conseguir seus objetivos (...)."

Com efeito, na exata dicção do mandamento insculpido no artigo 14, inciso II, da Lei Adjetiva, compete às partes e a seus procuradores proceder com lealdade e boa fé.

Ademais, há evidente litispendência, conforme anteriormente definido.

Comparando as duas ações mandamentais, as partes, o fato e o objeto são os mesmos. O que varia são os argumentos dos quais se vale o autor para obter o provimento judicial pretendido.

Em voto da lavra do Eminentíssimo Relator Francisco de Assis Vasconcelos Pereira da Silva, na Apelação número 492.544-0, 2 de julho de 1992, decidiu a 7ª. Câmara do 1º. Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo que "o fato e o fundamento jurídico do pedido (direito afirmado pela autora) integram a causa de pedir, que por força da adotada teoria da substanciação haverá de se conservar inalterada durante todo o processo. Entretanto, *não integram a causa de pedir os argumentos em que a autora se baseia para sustentar os fundamentos do pedido*. A propósito, calha precisamente a explicação do ilustre Professor José Ignacio Botelho de Mesquita, constante de parecer veiculado Revista dos Tribunais 564/41: 'Do mesmo modo, não se confunde o fato constitutivo do direito, que é a hipótese de fato prevista na lei como necessária e suficiente para gerá-lo, com os argumentos de fato com que o autor procura demonstrar a ocorrência daquela hipótese, o que os italianos denominam *fattispecie di legge*. Daí a afirmação de Pontes de Miranda, transcrita na sentença: simples mudança de fato na sustentação dos fundamentos da ação não constitui alteração do pedido.'¹⁰ (grifo nosso)

Na Apelação 146.089-1/4, 2ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 20 de agosto de 1991, afirmou o Eminentíssimo Relator Silveira Paulilo: "...Não se pode olvidar que, 'Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido'. É o que diz o artigo 474 do CPC... Enfática, ainda, nesse sentido, a li-

9 Manual de Direito Processual Civil, Vol. 1, 4ª edição, Editora Saraiva

10 No mesmo sentido, vide acórdão do 2º. Tribunal de Alçada Cível na Apelação 211.720-8, 5ª. Câmara, 22/12/87, Relator Alves Bevilacqua: JTACSP, Lex, 110:286.

ção da Egrégia Quarta Câmara Civil deste Tribunal: 'Quando examina se ocorre ou não nulidade de arrematação, o juiz não fica adstrito aos fundamentos invocados pela parte. Esta apenas aponta o fato. O juiz lhe dá o Direito: *Da mihi factum, dabo tibi ius*. Se já foi decidido que a praça não é nula porque não houve irregularidade da arrematação, *não pode a parte volver a juízo esposando a mesma pretensão e variando apenas o fundamento*' (cf. RT 605/46)". (grifo nosso)

Em ambas o fato jurídico é único: autuação do impetrado pela entidade autárquica previdenciária, sendo que por intermédio do Poder Judiciário quer ver desconstituída. A obtenção de certidão negativa de débito não substancia pretensão autônoma, mas mera consequência do acolhimento da primeira.

Para tanto, se vale de diversos argumentos desdobrados para fundamentar sua pretensão desconstitutiva, enquanto deveria utilizá-los de uma só vez, sob pena de estar maculando a salutar disciplina do artigo 474 do Código de Processo Civil, dispositivo este que alberga os princípios da igualdade processual (artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil) e da paridade de armas, que informam o direito processual como um todo.

O *supra* indigitado artigo 474, ao estabelecer que "*passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido*", está a, verdadeiramente, consagrar o princípio da eventualidade, inserido no artigo 300 da Lei Adjetiva, *às avessas*. Resta, assim, assegurado o tratamento isonômico preconizado pelo artigo 5º, *caput*, da Constituição da República.

Nesse diapasão, pode-se categoricamente afirmar, em síntese, a fim de definir o preciso conceito de litispendência, que a causa de pedir não se confunde com os argumentos dos quais se vale o demandante para embasar a pretensão deduzida. Afigura-se inconcebível admitir que a tese autoral seja desmembrada em diversos argumentos e pulverizada ao longo de tantos processos quantos sejam necessários até ulterior sucesso, pois tal expediente acarreta prejuízo para a defesa de réu e colide frontalmente com o princípio do juiz natural.

Insatisfeito com a improcedência da pretensão deduzida, ao demandante não é permitido alterar seus argumentos e ajuizar nova (*rectius*: a mesma, em verdade) ação perante outro Juízo, a fim de, em uma segunda tentativa, obter outra chance de sucesso.

Com efeito, os argumentos técnico - jurídicos dos quais se utiliza o demandante para dar supedâneo à tese esposada não se prestam à individualização da causa de pedir, sob pena de se admitir o desmembramento em tantas ações quantas forem os diversos argumentos, em evidente afronta aos ditames do artigo 474 e, por conseguinte, aos princípios processuais da lealdade, boa-fé e igualdade das partes.

A argumentação jurídica não integra a individualização da *causa petendi*. A qualificação jurídica se inclui na motivação ou fundamentação jurídica da pretensão, mas não na individualização da causa de pedir nem, por fim, no objeto do processo.

Há que se observar que o efeito prático a ser alcançado com a tutela estatal é rigorosamente o mesmo nas duas ações entre as quais sustenta-se a ocorrência de litispendência.

Impende trazer à colação a elucidativa lição de Francisco Málaga Diéguez¹¹, *in verbis*:

Por último, es preciso subrayar que la causa petendi comprende únicamente hechos: la calificación y argumentación jurídicas no integran el objeto del juicio, sino más bien la fundamentación o motivación de la demanda, ya que los elementos jurídicos alegados en la misma no vinculan al Juez por obra de los aforismos iura novit curia y da mihi factum et dabo tibi ius. No pretende negarse aquí el importante papel que la norma jurídica juega en la configuración de la causa de pedir, pues es evidente que ésta sólo comprende aquellos hechos que, al originar e individualizar la acción que se ejercita, han sido previstos por dicha norma como imprescindibles para la concesión de la tutela judicial que se pretende. Sin embargo, esta exigencia de relevancia normativa no impide distinguir los hechos de su fundamentación jurídica, de suerte que, si los primeros coinciden en sendos juicios, la divergencia en uno de los elementos de la segunda (denominación de la acción, calificación jurídica) no obsta en modo alguno a la existencia de identidad causal. En este punto, debe suscribirse por tanto la teoría de la sustanciación, en demérito de la teoría de la individualización, según la cual sólo integran la causa petendi 'el derecho o razones jurídicas determinantes de lo que se pide', así como de la denominada teoría sincrética, según cuyos postulados la causa de pedir ha de estar 'fácticamente sustanciada y jurídicamente individualizada'.

En la dirección que aquí se propone apunta como una parte de la jurisprudencia más reciente de la Sala I^a del Tribunal Supremo, que conceptúa la causa petendi como 'el relato fáctico que fundamenta la acción y desemboca unas concretas peticiones.' No obstante, también existen numerosas sentencias en las que parece suscribirse la mencionada teoría sincrética, al afirmarse que integran dicha causa los hechos y su calificación jurídica. A pesar de estos últimos pronunciamientos, debe concluirse que, si en dos juicios se formula la misma pretensión entre las mismas partes, basada en los mismos hechos individualizadores, el mero cambio de calificación jurídica no altera ni transforma la causa de pedir, y por tanto el segundo Juez deberá admitir la eficacia excluyente de la litispendencia."

11 La Litispendencia, Jose Maria Bosch Editor, Barcelona, 1999.

Conforme recente pesquisa na jurisprudência italiana (Rivista di Diritto Processuale, ano LXIII, número 2, abril a junho de 1998, páginas 545 / 577),

Em caso de ação declaratória tendo por objeto a validade de um negócio, a sentença de procedência preclui ao réu rediscutir tal relação, exercitando em separado juízo que pretenda anulá-la que podia e sabia poder exercitar já no curso do primeiro processo.

Segundo Ernesto Fabiani¹², tal solução parece impor-se por força

do princípio pelo qual o julgado cobre (não só o deduzido mas também) o deduzível, a menos que se queira anular este princípio;

- do princípio - prevalente seja em doutrina seja em jurisprudência - pelo qual o julgado preclui mesmo as ações relativas a direitos diversos daquele declarado, mas com ele incompatíveis - quer tenham eficácia impeditiva, modificativa ou extintiva a respeito da situação subjetiva deduzida - e deduzíveis em via de exceção ou de demanda reconvençional no primeiro processo (na espécie, direitos do réu de impugnativa do negócio declarado existente);

- da própria essência do julgado, que se veria de outro modo tornada vã se se considerasse possível que o "bem da vida" por ele atribuído possa sucessivamente ser repostado em discussão através da instauração de um novo juízo.

Vejamos, agora, elucidativos posicionamentos jurisprudenciais, que denotam a distinção que ora se pretende demonstrar.

"Filiação. Segunda ação de investigação da paternidade. Causa de pedir da primeira distinta da *causa petendi* da segunda. Inexistência de ofensa à coisa julgada. CCB, art. 363.

Pelo disposto nos incisos do artigo 363 do CCB, o filho dispõe de três fundamentos distintos e autônomos para propor a ação de investigação da paternidade. O fato de ter sido julgada improcedente a primeira ação que teve como causa de pedir a afirmação de que ao tempo da sua concepção a sua mãe estava concubínada com seu pretendido pai, não lhe impede de ajuizar uma segunda demanda, com outra *causa petendi*, assim entendida que a sua concepção coincidiu com as relações sexuais mantidas por sua mãe com seu pretendido pai.

12 Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato, Rivista di Diritto Processuale, ano LXIII, número 2, abril a junho de 1998, páginas 545 / 577.

São dois fundamentos diferentes, duas causas de pedir distintas, e a admissibilidade do processamento da segunda ação não importa em ofensa ao princípio da autoridade da coisa julgada.”¹³

“Processual Civil. Administrativo. Mandado de Segurança. Servidora Pública Estadual. Remoção . Litispendência. Ocorrência.

- O mandado de segurança, embora seja uma ação de natureza constitucional destinado à proteção de direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo de poder emanado de autoridade pública, é regulado subsidiariamente pelo Código de Processo Civil e, portanto, deve submeter-se ao comando do artigo 267, V, que prevê a extinção do processo sem julgamento de mérito quando verificado o instituto da litispendência.

- Nos termos da nossa lei instrumental civil, reputam-se idênticas duas ações quando houver identidade entre as partes, a causa de pedir e o pedido. (art. 301, par. 2º, do CPC)

- Em consonância com tais conceitos, ocorre a litispendência na hipótese em que servidora pública estadual postula o reconhecimento do direito à remoção para acompanhar marido, funcionário público estadual lotado na Secretaria de Fazenda, reproduzindo pleito formulado em ação mandamental anteriormente ajuizada, em curso, sendo irrelevantes, *in casu*, os novos documentos anexados quanto a situação funcional e residencial de seu cônjuge.

- Recurso ordinário desprovido.¹⁴

VI. CONCLUSÃO

O mesmo fato jurídico pode render ensejo a diversas conseqüências. A fim de impugná-las, o jurisdicionado não pode desmembrar sua pretensão ao longo de diversos argumentos para engendrar, supostamente, distintas ações, sob pena de investir contra o mandamento processual insculpido no artigo 474 da Lei Adjetiva.

Com efeito, o princípio da eventualidade existe para ambos os litigantes, com vistas a preservar a igualdade dos mesmos, a segurança jurídica e consecução da estabilidade nas relações sociais.

Logo, conforme o caso, existirá coisa julgada ou litispendência quando o demandante retornar a Juízo, com novos argumentos, mas atacando o mesmo fato jurídico gerador de sua irresignação e suas diversas conseqüências. Nesse diapasão, é de se acolher preliminar de litispendência ou coisa

13 Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 112.101-RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 29/6/00, DJ 18/9/00.

