

Revista
ESMAFE

Escola de Magistratura
Federal da 5a. Região

TRF 5a. Região
Recife – Pernambuco
Nº 4 – 2002

EDITORIA

**SECRETARIA EXECUTIVA DA ESMAFE – 5a.
Humberto Vasconcelos – Secretário Executivo
Nancy Freitas – Supervisora**

IMPRESSÃO

**Indústrias Gráficas Barreto Limitada
Av. Beberibe, 530 - Encruzilhada
52041-430 - Recife - PE
graficabarreto@zaz.com.br**

TIRAGEM

1.000 exemplares

CAPA

André Gonçalves Garcia

REVISTA ESMAFE – 5a.

**ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO
RUA DO BRUM, 216 – BAIRRO DO RECIFE
50030-260 – RECIFE – PE
esmafe@trf5.gov.br**

**ESCOLA DE MAGISTRATURA
FEDERAL DA 5a. REGIÃO**

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
Desembargador Federal
Diretor da ESMAFE

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5a. REGIÃO

DESEMBARGADORES FEDERAIS

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS
Presidente

UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE
Vice-Presidente

FRANCISCO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI
Corregedor Regional

RIDALVO COSTA

JOSÉ DE CASTRO MEIRA

PETRUCIO FERREIRA DA SILVA

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES

NEREU PEREIRA DOS SANTOS FILHO

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA

MARGARIDA DE OLIVEIRA CANTARELLI
Diretora da Revista

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
Diretor da ESMAFE

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

PAULO DE TARSO BENEVIDES GADELHA

Sumário

Editorial	7
Pena e Medida de Segurança e o Reflexo da Dualidade no Índice da Criminalidade	9
<i>Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante</i>	
La Cosa Juzgada (Ne Bis in Idem) y la Defensa del Acusado en la Corte Penal Internacional	13
<i>Desembargadora Federal Margarida de Oliveira Cantarelli</i>	
A Contribuição do Direito Natural Para o Positivismo Jurídico	25
<i>Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria</i>	
Teoria Jurídica dos Conflitos Internacionais	37
<i>Desembargador Federal Paulo Gadelha</i>	
Segurança Jurídica. Liberdade e Elisão	49
<i>Juiz Federal Hélio Sílvio Ourem Campos</i>	
O Magistrado e Sua Grandeza Intelectual, em Face dos Embargos Declaratórios e da Disciplina Judiciária	65
<i>Ministro do TST Milton de Roma França</i>	
Desapropriação Para Fins de Reforma Agrária	73
<i>Juiz Federal Edilson Pereira Nobre Júnior</i>	
A Supressão da Categoria dos Bens Imóveis Por Acesso Intelectual Pelo Código Civil de 2002	89
<i>Juiz Federal Rogério de Menezes Fialho Moreira</i>	
Pela Unificação do Poder Judiciário	97
<i>Juiz Federal Sérgio José Wanderley de Mendonça</i>	
Ampla Defesa x Desvirtuamentos (Litigância de Má-Fé e seu Ônus Financeiro)	105
<i>Juiz de Direito Francisco Glauber Pessoa Alves</i>	
Contagem de Tempo Fictício: Alterações Constitucionais e suas Implicações	129
<i>Mestranda em Direito Catarina Vila-Nova Alves de Lima</i>	

Pagamento de Precatórios: Aspectos Relevantes no Âmbito dos Tribunais Regionais Federais	143
<i>Procurador Federal do INSS Flávio Roberto Ferreira de Lima</i>	
A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	163
<i>Assessora da Corregedoria - TRF 5ª Roberta Lúcia Costa Ferreira</i>	
Ideologias Políticas, Direitos Humanos e Estado: Do Liberalismo à Terceira Via; Reflexões Para a Discussão do Modelo de Estado Brasileiro	191
<i>Professor Universitário André Regis</i>	
O Direito à Matrícula Universitária de Servidores Estudantes Redistribuídos de Ofício	217
<i>Estagiária do TRF 5ª Maria Paula M. Maranhão de Queiroz Campos</i>	
O Supremo Tribunal Federal e a Lei de Responsabilidade Fiscal	235
<i>Conselheiros Substitutos do Tribunal de Contas de Pernambuco Carlos Maurício Figueirêdo e Marcos Nóbrega</i>	
A Técnica da Tutela Inibitória e a Efetividade da Prestação Jurisdicional nas Obrigações de Fazer e de Não Fazer	247
<i>Oficial de Gabinete Kepler Gomes Ribeiro</i>	
Relação de Causalidade e Imputação Objetiva do Resultado	253
<i>Assessora da 5ª Vara Federal Danielle Souza de Andrade e Silva</i>	

EDITORIAL

Tem sido de grande proveito esta fase inicial de atividades na ESMAFE-5ª.

Instituída para converter-se em veículo destinado ao aperfeiçoamento da Magistratura Federal, a Escola não tem fugido a esse objetivo. Durante estes primeiros três anos, tem-se convertido em braço auxiliar do Tribunal na realização e coordenação de encontros, seminários, congressos, cursos e treinamentos, envolvendo não apenas a Magistratura, mas também o pessoal auxiliar.

Além dessa função, que a ESMAFE tem desempenhado com desenvoltura, inclusive ampliando o ambiente de cursos do próprio Tribunal, aqui se instalou um sistema de apoio aos concursos para a Magistratura Federal da 5ª Região. Dessa forma, a Secretaria Executiva da Escola foi convocada a coordenar administrativamente os trabalhos das duas últimas comissões de concurso, incluindo a realização dos cursos de preparação para a Magistratura e dos de Iniciação à Prática da Magistratura, estes últimos realizados após a nomeação dos novos Juízes.

Durante o ano de 2002, a par de todos esses trabalhos que vem empreendendo, a Escola estruturou e ministrou um curso de Redação Jurídica destinado a assessores e servidores que trabalham diretamente com o texto jurídico e abriu espaço para o Escritório de Qualidade, com cujos trabalhos tem igualmente colaborado.

Quanto à Revista, este é o seu número 04. Ainda não foi possível a periodização quadrimestral pretendida, mas esse objetivo será certamente alcançado ainda nos próximos meses. Dando este número à publicação, a editoria já dispõe de material e recursos para o número 05.

Toda a vivência destes três primeiros anos tem servido para caracterizar a ESMAFE como um centro de desenvolvimento de recursos humanos, naturalmente voltado para toda a 5ª Região. Este parece ser o futuro da Escola, que, por tal razão, abandonou o mo-

delo convencional dos cursos preparatórios para as carreiras jurídicas, abertos para o grande público. Sua vocação parece ser a de voltar-se para o público interno, a Magistratura e carreiras auxiliares. É provável que, na próxima edição da Revista, uma nova estrutura da ESMAFE, tendo em conta essa sua vocação, seja revelada, para conhecimento de toda a comunidade da 5ª Região.

Recife, dezembro de 2002.

A EDITORIA

PENA E MEDIDA DE SEGURANÇA E O REFLEXO DA DUALIDADE NO ÍNDICE DA CRIMINALIDADE

Ubaldo Ataíde Cavalcante

Desembargador Federal – TRF 5ª

O professor Francisco de Assis Toledo, de saudosa memória, em seu trabalho, *Perspectivas do Direito Penal Brasileiro*, procurou demonstrar o fracasso do método institucional de tratamento do delinqüente - pena e medida de segurança - e acenou para um sistema unitarista de combate ao crime para os imputáveis, eliminando-se, em conseqüência, a medida de segurança prevista no sistema dualista. Tal sugestão, do ilustre membro da comissão elaboradora dos anteprojetos do Código Penal e da Lei de Execução Penal, foi acolhida pelo vigente Código Penal com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.209 de 11 de Julho de 1984 em sua parte geral, onde o Sistema Unitarista - só pena para os imputáveis e só medida de segurança para os inimputáveis - se destaca.

Sem embargo da política criminal unitarista, abraçada, atualmente, pelo Código Penal, tenho para mim que não se pode debitar o fracasso do método de combate ao crime ao sistema dualista - pena e medida de segurança, anteriormente vigente no Código Penal, pois esse sistema ao lado de penas menos aflitivas, somada com a medida de segurança, para os criminosos imputáveis e perigosos, preocupou-se sobretudo com a personalidade do criminoso e com a sua periculosidade e de só devolvê-lo ao meio social, mesmo depois de cumprida a pena, quando cessada aquela.

O sistema dualista, - pena e medida de segurança -, sem dúvida alguma, teria gerado bons resultados se, em lugar da pálida colaboração dos diversos segmentos da sociedade, se fizessem, presentes, esforços no sentido: de se tornar menor o nível de desemprego, de uma maior assistência aos mais necessitados, de um maior ajustamento nos lares, com os pais partici-

pando mais ativamente da vida dos filhos, de um disciplinamento da televisão e da imprensa com a proibição de notícias “manchetes” que promovam os criminosos, fazendo com que outros menos perigosos sigam os seus exemplos com o objetivo de se destacarem, obtendo as “manchetes” que lhes darão a almejada respeitabilidade no meio criminoso. Caso também se promovessem esforços no sentido de um sistema penal mais harmônico, isto é, de um Direito Processual Penal em íntima relação com o Direito Penal e de um sistema penitenciário que não seja, como o é, constituído de verdadeiros “infernos de gulag”, que só transformam os criminosos em verdadeiros monstros ou aumentam a monstruosidade acaso neles existente, mas de estabelecimentos voltados para a recuperação efetiva dos delinquentes.

Nos dias atuais, em que pese um regime mais aberto e menos aflitivo e a instalação do sistema unitarista, o que se vê, nos grandes centros, é uma intranquilidade bem maior do que se via com o sistema dualista, intranquilidade essa traduzida na insegurança total, no pavor do próximo assalto ou estupro e da violência em geral que rondam as portas dos lares brasileiros, tornando-nos reféns do próprio medo.

Acenar com a pena de morte para a solução dos crimes violentos, numa sociedade como a nossa, onde as crianças abandonadas, filhos do infortúnio, nascem e crescem em comunidades dos “sem nada” e que como párias seguem os seus destinos, tornando-se vítimas do próprio infortúnio, é incidir em um terrível engano, vez que, assim como o melhor remédio para a “dor de dente” não é a extração deste, da mesma forma, o caminho primeiro e preventivo para evitar-se o aumento desproporcional desses crimes não é aplicação da pena de morte aos que neles incidem, nem a manutenção da sua segregação por anos intermináveis, quando já cumprida a pena e cessada a sua periculosidade, mas sim, cuidar-se do canal que gera tais crimes, isto é, do canal causador dessa terrível “dor de dente, que vem trazendo pânico aos lares brasileiros, combatendo-se o desemprego e a fome dele decorrente, o que pode ser facilitado com a criação de agrovilas nas periferias das grandes cidades, nos extensos espaços vazios que, mais das vezes são destinados, de forma errada e injusta, a pessoas de grande poderio econômico para a construção de suntuosas mansões.

Mas este combate não deve ficar a cargo exclusivamente do governo, dele deve participar toda a sociedade brasileira. A igreja, que, indubitavelmente, é um grande freio inibitório à prática do mal, deve ter um maior contato, não só com a chamada classe alta, mas sobretudo com a população

carente. Toda a sociedade deve contribuir de forma marcante, no sentido da criação, em todos os bairros adjacentes dos grandes centros, a criação de escolas técnicas profissionais; no sentido de criar-se postos de assistência alimentar aos desempregados o que pode ser feito em cada bairro com o auxílio da respectiva comunidade.

Dêem-se menos as hipócritas esmolas de ruas e invista-se de forma efetiva nas entidades assistenciais já existentes ou outras se criem, diminuindo-se, assim, a mendicância e eliminando-se ao máximo a vadiagem.

Estas são poucas das inúmeras providências que podem e devem ser tomadas para minorar os sofrimentos dos que nada têm, antes que seja tarde demais.

Ao lado dessas e outras providências preventivas, que governo e sociedade devem, unidos, adotar, medidas duras contra a prática do crime violento devem ser aplicadas, sendo oportuna a separação dos criminosos perigosos dos demais, em penitenciárias agrícolas, especialmente, para tanto, construídas e onde se instalem, igreja escola e um mini-hospital, com o objetivo precípuo de recuperá-los para a família e para a sociedade e só os devolvendo a estas depois de cessada a sua periculosidade, o que se obterá com a volta, do sistema dualista: pena e medida de segurança.

Sugiro, pois, a volta do sistema dualista - pena e medida de segurança - para crimes violentos, ao lado da efetiva assistência à saúde, assistência jurídica a ser prestada por profissionais competentes de tal maneira que se possa evitar que o interno permaneça preso por mais tempo que a lei o permite ou por tempo superior ao que foi condenado, ou de ser submetido a uma interminável medida de segurança, porque não requerido o exame de cessação de periculosidade que deve ser feito mesmo durante o cumprimento da pena; ao lado também da assistência educacional, religiosa, social e de toda assistência de que o egresso necessite.

Torne-se a vida menos penosa para os indivíduos totalmente carentes de assistência e se dê ao recluso a assistência prevista na Lei de Execução Penal e o sistema dualista, se reintroduzido, trará resultados que, por certo, afastarão a lembrança da pena de morte!

LA COSA JUZGADA (NE BIS IN IDEM) Y LA DEFENSA DEL ACUSADO EN LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Margarida de Oliveira Cantarelli

Desembargadora Federal – TRF 5ª

Para comenzar me gustaría agradecer la oportunidad de participar en esta Jornada – LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, al mismo tiempo que me congratulo con sus organizadores por la elección de un tema tan actual como importante.