14 Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Mandando de Segurança no. 8240 – MG, Relator Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, data da decisão 24 de junho de 1999.

julgada para extinguir o segundo processo, sem julgamento do mérito, na forma autorizadora do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

VII. BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 1. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 1ª edição - 2ª tiragem. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Conteúdo da causa de pedir. In: Consultas e Pareceres. São Paulo, Revista dos Tribunais, 564:41-51, outubro de 1982.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9ª edição - 2ª tiragem. São Paulo, Malheiros Editores, 1993.

DIÉGUEZ, Francisco Málaga. *La Litispendencia*. Barcelona, Jose Maria Bosch Editor, 1999.

FABIANI, Ernesto. Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato. Rivista di Diritto Processuale, ano LXIII, número 2, abril a junho de 1998, páginas 545-577.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo, Editora Saraiva, 1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 15ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1993.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume I. 4ª edição. São Paulo, Editora Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I. 19ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no Processo Civil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.

A TRIBUTAÇÃO DA INTERNET NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS

VALÉRIA MEDEIROS DE ALBUQUERQUE

Juíza Federal da 9^a Vara do Rio de Janeiro e
Professora de Direito Tributário da UNI-RIO

I. INTRODUÇÃO

A Internet é um sistema complexo, predominantemente auto-regulamentado, caracterizando-se como um segmento de atividade via computador, auto-suficiente e aberto.

O correio eletrônico (e-mail) transformou-se em um meio de comunicação indispensável que revolucionou, nos últimos anos, Estados Unidos e Brasil.

O objetivo deste trabalho é apresentar as semelhanças e diferenças entre a tributação das atividades relacionadas à Internet no Brasil e nos Estados Unidos.

Certamente a extensão dos aspectos a serem considerados é imensa, sendo impossível uma abordagem completa neste trabalho.

O primeiro capítulo trata dos tributos da Internet nos Estados Unidos.

O trabalho prossegue estabelecendo um roteiro básico para auxiliar os profissionais do Direito na definição da proporção de tributos a ser aplicada à Internet nos Estados Unidos e no Brasil.

O potencial de crescimento da utilização da Internet para anunciar, vender e entregar bens e serviços obriga tributaristas de todo o mundo a considerarem todas as ramificações desses novos métodos de negociação e suas repercussões na esfera tributária.

Na conclusão, a autora aborda, através de sua visão profissional, a maneira pela qual os tributos relacionados à Internet devem ser inseridos na realidade jurídica e como afetarão o sistema de auto-regulamentação da Internet existente nos dois países.

II. HISTÓRIA DE IMPOSTOS SOBRE INTERNET NOS ESTADOS UNIDOS

Apesar de, tecnicamente, a Internet ter surgido em 1965, somente a partir de 1990 ela pode ser considerada como um recurso disponibilizado e facilmente acessível ao público.

Em 1980 o estado do Texas foi o primeiro a enfrentar crises fiscais. As indústrias imobiliária, do petróleo e os bancos passaram por momentos

muito difíceis que acarretaram grandes perdas financeiras e implicaram em perda de recursos para o Texas.

Assim, o estado do Texas decidiu, em 1987, ampliar a tributação de vendas e cobrar impostos, além da tributação sobre várias categorias importantes de serviços, inclusive processamento de dados e de informação. Naquele momento, fora da indústria comum, surgiu a tributação da Internet.

O grupo controlador das contas públicas nos Estados Unidos, em resposta a consultas de entes privados, recomendou a tributação das transações relacionadas à Internet no Texas, a título de imposto de vendas. Assim, havendo um local de rede ou página de rede, este constitui um armazenamento de dados, sujeito a imposto.¹

No Texas, então, foram emitidas várias decisões indicando que os serviços relacionados à Internet estavam sujeitos a imposto, o que atingiu a indústria de criação e manutenção da rede local, até mesmo na qualidade de destinatária dos serviços sujeitos a impostos, o que gerou crítica nacional significativa.

Alguns críticos sugeriram que o clima de imposto no Texas seria hostil ao crescimento da Internet e dos negócios relacionados à mesma.

Em resposta a tais críticas, o grupo controlador das contas públicas no Texas, interpretando a tributação de vendas e transações relacionadas à Internet, decidiu aplicar os tributos já existentes sobre venda e uso de serviços de processamento de dados, informações e telecomunicações, como incidentes sobre as transações via Internet.

Todavia, nesta ocasião, percebeu-se que a Internet era um veículo virtualmente desconhecido.

Os mecanismos de tributação da Internet no Texas são resultado de interpretações do referido grupo, bem como das leis estaduais do Texas sobre impostos existentes. Existe um relatório contendo recomendações específicas no sentido da necessidade de ação do Legislativo em âmbito nacional.

1 Veja, por exemplo, Comptroller Rullings Número 9512L1386B04 (criação de uma página de rede é sujeita a imposto sobre serviço de processamento de dados); 9501L1335A01 (conversão de fita de vídeo a formato online eletrônico está sujeita a imposto de processamento de dados; assim como manutenção de uma página na rede); 9512L1386D04 (esquadrinhar informação sobre a Internet e criação de "documentos de HTML" são sujeitos ao impostos sobre processamento de dados; páginas de rede postando em um servidor são sujeitos ao impostos sobre processamento de dados); 9601L1389G04 (carregar informação de um servidor no Texas está sujeito a imposto sobre serviço de informação); 9610L1436A02 (serviço de dados na Internet está sujeito a imposto sobre serviço de informação); 9701189L (criação de website para uso radiodifundindo em cima da Internet está sujeita a imposto sobre o serviço); e 9811967L (prover acesso de Internet é um serviço sujeito a imposto sobre informação).

O Deputado Cox e o Senador Wyder iniciaram esforços para, em nível federal, cobrar certos impostos na Internet, propondo legislação federal tornando a Internet tributável também a nível nacional nos Estados Unidos.

O Ato de Isenção de Impostos na Internet está baseado em um princípio simples: a informação não deveria ser taxada. Este ato foi aprovado como H.R. 4328 pelo Congresso dos Estados Unidos em 20 de outubro de 1998 e assinado na forma da Lei 105-277, publicada em 21 de outubro de 1998.

O Ato de Isenção de Impostos na Internet foi necessário para proteger o comércio realizado via Internet, visando assegurar aos americanos a certeza de não serem surpreendidos com impostos inesperados que implicariam em custos não previstos.

Tal ato, nos Estados Unidos, sofreu várias mudanças desde que foi introduzido como resultado de meses de intensas negociações com Estados e líderes governamentais locais. Assim, a legislação foi alterada para refletir as preocupações dos Estados, e agora reflete um compromisso equilibrado entre o interesse nacional e o estadual.

Foram feitas muitas mudanças pelos governos locais para derrubar a referida isenção, incluindo a diminuição do prazo da moratória para três anos. A moratória do Imposto de Internet teve início em 01 de outubro de 1998 e estará em vigor até 21 de outubro de 2001.

Porém, uma cláusula de proteção limitada constante do referido ato permitiu que diversos Estados que estavam em vias de taxar o acesso à Internet tais como: Connecticut, Wisconsin, Iowa, Dakota do Norte, Dakota do Sul, Novo México, Carolina do Sul, Tennessee, Texas e Ohio, pudessem tributar a Internet caso demonstrassem que esta tributação havia sido implementada antes do Ato, ou seja, antes de 01/10/98. Mesmo assim, nem todos estes estados optaram por tributar o acesso à Internet. Connecticut e Carolina do Sul preferiram permanecer abrangidas pela moratória estabelecida pelo Governo Federal dos Estados Unidos.

III . IMPOSTOS SOBRE INTERNET NOS ESTADOS UNIDOS

Ao redor do país, autoridades tributárias de vários estados consideram os Provedores de serviços da Internet como prestando um ou vários serviços diferentes, tais como:

- a) serviços de informação;
- b) dados que processam serviços;
- c) serviços de telecomunicações ;
- d) anúncio de serviços.

Atualmente nos Estados Unidos, como nós vimos no capítulo II deste trabalho, *a Internet tax moratorium foi implementada em 1º de outubro de 1998 e vigorará até 21 de outubro de 2001, por decisão do Congresso americano, alcançando os consumidores e comerciantes envolvidos em transações vinculadas à Internet, protegendo-os de eventual taxaço incidente sobre comércio e serviços efetivados exclusivamente via Internet, os quais não tenham equivalente offline.*

Uma Comissão Disciplinar Temporária de Comércio Eletrônico foi criada para estudar os aspectos relacionados à tributação do comércio eletrônico e informar ao Congresso americano, no prazo de dezoito meses, as possibilidades de taxaço e, em caso de resposta positiva, até que ponto se poderia assegurar que tal segmento comercial não estaria submetido a tributação especial distintiva, excessiva e cumulativa. O Congresso detém autoridade para alterar ou descartar as propostas da comissão.

Tal moratória também declarou que a Internet deveria se caracterizar como zona não tributável. A Administração Clinton está trabalhando agressivamente junto à União Européia para manter o comércio eletrônico livre de tarifas e impostos distintivos. O Departamento de Comércio tem o dever de informar ao Congresso eventuais barreiras impostas que dificultem a competitividade comercial dos Estados Unidos no âmbito internacional do comércio eletrônico.

O Ato de Isenção de Impostos na Internet foi criado porque o Congresso entendeu haver necessidade de uma pausa que conferisse à Internet oportunidade para crescer e, ao mesmo tempo, propiciar uma reflexão substancial e madura acerca da melhor política a ser adotada com respeito a taxaço na Internet.

Durante os três anos em que a moratória foi posta em prática, uma comissão composta por 19 representantes do governo e das partes interessadas, foi formada para discutir o assunto, ficando estabelecida, após o decurso de tal prazo, a possibilidade de taxaço da Internet nos Estados Unidos.

Tal equiparou as vendas via Internet a um catálogo de vendas via telefone. Não produziu qualquer efeito em relação aos impostos sobre vendas até então existentes, por não haver alterado em nada a legislação vigente aplicável a vendas a distância. Simplesmente previu impostos novos.

A Suprema Corte Americana, decidindo os casos envolvendo distinções tarifárias entre transações intra e interestaduais, firmou entendimento nos sentido de que somente poderiam ser tributadas pessoas e empresas com "presença física significativa" na área de jurisdição, o que significa: nenhuma tributação sem representação.

Existem, porém, preocupações válidas sobre os efeitos que a Internet livre de impostos estaria causando comércio local. A resposta, no momento, se encontra sob a responsabilidade do Congresso que tem oportunidade para

firmar posição e manter a Internet livre de impostos, pelo menos até que a nação tenha uma noção mais exata da melhor maneira de se lidar com os efeitos desta nova infra-estrutura empresarial e suas aceleradíssimas transformações.

Neste sentido, existe um consenso nos Estados Unidos, no que concerne ao implemento das regras de tributação sobre o comércio eletrônico, visando a neutralidade no tratamento conferido ao comércio eletrônico e ao tradicional, não-eletrônico.

Naquele país, as bases para taxação são fixadas tanto sobre a fonte de renda como sobre a residência da pessoa que aufera aquela renda. Os conceitos de fonte de renda, geralmente, assumem um papel principal no que concerne à taxação internacional, uma vez que os países onde se encontra a fonte têm, em geral, legitimidade para taxar a respectiva renda e os países de residência evitam a taxação dobrada utilizando um sistema de crédito ou um sistema de isenção.

As pequenas quantias muitas vezes envolvidas nas transações via Internet também complicarão a administração do imposto. O Tesouro Norte-Americano solicitou estudos relativos ao modo de adaptação do sistema de imposto a tais micro-transações sem intermediários e o meio de informação de tais transações.

O governo dos Estados Unidos preparou uma estratégia para ajudar a acelerar o crescimento do comércio global via Internet. Sob a liderança do Vice-Presidente Gore, formou-se um significativo grupo de trabalho sobre Comércio Eletrônico que preparou o denominado: "Projeto para o comércio eletrônico global"². Este projeto estabelece um jogo de princípios para guiar a política de desenvolvimento e esboçar as posições da Administração em relação a vários assuntos primordiais relacionados a comércio eletrônico.