Ruego que me disculpen mi forma de hablar y que lo acepten como un esfuerzo especial de alguien que intenta usar este idioma tan bello, que dio forma a la inspiración y a las obras de tantos genios de la literatura mundial.

La creación de la Corte Penal Internacional siempre fue un deseo de los que se dedican al Derecho Internacional Penal, a los Derechos Humanos y a los Derechos Humanitarios. La proximidad de su instalación exige, ahora, que nos dirijamos a los diversos aspectos de su futuro funcionamiento, a partir del Tratado de Roma de 1998 y otras reglas establecidas. Todos los sectores de profesionales del Derecho – profesores, magistrados, fiscales, abogados, entre otros, deberán estudiarlo bajo los ángulos de sus especialidades y experiencia. Creo que a los abogados, les debe interesar de una forma especial el *derecho de defensa* que ejercerán ante la Corte como representantes de su(s) cliente(s), casi siempre el(los) acusado(s). A pesar de que también puedan serlo de la(s) víctima(s) o de sus familiares.

Sin embargo, dentro del espíritu que entiendo que sea el de esta Jornada, intentaré abordar un aspecto que me parece que será relevante para la **misión de defender**, situado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Me detendré en lo establecido en su art. 20 (veinte) que cuida de: *ne bis in idem* y que el texto en español optó por la expresión *Cosa juzgada*.

El *ne bis in idem*, como todos sabemos, integra un elenco de principios del Derecho, destacado en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal (aunque también está presente en otras ramas del Derecho, como en el Derecho Civil, en el Derecho Procesal Civil, en el Derecho Tributario, etc.) y reconocido, de cierta forma, en el ámbito del Derecho Constitucional cuando se asegura el respeto por la *cosa juzgada*.

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre¹ reconoce que: “conectado directa o indirectamente a los principios de la legalidad y de la tipicidad, se encuentra el principio de *ne bis in idem* que obsta por la aplicación de más de una pena a un mismo hecho o la aplicación de un agravante ya considerado en el tipo básico. Lo que el principio ‘proscribe es la duplicidad de sanciones para una misma *persona*, o por un mismo *hecho* o sanciones que tengan un mismo *fundamento*’, o dicho de otra forma, que tutelen un mismo bien jurídico”.

Alberto Suarez Sanchez, en su obra “*El Debido Proceso Penal*”, en el capítulo sobre “*Seguridad Jurídica*”², trata en el ítem 3 de la *Prohibición del non bis in idem*, diciendo: “se evita que la experiencia jurídica se convierta en una sucesión continua e interminable de procesos y fallos sobre el mismo asunto. Frente a la seguridad jurídica se garantiza que el procesado no sea sometido a las incomodidades de procesos continuos sobre el mismo asunto y a que tenga la certeza de que el Estado no volverá a hostigar por lo ya juzgado”.

La Convención de Derechos Políticos y Civiles, de las Naciones Unidas de 1966, en su largo y detallado, art. 14, que trata de los derechos de las personas ante los Tribunales, en su último párrafo (7º), dice:

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

En el mismo sentido el art. 4º, I, del Protocolo nº 7 a la Convención Europea de Derechos Humanos, sobre ampliación de derechos civiles y políticos:

¹ Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Luiz Arroyo Zapapero, “Manual de Derecho Penal”, Barcelona, Ed. Praxis, 1994, vol I, p.54 - in “Código Penal e sua interpretação Jurisprudencial, Alberto Silva Franco e outros, vol.I, tomo I, Parte Geral, p.33.

² Sánchez, Alberto Suárez – El Debido Proceso Penal – Universidad Externada de Colombia, p. 182.

“Nadie podrá ser juzgado o castigado nuevamente en un procedimiento criminal bajo la jurisdicción de un mismo Estado por delito por el cual él ya ha sido absuelto o condenado de acuerdo a la ley y al procedimiento penal de ese Estado”.

Este tema se puede apreciar en tres niveles:

- 1) En el ámbito interno de los Estados nacionales;
- 2) Entre Estados nacionales; y
- 3) Entre Cortes Internacionales y Estados nacionales.

La primera posibilidad - dentro de un mismo Estado: ésta es, seguramente, la más simple. En la mayor parte de las legislaciones, existe una norma que prohíbe la repetición de proceso: un juicio definitivo impide el propósito de otra acción idéntica, es decir, que tenga, las *mismas partes*, la *misma causa de pedir* y el *mismo pedido*. Es el reconocimiento del principio *bis de eadem re ne sit actio* (no puede haber dos acciones sobre el mismo hecho) o en la forma más conocida - *ne bis in idem*. Esta regla se observa, como ya he mencionado, no sólo en el Proceso Penal, sin embargo, éste será el que nos va a interesar.

Cuando el *ne bis in idem* no aparece directamente expresado en el ordenamiento jurídico, subsiste bajo el manto de las garantías (bajo la forma de excepciones), a través del reconocimiento de la litispendencia o, sobre todo, de la cosa juzgada. Para caracterizarlos existen mecanismos procesales, como la *exceptio litispendentiae* (en el Derecho brasileño, por ejemplo, previsto en el art.95, I y 110 del Código de Proceso Penal) y la *exceptio rei judicatae*. (art. 95, V, 110 del Código de Proceso Penal). La cosa juzgada, incluso, está protegida en la Constitución Federal (art. 5o, XXXVI).

La segunda situación – está relacionada con el reconocimiento del principio **entre Estados nacionales:** el problema aquí se coloca además en el ámbito del Derecho Internacional, en el sentido en el que se debe cuestionar si después de una condena por un Estado, otro podrá en su turno procesar a la misma persona por el mismo hecho. La respuesta es menos evidente. Algunos alegan que es posible considerando que la jurisdicción es una de las manifestaciones de la soberanía (interna) de un Estado, como de hecho lo es. Al ejercerla, de acuerdo con las reglas de aplicación de la ley penal en el espacio, estará a penas practicando un acto para el cual tiene atribuciones inherentes a su condición de Estado soberano. Nada más.

Así, cuando ocurre la concurrencia de jurisdicción entre Estados nacionales soberanos, cada uno actuando dentro de los límites de su propio ordenamiento jurídico, podrá dar lugar a la duplicidad de procesos. Los que así lo ven, interpretan que lo dispuesto del art. 14.7 de la Convención de Derechos Civiles de la ONU o el art. 4.1, del Protocolo n.7 a la Convención Europea están relacionados, exclusivamente, con situaciones internas, dentro de un mismo Estado y no entre Estados.

Permitan que una vez más ejemplifique con el derecho penal brasileño. Cuando trata la extraterritorialidad, el art. 7º de nuestro Código Penal dice que quedan sujetos a la ley brasileña, aunque sean cometidos en el extranjero: “I - los crímenes: a) contra la vida o la libertad del Presidente de la República; b) contra el patrimonio o la fe pública de la Unión, Estados, etc.; c) contra la administración pública, o por quien está a su servicio; d) genocidio, cuando el agente sea brasileño o con domicilio en Brasil”. En estos casos, según el primer párrafo del mismo artículo, el agente es punido según la ley brasileña, aunque sea absuelto o condenado en el extranjero. A penas existe la cláusula del art. 8º, de que la pena cumplida en el extranjero atenúa la pena impuesta en Brasil por el mismo crimen, cuando sea diversa, o sea computada en ella, cuando sean idénticas.

Hoy ya se forman concepciones más flexibles, que se oponen a un segundo proceso llevadas por razones más de equidad que de rigidez de la soberanía. Existen legislaciones nacionales que empiezan a adoptar tales posturas. Como ejemplo, el art. 692 del Código del Proceso Penal de Francia (Título X - Infracciones cometidas fuera del territorio de la República, Capítulo II – art. 692 : “Dans les cas prévus au chapitre précédent, aucune poursuite ne peut être exercée contre une personne justifiant qu’elle a été jugée définitivement à l’étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite”.

Algunos textos internacionales – europeos – son más avanzados con relación a la autoridad externa de la cosa juzgada, lo que lleva al reconocimiento del *ne bis in idem* también en las relaciones entre Estados. Como ejemplos, la Convención Europea sobre el valor internacional de los juicios represivos, de La Haya, 28 de Mayo de 1970, en los artículos 53 y siguientes y en los artículos 35 a 37 de la Convención Europea sobre la transmisión de los procesos represivos, de 1972. Además, la más importante es la Convención de Bruselas del 25 de Mayo de 1987 que consagra por entero el principio del *ne bis in idem* y que está adoptada, palabra por palabra, por la Convención de Schengen, de 1990 (artículos 54 a 58).

En cuanto a Schengen, se debe destacar que el artículo 55 de la Convención permite a los EEUU hacer una declaración según la cual ellos no están obligados a las disposiciones del artículo 54. Son tres las hipótesis que pueden desobligar un Estado del *ne bis in idem*: 1) cuando el hecho criminal ha ocurrido en el territorio del Estado contratante (artículo 55 – 1, “a”); 2) cuando hirieron la seguridad o intereses esenciales del Estado Contratante (artículo 55 – 1, “b”) 0, 3) cuando cometidos por funcionarios del Estado contratante en violación a las obligaciones de sus funciones (artículo 55 – 1, “c”). Con todo, esas excepciones deben ser definidas hasta el momento de la aprobación de la Convención y, por las disposiciones del artículo 56, las nuevas penas que eventualmente se apliquen no serán cumulativas, pero sí computadas.

Llamo la atención de que aunque sea grave la constatación de posibilidad de duplicidad de juicios de una persona por el mismo hecho en dos Estados diferentes, con todo en estos casos se estará apreciando – tan sólo – una concurrencia de jurisdicción consecuente de la aplicación de la ley penal en el espacio y no la calidad del juicio o de la manifestación del Estado-Juez.

La tercera posibilidad hace referencia a la **relación de las Cortes Internacionales**, de entre las cuales la **Corte Penal Internacional**, y los **Estados nacionales**: son pocas y recientes las experiencias de Tribunales o Cortes Penales Internacionales, como todos saben, datan de la segunda mitad del siglo XX: los Tribunales de Nuremberg y de Tokio, instalados tras la Segunda Guerra Mundial y los recientes Tribunales “ad hoc”, creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, para juzgar los crímenes cometidos en el territorio de la ex-Yugoslavia y en Ruanda.

Como bien afirmó Claude Lombois, cuando se refería a la noción de crímenes internacionales, es que sólo recientemente el Derecho Internacional admitió dos postulados: que un Estado puede ser sometido a las normas del Derecho en las relaciones internacionales y que se le pueden imputar a un individuo las infracciones de un Estado. Concluyó su pensamiento, diciendo:

“C’est pourquoi, malgré l’apparence, la notion n’a pás d’histoire”³.

Los artículos 10 y 11 del Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg tratan sobre la posibilidad de que una persona juzgada por tal Tribunal ven-

³ Lombois, Claude, Droit Penal International.Paris:Dalloz, 1979, p.40

ga a ser también procesada por las Cortes Nacionales. Los casos previstos estaban relacionados con la posibilidad de que el Tribunal pudiese considerar a diversas Organizaciones como criminales y el veredicto reflejarse sobre todos sus miembros que, por tal circunstancia, habrían cometido el “crimen de filiación” (*d'appartenance*).⁴

El Tribunal “ad hoc” para la ex-Yugoslavia, en el art. 9º, trata sobre la Jurisdicción concurrente entre él mismo y los Tribunales Nacionales, incluso asegurando su prioridad sobre las jurisdicciones nacionales. Dice textualmente el art.9º, 2:

“El Tribunal Internacional tiene prioridad sobre las jurisdicciones nacionales. En cualquier estadio del procedimiento, puede solicitar oficialmente a las jurisdicciones nacionales que se desprendan de un procedimiento en su favor de acuerdo con el presente Estatuto y con su reglamento”.

Específicamente en lo referente al *non bis in idem*, el art. 10 establece:

1. “Nadie puede ser convocado ante una jurisdicción nacional por hechos constituyentes de graves violaciones del derecho internacional humanitario en el sentido entendido en el presente Estatuto si ya sido juzgado por esos mismos hechos por el Tribunal Internacional.
2. Quienquiera haya sido convocado ante una jurisdicción nacional por hechos constitutivos de graves violaciones del derecho internacional humanitario no puede ser subsecuentemente llevado ante el Tribunal Internacional, excepto si:
 - a) El hecho por el cual ha sido juzgado estaba calificado como crimen de derecho común;

⁴Tribunal de Nuremberg: art. 10 En los casos en que el Tribunal haya proclamado el carácter criminal de un grupo o de una organización, las autoridades competentes de cada Signatario tendrán el derecho de llevar a cualquier individuo ante los Tribunales nacionales, militares o de ocupación, en razón de su filiación a ese grupo u organización. En esa posibilidad, el carácter criminal del grupo o de la organización será considerado como establecido y no podrá ser contestado más.

Art.11 Cualquier persona condenada por el Tribunal Internacional podrá ser acusada por otro crimen que no el de filiación a una organización o grupo criminal, ante un Tribunal nacional, militar o de ocupación, mencionada anteriormente en el artículo 10, y el Tribunal competente podrá, después de reconocida la culpabilidad, infligirle una pena suplementar independiente de la impuesta por el Tribunal Internacional, por haber participado en actividades criminales de ese o de aquel grupo u organizació

- b) *La jurisdicción nacional no ha resuelto de forma imparcial o independiente; la finalidad de los procedimientos llevados a cabo ante ella era sustraer al acusado de su responsabilidad penal internacional; o las diligencias no fueron llevadas a cabo correctamente.*
3. *Para decidir la pena a imponer a una persona condenada por un crimen contemplado en el presente Estatuto, el Tribunal Internacional debe tener en cuenta la pena que dicha persona haya podido cumplir ya por el mismo hecho, y que le haya sido impuesta por una jurisdicción nacional”.*

El Tribunal “*ad hoc*” para Ruanda, creado posteriormente al Tribunal para la ex-Yugoslavia, mantuvo, prácticamente, el mismo contenido del antecesor en los artículos 8º y 9º, no siendo conveniente repetirlo.

El art. 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional que tiene como título *Cosa Juzgada*, en el texto en español, y *ne bis in idem* en otros idiomas, tiene un contenido semejante al de los Tribunales “*ad hoc*” que lo antecedieron. Dice:

- “1. *Salvo que en el presente Estatuto, se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.*
2. *Nadie será procesado por otro Tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto.*
3. *La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:*
- a) *Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o*
- b) *No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere in-*

*compatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia*⁵.

El principio del respeto a la cosa juzgada o de impedir el *bis in idem* está presente en los párrafos 1 y 2 del artículo 20 – nadie podrá por un mismo hecho, ser procesado dos veces por la Corte; ni por otro Tribunal cuando ya lo haya sido anteriormente por la Corte. El párrafo tercero, aunque inicie con una regla general dentro del mismo contenido de las dos anteriores (nadie será procesado por la Corte cuando lo haya sido anteriormente por Tribunales nacionales), aunque además presenta las excepciones en las líneas “a” y “b”: 1) si el proceso fuese conducido de una forma que aleje al acusado de la responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte (o como dice el art. 10 del Tribunal de Yugoslavia – fue juzgado como crimen común); o 2) si no se procesó de forma independiente o imparcial, sino con el propósito de no someter verdaderamente al individuo a la justicia.

Son varias las observaciones que pueden ser realizadas desde el punto de vista de la defensa del acusado: la primera y más grave es que las excepciones del párrafo tercero del art. 20 parten del presupuesto de que el acusado es verdaderamente culpable; tanto que no contemplan la posibilidad inversa, de un inocente, por persecución política, por ejemplo, haber sido procesado de manera parcial ante una Corte nacional. Allí no se abre la posibilidad de que la Corte Internacional reexamine el caso (inclusive a pedido del condenado) con la finalidad de averiguar la verdad. Sin embargo, en todo Estatuto de la Corte se diga que su jurisdicción se rige por el principio de la complementariedad, indubitadamente las excepciones se presentan como un *doble grado de jurisdicción* apenas admitido para la acusación, nunca para la defensa. Eso puede dar lugar a la consideración errónea de que la Corte existe tan sólo para condenar y no para hacer justicia.

La segunda observación está relacionada con la imprecisión de las expresiones usadas, especialmente por la carga subjetiva que contiene, como: “propósito de restar”, “instruido de forma no independiente o imparcial”; “circunstancias incompatibles con la intención”, entre otras. Elementos que contengan expresiones imprecisas dificultan el trabajo de la defensa por el espacio que le dejan al juzgador para apreciarlas.

⁵ Corregido por UMDoc. C.N. 1075,1999. Treaties-28 (30 nov.1999).

Sin embargo, para que la excepcionalidad sea reconocida, se tiene que correlacionar a las cuestiones de admisibilidad del caso, y éstas están establecidas en el art. 17 del Estatuto. Allí, a parte de las ya mencionadas y constantes en el tercer párrafo, “a” y “b”, del art. 20 aparecen otras posibilidades de incidencia de la jurisdicción de la Corte, igualmente utilizando expresiones un tanto imprecisas.

Así, dice el art. 17, 1 , “a” que será inadmisibile un caso que esté siendo objeto de investigación o proceso en Estado que tiene jurisdicción sobre el mismo:

“salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”.

Con el mismo sentido de la línea “b” siguiente que considera inadmisibile un caso que haya sido objeto de investigación por un Estado competente y éste se haya decidido por no promover la acción penal:

“Salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”.

Para determinar si existe o no disposición de actuación en un determinado caso, reza el párrafo según el mismo art. 17, que el Tribunal examinará el proceso en sí mismo, *“teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidas por el derecho internacional”* y la constatación de una o varias de las siguientes condiciones:

- a) [...] que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte;*
- b) que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trata ante la justicia;*
- c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial [...]*

Además, el examen de la admisibilidad va mucho más lejos de las condiciones del proceso y en el tercer párrafo analiza las del propio Estado:

“A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”.

Son muy expresivas las diferencias entre las dos primeras posibilidades aquí analizadas referentes al reconocimiento del principio del *bis in idem* dentro de un Estado nacional y entre diferentes Estados nacionales para esta tercera, o sea, referente a la relación de las Cortes Internacionales con los Estados nacionales.

A uno, porque en las dos primeras se discute la aplicación de la ley penal en el espacio (tanto en el ámbito nacional como en el de la extraterritorialidad), se cuida en apreciar la *competencia* y los remedios son casi siempre *procesales* (como en las excepciones de litispendencia o de cosa juzgada). En esta tercera posibilidad, a parte del aspecto procesal también se analiza el *mérito de la causa*, pues sólo es posible, por ejemplo, saber si alguien ha sido sustraído de la justicia internacional y juzgado por un crimen común cuando debería ser por un delito internacional, apreciando los hechos imputados al acusado, el valor de las investigaciones, las pruebas recogidas y correlacionando todo eso con la justeza del juzgado. Va más allá de procesal y es una cuestión de examen de mérito.

Para el acusado significa un juicio más, siendo que, en esa fase, sólo le cabe presentar impugnación a la jurisdicción de la Corte una única vez, en los términos del artículo 19, 2, “a” y artículo 19, 4 del Estatuto. Deberá formularse antes del juicio o al iniciárselo. Sólo en circunstancias excepcionales la Corte autorizará que se requiera la impugnación más de una vez o en fase ulterior del proceso. Pero, la impugnación efectuada por el acusado no suspende las investigaciones del Fiscal.

A dos y por fin, en cuanto que las dos primeras posibilidades examinan exclusivamente el caso y la incidencia o no de una norma jurídica, en ésta última posibilidad se puede apreciar también la actuación del propio Estado. Al lado del acusado también está sentado en el banco de los reos el Estado nacional, soberano en el ejercicio de su jurisdicción – es el propio *Estado-Juez* siendo juzgado. Es el Poder Judicial, por la actuación de sus magistrados, que está puesto en duda.

Así como los acusados, el Estado sólo puede ofrecer impugnación a la jurisdicción de la Corte, con el permisivo del artículo 19, 2, “b”, “c”, 4 e 5 del Estatuto, siendo que en estas hipótesis el Fiscal deberá suspender las investigaciones hasta que la Corte decida el incidente (artículo 19, 7). Pero, podrá solicitar el proseguimiento de las mismas con base en el artículo 19, 8.

Si comparados con los poderes del Fiscal, la defensa – tanto del acusado como la del Estado, se encuentra en desventaja y con espacio limitado para su actuación.

Es una gran verdad que la razón de la posibilidad de re-examen de los casos procesados ante tribunales nacionales encaja con la ansiedad de la sociedad internacional de no dejar impunes a los autores de los graves delitos practicados contra los derechos humanos y los derechos humanitarios. Indiscutible la motivación, aunque, no puede perder de vista, al mismo tiempo, la preservación de ciertos mecanismos de equilibrio jurídico entre la acusación y la defensa, como condición para la justa aplicación del Derecho.

Estoy segura de que, incluso con las imprecisiones que se puedan destacar a las reglas que regirán al Tribunal Penal Internacional, urge que sea instalado y su funcionamiento ciertamente permitirá los ajustes y las correcciones vía su propia jurisprudencia.

La instalación del Tribunal Penal Internacional simboliza la consolidación de los valores fundamentales y expectativas compartida por todos los pueblos del mundo para que prevalezca la equidad sobre la iniquidad, el Derecho sobre la fuerza. Éste será un noble camino para la Paz.

Margarida de Oliveira Cantarelli

Profesor de Derecho Internacional /Derechos Humanos y Derecho Internacional Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Pernambuco (Brasil)
Doctor en Derecho
Juez en el Tribunal Federal de la 5ª Región (Brasil).

A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO NATURAL PARA O POSITIVISMO JURÍDICO ¹

Luiz Alberto Gurgel de Faria
Desembargador Federal – TRF 5ª

SUMÁRIO: 1. *Introdução.* 2. *Direito Natural e Direito Positivo - Breves Considerações.* 3. *Hobbes.* 4. *Positivismo Jurídico - Histórico.* 4.1. *A Escola Histórica do Direito - Alemanha.* 4.2. *O Código de Napoleão - França.* 4.3. *Bentham e Austin - Inglaterra.* 5. *O Direito Natural e o Positivismo Jurídico.* 6. *Conclusão.*

1 INTRODUÇÃO

Durante mais de dois milênios, a dualidade do Direito vem sendo estudada pelos juristas, que oferecem diversas distinções entre o *ius naturale* e o positivo.

Com efeito, já na Grécia antiga o tema era analisado por PLATÃO e ARISTÓTELES, o que ainda se observa nos dias de hoje.

As relações entre as duas espécies de Direito que integram a dicotomia em exame foram, por muitos anos, pacíficas, de modo que elas conse-

¹ Apenas a título de registro histórico, é digno de nota que não foi esta a primeira vez que o Direito Natural serviu de fonte para as leis escritas. ANTONIO TRUYOL Y SERRA (*in Historia de La Filosofia del Derecho y del Estado*, 3ª edição, Madrid: Revista de Occidente, 1961, p. 125) observa que já na Grécia Antiga ocorria tal fenômeno: “En consonancia con su objetivismo ético, admitía Sócrates la existencia de ‘leyes no escritas’, fundadas en la voluntad recta de la Divinidad y que se reflejan en la conciencia. En estas leyes no escritas se basan las leyes positivas, participando así de su carácter sagrado”. Na Idade Média, SANTO TOMÁS, em sua *Summa Theologica* (apud NORBERTO BOBBIO, *op. cit.*, p. 20), sustentava que a lei positiva derivava da natural.

guiram conviver conjuntamente, sendo que a diferença entre ambas foi mais enfocada no tocante à gradação, uma considerando-se superior à outra.

Ocorre que essa harmonia não conseguiu sobreviver ao movimento de codificação implantado a partir da Revolução Francesa, no final do século XVIII, que deu origem ao positivismo jurídico.

A origem histórica dessa doutrina e a contribuição do Direito Natural para a sua formação constituem, pois, o objeto do presente estudo.

É curioso observar, de logo, que o positivismo jurídico nega a existência do *ius naturale*, o que, em princípio, parece revelar uma incoerência na proposição deste ensaio. Não é isto, porém, que tentará se demonstrar no desenrolar do trabalho.

2 DIREITO NATURAL E DIREITO POSITIVO - BREVES CONSIDERAÇÕES

Não se pode iniciar a tratar do tema pretendido sem antes expor as definições das formas de Direito em debate.

Dentre os inúmeros conceitos elucidados pelos doutos, é interessante destacar os oferecidos por VICTOR CATHREIN (*in Filosofia Del Derecho*, 7ª edição, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1958, p. 196 e 204), que concede uma visão objetiva e subjetiva do *Derecho Natural*:

“Llamamos Derecho en sentido objetivo a las normas obligatorias que establecen en una comunidad pública como reglas de conducta. Derecho natural en sentido objetivo no puede, por consiguiente, significar sino una suma de semejantes normas obligatorias, que por la naturaleza misma y no en virtud de una declaración positiva, ya sea de parte de Dios o de los hombres, valen para toda la Humanidad.”

“Entiéndese por Derecho natural en sentido subjetivo la totalidad de las facultades jurídicas que a uno pertenecen inmediatamente por razón del Derecho natural objetivo y de relaciones dadas por la Naturaleza misma; por ejemplo, el derecho del hombre a su vida, a su inviolabilidad, libertad, adquisición de propiedad, etcétera.”

Já o Direito Positivo pode ser resumidamente definido como aquele posto e aprovado pelo Estado, ou seja, obra do legislador.

Conforme já exposto, a doutrina do positivismo jurídico nega o Direito Natural, pois prega unicamente a existência do Direito Positivo.

É digno de nota que o *ius gentium* aparece, repetidas vezes, tanto na Grécia antiga como em Roma, confundido com o Direito Natural. Certamente essa reunião tem gênese na definição então em voga do Direito das Gentes como sendo aquele que a razão natural estabeleceu entre os homens, a ser observado entre todos os povos. Inobstante, a distinção entre os dois direitos é inevitável.

Volvendo ao tema da gradação dos direitos, observa-se uma predominância do *positivum* sobre o *naturale* na época clássica, o que é invertido na Idade Média, mormente em razão da inspiração cristã que passa a ser concebida para esta modalidade.

No decorrer da Idade Moderna, o Jusnaturalismo atravessa uma fase áurea, culminando com a influência sobre importantes e inesquecíveis movimentos políticos da época, como a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa.

Foi naquele estágio que floresceu a importante Escola de Direito Natural na Alemanha, como registra FELICE BATTAGLIA (*in Curso de Filosofía Del Derecho*, Volume I, 3ª edição, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1951, p. 241):

“Los siglos XVII y XVIII se caracterizan por la llamada ‘Aufklärung’ o Ilustración, por un movimiento que en algunos aspectos se asemeja a la sofística griega. Así como ésta anuncia el gran florecimiento especulativo de Sócrates, Platón y Aristóteles, aquél prepara la filosofía idealista posterior, que en Vico, en Kant y en Hegel tendrá los mayores representantes. La ilustración es una actitud general del pensamiento, que matiza todos los aspectos de la vida, incluso nuestros problemas del Derecho y del Estado, planteando nuevas exigencias. En el campo del pensamiento se opone a la metafísica y a los retorcimientos escolásticos, promoviendo una racionalidad que acaba por ser buen sentido o sentido común.”