O Grupo de Trabalho é composto por representantes de alto nível dos gabinetes de várias pastas, inclusive os Departamentos do Tesouro, Estado, Justiça e Comércio, como também os escritórios executivos da Presidência e da Vice-Presidência, o Nacional Econômico, Conselhos de Segurança, o Escritório de Administração e Orçamento, o Escritório de Política para Ciência e Tecnologia e a Representação Comercial americana.

A Administração Clinton desenvolveu este projeto por se tratar de um elemento crucial no programa de trabalho da Administração sobre comércio e tecnologia na medida em que discute as implicações comerciais desta nova infra-estrutura de informação global.

O citado projeto constatou que esta nova tecnologia tornou possível a efetivação de pagamento por bens e serviços adquiridos via Internet atra-

vés de alguns métodos eletrônicos e sistemas de pagamento, incluindo as cadeias de cartão de crédito e débito, dando origem a interfaces de varejo novas via Internet, através do denominado dinheiro eletrônico, em relação às quais os consumidores, entretanto, podem não se sentir confortáveis por preferirem o anonimato garantido nas transações efetivadas com o chamado dinheiro vivo.

A Comissão Disciplinar de Comércio Eletrônico nos E.U.A. foi instaurada através da Public Law nº 105-2777 para conduzir um estudo comparativo completo, nos níveis federal, estadual, local e internacional, acerca de taxaço e tratamento tarifário das transações que usam a Internet, em relação às atividades de vendas intraestatais, interestatais e internacionais e informar suas constatações e recomendações para o Congresso dos Estados Unidos.

Governadores de muitos estados, preocupados quanto aos danos que o comércio via Internet livre de imposto pode causar em seus orçamentos, pretendem que o Congresso proscruva, permanentemente, impostos sobre vendas estatais.

Antes da implementação do Ato de Isenção, em outubro de 1988, vários Estados vinham taxando o acesso a Internet e, virtualmente, todos os estados impuseram critérios de taxaço, tanto nas classes de bens como nas de serviços oferecidos via Internet, semelhantes aos aplicados em relação a catálogos de vendas tradicionais

Atualmente, a preocupação dos Estados está centrada na pouca visibilidade das transações eletrônicas via Internet e nas reduções de arrecadaço, possivelmente significativas, de impostos.

Estas preocupações enfocam o uso da Internet para transações de vendas convencionais. Menos atenção foi prestada à taxaço dos serviços originários e específicos da Internet como os provedores de acesso e web masters.

Vários Estados adaptaram vendas e usaram impostos em serviços selecionados. A maioria dos estados, inclusive o Texas, presume os serviços como não sujeitos a impostos, a menos que a atividade seja especificamente taxada. Em relação aos tributos sobre serviços que não estão relacionados diretamente à propriedade identificável, como aquele cobrado no Texas sobre vendas e utilização de serviços de informação e processamento de dados, é evidentemente difícil a identificação do local e momento de ocorrência do fato tributável.

O Texas é uma das poucas jurisdições a taxar as transações via Internet. Até mesmo depois que o Congresso de Estados Unidos impôs a moratória dos impostos relacionados a Internet, o governo do estado de Texas, isentado da moratória, manteve a cobrança.

Neste momento nos Estados Unidos, há uma Comissão Disciplinar em Comércio Eletrônico (ACEC) que estuda como os governos federal e estaduais deverão taxar as transações via Internet, assim que o período de moratória haja terminado.

Existe também um forte compromisso norte-americano que elegeu uma liderança para implementar o Ato de Isenção de Impostos na Internet (1998) não só como uma moratória de três anos, mas também como uma política a longo prazo.

IV. COMÉRCIO VIA INTERNET E TRIBUTOS NO BRASIL

O crescimento do comércio global pela Internet diminuiu as distâncias entre os diferentes países, não só em relação ao tempo mas também ao espaço. Hoje em dia é muito comum a efetivação dos mais diversos tipos de negócio somente teclando o computador. Evidentemente, isto afetou a realidade brasileira em grande proporção.

A velocidade dos negócios internos e as relações comerciais com outros países foram implementadas e melhoradas pelos sites de Internet onde os vendedores expõem seus produtos acompanhados de toda a sorte de informações necessárias.

O governo do Brasil se deu conta do progresso ocasionado pela Internet e está tentando limitar e controlar as operações e negócios envolvidos, preocupando-se com a evasão fiscal. O Governo encontra dificuldades para tributar as transações via Internet porque, de acordo com a legislação tributária, para taxar é necessária a delimitação de um fato gerador e nas operações de Internet não há documento ou comprovação quanto ao momento ou local da transação.

De acordo com o Código Comercial Brasileiro, comerciante é aquele que tem como primeira e principal atividade o comércio, sendo o homem de negócios ou o negociante, de acordo com o mesmo estatuto, obrigado a manter todos os livros comerciais e documentos em ordem, registrado-se na respectiva Junta Comercial e apresentando a cada ano balanço do exercício.

Por analogia, devemos considerar o negociante de Internet sujeito às mesmas regras impostas ao homem de negócios convencional.

Como nós temos um sistema de direito civil distinto do sistema consuetudinário norte-americano, baseado em precedentes, diversos estatutos normativos brasileiros deverão ser alterados para se adaptarem ao comércio de Internet.

Certamente, a legislação tributária deverá incorporar estes novos conceitos e procedimentos, estabelecendo mecanismos suficientes para a manutenção dos níveis de arrecadação nos parâmetros necessários à Federação.

O Brasil vem participando de discussões internacionais sobre Comércio de Internet, em muitos Congressos, eventos, comissões e grupos de trabalho para lidar com este tipo de comércio internamente e no exterior, preservando a soberania brasileira e firmando posicionamento quanto às determinações globais.

Todavia, a dificuldade de enquadramento do comércio via Internet no ordenamento jurídico brasileiro está preocupando o governo brasileiro, em decorrência da grande evasão de impostos que poderá ocorrer. O Congresso brasileiro vem tentando regulamentar o Comércio Eletrônico, devendo ser implementada a fiscalização sobre as transportadoras de mercadorias negociadas via Internet e cartões de crédito eletrônicos.

Enquanto as transações comerciais tradicionais comportam 45,38 % de tributos, as negociações via internet implicam em apenas 2,38% de tributos, ou seja, as transações ordinárias têm carga tributária dezenove vezes superior àquela aplicável às chamadas transações eletrônicas.

O ICMS, por exemplo, que pertence ao Estado onde o negócio é localizado é de difícil incidência no comércio eletrônico, e só pode ser implementado no estado onde as vendas começaram.

De acordo com artigo 21, XI da Constituição de 1988, negociantes de Internet não precisam de permissão governamental especial para se estabelecer. Eles não são considerados prestadores de serviço de comunicação, estando fora da incidência do ICMS. Existem, por outro lado, algumas decisões administrativas e judiciais postas à esse posicionamento.

V. CONCLUSÃO

Existe um antigo provérbio no meio político segundo o qual, se você deseja que algo prospere, subsidie, porém, se você deseja que algo termine, taxe.

Todavia, tanto os governantes norte-americanos como os brasileiros estão encarando o vertiginoso crescimento do mundo virtual como uma maneira promissora de expandir suas bases tributárias.

Ambos os governos pretendem aumentar as taxações sem, contudo, ser possível delimitar os prejuízos que os novos tributos poderão causar ou os procedimentos específicos que se farão necessários para a efetiva tributação.

Atualmente, apesar da aparente avidez governamental em ambos os países quanto à necessidade de se tentar taxar a Internet, existem também relevantes aspectos a serem considerados acerca dos efeitos que a ausência de tributos sobre a Internet pode exercer sobre o comércio tradicional local.

Há vários problemas decorrentes da pressa em taxar transações eletrônicas. O problema principal é que a Internet compreende comércio global,

um mercado sem fronteiras, com alcance ilimitado, ao contrário das lojas tradicionais com seus produtos convencionalmente dispostos dentro de um espaço delimitado fisicamente.

Claro que o comércio eletrônico terá um impacto em relação aos princípios tributários. O princípio de neutralidade entre comércio físico e eletrônico necessita que aqueles princípios sejam adaptados à realidade virtual, *online*, ao mundo sem fronteiras do espaço cibernético.

Esta revolução nas comunicações que continua varrendo o mundo necessita de princípios claros e racionais os quais assegurem que a lei tributária não será um impedimento ao crescimento destas tecnologias avançadas que têm um enorme potencial para melhorar nossas vidas.

Porém, alguns aspectos deste desenvolvimento tecnológico, como o crescimento de transações anônimas envolvendo vultuosas quantias de dinheiro eletrônico, despertam elevados níveis de preocupação.

Mesmo assim, os governos do Brasil e dos Estados Unidos tentam assegurar que a lei tributária não será um impedimento ao crescimento destas tecnologias avançadas que têm um considerável potencial para melhorar nossas vidas.

Estas tecnologias novas eliminaram as fronteiras nacionais na estrada da informação. Subseqüentemente, diversos países poderão reivindicar jurisdição sobre estas transações, estipulando taxações proibitivas, e impedindo que estas tecnologias alcancem seu potencial máximo.

Eu concluo este trabalho acreditando que a Internet deveria ser declarada um ambiente livre de tarifas, no que concerne à entrega de produtos e serviços. A Internet é uma via de comunicação verdadeiramente global, e todas as nações serão beneficiadas com a ausência de barreiras tributárias.

ASPECTOS JURÍDICOS ENVOLVIDOS NA ABERTURA DO RESSEGURO À INICIATIVA PRIVADA – PROCESSO LEGISLATIVO PARA VIABILIZAÇÃO DE TAL REGULAMENTAÇÃO

VALTER SHUENQUENER DE ARAÚJO
Juiz Federal Substituto

A exemplo do que vem ocorrendo com outros setores da economia brasileira, o mercado ressegurador encontra-se em vias de sofrer fortes alterações estruturais. Procurando dar efetividade ao disposto no artigo 173 da Constituição da República, o Estado cada vez mais trilha caminhos afastando-se do exercício direto de atividades econômicas, para entregá-las à iniciativa privada. Seu lugar agora é outro, devendo assumir a posição de órgão regulador, atuando como agente de fiscalização.

Como ressaltamos acima, o mercado do resseguro não ficou imune a esta nova realidade, o que, por conseguinte, vem afetando diretamente o IRB-Brasil Re, em virtude de seu papel de destaque no desempenho de relevantes atribuições desde os idos de 1939, quando foi criado pelo Decreto-Lei nº 1.186 com o nome de Instituto de Resseguros do Brasil.

Merece percutido que, no presente trabalho, não buscamos adentrar o mérito da discussão acerca desta nova tendência de abertura do mercado à iniciativa privada, que, no caso específico do resseguro, implicará a alienação de ações do capital social do IRB-Brasil Re e esvaziamento de suas funções de órgão regulamentador, a partir de sua oportuna transferência à SUSEP. Podemos afirmar que o cerne de nossas preocupações está voltado para os mecanismos legais a serem utilizados para a implantação do novo modelo, bem como para os aspectos jurídicos decorrentes da inauguração da nova regulamentação.

Como marco inicial, simbolizando todas as transformações que ainda estão por vir, podemos citar a promulgação da Emenda Constitucional nº 13, de 21 de agosto de 1996, de iniciativa do Deputado Federal Cunha Bueno, a qual permitiu, em nível constitucional, o exercício da atividade de resseguro pela iniciativa privada.

Antes do advento da reforma constitucional, o texto do artigo 192 da Constituição preconizava o seguinte:

“Art. 192 - O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em Lei Complementar, que disporá inclusive, sobre:

(...)

II – autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador e do *órgão oficial ressegurador*,”

Com a Emenda Constitucional nº 13, a redação passou a ser a transcrita abaixo:

“Art. 192 - O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em Lei Complementar, que disporá inclusive, sobre:

(...)

II – autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, *resseguro*, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador,”

Com a reforma, foi suprimida a menção ao termo “órgão oficial ressegurador”, que foi substituído pela expressão “estabelecimentos de resseguro”. Não restam dúvidas de que a alteração passou a permitir a atuação de empresas resseguradoras em nosso país através de um sistema de livre concorrência. Por outro lado, podemos constatar que a exigência de lei complementar para a regulamentação da matéria ainda subsiste após a reforma constitucional.

A Constituição é clara, não admitindo, na hipótese, outro veículo introdutor de norma jurídica que não a própria lei complementar. O processo para criação de lei complementar, que é o previsto nos artigos 61 e seguintes da Constituição da República, deve ser observado, sob pena de a abertura do mercado ressegurador ser inconstitucional por descumprimento do procedimento previsto como hábil a introduzir norma regulamentadora da atividade de resseguro em nosso ordenamento jurídico.

Se de um lado, a Emenda Constitucional nº 13 significou um avanço para a abertura do mercado ressegurador, por outro, condicionou a regulamentação de tal abertura à promulgação de Lei Complementar.

Socorremo-nos das valiosas lições do brilhante jurista LUÍS CESAR S. DE QUEIROZ, Procurador Regional da República e professor de Direito Financeiro da UERJ, que em sua obra “Sujeição Passiva Tributária”, ao discurrir sobre conflito entre normas, assim leciona:

“A afirmação de que uma lei válida é contrária à constituição (anti-constitucional) é uma *contradictio in adjecto*, pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento de sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é

juridicamente existente e, portanto, não é possível qualquer afirmação jurídica sobre ela.

(Sujeição Passiva Tributária, Página 111, 1ª edição, Editora Forense)

(grifos nossos)

Em outra ocasião, o mesmo autor reforça seu ponto de vista :

“Uma norma torna-se jurídica e, portanto, válida, quando ingressa no sistema de Direito Positivo por ter sido regularmente produzida, ou seja, em função de ter sido produzida em consonância com o prescrito pela correspondente norma de produção nonnativa.”

(Sujeição Passiva Tributária, Página 123, 1ª edição, Editora Forense)

A introdução de norma jurídica visando à regulamentação da autorização e funcionamento dos estabelecimentos de resseguro por meio outro, tal como Medida Provisória ou lei ordinária federal, não será, a nosso ver, hábil a sequer arranhar o ordenamento jurídico, pois, conforme ensina o douto professor acima citado, tais instrumentos (Medida Provisória e Lei Ordinária) criarão leis inválidas, isto é, inócuas *ab ovo*, carecendo de validade desde sua promulgação.

É o próprio ordenamento jurídico que municia o legislador com os critérios para a introdução de novas normas no Direito Positivo e, caso inobservado o procedimento previsto, não há que se falar em criação de “norma jurídica”, mas de um punhado de palavras publicadas no Diário Oficial, sem cunho vinculante aos administrados. Por estes motivos, entendemos imprescindível o advento de lei complementar para dispor sobre a abertura do mercado ressegurador.

A despeito do acima exposto quanto à necessidade de lei complementar, em dezembro de 1.999 foi criada a lei ordinária nº 9.932 dispondo sobre a transferência de atribuições do IRB-Brasil Resseguros S/A para a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). Dentre as atribuições previstas na referida lei a serem transferidas à SUSEP, destacam-se as funções regulatórias, de fiscalização e a de concessão de autorizações.

Em razão da existência de fortes indícios de inconstitucionalidade da lei nº 9.932/99 - por dispor sobre matéria específica de lei complementar - inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN) foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal visando, em linhas gerais, à suspensão dos efeitos da norma impugnada.

Na ADIN nº 2.223-7 ajuizada pelo PT, cujo relator do STF foi o Ministro Maurício Corrêa, a decisão em sede de liminar, a nosso ver acertada, foi no seguinte sentido:

“O que se assevera é que a lei nº 9.932, de 20 de dezembro de 1999, adentrou o campo da autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro e resseguro, o que somente poderia ocorrer mediante lei complementar. (...)

No caso dos autos (...) dispôs-se sobre as funções regulatória e de fiscalização que estavam a cargo, por força de normas recepcionadas pela Constituição de 1988, do IRB-Brasil Resseguros S/A – IRB – Brasil Re, chegando-se, mesmo, a explicitar a transferência, à Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, da competência relativa às autorizações de funcionamento de empresas de seguro e resseguro. (...)

Tal disciplina é fruto da preparação para a privatização do IRB- Brasil Re, que se faz obstaculizada enquanto preservada a atividade fiscalizadora, cujo afastamento pressupõe, como já assinalado, a edição de lei complementar que disponha a respeito.

Pelas razões supra, defiro a liminar pleiteada e suspendo, ad referendum do Tribunal Pleno, a eficácia, até o julgamento final desta ação direta de inconstitucionalidade, dos seguintes dispositivos da Lei nº 9.932/99: artigos 1º e 2º, parágrafo único do artigo 3º, artigo 4º a 10º e artigo 12º.”

Ainda não se verificou o julgamento em definitivo da ADIN acima suscitada, mas a posição do STF consubstanciada no trecho ora colacionado é, a nosso juízo, a mais correta, conforme já exposto, cabendo-nos aguardar e confiar na sua manutenção quando do término do julgamento. Embora tenha causado transtornos ao processo de privatização do IRB-Brasil Re, por inadmitir a transferência, por lei ordinária, de atribuições à SUSEP, agiu acertadamente o Tribunal guardião da Carta Magna ao velar pela observância das normas constitucionais, que, saliente-se, são extremamente claras sobre a matéria em comento.

Adotando outra linha extrema de pensamento, alguns, com o fito de viabilizar, da maneira mais célere possível, a regulamentação do mercado ressegurador, sustentam ser tanto a lei complementar quanto a ordinária dispensáveis. Alega-se que somente devem ser observadas as “regras da livre concorrência” e que o artigo 82 do Decreto-Lei nº 73/66 já autoriza, *de per se*, o IRB-Brasil Re a credenciar sociedades resseguradoras. Quanto a estes dois argumentos, pensamos que ambos não merecem prosperar.

Quanto ao primeiro, temos a dizer que naturalmente o mercado deverá ser regulado pela “lei” da livre concorrência, mas todos sabemos que, no caso concreto, o Estado deve prever em que condições, e com base em que regras, a livre concorrência será regulada. Deverá, em suma, moldar as regras do jogo para evitar excessivos desequilíbrios.

Há, inclusive, quem possa defender que com o fim do monopólio estatal do resseguro, ocorrido com a promulgação da Emenda Constitucional nº 13/96, tenha se verificado um verdadeiro vácuo normativo, o qual poderá ser

colmatado através dos princípios nucleares que emanam da Constituição. De acordo com este entendimento, o qual pensamos seja juridicamente sustentável, uma resseguradora poderia impetrar mandado de injunção a fim de, com base nos princípios da livre iniciativa e no da livre concorrência, e considerando a ausência de norma regulamentadora do mercado de resseguro, assegurar seu direito de livremente exercer tal atividade econômica com base nas regras de mercado. Note-se que tal entendimento reforça, ainda mais, nossa tese acerca da necessidade de promulgação de lei complementar para regulamentar o mercado ressegurador, pois, no caso concreto, o mandado de injunção serviria, na verdade, para suprir a inércia do legislador que não elaborou a mencionada lei complementar, conferindo ao particular o direito de participar do mercado ressegurador sob o regime da livre concorrência.

No que pertine ao segundo argumento suso avocado, relativo à aplicabilidade do artigo 82 do Decreto-Lei supra mencionado, outros comentários devem ser feitos, razão pela qual transcrevemos o aludido artigo de lei:

“Dec-Lei nº 73/66

(...)

Art. 82 – As sociedades seguradoras só poderão aceitar resseguros mediante prévia e expressa autorização do IRB.”

Podemos constatar que a aceitação do artigo acima permitirá que o IRB-Brasil Re desempenhe atribuições incompatíveis. Caso a legalidade de tal artigo seja defendida, estar-se-á admitindo, por conseguinte, que uma pessoa jurídica de direito privado (no caso o IRB-Brasil Re) possa concorrer com outras resseguradoras e, ainda, manter para si o poder de autorizar, ou não, a aceitação de resseguro por outras empresas. Dessume-se, portanto, que tal artigo não foi recepcionado pela Emenda Constitucional nº 13/96, a qual claramente isolou o exercício da atividade econômica de resseguro do desempenho da atividade de fiscalização, a serem executadas por entidades jurídicas distintas, e não concentradas nas mãos do IRB-Brasil Re.

De modo a afastar qualquer dúvida quanto à revogação por inconstitucionalidade do artigo 82, buscamos auxílio na melhor doutrina pátria de Direito Constitucional. Segundo o magistério do consagrado constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA em seu livro “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, a norma infra-constitucional não recepcionada pela constituição deve ser tida como expressamente revogada:

“A revogação se verifica quando a lei, tachada de incompatível com a Constituição, já se achava em vigor por ocasião do advento desta. Não se trata, porém, de revogação pura e simples, como a que decorre em virtude de conflito intertemporal entre duas leis da mesma hierarquia. Não, uma lei incompatível com a Constituição é, sempre, na técnica jurídica pura, uma lei inconstitucional, pouco importando que tenha precedido o Estatuto Político ou lhe seja posterior. A revogação é consequência da inconstitucionalidade.”

(“Aplicabilidade das Normas Constitucionais”. Página 163. 3ª edição.)

Demonstrada a necessidade de Lei Complementar para a regulamentação desse mercado em expansão, o que podemos aguardar é que o Governo brasileiro atue de forma incisiva, imparcial e serena na solução dos problemas inerentes à nova regulamentação do resseguro.

De nossa parte, cumpre aduzir que cautelas merecem ser tomadas, pois uma abertura que acarrete a implantação de um frágil controle governamental poderá ter como consequência, dentre inúmeras outras facilmente listáveis, uma colocação massificada do resseguro no exterior, a utilização da remessa de recursos ao exterior através da contratação de resseguro com objetivos escusos, tais como o de remessa de lucros e criação de falsos prejuízos, o que, por razões óbvias, não seria adequado para nosso país.

Sob outro aspecto, como, via de regra, as seguradoras multinacionais que atuam no Brasil pertencem a um grupo econômico integrado também por resseguradoras com operação no exterior, uma desregulamentação irrefletida do mercado colocaria as seguradoras nacionais em situação de desvantagem em relação àquelas. As seguradoras nacionais ficariam sem condições de competir com aquelas sociedades estrangeiras que possuíssem, dentro do próprio conglomerado econômico, a relação comercial “seguro-resseguro”. Isso porque, provavelmente, tal condição lhes assegurará um melhor preço do que os oferecidos pelas seguradoras nacionais, impulsionadas a contratar o resseguro com terceiros estranhos à sua corporação.

Sob outro enfoque, salientamos que tem sido corrente a sugestão de que, no primeiro momento após a privatização do IRB-Brasil Re, a empresa privatizada tenha garantida uma parcela reservada do mercado. Sem embargo de considerarmos que isto seria bastante favorável ao IRB-Brasil Re, assegurando sua preservação de forma confortável durante a fase inicial de abertura, não a julgamos correta. Entendemos que a previsão legal ou contratual desta reserva de mercado estaria eivada de inconstitucionalidade, por violar não só o princípio da livre iniciativa, como também o do direito de concorrência.

Ou o Estado opta pelo monopólio do resseguro, mantendo o *status quo ante*, ou, trilhando itinerário distinto, como o fez ao promulgar a Emenda Constitucional nº 13/96, permite a livre concorrência. Não há meio caminho, não há, à guisa de ilustração, como se favorecer apenas uma das empresas com atuação no mercado, sob pena de se estar violando um dos mais relevantes princípios gerais da atividade econômica, qual seja, o da livre concorrência, consubstanciado no inciso IV do artigo 170 da Carta Magna.