É interessante registrar que, após o seu apogeu no século XVIII, o Jusnaturalismo entra em declínio, abrindo espaço para o surgimento da doutrina objeto deste estudo.

O próximo parágrafo deveria, destarte, ser dedicado ao histórico do positivismo jurídico. Apesar disso, não posso deixar de abrir um parêntese, em separado, para traçar rápidas linhas acerca do precursor desse movimento - THOMAS HOBBS.

3 HOBBS

Nascido em Malmesbury, Inglaterra, em 1588, foi um dos mais importantes escritores da Filosofia do Direito.

FELICE BATTAGLIA (*op. cit.*, p. 223) revela que o notável filósofo estudou em Oxford e viajou muito pelo Continente, especialmente pela França, mantendo relações intelectuais com celebridades como BACON e DESCARTES, que influenciaram muito seu pensamento.

Seguidor do Direito Natural, foi o maior teórico e representante mais sistematizador da tendência absolutista daquela Escola.

Sua obra fundamental foi *Leviathan* (1651). Durante o tempo em que viveu, a Inglaterra passou por um período agitado em razão de lutas internas, o que certamente influenciou os seus escritos, com base nos quais defendia a salvação do Estado através de um poder capaz de dominar com ampla autoridade todas as lutas e paixões individuais.

GIORGIO DEL VECCHIO (*in Lições de Filosofia de Direito*, 5ª edição, Coimbra: Armênio Amado - Editor, 1979, p. 92), anota que, para HOBBS, “todos os homens deverão despojar-se do seu direito originário, e conferi-lo a um soberano que imponha a lei e decrete o justo e o injusto, o lícito e o ilícito”, idéia nitidamente positivista.

Em seu país, travou grave polêmica com EDWARD COKE, combatendo a *commom law*, refutando tudo que limitava o poder estatal, inclusive se insurgindo contra o poder eclesiástico.

A solução elaborada para as hipóteses das lacunas da lei denota a hibridez das idéias de HOBBS (**apud** NORBERTO BOBBIO, *O Positivismo Jurídico*, São Paulo: Ícone Editora, 1995, p. 43):

“Uma vez que é impossível promulgar leis gerais com as quais se possa prever todas as controvérsias a surgir, e são infinitas, evidencia-se que, em todo caso não contemplado pelas leis escritas, se deve seguir a lei da equidade natural, que ordena atribuir a pessoas iguais coisas iguais; o que se cumpre por força da lei civil, que pune também

os transgressores materiais das leis naturais, quando a transgressão aconteceu consciente e voluntariamente”.

Observa-se, pois que, embora jusnaturalista, o estudioso inglês precedeu o juspositivismo, chegando a conceituar o Direito, em sua obra *Diálogo*, com uma concepção eminentemente calcada nessa segunda doutrina (**apud** NORBERTO BOBBIO, *op. cit.*, p. 36), **in verbis**:

“Direito é o que aquele ou aqueles que detêm poder soberano ordenam aos seus súditos, proclamando, em público e em claras palavras que coisas eles podem fazer e quais não podem.”

4 POSITIVISMO JURÍDICO - HISTÓRICO

A origem dessa doutrina está relacionada à formação do Estado Moderno, que surge com a dissolução da sociedade medieval.

Ao tempo de existência dessa sociedade, não havia uma unidade do Direito, que era totalmente fragmentado, pois cada agrupamento social dispunha de suas próprias regras, que normalmente encontravam fundamento no direito romano compilado por Justiniano, modificado através dos séculos por intermédio de diversas fontes, o que acarretava incerteza jurídica.

Com o surgimento de um novo Estado, a sociedade assume uma feição monista, passando o ente estatal a concentrar em si todos os poderes, inclusive o de criar o Direito.

Em corolário, o Juiz se transforma em um dos titulares dos poderes do Estado - o Judiciário, sendo-lhe subtraída a faculdade de se valer de qualquer direito para solucionar a contenda, de maneira que apenas o *ius positivum* seja aplicado.

Essa mudança não se operou de forma abrupta, havendo uma fase de conflito entre o chamado direito comum (*próprio de cada grupo social*) e o direito positivo (*produzido pelo Estado*).

O fim desse combate adveio com o período das codificações, quando o direito comum foi absorvido pelo direito estatal.

Nesse tempo, o princípio da onipotência do legislador passa a ser observado em toda a sua inteireza, havendo o monopólio da produção legislativa por parte do Estado.

O positivismo jurídico, no seu sentido mais puro com base no qual é conhecido hoje, tem a sua gênese ligada a estudos desenvolvidos em três grandes nações européias, sendo relevante destacar os principais movimentos em cada uma delas.

4.1 A ESCOLA HISTÓRICA DO DIREITO - ALEMANHA

O grande mérito dessa Escola foi preparar o campo para o surgimento do positivismo jurídico, tecendo críticas radicais à concepção filosófica racionalista então imperante.

Tendo o seu maior representante em SAVIGNY, ela floresceu na Alemanha.

Pregava a observância das normas consuetudinárias, que expressavam a tradição, afirmando, ainda, que o período de decadência que atravessava a sociedade germânica era mais propício para o direito científico, a ser desenvolvido através do trabalho dos juristas.

É válido registrar que, apesar de ter dado margem ao positivismo, com os ataques ao Direito Natural, essa Escola não se confunde com aquela doutrina, até mesmo porque se insurgiu contra um de seus principais dogmas - a codificação.

Deveras, SAVIGNY foi um ferrenho adversário da positividade das normas e teve, em sua própria Nação, que enfrentar adversários favoráveis àquele movimento, como THIBAUT, um dos fundadores da Escola Pandectista.

Nessa disputa, saiu vitoriosa a corrente capitaneada por SAVIGNY, pois a codificação apenas chega à Alemanha por volta do início do século XX.

4.2 O CÓDIGO DE NAPOLEÃO - FRANÇA

Concebida com base no pensamento iluminista, a idéia de codificação, iniciada a partir da segunda metade do século XVIII, ganha finalmente corpo com a promulgação dos primeiros Livros da Idade Contemporânea.

Sem dúvida alguma, o principal deles e que serve de marco histórico ainda hoje é o Código de Napoleão (1804), inicialmente batizado de Código Civil da França.

O citado Texto passou por vários projetos. Os primeiros deles foram de autoria de CAMBACÉRÈS e receberam forte influência do Direito Natural.

Já o projeto definitivo se afastou mais dos ideais jusnaturalistas, reaproximando-se da tradição jurídica francesa do direito comum. A eliminação do artigo I (“*Existe um direito universal e imutável, fonte de todas as leis positivas: não é outro senão a razão natural, visto esta governar todos os homens*”) reflete essa assertiva.

Quatro juristas foram encarregados de sua elaboração, dentre os quais se destacou PORTALIS.

Há de se verificar que a adoção do princípio da onipotência do legislador em sua integralidade é mais fruto da obra dos primeiros intérpretes do *Code* (*fundadores da Escola da Exegese*) do que de seus redatores.

De fato, no caso das “lacunas da lei”, os elaboradores do Código admitiam o emprego do Direito Natural, conforme se constata em discurso pronunciado por ocasião de sua apresentação (*apud* NORBERTO BOBBIO, *op. cit.*, , p. 76):

“Quando não há relação nenhuma com aquilo que está estabelecido e é conhecido, quando se trata de um fato absolutamente novo, remonta-se aos princípios do direito natural. Pois, se a previdência dos legisladores é limitada, a natureza é infinita e se aplica a tudo que pode interessar aos homens”.

Já os seguidores da Escola da Exegese defendiam que se deveria deduzir da própria lei a norma para resolver quaisquer controvérsias.

Eles argumentavam, ainda, que o Direito Natural seria irrelevante enquanto não incorporado à lei.

Além do Estatuto Francês, são dignos de nota, no processo de codificação, os Livros promulgados na Prússia e na Áustria.

4.3 BENTHAM E AUSTIN - INGLATERRA

Embora na Inglaterra nunca se tenha verificado uma codificação do Direito, provém daquele país JEREMY BENTHAM, filósofo que elaborou a mais abrangente teoria acerca do tema, ficando conhecido em razão disto como o “Newton da Legislação”, com a difusão de seu pensamento por todo o mundo civilizado.

De cunho iluminista, foi influenciado pelo pensador BECCARIA, principalmente no que tange à soberania da lei e submissão a ela pelo julgador.

Opunha-se BENTHAM ao Jusnaturalismo, porque o entendia inconciliável com o empirismo, ou seja, defendia que a natureza humana era insuscetível de um conhecimento experimental.

A afinidade desse pensador com os iluministas franceses decorre justamente da defesa de uma lei fundada na clareza e brevidade.

A sua teoria da codificação foi elaborada a partir da crítica ao sistema do common law, baseado na produção judiciária do direito.

Segundo DUMONT, seu discípulo, seriam quatro os requisitos imprescindíveis para um código: utilidade (*para um maior número de pessoas*), completude (*deve ser completo para não dar ensejo à utilização do direito judiciário*), clareza e justificabilidade (*motivação da lei*).

O outro filósofo inglês que merece ser estudado na análise do positivismo jurídico é JOHN AUSTIN, tido por muitos como o fundador dessa doutrina.

Para ele, a lei era a forma típica do direito, o que demonstra que os seus estudos estavam voltados para a mesma linha de seus compatriotas, HOBBS e BENTHAM.

Fazia severas críticas ao direito judiciário vigente em seu país, defendendo a sua substituição pela codificação.

Apesar de nutrir grande admiração pela obra de SAVIGNY, que estudara com afinco durante a sua passagem pela Alemanha, opõe-se a esta no que se refere ao direito judiciário como propulsor da ciência jurídica, argumentando que esta receberia grande impulso com a sistematização das normas.

5 O DIREITO NATURAL E O POSITIVISMO JURÍDICO

De acordo com o que já tive oportunidade de elucidar no parágrafo 4.1 supra, um dos dogmas do positivismo jurídico foi a codificação.

A necessidade de sistematização das normas era justificada para resgatar a segurança jurídica, tão prejudicada com os inúmeros “direitos” então vigentes nos vários agrupamentos sociais.

Identificando no tempo o início desse movimento, constata-se que ele se confunde com o apogeu do Jusnaturalismo no século das Luzes, que tanto influenciou a Independência Americana e a Revolução Francesa.

Em sua Constituição, a França já determinava a instituição de um Código Civil.

Assim sendo, eleita a opção pela positivação das normas, nada mais certo do que buscar no Direito Natural, então no auge, a fonte imediata para a nova legislação .

Ademais, inúmeros ideais do Jusnaturalismo, como o direito à liberdade, à vida, à propriedade etc., precisavam ser normatizados, de maneira a não mais admitir violações.

Há, dessa forma, um processo denominado de “positivação do direito natural”. Muitos dos preceitos encartados na concepção do jusnaturalismo passam a integrar o ordenamento jurídico dos Estados. Com isso, o Direito Natural oferece a sua grande contribuição para o positivismo jurídico, pois, ao servir de modelo para o legislador, encerra a sua razão de ser, atribuindo forças para a nova doutrina.

Lançando vistas para o Jusnaturalismo do século XIX, GUIDO FASSÒ (*apud* NORBERTO BOBBIO, NICOLA MATTEUCCI e GIANFRANCO PASQUINO, *Dicionário de Política*, 2ª edição, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983, p. 659), assim se manifesta:

“Com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem se admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo. Negou-se até, tirante o código austríaco de 1811, que se pudesse recorrer ao direito natural em caso de lacuna do ordenamento jurídico positivo: **triunfou o princípio, característico do positivismo jurídico (ou seja, da posição oposta ao Jusnaturalismo), de que para qualquer caso se pode encontrar solução dentro do ordenamento jurídico do Estado.” (Grifei).**

Não se pode deixar de registrar que o *ius naturale* não foi a única fonte dos codificadores, que também se abeberaram no direito vigente, buscando empregar uma sistematização racional das regras que estavam em vigor.

Isso foi muito observado durante o processo de codificação francês, em que os ideais jusnaturalistas, de forte predominância nos primeiros projetos, foram mitigados, em sua redação final, em favor do direito comum.

É de bom alvitre recordar que os primeiros intérpretes do *Code Napoléon* tentaram afastar a influência do Jusnaturalismo, não admitindo o uso de suas normas para sanar a lacuna da lei, diferentemente do que previam os redatores do Código (v.g. *PORTALIS*), originando, assim, o mais rigoroso positivismo jurídico.

Ocorre que o tributo ofertado pelo *ius naturale* não foi a sua utilização na integração da lei, mas sim o empréstimo de seus preceitos para compor a legislação.

6 CONCLUSÃO

A dicotomia do Direito, reinante por mais de dois mil anos, deixou, durante um longo tempo, de existir, pois da primeira metade do século XIX até o final da Segunda Guerra Mundial apenas se reconheceu a vigência do *ius positivum*.

Foi o período máximo do positivismo jurídico, que negava a ocorrência de qualquer outro direito que não fosse o posto e aprovado pelo Estado.

Curiosamente, na segunda metade do século XIX, “a Filosofia do Direito tinha perdido muito de seu prestígio. Até então havia mantido-se presa à idéia do direito natural, sendo por isso, etiquetada de metafísica e, como tal, desacreditada pelo Positivismo. Em razão disso, a Teoria Geral do Direito, coroando as Ciências Jurídicas, tomara o seu lugar”, conforme anota PAULO DOURADO DE GUSMÃO (*in Filosofia do Direito*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 155). Coube a STAMMLER, DEL VECCHIO e RADBRUCH resgatar o fascínio pela disciplina, a partir do início deste século.

O positivismo jurídico tem suas raízes em estudos realizados por três nações européias: na Alemanha, a grande contribuição para a doutrina advém da Escola Histórica, com as suas críticas ao Jusnaturalismo, sendo interessante anotar que, apesar disso, aquele país demorou um século para se render à codificação e, em corolário, ao positivismo, exatamente com arrimo no historicismo defendido por SAVIGNY; na França, o Código de Napoleão representa a gênese do mais puro positivismo; já a Inglaterra (*que nunca aderiu à positividade, pois lá ainda hoje se aplica o common law*) serviu de berço para a elaboração da mais ampla teoria da codificação, formulada por BENTHAM, sendo natural daqueles quadrantes o filósofo considerado o fundador do positivismo - AUSTIN.

O início do período da codificação do Direito coincide com o ápice do Jusnaturalismo, de sorte que muitos de seus princípios serviram de modelo para o novo ordenamento jurídico elaborado pelo legislador.

Assim, o Direito Natural oferece a sua maior contribuição para o positivismo jurídico, pois, ao ser sistematizado, encerra a sua razão de ser, justificando a teoria da unicidade do direito.

É importante registrar que, alfim da Última Grande Conflagração, o Jusnaturalismo ressurgiu como reação aos regimes totalitários, objetivando funcionar como mecanismo de frenagem ao arbítrio estatal. Nesse sentido foi a posição adotada pelo grande filósofo alemão RADBRUCH.

7. BIBLIOGRAFIA

BATTAGLIA, Felice. *Curso de Filosofia Del Derecho*, Volume I, 3ª edição, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1951.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, 5ª reimpressão, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1996.

_____. *O Positivismo Jurídico*, São Paulo: Ícone Editora, 1995,

BOBBIO, Norberto *et alli*. *Dicionário de Política*, 2ª edição, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

CATHREIN, Victor. *Filosofia Del Derecho*, 7ª edição, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1958.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia de Direito*, 5ª edição, Coimbra: Armênio Amado - Editor, 1979.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 1ª edição brasileira, São Paulo: Martins Fontes Editora, 1990.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, 6ª edição, Coimbra: Armênio Amado - Editor, 1979.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 1994.

SERRA, Antonio Truyol y. *Historia de La Filosofia del Derecho y del Estado*, 3ª edição, Madrid: Revista de Occidente, 1961.

SICHES, Luis Recasens. *Tratado General de Filosofia Del Derecho*, 1ª edição, México: Editora Porrúa, 1959.

TEORIA JURÍDICA DOS CONFLITOS INTERNACIONAIS

Paulo Gadelha

Desembargador Federal – TRF 5ª

Os Estados têm, como os indivíduos, emoções, interesses contrariados, conflitos ideológicos, divergências econômicas, vocação de mando.

Obra do homem, às nações, também, se aplica a máxima de Terêncio, segundo a qual “nada do que é humano me é estranho”.

Para administrar os desentendimentos entre as pessoas, há uma hierarquia de códigos e instrumentos legais garantindo a harmonia da sociedade.

É o império da lei disciplinando a vida dos homens, aplicando sanções e reparando injustiças.

Com os agentes públicos internacionais, os meios para instrumentalizar a paz são menos ortodoxos. Como bem observa Hidelbrando Acciolly, no seu Manual de Direito Internacional Público, “Acima dos Estados, não há um órgão supremo a que obedecem, e, para dirimir controvérsias entre eles e fazer respeitar os direitos de cada um, não existe uma organização judiciária, com jurisdição obrigatória. Forçoso é reconhecer que grande passo se procurou dar neste sentido com a criação das Nações Unidas. Os esforços, porém, dessa organização não têm encontrado a devida correspondência da parte de alguns dos seus Membros e, por isto, têm falhado lamentavelmente seus propósitos fundamentais de “preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra”, “estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos” e “evitar ameaças à paz e reprimir atos de agressão”.”. (pág. 241)

A norma internacional persegue a harmonia entre os povos como sua grande meta. É o Direito Internacional Público buscando construir um mundo sem ódio e sem medo.

Para tanto, os Estados procuram civilizar as suas relações na utilização de meios aplicados às questões emergentes.

Sempre se desejou evitar o conflito entre os povos. Os Estados, costumeiramente, procuram conversar, entender-se, antes de serem forçados ao primeiro tiro. Usam, pois, de toda estratégia, buscando desarmar os espíritos tocados à violência por razões de visíveis desejos político-econômicos, visto que todas as guerras têm historicamente duas razões: uma econômica e outra política.

Com o objetivo de exorcizar o perigo da guerra, as partes internacionais elegem e consagram valores que balizam os apelos à concórdia.

Destarte, são multifacetados os meios à disposição dos Estados para evitar os litígios.

De logo, os agentes internacionais se cercam, na sua imensa maioria, de três alternativas para o contorno de suas divergências.

1 ALTERNATIVAS DIPLOMÁTICAS

- a) Diálogo e negociação direta entre as partes;
- b) Simpósios internacionais;
- c) Os bons ofícios;
- d) A mediação;
- e) O sistema de consultas.

2 MEIOS JURÍDICOS

- a) A arbitragem;
- b) A solução judicial;
- c) As comissões internacionais de inquérito e conciliação;
- d) As comissões mistas.

3 PROCESSOS COERCITIVOS

- a) A retorsão;
- b) As represálias;

- c) O embargo;
- d) O bloqueio;
- e) A boicotagem.

1 ALTERNATIVAS DIPLOMÁTICAS

- a) Diálogo e negociação direta entre as partes

É o processo mais usual e tecnicamente de melhor resultado. O entendimento é direto entre as partes envolvidas. Os Estados, para a solução da pendência, se entendem oralmente, ou por meio de notas entre as chancelarias e embaixadas. Não há a participação de terceiros.

Para dirimir as controvérsias, têm estes caminhos: 1) O da renúncia por parte de um deles a um direito que pretendia, surgindo daí a figura da Desistência; 2) O reconhecimento das razões de outro governo, configurando aí o Instituto da Aquiescência; 3) O acordo por concessões recíprocas, garantindo o Pacto da Transação.

- b) Simpósios Internacionais

A interdependência entre os povos, fenômeno dos tempos modernos, tem levado os Estados à globalização dos valores econômicos, políticos, sociais e culturais.

Dentro deste encarte, as divergências entre, por exemplo, dois países têm repercussão na vida de vários outros.

Para deliberar sobre alternativas que conciliem as partes, congressos e conferências internacionais são realizados onde os representantes das nações envolvidas desenham fórmulas que sepultem as divergências.

- c) Bons ofícios

São, igualmente, uma forma de entendimento direto entre as partes, agora com o concurso de um terceiro Estado, aqui chamado de Prestador de Bons Ofícios, que na definição de Rezek “é um sujeito de Direito Internacional, vale dizer, um Estado ou organização, embora não seja raro que se individualize coloquialmente a iniciativa, indicando-se pelo nome o Chefe de Estado ou o Ministro que exterioriza esse apoio instrumental aos liti-

gantes. Instrumental, aqui, vale dizer que o terceiro não propõe solução para o conflito.

Na realidade, ele sequer toma o conhecimento das razões de uma e outra das partes: limita-se a aproximá-las, a proporcionar-lhes, muitas vezes, um campo neutro de negociação, por haver-se convencido de que a desconfiança ou o ressentimento reinantes impedirão o diálogo espontâneo entre os Estados contendores.” (J. F. Rezek - Direito Internacional Público - Curso Elementar - Pág. 345).

Entre os exemplos de Bons Ofícios, registre-se os do governo Português para o reatamento das relações diplomáticas entre o Brasil e a Grã-Bretanha, em 1864, rompidas desde o episódio Christie.

Por outro lado, é bom lembrar os Bons Ofícios desenvolvidos pelo Brasil, em 1934, para a concórdia entre o Peru e a Colômbia, por causa do problema sobre Letícia.

Agora, na segunda metade do século vinte, o mais profícuo exemplo de Bons Ofícios foi dado pelo Governo Francês, em 1968, quando buscou aproximar os governos dos Estados Unidos e do Vietnã, se desavindo na guerra do Sudeste Asiático, oferecendo a cidade de Paris para o palco das negociações até a paz definitiva alcançada em 1975.

d) Mediação

Aqui, também, há o concurso de terceiros na solução do conflito. Diferentemente do Prestador de Bons Ofícios, o Mediador toma conhecimento das divergências existentes, conhece as razões invocadas pelas partes, apresenta uma solução.

Para o exercício da mediação, é requisito essencial a confiança que os contendores depositem no Mediador.

Por outro lado, são bastante assemelhadas as funções do Mediador e as exercidas pelo Juiz Arbitral, com uma diferença, a proposta do Mediador não dispõe do caráter de obrigatoriedade para com as partes. É, estruturalmente, ato amistoso. Por isso, compete aos Estados desavindo o cumprimento do que foi apresentado, se, para ambos, a proposta for conveniente.

Os anais do Direito Internacional Público registraram como exemplarmente meritória a mediação exercida pelo Papa João Paulo II, quando do turbulento processo envolvendo a Argentina e o Chile, sobre o Canal de Beagle.

A norma internacional tem estimulado a prática da mediação, que pode ser cometida ao próprio Conselho de Segurança da ONU, para, na exegese, do Artigo 38 da Carta das Nações Unidas, e a pedido das Nações interessadas, mediar o confronto, ou fazê-lo por sua iniciativa, na faculdade que lhe é deferida pelo Artigo 36 do mesmo Estatuto das Nações Unidas.

e) Sistema de Consultas

É um processo de há muito consagrado nas relações internacionais, tendo como instrumento fundamental o Tratado firmado, em 1921, entre os Estados Unidos, a Inglaterra, o Japão e a França, pertinente ao domínio e posse de várias ilhas do Oceano Pacífico.

Por seu turno, a Organização dos Estados Americanos (OEA) consagra as Reuniões de Consulta de Chancelarias como um procedimento importante à construção da paz entre os povos.

Tecnicamente, o Sistema de Consultas acontece quando as partes se auscultam reciprocamente, objetivando contornar controvérsias, sobre temas previamente acertados.

Para tanto, o fórum competente à discussão destes problemas são os encontros entre os representantes dos Estados, que, sentados à mesa das negociações, discutem, examinam as suas reclamações, perseguindo, pelo diálogo, a concórdia, a paz e a harmonia, entre os povos.

2 MEIOS JURÍDICOS

a) Arbitragem

São os instrumentos que o direito cria para a solução das pendências internacionais.

Para os historiadores do Direito Internacional, a Arbitragem é o mais antigo processo de dirimir desacertos entre os Estados. Remonta à Grécia Antiga.

Desenha-se a Arbitragem quando os Entes Jurídicos Internacionais se socorrem de pessoas que as partes escolhem livremente para a solução do litígio.

As partes, para tanto, conferem ao Árbitro “Função Jurisdicional para o fim transitório e único de decidir aquela exata matéria” (J. F. Rezek - Obra citada pág. 353).

Ressalte-se, todavia, que o universo a ser abrangido pelo Instituto da Arbitragem não se limita às questões meramente jurídicas. O caráter dinâmico do Direito Internacional Público tem levado a Arbitragem a ser utilizada na solução de problemas de evidente configuração política.

Definem e caracterizam a Arbitragem: a) o ajuste bilateral de vontades entre as partes, para fixar o ponto fulcral da querela; b) o apelo à Arbitragem para a solução do litígio; c) a livre escolha dos árbitros; d) respeito à decisão imposta.

O DOCUMENTO DE COMPROMISSO

Quando as partes decidem entregar à decisão arbitral as suas divergências, fazem-no por meio de um Documento solenemente chamado de Compromisso. Nele estão definidos o ponto divergente, a designação dos árbitros e os poderes que lhes são conferidos, além, é claro, da promessa formal de respeitar, acatar e executar a sentença arbitral.

DOS ÁRBITROS E DOS TRIBUNAIS ARBITRAIS.

É da essência da Arbitragem a livre escolha dos seus membros. Em princípio e por histórica tradição, o ato de indicação dos Árbitros deve constar do Documento de Compromisso.

É de bom alvitre rememorar que nos primórdios de sua criação, era praxe que a nomeação dos Árbitros recaísse, quase sempre, sobre soberanos, chefes monárquicos etc.

Nos tempos atuais, até por respeito hierárquico, ainda se faz a designação de Árbitros por Estado, embora as partes tenham consciência de que as sentenças serão, inevitavelmente, lavradas por técnicos e juristas que estudaram o problema.

Hoje, há uma tendência para que os Árbitros sejam recrutados nos quadros da Corte Permanente de Arbitragem. Tendência, repita-se, nunca obrigatoriedade.

A CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM

A Convenção de Haia, realizada em 1899, cujo objetivo era buscar fórmulas de se construir a paz, serviu, igualmente, como origem e criação da Corte Permanente de Arbitragem.

Esta, realmente, não é, na acepção da palavra, um tribunal. É, antes, uma relação, um rol, uma lista de pessoas possuidoras de sólida formação moral e comprovados conhecimentos jurídicos, especialmente no campo do Direito Internacional Permanente, sem dúvida, é a Secretaria da Corte, órgão que funciona como elo entre as partes, servindo como guardião do arquivo e de toda a documentação da Corte de Arbitragem.