Em seu caso estabelecida a reserva de mercado acima suscitada, outros resseguradores concorrentes teriam, a nosso ver, condições de pleitear judicialmente a anulação do referido dispositivo, caso fosse aplicado na prática.

Não há como se admitir que, após sua privatização, o IRB-Brasil Re, na qualidade de pessoa jurídica de direito privado que é, sob a forma societária de sociedade anônima, tenha privilégios em relação a outras empresas. A "reserva de percentual de mercado" para a referida sociedade, ainda que provisória, carece de fundamento de validade constitucional. O mesmo deve ser dito quanto à eventual diferenciação de tarifas e isenções favoráveis ao IRB-Brasil Re, pois ele deverá competir em igualdade de condições com as outras resseguradoras, ao menos isto é o que manda a Constituição de 1988.

Entendemos que a adoção de uma nova postura de atuação estatal demande urgência, especialmente na confrontação de questões relacionadas à abertura do mercado ressegurador. Todavia, tal premência não pode servir de justificativa para cometimento de atropelos jurídicos e criação de normas impensadas, especialmente porque o IRB-Brasil Re tem suprido as seguradoras de modo satisfatório durante toda sua existência.

A abertura do mercado de resseguro não deve ser encarada como a mera privatização de uma empresa, no caso o IRB-Brasil Re, sendo de bom alvitre que seja considerada como um emaranhado de problemas a serem solucionados e decisões complexas a serem tomadas, por envolver aspectos inerentes a toda a nova regulamentação deste setor da economia.

Por fim, não devem os Poderes da República, particularmente o Executivo e o Legislativo, cederem às pressões do mercado, sejam elas locais ou estrangeiras. Seria adequado que adotassem uma postura firme e equilibrada, buscando, sempre, satisfazer o interesse público com o desenvolvimento do resseguro no país e procurando preservar o IRB-Brasil Re, empresa que, sem sombra de dúvida, merece os aplausos e agradecimentos do povo brasileiro pelos serviços até então prestados.

OBSERVAÇÕES SOBRE COMPETÊNCIA JURISDICIONAL - A NATUREZA DA COMPETÊNCIA DOS JUÍZOS DESCENTRALIZADOS - VARAS ESTADUAIS REGIONAIS E VARAS FEDERAIS DO INTERIOR

WILNEY MAGNO DE AZEVEDO SILVA
Juiz Federal Titular da 2ª Vara/RJ

Como é de todos sabido, competência é a possibilidade legal de exercício da função jurisdicional, por um órgão do Poder Judiciário, em um determinado processo. Incumbe à lei¹ fixar a competência. É uma simples divisão legal do “trabalho jurisdicional” — com que a lei ora permite, ora proíbe o exercício da jurisdição por um dado órgão judicial —, cujo propósito é garantir a eficiência no desempenho da mencionada função de soberania.

A lei se desincumbe desse mister — isto é, fixa a competência —, mediante o emprego de critérios bem definidos. Desses, alguns são fundados na relação jurídica *material* litigiosa submetida à apreciação jurisdicional (o litígio) — e, por isso, denominados de critérios *materiais* de fixação da competência. Os demais são baseados na relação jurídica *funcional* destinada ao exercício da jurisdição — o processo — e são, por isso, denominados de critérios *funcionais* de fixação da competência.

Os critérios *materiais* de fixação da competência — isto é, aqueles fundados em elementos do conflito submetido ao exame jurisdicional — são:

1. a natureza do litígio posto em causa (*ratione materiae*);
2. a qualidade das pessoas envolvidas no conflito de interesses (*ratione personae*); e,
3. o local relacionado ao litígio (*ratione loci*)².

Já os critérios *funcionais* de fixação da competência — ou seja, aqueles pertinentes à relação processual (*funcional*) que viabiliza o exercício da jurisdição — são:

1. as fases por que passa o processo (postulatória, instrutória, decisória e executória)³;

1 As referências à lei, no texto, devem ser compreendidas em sentido lato: ato normativo geral e abstrato.

2 É o *aspecto territorial da competência*, impropriamente denominado de “competência territorial”. Os locais relacionados ao litígio são: o de consumação da suposta infração; o de situação da coisa litigiosa; os de domicílio dos litigantes; e, o de eleição contratual (que, a rigor, é um local de domicílio escolhido pelos litigantes).

3 *Aspecto funcional horizontal da competência* a que a doutrina atribui a imprópria denominação de “competência funcional horizontal”.

2. os atos processuais praticados em cada fase processual – denominados, pela doutrina, de “objetos do juízo”⁴; e, por fim,
3. os graus de jurisdição por que passa o processo⁵.

Os critérios funcionais de fixação da competência demonstram peculiar relevância, especialmente, nas situações em que é preciso “distribuir o trabalho jurisdicional”, no mesmo processo, entre mais de um órgão (juízo), ou mais de um agente (juiz) da função em exercício.

Todos os critérios mencionados – isto é, os três de natureza material e os três de caráter funcional, acima referidos – são utilizados pela lei, em cada um dos três níveis sucessivos do processo de fixação de competência: a fixação da competência da Justiça, da competência do foro e da competência do juízo.

Em outras palavras: a fixação legal da competência atravessa três etapas, cuja ordem lógica implica uma gradativa especialização, e nas quais a lei emprega *todos* os critérios de fixação antes mencionados.

Isso se deve ao fato de que, na verdade, os referidos critérios constituem aspectos de cada competência: Há aspectos materiais e funcionais da competência da Justiça; aspectos materiais e funcionais da competência do foro; e, por fim, aspectos materiais e funcionais da competência do juízo.

É possível ilustrar essa afirmação com o exemplo da competência do juízo do Tribunal do Júri da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. Esse juízo é competente para:

1. as fases postulatória, instrutória e decisória⁶ do processo e julgamento⁷,
2. em primeiro⁸ grau de jurisdição⁹,
3. dos crimes dolosos contra a vida¹⁰,
4. supostamente praticados, em local situado na Comarca da Capital¹¹,

4 *Aspecto funcional horizontal da competência* a que a doutrina atribui, também, a imprópria denominação de “competência funcional horizontal”

5 *Aspecto funcional vertical da competência*, impropriamente conhecido como “competência funcional hierárquica” ou “vertical”.

6 Não para a fase executória, cuja competência é da Vara de Execuções Penais.

7 *Aspecto funcional* da competência do juízo, referente às fases do processo.

8 Não para o segundo grau de jurisdição, cuja competência é do Tribunal de Justiça.

9 *Aspecto funcional* da competência do juízo, referente ao grau de jurisdição.

10 *Aspecto material ratione materiae* da competência do juízo, referente ao bem jurídico tutelado.

11 *Aspecto material ratione loci* da competência do juízo, referente ao local de consumação da infração penal.

5. por réus que não disponham de juízo por prerrogativa de função¹², e em detrimento de bens, interesses ou serviços de particulares ou de entes públicos não federais¹³ (14);

6. com precisa definição¹⁵ dos atos processuais que podem ser praticados pelos vários juízes¹⁶ que integram aquele órgão jurisdicional¹⁷.

Como visto, a competência do Júri envolve aspectos materiais e funcionais, motivo por que é juridicamente impróprio, *data venia*, afirmar, por exemplo, que a competência desse juízo é *ratione materiae*, funcional, ou algo que o valha.

Aliás, renovadas as vênias, é uma impropriedade técnica aludir, até mesmo, a competência material, funcional, hierárquica, horizontal, territorial, *ratione personae*, ou quejando. Tais conceitos são completamente insubsistentes, uma vez que a competência da Justiça, do foro ou do juízo envolve a interação de todos os seis aspectos antes mencionados. Assim é que a competência do Júri da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, não somente é *ratione materiae*, como também, *ratione personae*, *ratione loci*, e funcional (horizontal e originária). A indicação, pois, de apenas algum(ns) desses aspectos, para informar a natureza da competência desse juízo, revelar-se-ia equivocada, por evidente omissão.

Cumprе reconhecer, portanto, que cada um dos três níveis básicos da competência — Justiça, foro e juízo — é definido, em última análise, pela interação dos aspectos materiais e funcionais estabelecidos em lei.

E, isso ocorre, etapa a etapa.

Assim, todos os mencionados critérios incidem, de início, para fixar a *Justiça competente* (Justiça federal ou estadual, comum ou especializada), na forma do que dispõem as *normas constitucionais* cabíveis.

12 Porque, se houver agente com prerrogativa de função, a competência é do Tribunal (de Justiça, Regional Federal, Superior ou Supremo) indicado por norma constitucional específica.

13 Porque, em caso contrário, a competência seria de um júri federal.

14 *Aspecto material* *ratione personae* da competência do juízo, referente aos protagonistas (agressor e vítima) do litígio.

15 A discriminação envolve, por exemplo, as respostas aos quesitos, que cabem aos jurados, e não ao juiz-presidente; e, a solução das questões preliminares formais suscitadas em Plenário, a fixação da pena, e a lavratura da sentença, que cabem ao juiz-presidente, e não aos jurados.

16 Os juizes presidente (togado) e integrantes do Conselho de Sentença (jurados leigos).

17 *Aspecto funcional* da competência do juízo, referente aos "objetos do juízo".

Consultam-se, em seguida, *normas legais ordinárias nacionais*¹⁸, que orientam a incidência de todos aqueles mesmos critérios, para a fixação do *foro competente* (comarca, seção judiciária, zona eleitoral, etc.). E, para isso, é preciso que se tenha identificado, de antemão, a Justiça competente. Afinal, foro é a unidade territorial mínima de organização de uma dada estrutura judiciária. Assim, na Justiça estadual, o foro é a *comarca*. Mas, na Justiça federal, o foro é a *seção judiciária*; e, na Justiça eleitoral, o foro é a *zona eleitoral*. Como saber, então, que foro é o competente, sem, antes, definir a Justiça apta para o julgamento da causa?

Somente após as duas etapas anteriores é que se alcança, por fim, a fixação do *juízo competente* — para o que, incidem todos os mesmos critérios referidos, de acordo com as *normas legais ordinárias e administrativas de organização judiciária federais ou estaduais*, conforme o caso¹⁹. E, a prévia definição do foro é premissa imprescindível para essa última etapa do processo de fixação da competência, uma vez que, o juízo natural, legalmente apto para o processo e julgamento da causa, deve ser encontrado nos limites geográficos de um determinado foro — uma comarca, uma seção judiciária, ou uma zona eleitoral.

Cabe repetir, pois, para maior clareza da exposição: Todos os critérios legais acima mencionados incidem em cada uma das três etapas de fixação da competência. Eles interagem para definir a Justiça, o foro e o juízo competentes — nessa ordem, e, sempre, de acordo com as diretrizes firmadas pelas normas jurídicas cabíveis (constitucionais²⁰, nacionais²¹, e federais²² ou estaduais²³).

Assim, por exemplo, é perfeitamente possível convir com a incidência do critério *ratione loci* nos três níveis de fixação da competência.

A fixação da Justiça competente é influenciada pelo critério territorial²⁴, v.g., na situação apontada pela nonna do artigo 109, parágrafo 3º, da Constituição da República. Uma causa previdenciária pode ser ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social, perante a Justiça estadual, se o demandante tem domicílio em comarca que não é sede de juízo federal. O aspecto do litígio que permite a fixação da competência da Justiça estadual, na

18 São as normas editadas pelo Congresso Nacional cujo âmbito de incidência supera os limites da órbita federal do Estado brasileiro — o Código de Processo Civil, ou o Código de Processo Penal, por exemplo.

19 Por exemplo, o Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado, ou a Lei n.º 5.010/66, bem como, as Resoluções e Regimentos internos dos Tribunais estaduais ou federais.

20 Aplicáveis à Justiça competente.

21 Aplicáveis ao foro competente.

22 Aplicáveis ao juízo competente. *Normas federais* são as editadas pelo Congresso Nacional cujo âmbito de incidência se restringe aos limites da órbita federal do Estado brasileiro — como a Lei n.º 5.010/66, por exemplo.