ARBITRAGEM: ESTRUTURA TÉCNICO-JURÍDICA

Os tratados são, inquestionavelmente, a grande fonte do Direito Internacional Público. Na instrumentalização do Instituto da Arbitragem, quando os Estados estão se desentendendo, as partes, para conter os confrontos, recorrem à celebração de um compromisso arbitral, que nada mais é do que um acordo de vontade como todo tratado bilateral. O formal e expreso consentimento do Árbitro é elemento indispensável à tessitura e validade deste Instituto Jurídico. Solenizado o Agreement do Árbitro, as partes elaboram o documento de compromisso, arrimado nestas vertentes:

- 1) descrição detalhada dos pontos que ensejam o litígio;
- 2) citação dos textos legais que se aplicam ao fato;
- 3) nomeação do Árbitro ou designação do Fórum Arbitral competente;
- 4) expreso compromisso de respeito à decisão Arbitral.

FORÇA DE SENTENÇA ARBITRAL

É princípio assente e proclamado no vasto universo do Direito Internacional Público: a sentença arbitral não é definitiva. Inconformadas com a decisão, as partes voltam à mesma instância para aclarar dúvidas, esclarecer omissões, corrigir contradições. No mundo jurídico da Norma Internacional, esta faculdade de novo questionamento é conhecida como Pedido de Interpretação.

Na prática isto ocorre quando o árbitro extrapolou de seus poderes ou a sentença tenha sido prolatada com evidentes provas de fraude, dolo ou nulidade insanável.

No final da década de 1970, no rumoroso caso do Canal de Beagle, a Argentina, de forma peremptória, alegou abuso e/ou desvio de poderes por parte do árbitro, no caso Sua Majestade a Rainha Elisabeth II, para descumprir a sentença arbitral, por entendê-la nula, problema somente resolvido em 1981, graças à intermediação do Papa João Paulo II, como já foi anteriormente citado.

PACTA SUNT SERVANDA

As decisões emanadas da arbitragem dispõem de um valor ético que força o seu cumprimento: respeito ao que consta do compromisso pactuado.

É que estas decisões carecem de poderes executórios. Cumpri-las é solene imperativo de honra das partes. Árbitro não é o poder estatal, que pode usar da força para fazer respeitar os seus decisórios.

b) Solução Judicial: Corte Internacional de Justiça

Tecnicamente, é a que dimana de uma Corte Permanente de Justiça. Para os hermeneutas e estudiosos do Direito Internacional Público, a Corte de Haia é o grande Fórum da Norma Internacional, desde o ano de 1910, quando se deu a sua instalação. Hoje, ela se chama de Corte Internacional de Justiça.

É composta de quinze juízes efetivos, eleitos pela Assembléia Geral e Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas. Têm todos um mandato de nove anos, sendo permitida a reeleição. A cada três anos se promove a renovação de um terço dos seus quadros. Um mesmo Estado não pode ter dois juízes ao mesmo tempo no colegiado da Corte Internacional de Justiça. Os juízes são mantidos na função até o término dos seus mandatos, a menos que, decisão unânime dos demais magistrados opte pelo afastamento. Nos anais da Corte não consta, até hoje, qualquer demissão. Os mandatos do Presidente e Vice Presidente têm a duração de três anos, permitida a reeleição.

É a Corte Internacional de Justiça o tribunal competente para o julgamento das querelas envolvendo os Estados. Para tanto, ela, a Corte Internacional de Justiça, se louva, para as suas sentenças, nas fontes do Direito Internacional Público, como os tratados, os costumes, a jurisprudência etc.

Sendo partes na Corte Internacional de Justiça - Autor e Réu - os Estados se comprometem a acatar a sua jurisdição.

Os debates e arrazoados no plenário da Corte Internacional de Justiça são feitos em inglês e francês, línguas oficiais da Corte. Os meios de prova são os permitidos em lei. O processo, nesta instância internacional, se assemelha, em técnica, às causas cíveis nos tribunais superiores.

Na imposição do Artigo 94 da Carta da Organização das Nações Unidas, os Estados que a integram se comprometem a respeitar as decisões da Corte Internacional de Justiça, o que não o fazendo, leva a outra parte a denunciar o fato ao Conselho de Segurança da ONU, que, depois de reexaminá-lo, se for o caso, exigirá o cumprimento da decisão.

c) As Comissões Internacionais de Inquérito e Conciliação

Instituto consagrado no Direito Internacional Público, as Comissões Internacionais de Inquérito e Conciliação têm por objetivo encontrar meios mais rápidos de construir a paz e/ou esclarecer, por meio de imparcial investigação, fatos que levem os Estados à convivência civilizada.

d) Comissões Mistas

Tiveram grande presença no cenário internacional no Século XIX, hoje, só esporadicamente recorre-se à sua instrumentalização para debelar os conflitos.

Ainda são acionadas, por exemplo, no caso de fronteiras, porém com o nome de Comissão Demarcadora de Fronteiras.

3 MEIOS COERCITIVOS

A sociedade politicamente organizada, apesar do imenso esforço feito, objetivando construir um mundo sem desentendimento, ainda usa processos e expedientes não compatíveis com os níveis de desenvolvimento a que os tempos modernos chegaram.

Procurando fazer valer os seus direitos, os Estados recorrem a métodos violentos, quando as tratativas internacionais malogram.

Ressalte-se, todavia, que os costumes, como fonte da Legislação Internacional, consagram estes procedimentos, definindo-os como meios coercitivos para a solução de controvérsias.

A tradição do Direito Internacional elenca como meios coercitivos:

- 1) A retorsão;
- 2) As represálias;
- 3) O embargo;
- 4) O bloqueio;
- 5) A boicotagem;
- 6) O rompimento das relações diplomáticas.

1) A RETORSÃO

A norma internacional admite o seu uso quando um Estado é ofendido por outro, pode revidar de forma análoga ou semelhante.

É o princípio consagrado na prática de política externa, o de que toda nação deva, civilizadamente, respeitar os direitos de outra. Agredida, pode a nação retorquir com os mesmos instrumentos utilizados pelo agressor.

Este processo é corriqueiro nas trocas e negócios comerciais entre as nações, como por exemplo, quando um país importador aumenta exageradamente a alíquota do bem importado. Neste caso, e com certeza na primeira oportunidade, o Estado prejudicado vai usar o mesmo método quando o produto daquele país for comercializado.

2) AS REPRESÁLIAS

Para conceituá-las, é imperativo transcrever o que foi definido pelo Instituto de Direito Internacional Público, em Paris, em 1934.

“As represálias são medidas coercitivas, derogatórias das regras ordinárias do direito das gentes, tomadas por um Estado, em consequência de atos ilícitos praticados, em seu prejuízo, por outro Estado e destinadas a impor a este, por meio de um dano, o respeito do direito.”

Como se depreende do texto transcrito, as represálias são meios violentos que o Estado utiliza para preservar o seu direito. Diferentemente da retorsão, onde o gesto praticado pelo Estado ofensor não é proibido, embora prejudique o Estado ofendido, com as represálias há uma violação dos espaços legais.

Hans Kelsen, com sua incontestável autoridade, doutrina que as represálias “não são um delito, na medida em que se realizam como uma reação contra um delito.”

3) O EMBARGO

Pelo embargo, uma nação seqüestra, em período de paz, embarcações estrangeiras ancoradas em portos nacionais, geralmente argumentando que os carregamentos escondem materiais que podem ameaçar a segurança do Estado onde elas se encontram.

Em tese, o embargo é mesmo *Arret de Prince*, Embargo de Príncipe, do Direito Francês, consistindo na interdição de navios e outras embarcações por motivo de política sanitária, decisão judicial etc.

4) O BLOQUEIO

O Instituto do Bloqueio, também chamado de Bloqueio Pacífico ou Comercial, ocorre quando um país impede, pelo uso de expedientes mais fortes, geralmente utilizando o poder da força armada, o contato, a comunicação, a troca de informações, com o porto de outra nação, com o qual há fundados receios de esgarçamento nas relações diplomáticas.

Costumeiramente, o bloqueio é o prenúncio de atitudes que podem levar à guerra as nações envolvidas no episódio.

5) A BOICOTAGEM

É o processo admitido no Universo Jurídico Internacional. Assim, a Carta das Nações Unidas, no seu Artigo 14, permite a sua instrumentalização, como fórmula capaz de se fazer as suas decisões, quando em jogo estiver a paz mundial.

Destarte, a boicotagem é a suspensão, a interrupção de intercâmbio comercial com um Estado que, a juízo de outro, agrediu Normas e feriu Direito do Estado ou de seus cidadãos.

Para a imensa maioria dos internacionalistas, usa-se este processo com o intuito fundamental de levar o Estado agressor a rever, modificar, um ato interpretado como hostil, descabido, injusto.

Trata-se, por mais paradoxal que possa parecer, do mais popular e democrático meio coercitivo, já que pode ser acionado por vontade de Governo, como por iniciativa particular.

6) O ROMPIMENTO DAS RELAÇÕES DIPLOMÁTICAS

Há rompimento de relações diplomáticas quando um Estado provoca violação de direito do outro.

Os grandes monumentos jurídicos do Direito Internacional Público consagram o instituto do rompimento de relações internacionais.

O Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR), assinado no Rio de Janeiro, em 1947, no seu Artigo 8º, prevê o rompimento de relações diplomáticas como processo coercitivo.

Por outro lado, a Carta das Nações Unidas, no seu Artigo 41, remete ao Conselho de Segurança, o postulado de usar a ruptura de relações diplomáticas para o acatamento e cumprimento de seus decisórios, diante de ameaças à paz entre os povos.

Soleniza-se o ato de rompimento de relações diplomáticas pela entrega de passaporte ao Agente Diplomático do Estado tido como violador das normas internacionais ou pela retirada dos Agentes Diplomáticos do Estado que recorreu ao expediente do rompimento de relações diplomáticas.

No xadrez da política internacional, a ruptura de relações diplomáticas é, igualmente, usada como forma de uma parte forçar a outra o reexame de sua posição, modificando o seu comportamento. É, sem dúvida, proclamado meio de pressão.

SEGURANÇA JURÍDICA. LIBERDADE E ELISÃO

Hélio Sílvio Ourem Campos

Juiz Federal – TRF 5ª

“Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei, para o particular, significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’. (...) o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta.” (MEIRELLES, HELY LOPES. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15ª ed. atualizada pela Constituição de 1988. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1990, ps. 78-79).

Em sua *“A Cidade Antiga”*, FUSTEL DE COULANGES, recordando TUCIDIDES, admitia que se poderia ter evitado a democracia acaso se atendesse à recomendação de que a liberdade deveria ser para todos, mas o governo apenas para alguns (oligarkia isónomos)¹.

Portanto, mesmo não parecendo simpático ao regime democrático, acreditava ter sido o fato de a oligarquia ser um solo fértil para vexames contra o povo (condenações arbitrárias, execuções violentas, etc.) que fez com que, na Grécia antiga, a democracia haja tornado-se necessária. Para que os pobres tivessem algum amparo, e os ricos um freio.

¹ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradutores JONAS CAMARGO LEITE e EDUARDO FONSECA. Rio de Janeiro. Editora Tecnoprint, 1990, p. 223.

Também o Cristianismo, onde se propõe a filosofia de substituir o temor pelo amor a Deus, deve ter influenciado, de algum modo, nesta busca pela liberdade, embora, a partir dele, a religião deixe de ser terrena, procurando não imiscuir-se nas coisas da terra. “*Dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus*”. Uma nítida separação entre Deus e o Estado. A religião não tomando para si a missão de regular o direito.

Os precursores do idealismo clássico alemão afirmavam acreditar na teoria de que *tudo é perfeito neste melhor dos mundos possíveis*. Não importariam as desgraças particulares, se proporcionarem o *bem geral*.

VOLTAIRE, no exercício da sua fina ironia, em “Cândido ou o Otimismo”, em plena voga das doutrinas do filósofo LEIBNITZ, discute a pelega entre as convulsões inquietantes de uma vida agitada e a letargia do aborrecimento de uma vida tranqüila e sem pretensões mais altas, passando, pelo mundo, o indivíduo, aceitando as coisas com paciência.²

Neste tema fascinante, *a liberdade*, em suas Lições de Introdução ao Estudo do Direito³, PAULO OTERO também fez algumas reflexões de realce.

Diz ele, ao abordar o tema *Direito e Liberdade*, socorrendo-se de HEGEL e de WEBER, que o Direito tem por destino a liberdade, lembrando, mais adiante, de que o escravo não tinha direitos.

Nas suas palavras, numa apologia ao que chama de destino do direito ou à liberdade: “*Numa primeira aproximação ao tema da liberdade como fim do Direito, pode afirmar-se que a liberdade constitui a própria razão de ser do direito: ‘a liberdade constitui a substância e o destino do Direito’, encontrando-se o seu ponto de partida na vontade livre (cfr. HEGEL, Princípios ..., § 4º). O Direito é, por isso mesmo, ainda segundo HEGEL, ‘a liberdade em geral como Ideia’ (ibidem, § 29º), representando a vontade livre o princípio a ser realizado pelo Direito (cfr. THADEU WEBER, Hegel..., p. 61)”*

Ora, se não houvesse nenhuma liberdade, não seria adequado procurar responsabilizar alguém perante o direito. De fato, a negação completa da liberdade implica na negação dos demais direitos.

² VOLTAIRE. *Cândido ou o Otimismo*. Tradutor MIÉCIO TÁTI. Rio de Janeiro. Editora Tecnoprint. 1991, ps. 134 e ss.

³ Ob. Cit., 1998, ps. 220 e ss.

É natural, no entanto, que os graus de liberdade variem a depender da fase histórica que se analise.

Houve épocas em que se sentiu a necessidade de se restringir ao máximo a atuação do Estado, encontrando-se, na lei, apenas um instrumento limitativo da atividade da Administração Pública. É o momento do pensamento jurídico liberal. Vê-se a lei como um limite a salvaguardar a liberdade individual, perante a liberdade dos demais.

Assim, o Estado deveria ficar ausente, deveria cruzar os braços permitindo o máximo de liberdade.

Ocorreu que, neste regime, desenvolveu-se a exploração econômica e social, restando feridos os princípios mais mezinhos de dignidade humana. Ora, o pobre e o rico são ambos cidadãos, não devendo haver pessoas de primeira e de segunda classes.

O mito liberal caiu. Se havia liberdade na teoria, não havia na prática.

Não há liberdade, “*mesmo vivendo debaixo da ponte*” (ANATOLE FRANCE, *Le Lys Rouge*. Paris. 1894, p. 117).

É um engano imaginar-se que pregar a não-intervenção do Estado seja uma salvaguarda política para cidadãos doentes, subnutridos e que não têm o que vestir nem onde morar.

Visto de agora, parece um absurdo.

Assim, começou-se a pensar em um Estado que participasse da realização da justiça social. E se intensificou a intervenção pública extremadamente.

Esse movimento radical trouxe ao Estado, quando pouco, o papel de empresário. E o Estado, em muitas situações, não se comportou bem neste papel.

Veio, por isto mesmo, um movimento pendular de oposição, como demonstraram as experiências do Reino Unido e dos Estados Unidos da América do Norte nos anos oitenta.

Reduziu-se, novamente e significativamente, o papel do Estado. Era o neo-liberalismo.

Isso também não deu certo, haja vista os custos sociais e políticos.

Atualmente, continua-se buscando a posição ideal do Estado frente à liberdade e à dignidade do cidadão⁴.

⁴ PAULO OTERO, em suas Lições de Introdução ao Estudo do Direito. Obra citada. 1998, p. 232, registra: “*Adaptando uma sugestiva imagem apresentada pelo Professor ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, pode dizer-se que a autonomia pública representa o espaço que dispõe um cão amarrado, apenas lhe possibilitando ir até onde a corrente que o prende permite, daí não se possa dizer que goze de liberdade.*”

Para alguns, a lei não é mais vista apenas como um limite, mas como um instrumento a fundamentar a necessária atuação administrativa⁵.

Não basta ao Estado não lesar os direitos dos particulares, é preciso continuar tentando o bem-estar social.

Neste espaço, no Brasil, estando menores os círculos de imunidade do poder estatal, é chamado o Judiciário a dar a sua parcela de contribuição à comunidade.

O Supremo Tribunal Federal não vem se furtando a esta tarefa. Afinal, sendo o guardião da Constituição brasileira (art. 102, “caput”), deve firmar os espaços exatos de liberdade dos cidadãos e do Estado (Executivo e Legislativo).

Os Acórdãos, a seguir, demonstram o que digo:

1. Aqui, o Supremo Tribunal Federal destaca que, em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, “caput”, da atual Constituição do Brasil), é preciso limitar aqueles que exercem o poder, havendo uma progressiva diminuição dos espaços imunes à fiscalização judicial. Quanto aos instrumentos processuais a serem utilizados, deu especial destaque ao mandado de segurança. Mas o Tribunal também reconheceu os seus limites, ressaltando a impossibilidade de exame do mérito da decisão administrativa; o que não significa impossibilidade de verificar a existência de causa legítima a justificar a atuação da Administração Pública.

Eis o Acórdão: “*A Constituição brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do poder estatal – como convém a uma sociedade democrática e livre – ao controle do Poder Judiciário. Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se, no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. A ‘rule of law’, mais do que simples legado histórico-cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do Estado Democrático de Direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder.*”

É preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos

⁵ AMARAL, DIOGO FREITAS DO. Direito Administrativo. Vol. II. Obra citada, 1988, ps. 45 e ss.

círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição do seu exercício abusivo.”

Continua, destacando a missão de uma ação com presencialidade constitucional, e marcadamente utilizada, que é o mandado de segurança, atingindo, inclusive, os chamados atos administrativos disciplinares: *“O mandado de segurança desempenha, nesse contexto, uma função instrumental do maior relevo. A impugnação judicial de ato disciplinar, mediante utilização desse ‘writ’ constitucional, legitima-se em face de três situações possíveis, decorrentes (1) da incompetência da autoridade, (2) da inobservância das formalidades essenciais e (3) da ilegalidade da sanção disciplinar. A pertinência jurídica do mandado de segurança, em tais hipóteses, justifica a admissibilidade do controle jurisdicional sobre a legalidade dos atos punitivos emanados da Administração Pública no concreto exercício do seu poder disciplinar.”*

E, reconhecendo a existência dos seus limites (a polêmica imunidade do denominado *mérito do ato administrativo*), os indica com alguns detalhes: *“O que os Juízes e Tribunais somente não podem examinar nesse tema, até mesmo com natural decorrência do princípio da separação de poderes, são a conveniência, a utilidade, a oportunidade e a necessidade da punição disciplinar. Isso significa, porém a impossibilidade de o Judiciário verificar se existe, ou não, causa legítima que autorize a imposição da sanção disciplinar. O que se lhe veda, nesse âmbito, é, tão somente, o exame do mérito da decisão administrativa, por tratar-se de elemento temático inerente ao poder discricionário da Administração Pública.*

A nova Constituição do Brasil instituiu, em favor dos indiciados em processo administrativo, a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV). O legislador constituinte consagrou, em norma fundamental, um direito do servidor público oponível ao poder estatal. A explícita constitucionalização dessa garantia de ordem jurídica, na esfera do procedimento administrativo-disciplinar, representa um fator de clara limitação dos poderes da Administração pública e de correspondente intensificação do grau de proteção jurisdicional dispensada aos direitos dos agentes políticos. Mandado de Segurança nº 20999. Distrito Federal. DJ 25.05.90, p. 4605. Ementário Vol. 1582, p. 286. Revista Trimestral de Jurisprudência Vol. 131, p. 1101. Relator Ministro CELSO DE MELLO. Julgamento do Tribunal Pleno em 21.03.90. Unânime.”

2. Aqui, discute-se até que ponto as formalidades devem ir na proteção da legalidade e da segurança, quando isto se apresenta como uma mera burocracia procrastinatória.

O caso concreto.

Se, na época do fato, a autoridade competente para o processo e o julgamento era uma; e, no curso do processo, passou a ser outra, não há a necessidade de serem repetidos todos os encaminhamentos se os anteriores não resultaram em prejuízo para a defesa.

É, em situações como tais, onde digo que a segurança não pode estar a serviço de atitudes ardilosas ou espertas, pois, como se sabe, a lei processual aplica-se desde logo aos processos pendentes, não havendo motivo para invalidar os atos que possam ser aproveitados. Esta sim, é uma norma de segurança jurídica.

Eis um Acórdão, onde me parece esteja formulada uma premissa de bom tom e equilíbrio.

Nele, embora se reconheça a importância das formas processuais, não se as elege como um fetiche: *“É inestimável a importância das formalidades processuais como garantias da liberdade pessoal e da segurança jurídica. Mas, homenagem a esse princípio não há de chegar ao feticismo, e não deve ser levada a exaustos inúteis para se proclamar nulidade; pois, os atos praticados pelo Promotor de Justiça, quando praticados, foram rigorosamente legais, não havendo razão para que deixem de sê-los porque, por lei posterior, a competência passou a ser do Tribunal. Habeas-Corpus nº 69.906. Minas Gerais. DJ 16.04.93, p. 6434. Ementário Vol. 1699-03, p. 587. Revista Trimestral de Jurisprudência Vol. 146-01, p. 244. Relator Ministro PAULO BROSSARD. Julgamento da 2ª Turma em 15.12.92. Por maioria.”*

Feitas estas considerações, trago a minha primeira convicção de que de pouco valem as doutrinas, as leis e os princípios, se não existirem homens que queiram aplicá-los. Que a Constituição seja *bem escrita*, mas isto não é o único fator fundamental; pois o de mais importante é a longa e sincera experiência de aplicá-la.

Mesmo em torno do valor da limitação do Poder pelas Constituições rígidas - o Brasil, como exemplo-, tenho que, *entre a teoria e a prática, a realidade é o homem.*

Na prática, os resultados comumente não são conformes com a teoria. Sem homens dignos, não haverá instituição ou sistema que produza

efeitos positivos. É preciso autoridade moral, além de competência profissional e devoção aos encargos públicos recebidos e confiados. É preciso que a sociedade acredite nestes valores, e os considere úteis, respeitando-os.

Textos de doutrina, princípios constitucionais, tudo isto vale muito pouco, se não forem vividos. O homem é a primeira realidade política, havendo a necessidade de uma identidade emocional deste para com o Estado em que vive.

Não basta pensar uma instituição, e formulá-la em um esquema formalmente apto. Isto é muito pouco.

As melhores Constituições não são as mais bem escritas ou logicamente formuladas, mas aquelas que se permitem corresponder às feições do povo para a qual foi feita; o que só poderá ser demonstrado após uma longa e sincera experiência da comunidade.

Mas disto não se deve retirar uma atitude omissa daquele que trabalha com o direito, e que reconhece a necessidade de se criticar o que está sendo feito, mesmo quando isto possa ser incômodo para os interesses instalados pelo êxito eleitoral.

Isto também é liberdade. Não basta prognosticar o resultado de um certo processo. A ordem jurídica é uma ordem evolutiva.

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, falando sobre a missão daquele que chamou de *jurista*, adverte que não se deve ceder às pressões, pois elas já vieram no passado; e não permaneceram (por exemplo, o nazismo).

São as suas palavras: “*Ao jurista incumbe necessariamente em toda a sociedade dar testemunho de uma ordem que a deve informar na sua estrutura e na sua evolução. Tem de afirmar pois o primado do direito contra todas as violações e contra todas as pressões.*” (*O Direito- Introdução e Teoria Geral - Uma perspectiva luso-brasileira. Obra citada. 1997, p. 221*)

Pois bem, a Constituição de janeiro de 1967/Emenda Constitucional nº 01, de outubro de 1969, até que poderia ser modificada, de maneira a se conformar com as novas aspirações que surgiam no Brasil; mas ela já estava identificada com o autoritarismo⁶.

Assim, optou-se por fazer uma nova Constituição. Foi feita, refeita (dado o grande número, importância e extensão das Emendas), e precisa continuar no seu processo evolutivo de aplicação.

⁶ MIRANDA, JORGE. A transição constitucional brasileira e o Anteprojecto da Comissão Afonso Arinos. Artigo citado. Separata da Revista de Informação Legislativa – Senado Federal, a 24 n. 94, abr./jun. 1987, p. 31.

Enfim, ninguém tem o direito de subordinar o Texto Constitucional à conveniência dos interesses de grupos e corporações; pois o desprezo à Constituição traz, invariavelmente, um perigoso estado de insegurança jurídica, que, certamente, não é o caminho da justiça.

É com base nestes paradigmas que me parece deva ser analisado o Parágrafo Único, do art. 116, do Código Tributário brasileiro, que diz: “A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.” (*cláusula geral anti-elisiva*)

Diante deste dispositivo, a Confederação Nacional do Comércio (CNC), do Brasil, ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade (2446), com pedido de liminar, contestando este Parágrafo, que foi inserido no Código Tributário Nacional pela Lei Complementar nº 104/2001.

Na ação, afirmava-se que esta previsão faria com que os contribuintes não tivessem garantias de estabilidade, já que “*a qualquer tempo o agente fiscal poderá desqualificar a operação e interpretar que o contribuinte pretendeu valer-se de uma brecha legal para pagar menos tributo.*”

Nesta perspectiva, admitindo esta norma, o direito tributário brasileiro não mais se regeria pelo princípio da legalidade, mas pelo princípio do “*achismo fiscal*”. Este foi o termo empregado na Ação.

Fortalecendo a posição contrária à previsão legislativa, diz-se que, registrado o fato ocorrido, é devido conferir ao contribuinte o direito de interpretar a lei tributária, não se podendo atribuir à Administração o monopólio da interpretação correta. Seria o direito de interpretação da norma uma consequência do direito à liberdade e à segurança de que a Administração não está imune à sindicabilidade judicial, não podendo presumir a culpa do contribuinte; pois o princípio da presunção do estado de inocência é um imperativo constitucional (art. 5º, inc. LVII).

Em contrapartida, entendeu o legislador que não se deveria permitir a quebra da isonomia, favorecendo aquele contribuinte que possui maior acesso à informação em detrimento daquele que não a tem.

De fato, em um Estado democrático, é preciso tomar muita cautela ao atribuir tantos poderes à fiscalização tributária, pois, além de dar maior azo à corrupção⁷, parece que, realmente, a presunção constitucional de inocên-

⁷ Quando falo que *cargo público não santifica ninguém*, refiro-me, por exemplo, à chamada “*Máfia dos Fiscais*”, nome pelo qual ficou conhecida, na mídia, a investigação para apurar crimes supostamente cometidos por fiscais da Administração Regional da Capital paulista no final dos anos 90.

cia impossibilita que, mesmo não demonstrada a fraude ou a simulação, haja a imposição fiscal.

É a delicada questão entre a evasão (ato ilícito) e a elisão (ato lícito)⁸, também chamada, esta última, de planejamento tributário⁹.