23 Aplicáveis ao juízo competente.

24 *Ratione loci*.

situação do exemplo, é o *domicílio do demandante* — um dos locais relacionados ao conflito de interesses.

O mesmo critério *ratione loci* opera efeitos óbvios na fixação do foro competente. É o que pode ser extraído, por exemplo, na situação indicada pela norma do parágrafo 1º do artigo 94 do Código de Processo Civil: “Tendo em mais de um *domicílio*, o réu será demandado no foro de qualquer deles”²⁵.

E, por fim, o mencionado critério territorial influencia, também, a fixação do juízo competente nas situações indicadas no artigo 16, alínea c, do Código de Organização Judiciária do Estado do Rio de Janeiro — que ensejou a instalação de juízos regionais na comarca da Capital desse Estado²⁶:

“A criação de novas varas, nas comarcas da capital e de segunda entrada, será feita:

(...)

c) por descentralização, quando o exigir expressiva concentração populacional em núcleo urbano situado em região ou distrito afastado do centro da sede da comarca, cuja distância em relação ao foro local torne onerosa ou dificulte a locomoção dos jurisdicionados.”

É forçoso reconhecer, por conseguinte, a inexistência da chamada “competência territorial”, ou “em razão do território” — expressões empregadas em normas como a do artigo 111 do Código de Processo Civil. O conceito de “competência territorial” é incompreensível — a não ser que se pretenda extrair da expressão a idéia de eficácia territorial da competência, o que, no entanto, é absolutamente inconstitucional, já que, por a jurisdição ser expressão da soberania nacional, a eficácia espacial da competência abrange todo o território nacional.

Cabe repetir: *Não faz sentido tratar de uma suposta competência territorial. Possível, isso sim, é considerar o aspecto territorial de fixação da competência.* Isso porque, como visto nos exemplos acima indicados, o aspecto *ratione loci* influencia os três níveis básicos da competência. Em outras palavras, *há um aspecto territorial na fixação da competência da Justiça, da competência do foro, e da competência do juízo.*

Assim, a rigor, nada significa afirmar que a competência territorial é relativa ou absoluta. *Rogata venia, o que importa é saber se o aspecto territorial da competência da Justiça, do foro ou do juízo pode ou não ser modificado.*

25 O grifo foi acrescentado.

26 Artigo 94, inciso X, e parágrafos 3º e 4º, do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro.

É costume denominar de competência absoluta aquela insuscetível de prorrogação, pelo que, não pode ser modificada por acordo entre as partes. Relativa é, pois, a competência prorrogável, passível de alteração por convenção entre as partes.

Cumpra, porém, interpretar adequadamente essas afirmações. A competência (de Justiça, de foro ou de juízo) resulta da interação de seis fatores básicos, muitos dos quais não podem ser objeto de modificação, por acordo entre as partes, mesmos nos casos da chamada competência relativa.

Assim, na verdade, *competência relativa* é aquela em que é juridicamente viável modificar, mediante consenso, apenas, alguns aspectos de sua fixação. Contrariamente, *competência absoluta* é aquela cujos aspectos de fixação não podem ser modificados por acordo entre as partes.

Indicados pelo artigo 111 do Código de Processo Civil, os aspectos de fixação da competência passíveis de modificação consensual tratam do valor da causa e do local relacionado ao ilícito²⁷.

Cumpra observar, desde logo, que a alteração viabilizada pela referida norma do *codex* de Processo permite a eleição do *foro* competente – isto é, *influencia a fixação da competência do foro*:

“A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, *elegendo foro* onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.”²⁸

E, *data venia*, não poderia ser de outro modo. Afinal, a competência da Justiça é definida por normas constitucionais, e, a de juízo, por normas federais ou estaduais de organização judiciária. Não caberia, portanto, à lei ordinária nacional dispor sobre tema que não se cingisse, efetivamente, à competência do foro – sob pena de violação da reserva constitucional respectiva: Incumbe à própria Constituição da República dispor sobre a competência da Justiça²⁹; ao Estado-Membro dispor sobre sua própria organização judiciária – e, por isso, disciplinar a competência dos juízes estaduais³⁰ –; e à lei federal dispor sobre a competência do juízo, no âmbito da organização judiciária federal³¹.

Assim, vale repetir: *a alteração do aspecto ratione loci de fixação da competência, admitida pela lei ordinária nacional, permite que as partes escolham, consensualmente, o foro onde o processo se deve desenvolver*. A norma do artigo 111 do Código de Processo Civil é clara: *Autor e réu podem*

27 O aspecto *ratione loci* de fixação da competência.

28 Artigo 111 do Código de Processo Civil. O grifo foi acrescentado.

29 Artigos 92 a 126 da Carta.

30 Artigo 25, *caput*, da Constituição da República.

31 Artigo 22, inciso XVII, da Constituição da República.

eleger a comarca ou a seção judiciária competente — o foro —, não a Justiça ou o juízo capaz de exercer jurisdição no processo.

A única possibilidade de modificação da competência do juízo federal, acatada mediante interpretação sistemática das normas dos artigos 111 e 114, ambos do Código de Processo Civil, é aquela fundada no aspecto *ratione valore*m — para permitir que um determinado órgão judiciário, competente, em princípio, para julgar causas acima de determinado valor, possa também fazê-lo, em relação a causas que se situem abaixo dessa mesma alçada. Atualmente, porém, essa hipótese não incide, no âmbito da Justiça federal, ante a inexistência de previsão legal de fixação da competência de juízo federal mediante o concurso do critério *ratione valore*m³².

Cabe concluir, portanto, que, em relação à competência federal, é juridicamente viável que as partes elejam, tão-só, a seção judiciária competente para o processo e julgamento do litígio — jamais, o juízo nela situado. E, o mesmo pode ser afirmado, também, no que toca à Justiça estadual: as partes podem escolher, consensualmente, a comarca onde a causa será processada e julgada — não o juízo competente, ali localizado.

Hoje, os limites da seção judiciária equívalem aos do território de um Estado-Membro: “Cada um dos Estados e Territórios, bem como o Distrito Federal, constituirá uma Seção Judiciária, tendo por sede a respectiva Capital.”³³

Ocorre que, por efeito do recém iniciado processo de interiorização por que passa a Justiça Federal, no País, instituíram-se juízos federais em Municípios diversos das Capitais dos Estados. Essa medida foi considerada útil para melhor observância do princípio constitucional do acesso à justiça, e resultou na implantação de uma estrutura judiciária federal extremamente similar àquela já existente na Justiça de alguns Estados — como, por exemplo, nas comarcas da capital de São Paulo e do Rio de Janeiro, onde existem, hoje, vários juízos regionais ou distritais, situados em circunscrições periféricas, dentro dos limites geográficos daqueles Municípios.

Cumprir observar, porém, que, do mesmo modo como ocorreu no contexto da organização judiciária dos referidos Estados, o mencionado processo de interiorização da Justiça federal cuidou de melhor distribuir os órgãos judiciários federais *no espaço geográfico das respectivas seções judiciárias* — ou seja, implicou, não a instituição de novos foros, mas a

32 E, isso pode ser afirmado, mesmo após a instalação do Juizado Especial Federal, noticiada para breve. Apesar do que possa parecer, à primeira vista, o aspecto *ratione materiae* da competência desses órgãos jurisdicionais leva em conta a presença, ou não, de vários outros fatores, além do valor da causa — como, por exemplo, aqueles apontados pelos artigos 3º, parágrafo 2º, 8º, parágrafo 1º, 18, parágrafo 2º, e 35, todos da Lei n.º 9.099/95. Não cabe, pois, afirmar que o aspecto, em exame, da competência do Juizado Especial Cível seja fixado, exclusivamente, pelo valor da causa (*ratione valore*m).

33 Artigo 3º da Lei n.º 5.010/66.

implantação (ou redistribuição) de juízos no âmbito espacial do mesmo foro já existente (a seção judiciária).

Assim, por exemplo, no que toca à seção judiciária do Estado do Rio de Janeiro, não há distinção *de foro* entre as Varas localizadas na capital e aquelas que se situam nas cidades de Niterói, São João de Meriti, ou Nova Friburgo. São, todas elas, juízos federais distribuídos no espaço geográfico do mesmo foro — a seção judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Qualquer questão, pois, que diga respeito à competência desses órgãos é tema concernente à *competência de juízo*, não à competência do foro. Afinal, este é o mesmo, para todas elas.

Vale lembrar que foro é a unidade territorial mínima com que se organiza, administrativamente, uma estrutura judiciária: é a comarca, na Justiça estadual; a seção judiciária, na Justiça federal comum; e, a zona eleitoral, na Justiça eleitoral.

Indagar, pois, v.g., acerca da competência de uma Vara federal da cidade do Rio de Janeiro e outra da cidade de Niterói, para o processo e julgamento de uma certa causa, implica questionar, não a competência do foro — pois, ambas as Varas situam-se na mesma seção judiciária —, e sim, a competência do juízo.

É fácil convir com a efetiva influência do aspecto *ratione loci* para a fixação da competência de uma Vara federal central, ou daquela situada em um Município do interior do Estado, para o processo e julgamento de uma determinada causa.

E, já se verificou que o aspecto *ratione loci* das competências da Justiça³⁴ e do juízo não pode ser modificado por acordo entre as partes. Estas somente podem fazê-lo *para eleger foro*³⁵.

A conclusão que se impõe é, pois, a da natureza absoluta do aspecto *ratione loci* de fixação da competência, sempre que se cuidar da distribuição do ofício jurisdicional entre Varas federais do interior e da capital. A questão trata do aspecto territorial da *competência do juízo* — tema que, renovadas as vênias, não diz respeito, em absoluto, à norma do artigo 111 do Código de Processo Civil.

Considerando, pois, a natureza absoluta do aspecto territorial da competência do juízo, cumpre admitir a possibilidade de o tema ser objeto de apreciação jurisdicional *ex officio* — sem necessidade, pois, de provocação do

34 A hipótese do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição da República permite que o autor escolha, como direito potestativo, entre as Justiças federal e estadual, para o processo e julgamento da causa. Assim, em primeiro lugar, não cabe, nessa situação, mencionar a possibilidade de a referida escolha operar por *acordo entre as partes* — uma vez que, como visto, cuida-se de *direito potestativo* do demandante. E, cabe lembrar, também, que a possibilidade de o autor escolher a Justiça perante a qual deseje demandar é expressamente admitida por norma constitucional, pelo que, não se trata, aqui, de incidência da norma do artigo 111 do Código de Processo Civil. Como dito, à lei ordinária nacional incumbe dispor, apenas, sobre *competência do foro* — sob pena de *inconstitucionalidade*.

35 Artigo 111 do Código de Processo Civil.

réu mediante exceção instrumental. Esse é o sentido indicado pelas normas dos artigos 113, 267, parágrafo 3º, e 301, parágrafo 4º, todos do Código de Processo Civil.

Em síntese:

1. Competência é a possibilidade legal de exercício da função jurisdicional, por um órgão do Poder Judiciário, em um determinado processo. Incumbe à lei fixar a competência.

2. Os critérios *materiais* de fixação legal da competência – isto é, aqueles fundados em elementos da relação jurídica *material* litigiosa submetida ao exame jurisdicional – são: 1. a natureza do litígio posto em causa (*ratione materiae*); 2. a qualidade das pessoas envolvidas no conflito de interesses (*ratione personae*); e, 3. o local relacionado ao litígio (*ratione loci*).

3. Os critérios *funcionais* de fixação legal da competência – ou seja, aqueles pertinentes à relação processual (funcional) que viabiliza o exercício da jurisdição – são: 1. as fases por que passa o processo (postulatória, instrutória, decisória e executória); 2. os atos processuais praticados em cada fase processual – denominados, pela doutrina, de “objetos do juízo”; e, 3. os graus por que passa o processo.

4. A fixação legal da competência atravessa três etapas, cuja ordem lógica implica uma gradativa especialização: em primeiro lugar, a definição da Justiça competente; em segundo lugar, a fixação do foro competente; e, por fim, a indicação do juízo competente.

5. Todos os critérios mencionados – isto é, os três de natureza material e os três de caráter funcional, referidos no itens 2 e 3 – são utilizados pela lei, para a fixação da competência, em cada um de seus três níveis sucessivos: a fixação da competência da Justiça, da competência do foro e da competência do juízo.

6. É uma impropriedade técnica aludir, pois, a conceitos como competência material, funcional, hierárquica, horizontal, territorial, *ratione personae*, *ratione materiae*, ou *ratione valore*. Tais expressões referem-se a fatores que interagem, cumulativamente, para a fixação da competência da Justiça, do foro ou do juízo: são aspectos (materiais e funcionais) de cada uma dessas três competências.

7. A fixação da Justiça competente resulta da interação dos referidos critérios, na forma do que dispõem as normas constitucionais cabíveis.

8. A fixação do foro competente resulta da interação dos referidos critérios, na forma do que dispõem as normas legais ordinárias nacionais cabíveis, no âmbito da Justiça competente, antes definida.

9. A fixação do juízo competente resulta da interação dos referidos critérios, na forma do que dispõem as normas legais ordinárias e administrati-

vas de organização judiciária federais ou estaduais cabíveis, no âmbito do foro competente, antes definido.

10. O critério territorial (*ratione loci*) opera efeitos para a fixação de cada uma das três competências apontadas – a competência da Justiça, do foro e do juízo.

11. Foro é a unidade territorial mínima com que se organiza, administrativamente, uma estrutura judiciária: é a comarca, na Justiça estadual; a seção judiciária, na Justiça federal comum; e, a zona eleitoral, na Justiça eleitoral.

12. Competência relativa é aquela em que é juridicamente viável modificar, mediante consenso, apenas, alguns aspectos de sua fixação.

13. Competência absoluta é aquela cujos aspectos de fixação não podem ser modificados por acordo entre as partes – suscetível, pois, de conhecimento jurisdicional de ofício.

14. Por força da norma do artigo 111 do Código de Processo Civil, as partes podem modificar, consensualmente, o aspecto territorial da competência do foro.

15. A norma do artigo 111 do Código de Processo Civil não afeta o aspecto territorial das competências da Justiça e do juízo. Se o fizesse, incorreria em inconstitucionalidade.

16. O aspecto territorial das competências da Justiça e do juízo é, pois, absoluto – passível, assim, de conhecimento *ex officio*.

17. A relação existente, na Justiça estadual, entre as varas situadas nos centros e nas circunscrições periféricas das comarcas de entrância especial é a mesma estabelecida entre as Varas federais localizadas nas capitais e nos Municípios do interior dos Estados: Todas situam-se no mesmo foro, pelo que, qualquer questão que diga respeito à competência desses órgãos é tema concernente à competência de juízo.

18. O aspecto territorial é decisivo para a fixação da competência de uma Vara federal central, ou daquela situada em um Município do interior do Estado.

19. O tema concerne à fixação da competência de juízo – não de foro.

20. Cumpre admitir, pois, que, à semelhança do que ocorre com as varas centrais e regionais da Justiça estadual, o aspecto *ratione loci* da competência dos juízes federais da Capital e do interior é absoluto, suscetível, assim, de exame jurisdicional *ex officio*.

É POSSÍVEL A EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DA PESSOA JURÍDICA E A INCLUSÃO DOS SEUS ADMINISTRADORES EM FACE DA MERA AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DOS TRIBUTOS? O QUE DIZ O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FERNANDO OSÓRIO DE ALMEIDA JUNIOR

Mestre em Direito Tributário pela Universidade Candido Mendes – UCAM
e Professor de Direito Tributário da Pós-Graduação em Direito da
Economia e da Empresa da Fundação Getúlio Vargas – FGV

SIMONE FRANCO DI CIERO

Advogada no Rio de Janeiro

I. INTRODUÇÃO

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o alcance da responsabilidade tributária de gerentes e administradores das sociedades caminha atualmente no sentido da responsabilidade *objetiva* de tais agentes, isto é, o mero não recolhimento do tributo implicaria na “infração de lei” a que se refere o art. 135 do Código Tributário Nacional, cuja consequência seria a responsabilidade pessoal.

Do exposto, vê-se que, segundo a jurisprudência do Tribunal Superior, basta que ocorra a hipótese de falta de recolhimento de tributo para que a consequência seja a vinculação “automática” do gerente ou do administrador ao cumprimento da obrigação fiscal.

Se isto está claro, difícil é entender por que em outros julgados a Corte Superior assenta que a responsabilidade pessoal dos referidos agentes *substitui* a da sociedade, isto é, de acordo com a interpretação do mesmo art. 135 do CTN aplicado também pelo Tribunal no caso de falta de recolhimento de tributo (“infração de lei”), como vimos, passa o administrador a ser o *único* responsável pelo pagamento, pois que não é outra a idéia de substituição tributária, ou seja, “sai” o contribuinte e “entra” o responsável¹.

Com efeito, em face desses entendimentos, a conclusão a que se chegaria é a de que toda vez que a sociedade deixasse de pagar o tributo (fosse por “qualquer” motivo) eximir-se-ia da responsabilidade, ficando somente o

1 A. D. Giannini ensinava que “substituto do imposto” é a pessoa que toma o lugar do devedor, substituindo-o completamente nessa condição (Instituzioni di Diritto Tributario. Milano: Giuffrè-Editore, 1951, ps. 105 a 107). Para Ricardo Lobo Torres, “substituto é aquele que, em virtude de determinação legal, fica em lugar do contribuinte, assumindo a responsabilidade pela obrigação tributária” (Curso de Direito Financeiro e Tributário. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 222).

administrador como único pessoalmente responsável pelo seu adimplemento (!).

Como equacionar ambos os entendimentos no âmbito de uma mesma Corte de Justiça? Pois que não é possível, foge de qualquer idéia de razoabilidade, entender-se que tenha desejado a lei tributária assentar que a mera falta de recolhimento do tributo fosse suportada, por substituição, exclusivamente pelo administrador da sociedade, segundo a interpretação dada pelo STJ. É o que se verá a seguir.

2. RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES POR OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS RESULTANTES DE ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTOS

Se o art. 134, VII, do CTN regula a responsabilidade subsidiária *específica* dos sócios na liquidação de sociedade de pessoas, o art. 135, III, por seu turno, fixa a responsabilidade de todos os que são nomeados pelas sociedades para em seu nome exercer direitos ou contrair obrigações:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”

A responsabilidade pessoal das pessoas referidas no inciso III (diretores, gerentes ou representantes), surge com a realização de atos que extrapolam as suas atribuições definidas nos atos constitutivos das sociedades ou nas leis (atos *ultra vires*).

Não há, a nosso sentir, uma dupla possibilidade de surgimento da responsabilidade, como faz induzir a má redação (redundante) desse artigo, ao referir-se a uma suposta hipótese de ato praticado com “excesso de poderes” “ou” “infração de lei, contrato social ou estatutos”.

O *excesso* de poder dos dirigentes de sociedades em geral decorre tanto de atos praticados com infração de lei como daqueles de infração de normas próprias da sociedade.

Prescrevendo a norma legal ou a norma da sociedade uma determinada conduta, seja um *fazer* ou um *deixar de fazer*, a sua inobservância poderá acarretar conseqüências no âmbito do direito tributário, isto é, poderá constituir fato gerador de obrigação tributária, em face da qual responderá pessoalmente aquele que concorreu para a sua causa.

No caso específico da infração à lei, esse excesso se dá quando a *própria* norma legal prescreve a responsabilidade *pessoal* do administrador em face de atos praticados de forma irregular. Ainda que possa estar muitas vezes – e de uma forma ou de outra – “autorizado” pela sociedade, a lei poderá prescrever, na condução de certos negócios, a existência de uma gestão temerária por parte dos seus dirigentes.

Para ilustrar o exposto, veja-se, por exemplo, o caso da Lei nº 6.385/76 (art. 11), pela qual a Comissão de Valores Mobiliários – CVM poderá impor aos administradores da companhia penalidades de caráter administrativo em razão de certas condutas, tais como a criação de condições artificiais de preço dos valores mobiliários de emissão da companhia, decorrente de ação ou omissão do administrador; a manipulação de preço no mercado; a realização de operações fraudulentas no mercado de capitais, levando terceiros a erro, com a finalidade de obter vantagem ilícita e, por fim, a execução de práticas não equitativas que coloquem em uma indevida posição de desequilíbrio ou desigualdade as partes em transações com valores mobiliários emitidos pela companhia (Instrução Normativa nº 8/79)².

Por outro lado, também a título de ilustração, a Lei nº 8.884/94 (art. 16), que regula a defesa da concorrência, estabelece a responsabilidade pessoal do dirigente da sociedade nas hipóteses de atos que importem em prejuízo à livre concorrência; domínio de mercado relevante de bens e serviços; aumento arbitrário dos lucros e exercício abusivo de posição dominante.

Se de todos esses atos exemplificados acima *resultar*, direta ou indiretamente, nascimento de obrigação tributária, ficarão os administradores responsáveis, também, pelo pagamento dos tributos correspondentes, à luz do art. 135 do CTN.

Essa é, a nosso sentir, a melhor interpretação do art. 135 do CTN, porquanto senão haveríamos de admitir que o mero não pagamento de um tributo por uma sociedade-contribuinte já vincularia objetivamente o seu administrador, pois não há dúvida que, *a priori*, não pagar tributo a tempo e modo também é, por si só, uma conduta *contrária* à lei. A pensar desse modo, esvaziaríamos por completo quaisquer considerações sobre o “excesso de poder” dos dirigentes das sociedades, elemento *imprescindível* para a tipificação da responsabilidade tributária desse agentes.

Em sentido oposto ao nosso entendimento, todavia, posiciona-se atualmente o Superior Tribunal de Justiça. Em acórdãos de ambas as turmas que tratam da matéria tributária, aquele Ilustre Tribunal assentou o seguinte:

“Os sócios-gerentes são responsáveis pela dívida tributária resultante de atos praticados com infração à lei e quem deixa de recolher tributos devidos pela sociedade comete infração à lei.”

2 Carvalho. Modesto. Latorraca. Nilton. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. Vol. 3. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 303.

(Resp nº 203.878/RJ, 1ª turma, unânime, rel. Garcia Vieira, julg. 06.05.1999, DJ de 21.06.1999)

“O não recolhimento de tributo pela pessoa jurídica constitui infração à lei, o que enseja responsabilidade dos sócios-gerentes.”

(Resp nº 211.842/MG, 1ª turma, unânime, rel. Garcia Vieira, julg. 03.08.1999, DJ de 06.09.1999)

“O sócio-gerente, os diretores ou representantes de pessoas jurídicas, definidos no contrato social, respondem ilimitadamente pelos créditos tributários, desde que praticados com excesso de poderes ou infração de lei, incluindo-se nesta o não recolhimento das contribuições previdenciárias.”

(Resp nº 7303/RJ, 2ª turma, unânime, rel. José de Jesus Filho, julg. 71.06.1992, DJ 03.08.1992)

Com efeito, a citada jurisprudência criou uma verdadeira e assombrosa responsabilidade tributária *objetiva* do administrador que deixa de pagar tributo, tomando-se assim *despicienda* qualquer questão sobre se ter ou não agido com excesso de poder.

É de se ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, em época anterior, possuía entendimento diferente sobre o tema, posicionando-se em sentido contrário ao assentado pelo STJ, conforme bem ilustram as seguintes passagens:

“Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Os bens particulares dos sócios, uma vez integralizado o capital, não respondem por dívida fiscal da sociedade, salvo se o sócio praticou ato com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.”

(RE nº 85.241/SP, 2ª turma, unânime, rel. Leitão de Abreu, julg. 22.11.1977, DJ de 24.02.78)

Para melhor explicitação da ementa, segue-se o seguinte trecho do voto condutor do acórdão:

“Pretende a terceira embargada que a responsabilidade dos sócios advém de infração à lei, por não terem solvido a tempo a obrigação tributária; labora em equívoco; a infração à lei diz com a economia societária; admitir-se o contrário, os sócios seriam sempre os responsáveis pelas dívidas da sociedade, quer nas relações de Direito Público, quer nos negócios jurídicos de Direito Privado, pois o inadimplemento de qualquer obrigação constitui ofensa à lei; (...).”

Deve-se ressaltar, por outro lado, que a doutrina é amplamente majoritária no sentido esposado no acórdão da Corte Suprema.

Mizabel Derzi³ aduz que:

“A lei que se infringe é a lei comercial ou civil, não a lei tributária, agindo o terceiro contra os interesses do contribuinte.”

Hugo de Brito Machado⁴, por seu turno, reza que:

“Se o não pagamento do tributo fosse infração à lei capaz de ensejar a responsabilidade dos diretores de uma sociedade por cotas, ou de uma sociedade anônima, simplesmente inexistiria qualquer limitação da responsabilidade destes em relação ao fisco.”

Por fim, Luiz Emygdio⁵, entre outros, ensina que:

“Assim, recusamo-nos a aceitar a tese de alguns julgados entendendo que o mero não pagamento do tributo pela sociedade implica na responsabilidade pessoal do seu administrador. O administrador é órgão da sociedade, e como tal gera a vontade social.(...) Assim, o administrador só responde pessoalmente em caráter excepcional (...).”

Todavia, em que pese a orientação doutrinária, a jurisprudência do STJ, que é a última instância para apreciar a matéria, vem reiteradamente colocando-se no sentido de que o não recolhimento do tributo constitui por si só a responsabilidade dos gerentes, diretores, administradores e representantes das pessoas jurídicas.

Com efeito, tal posicionamento choca-se com outros pronunciamentos da mesma Corte sobre tema *conexo*, conforme detectamos a seguir.

3. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUBSTITUIÇÃO

Outra questão que também merece destaque é a de se saber se a responsabilidade das pessoas indicadas no art. 135 do CTN *exclui* a responsabilidade das sociedades-contribuintes.

Para Aliomar Baleeiro⁶:

“O caso, diferentemente do anterior, não é apenas de solidariedade, mas de responsabilidade por substituição. As pessoas indicadas no art. 135 passam a ser os responsáveis ao invés dos contribuintes.”

Segundo Ives Gandra da Silva Martins⁷:

3 Baleeiro, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro, 11º ed. Atualizadora: Mizabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 756.

4 Temas de Direito Tributário II. São Paulo; Rev. dos Tribunais, 1994, p. 113.

5 Rosa Jr. Luiz Emygdio F. da. Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário, 11º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 515.

6 *Op. cit.*, p. 755.

7 Comentários ao CTN. Vol. I. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 292.

“O elemento, todavia, fundamental, a nosso ver, reside no fato de cuidar o artigo de atos praticados de forma dolosa contra os interesses dos contribuintes representados, com o que houve por bem o legislador considerar responsável não os representados, MAS EXCLUSIVAMENTE OS REPRESENTANTES.”

(grifos do original)

Mizabel Derzi⁸, por seu turno, aduz que:

“Já o art. 135 transfere o débito, nascido em nome do contribuinte, exclusivamente para o responsável, que o substitui, inclusive em relação às hipóteses mencionadas no art. 134.”

Por fim, Luciano Amaro⁹:

“(…) verifica-se que esse dispositivo exclui do pólo passivo da obrigação a figura do contribuinte (que, em princípio seria a pessoa em cujo nome e por cuja conta estaria agindo o terceiro), ao dispor no sentido de que o executor do ato responda pessoalmente.”

Nesse sentido também se posiciona o Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende das ementas a seguir:

“De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poder ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN.”

(REsp nº 202778/PR, 1ª Turma, unânime, rel. José Delgado, julg. 27.04.99, DJ 01.07.99)

“No sistema jurídico tributário vigente, o sócio-gerente é responsável – por substituição – pelas obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração à lei ou cláusulas do contrato social (CTN, art. 135).”

(REsp nº 68.408/RS, 1ª turma, unânime, rel. Demócrito Reinaldo, julg. 23.05.1996, DJ de 24.06.1996)

“Os sócios-gerentes respondem na qualidade de responsáveis por substituição pelos débitos tributários.”

(REsp nº 20.997/BA, 2ª Turma, unânime, rel. Antônio de Pádua Ribeiro, julg. 07.08.1995, DJ de 28.08.1995)

8 *Op. cit.*, p. 756.

9 *Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 308.

“Os sócios-gerentes são responsáveis pela dívida tributária resultante de atos praticados com infração à lei. Esta é uma das hipóteses de substituição tributária e de responsabilidade principal.”

(REsp nº 7.387/PR, 1ª turma, unânime, rel. Garcia Vieira, julg. 18.11.1992, DJ de 14.12.1992)

Em oposição à doutrina e à jurisprudência dominante, é o parecer de Hugo de Brito Machado¹⁰:

“Com efeito, a responsabilidade do contribuinte decorre de sua condição de sujeito passivo *direto* da relação obrigacional tributária. Independe de disposição legal que expressamente a estabeleça. Assim, em se tratando de responsabilidade inerente à própria condição de contribuinte, não é razoável admitir-se que desapareça sem que a lei o diga expressamente. (...) Pela mesma razão que se exige dispositivo legal expresso para a atribuição da responsabilidade a terceiro, também se há de exigir dispositivo legal expresso para excluir a responsabilidade do contribuinte.”

A posição da doutrina majoritária e da jurisprudência trazida à colação, com a devida vênia, não nos parece a mais acertada.

Em reforço às palavras do eminente Hugo de Brito Machado, ressaltamos que o CTN reza que “são pessoalmente responsáveis” as pessoas que administram as sociedades, e não que “são pessoal e *exclusivamente* responsáveis”.

A sociedade-contribuinte não deixa de continuar obrigada ao pagamento do tributo, porquanto — e por outro lado — ainda que se possa dizer que tais atos realizados com excesso de poder pelos seus gerentes não constituam um ato desejado pela sociedade, a mesma responderá em face de terceiros pelo fato de assumir o *risco* pela nomeação dos seus administradores. E se nomeou mal, não pode se eximir da responsabilidade de pagar tributo perante a Fazenda Pública.

Por outro lado, conforme ensina Modesto Carvalhosa¹¹:

“A responsabilidade da companhia está baseada no princípio da segurança das relações jurídicas. Conseqüentemente, a prática de atos ilícitos pelos administradores não pode ser argüida à frente de terceiros de boa-fé, que tenham contratado com a companhia. Não pode a sociedade eximir-se das obrigações e responsabilidades que tenha contraído com terceiros, agüindo abuso de poder ou descumprimento de lei ou do estatuto por parte dos seus administradores. (...) Isto porque, em face do caráter orgânico da representação, todos os atos praticados pelo administrador são atos da companhia.”

10 Curso de Direito Tributário. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 115.

11 *Op. cit.*, p. 321.

Ora, se o princípio de “segurança das relações jurídicas” rege as relações de direito privado, com mais acerto ainda deve ser este aplicado nas relações da qual faça parte a Fazenda Pública, razão por que não parece tenha a lei desejado eximir a pessoa jurídica da responsabilidade tributária, imputando-a exclusivamente à pessoa física que tem em geral menor condição econômica para suprir o encargo fiscal e que, por isso mesmo, tornará ainda mais difícil (inseguro) o adimplemento da obrigação. Não nos parece, portanto, que tal idéia concede *privilégio* ao crédito tributário, mas, antes, *subestima-o*.

Por todo o exposto, chama atenção o fato de que, como vimos anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que o mero não recolhimento do tributo implica em “infração de lei”, nos termos do art. 135 do CTN. Por outro lado, o mesmo Tribunal diz que, na hipótese do mesmo art. 135 do CTN, os administradores *substituem* a sociedade na obrigação de pagar o tributo.

Sendo correta tal interpretação, a conclusão lógica é a de que, toda a vez que a sociedade deixar de pagar tributos, serão os seus administradores os *únicos* responsáveis.

Essa situação, portanto, não pode prosperar em nossa jurisprudência, pelo que se aguarda uma melhor revisão nos tribunais superiores sobre o assunto.

4. CONCLUSÃO

4.1. A expressão “infração de lei”, contida no *caput* do art. 135 do CTN deve ser entendida não como compreensiva de toda e qualquer hipótese de infração a uma norma legal, mas sim no sentido de infração às normas de conduta exigidas aos gerentes, administradores e representantes das pessoas jurídicas na condução dos negócios.

4.2. A pensar de outra forma, constituiria “infração de lei” o mero não pagamento do tributo a tempo e modo, o que esvaziaria por inteiro maiores discussões acerca do “excesso de poder” dos administradores, elemento *imprescindível* para a tipificação da responsabilidade tributária dos dirigentes da pessoa jurídica (art. 135 do CTN), criando-se, com efeito, uma verdadeira e assombrosa responsabilidade *objetiva* em face daqueles agentes.

4.3. Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que o mero não recolhimento do tributo implica em “infração de lei”, nos termos do art. 135 do CTN; por outro lado, o mesmo Tribunal diz que, na hipótese do mesmo art. 135 do CTN, os administradores *substituem* a sociedade na obrigação de pagar o tributo, o que nos faz levar à conclusão de que toda a vez que a sociedade deixar de pagar tributos – seja por “qualquer” motivo – serão os seus administradores os *únicos* responsáveis, entendimento este que está a merecer, à luz das razões expostas, devida revisão.

the 1990s, the number of publications on the topic has increased steadily (see Figure 1).

There are a number of reasons for the increase in research on the topic. First, the number of people who are affected by the disease has increased. Second, the disease has become a major public health problem in many countries.

Third, the disease has become a major cause of death and disability in many countries. Fourth, the disease has become a major cause of economic loss in many countries.

Fifth, the disease has become a major cause of social stigma in many countries. Sixth, the disease has become a major cause of family conflict in many countries.

Seventh, the disease has become a major cause of mental health problems in many countries. Eighth, the disease has become a major cause of physical health problems in many countries.

Ninth, the disease has become a major cause of educational problems in many countries. Tenth, the disease has become a major cause of employment problems in many countries.

Eleventh, the disease has become a major cause of housing problems in many countries. Twelfth, the disease has become a major cause of transportation problems in many countries.

Thirteenth, the disease has become a major cause of communication problems in many countries. Fourteenth, the disease has become a major cause of recreation problems in many countries.

Fifteenth, the disease has become a major cause of cultural problems in many countries. Sixteenth, the disease has become a major cause of religious problems in many countries.

Seventeenth, the disease has become a major cause of political problems in many countries. Eighteenth, the disease has become a major cause of legal problems in many countries.

Nineteenth, the disease has become a major cause of ethical problems in many countries. Twentieth, the disease has become a major cause of philosophical problems in many countries.

Twenty-first, the disease has become a major cause of scientific problems in many countries. Twenty-second, the disease has become a major cause of artistic problems in many countries.

Twenty-third, the disease has become a major cause of literary problems in many countries. Twenty-fourth, the disease has become a major cause of historical problems in many countries.

Twenty-fifth, the disease has become a major cause of geographical problems in many countries. Twenty-sixth, the disease has become a major cause of biological problems in many countries.

Twenty-seventh, the disease has become a major cause of chemical problems in many countries. Twenty-eighth, the disease has become a major cause of physical problems in many countries.

Twenty-ninth, the disease has become a major cause of mathematical problems in many countries. Thirtieth, the disease has become a major cause of astronomical problems in many countries.

ESTA OBRA FOI IMPRESSA POR



Rua Pedro Alves, 64 A - Santo Cristo - RJ
(21)2283-1409 • barra4@ruralrj.com.br • www.barra4.com