Atitudes fraudulentas, de simulação ou abusivas não se devem confundir com atitudes lícitas¹⁰.

Uma breve análise de direito comparado permitirá a formação de um juízo crítico mais apurado.

Tome-se o sistema jurídico francês. Nele, até pelo fato da teoria do abuso do direito haver nascido neste País, o assunto merece uma atenção especial.

⁸ A Receita Federal brasileira abriu discussões em torno de um Projeto de lei sobre este assunto, antes de encaminhá-lo à apreciação do Congresso Nacional. Em realidade, na Escola de Administração Fazendária (ESAF), realizou-se um Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal (agosto de 2.001), promovido pela própria Receita. Ao que parece, a principal alteração que o Projeto pretende, no tema do planejamento tributário que permite às empresas reduzirem o recolhimento de tributos através de espaços encontrados na legislação, seria a modificação do art. 104, do Código Tributário brasileiro. Este artigo tem a seguinte redação: “*Art. 104. Entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação os dispositivos de lei, referentes a impostos sobre patrimônio ou a renda: I- que instituem ou majoram tais impostos; II- que definem novas hipóteses de incidência; III- que extinguem ou reduzem isenções, salvo se a lei dispuser de maneira mais favorável ao contribuinte, e observado o disposto no art. 178.*” É o art. 178, do referido Código Tributário do Brasil: “*A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III, do art. 104.*”

⁹ Entre os dias 04 e 05 de outubro de 2.001, em Curitiba/Paraná, realizou-se o III Congresso Brasileiro de Planejamento Tributário, em homenagem ao Prof. RUY BARBOSA NOGUEIRA. O tema principal do Congresso foi o planejamento tributário no Brasil. Eis, então, aquelas que se encontram como sendo algumas das principais preocupações objeto de discussão neste assunto: a visão da imprensa, a eficácia da norma geral antielisiva, a nova economia internacional, os riscos e as implicações por definir distâncias entre a sonegação fiscal e o planejamento tributário, a elisão nos impostos indiretos, no setor de energia e no de telecomunicações, as reorganizações societárias, etc.

¹⁰ Muitas vezes, não é fácil fixar os exatos limites entre o lícito e o ilícito, particularmente no âmbito tributário. Dois exemplos para esclarecer melhor o que digo. Irei refirir-me a duas questões tributárias discutidas acirradamente, no ano de 2.001, na esfera dos Tribunais Superiores brasileiros. 1) *importação por leasing e incidência de ICMS*. As empresas alegam que, com o *leasing*, não haveria transferência da propriedade do bem importado, não se constituindo a hipótese para a incidência do ICMS. A transferência do bem apenas se operaria no final do contrato, acaso fosse exercida a opção de compra. Assim, não sendo o *leasing* uma operação comercial, mas financeira, inclusive nos casos de *leasing* operacional, sem opção de compra, não haveria como fazer incidir o ICMS. Contudo, os Estados têm exigido sistematicamente o imposto no desembaraço aduaneiro. No Superior Tribunal de Justiça, há vários precedentes no sentido de que, por exemplo, no *leasing* de uma aeronave, o imposto só poderia ser cobrado se o bem fosse trazido para o consumo próprio ou incorporado ao ativo permanente da empresa. A palavra está com o Plenário do Supremo Tribunal Federal, para por fim a uma disputa que se intensificou, ao menos, desde a edição da Lei Complementar nº 87/96, que trata do ICMS. 2) *ISS incidente na Bolsa de Mercadorias e Futuros*. Envolve a interpretação da Lei Complementar nº 56/87. As Corretoras de Valores e Câmbio pretendem beneficiar-se da não incidência do ISS sobre os serviços executados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. No entanto, para o Município de São Paulo, o maior do País, o item 50 da Lista enquadra-as entre as atividades de prestação de serviços tributáveis. Aqui, vêm decidindo de maneira conflitante o Tribunal de Justiça paulista (TJSP) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ). O TJSP é favorável às Corretoras, pois conclui que as atividades de corretagem não configuram intermediação, sendo operações financeiras, já tributadas pela União Federal. O STJ, embora reconhecendo que as Corretoras estejam sob a fiscalização do Banco Central do Brasil, alega que elas não necessitam de autorização do mesmo para funcionar. Para este Superior Tribunal, a incidência do ISS é legal.

Tanto o Conselho de Estado, quanto a Côrte de Cassação costumam reconhecer duas categorias de abuso de direito: abuso pela simulação e abuso pela fraude à lei.

Haveria a necessidade do elemento intencional (elemento subjetivo) e do emprego anormal de um direito (elemento objetivo).

O ônus da prova¹¹ da existência destes vícios ficaria com a Administração.

Assim, embora o negócio jurídico pudesse ser formalmente certo, havendo a redução da carga fiscal por sua iniciativa, seria de considerar se o ato artificioso ou frandulento foi adotado com o fim exclusivo de pagar menos tributos.

Portanto, o ato fictício é a pedra de toque.

Não havendo a dissimulação, e se podendo invocar uma finalidade diferente da meramente fiscal, impediria-se que a Administração defendesse o cometimento de abuso por parte do contribuinte.

Contudo, verificado o abuso, é de se ponderar qual a consequência que daí adviria. Na França, além do pagamento do tributo, fixaria-se uma sanção pecuniária¹², que poderia ser até igual ao dobro do tributo exigível.

Havendo a artimanha destinada a fraudar os cofres públicos, seria necessário não apenas realizar a arrecadação natural, mas intimidar o contribuinte faltoso com uma forte sanção em dinheiro.

Mas é preciso considerar a dificuldade da Administração de comprovar a armação perpetrada, pois, geralmente, as partes podem invocar vários motivos para os negócios jurídicos realizados.

¹¹ No direito processual administrativo brasileiro (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 – regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), assim se dispõe sobre a instrução processual: “Da Instrução – (...) Art. 30. São inadmissíveis, no processo administrativo, as provas obtidas por meios ilícitos. (...) Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei. Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo, ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias. Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo. (...) Art. 47. Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.”

¹² No campo tributário, onde o cumprimento da prestação é entregue muitas vezes à iniciativa do próprio contribuinte (vide lançamentos por homologação e por declaração), a aplicação de sanções possui grande importância como um meio de estimular conduta.

Um meio para evitar todos estes contratemplos, tanto por parte do contribuinte, quanto por parte da Administração, é o de permitir a consulta administrativa prévia. Assim, antes de o contribuinte vir a praticar o ato, poderá consultar a Administração. Se ela não apresenta objeção, ou, simplesmente, fica calada após um período de seis meses, fica-lhe vedado argumentar com o abuso do direito, se o ato consultado vier a ser realizado.

As mais frequentes dúvidas costumam girar em torno das fusões, transformações e cisões de sociedades. Também a constituição de empresas em paraísos fiscais¹³ consitui um meio comum de tentativa de abuso pela fraude à lei.

Enfim, parece que a Côrte de Cassação e o Conselho de Estado franceses costumam ser prudentes em casos de abuso de direito no âmbito tributário, evitando os excessos de parte a parte, exigindo provas rigorosas de culpabilidade e excluindo a alegação do abuso quando se verifica a existência de motivos legítimos, não considerando como fraude senão os atos adotados com o propósito exclusivo de lesar o Fisco (Sentencia Lalande, 21/7/1989).

Quanto ao sistema jurídico alemão, toma-se em cotejo BECKER e HENSEL, quando defendiam a interpretação das normas tributárias segundo a finalidade econômica do ato (par. 9, da Ordenação Tributária alemã de 1931). Até hoje, pretende-se evitar a manipulação de formas jurídicas de modo a provocar a redução da carga tributária.

Mesmo não havendo nenhuma sanção particular, salvo o pagamento da diferença do imposto que ordinariamente deveria ser pago, dá-se a atenção que o tema está a merecer.

¹³ No Brasil, a *Lei de Preços de Transferência* (Lei nº 9430, 27.12.1996), em seu art. 24, procurou conceituar “Paraíso Fiscal” como sendo “*um país com tributação favorecida*”, e mais “*aquele que não tributa a renda ou o que faz mediante aplicação de alíquota máxima inferior a 20%*”. O preço de transferência consiste no preço de um produto ou serviço que pode eventualmente ser manipulado para mais ou para menos, nas operações de compra e venda internacionais, de acordo com a vontade do agente, que, por sua vez, é capaz de controlar ambas as extremidades das operações, uma vez tratar-se de empresas vinculadas, de forma a ferir as condições de livre concorrência. A Secretaria da Receita Federal brasileira, através do Ato Declaratório nº 53, de 17 de junho de 1999, veio a determinar que a Convenção para evitar a dupla tributação entre Brasil e Portugal, assinada em 22 de abril de 1971, e promulgada pelo Decreto nº 69.392, de 21 de agosto de 1971, e denunciada pelo Brasil em 14 de julho de 1999, art. XXIX, § 1º, teria sua vigência cessada a partir de 1º de janeiro de 2000. A principal razão para a denúncia foi a utilização do regime tributário favorecido pelas empresas instaladas na Zona Franca da Ilha da Madeira. Assim, foi assinada uma nova Convenção entre Brasil e Portugal (ainda não ratificada), em 16 de maio de 2.000, bem como um Protocolo Adicional, excluindo de seus benefícios as pessoas que gozem dos regimes favorecidos da Ilha da Madeira. Em relação ao Brasil, ao que parece, os principais paraísos fiscais utilizados seriam: Ilhas Cayman, Bahamas, Panamá, Uruguai, Ilhas Virgens Britânicas, Ilha da Madeira e Antilhas Holandesas. Vide outros paraísos fiscais conforme as Instruções Normativas da Secretaria da Receita Federal nº 164, de 23 de dezembro de 1999 e nº 68, de 27 de junho de 2000.

Havendo o exercício anormal de um direito, de modo contrário aos fins sociais e econômicos do mesmo, permite-se a aplicação do dever de reembolso da quantia que deveria ingressar nos cofres públicos; e não ingressou.

Quanto ao sistema jurídico italiano, são vários os Projetos que pretendem uma cláusula geral anti-elisiva (Enmienda al art. 1 del proyecto de ley de 1746, del Senado, de 5 de octubre de 1989 y de 7 de marzo de 1990).

Por outro lado, existem dúvidas quanto à compatibilidade de sua inserção, argumentando com o princípio da legalidade e com a oportunidade de adotá-la, tal a desorganização administrativa que parece existir.

A administração em geral, e a tributária em particular, não inspirariam a necessária confiança. Assim, talvez não fosse oportuno atribuir à Administração o poder de apurar a correspondência entre a forma utilizada e o fato econômico real.

Portanto, poderia não ser conveniente a adoção de uma “*norma geral antifraude*”.

É evidente a divisão doutrinária. Admitindo que não existissem funcionários públicos de tal modo preparados de maneira a evitar arbitrariedades, seria melhor a interveniência casuística do legislador. Faltando confiança na administração tributária, seria preferível não arcar com o risco.

Quanto ao sistema jurídico holandês, todo ato, negócio ou procedimento que lhe falte finalidade econômica, senão a diminuição ou a supressão do tributo, pode ser apontado como ilícito, porquanto viole o espírito da lei.

Quanto ao belga, tenta-se conjugar a liberdade de pactuar com o princípio da legalidade tributária, permitindo ao contribuinte eleger a via menos gravosa fiscalmente para a execução das suas operações. Enfim, o contribuinte tem o direito de eleger a solução fiscal que lhe seja mais favorável, menos gravosa. Contudo, o fato de poder eleger o caminho menos gravoso não lhe autoriza registrar a prática de atos ou negócios que não sejam reais. De fato, deveria a Administração comprovar a simulação; o que, efetivamente, não é simples. A aplicação extensiva da teoria do abuso do direito vem sendo, quase unanimemente, rechaçada pela jurisprudência. (Sentencia 27/1/1987)¹⁴.

¹⁴ MORSELI Y TANIAU, Frandes, Bruselas, 1990, p. 261; GHISLAIN, L'abus de droit en Belgique; VANDERCAPELLERN y otros, Optimisation fiscale et abus de droit, ob. cit., p. 137. Apud ROSEMBUJ, Tulio. El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas en el Derecho Tributario. 2ª. Madrid / Barcelona. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999, p. 376.

No sistema jurídico suíço, também todo cidadão pode organizar a sua atividade econômica da maneira que lhe seja menos onerosa do ponto de vista tributário. Evidentemente, contudo, não se deve socorrer de formas anormais e inadequadas, que não tenham outro fim senão provocar uma forte retenção do pagamento de tributos. Assim, a adoção de formas insólitas presumiria pretensões evasivas, permitindo-se ao contribuinte socorrer-se de provas em contrário, demonstrando que a forma eleita assim o foi por motivos legítimos e distintos dos meramente tributários.

Mais dois realces especiais. Agora, para a Gran Bretanha e para os Estados Unidos da América do Norte.

Na Gran Bretanha, a elisão fiscal implicaria na organização de negócios de modo a gravá-lo por um tributo menor, mas de acordo com o princípio da legalidade. Afinal, todos têm direito a organizar os seus próprios negócios de modo a que os tributos aplicados sejam menores do que seriam se praticados de outro modo (Inlans Revenue Commissioners (IRC) vs. Duque de Westminster).

Se houvesse o ilícito, haveria a evasão.

Em síntese, se o contribuinte tem como único objetivo o de pagar menos impostos, e adota diversos passos articulados sob este objetivo exclusivo, seria lícito para os juízes valorar o conjunto dos atos praticados como uma única transação, considerando-a ineficaz acaso ela tivesse a só pretensão de reduzir ou eliminar tributos. É o chamado *princípio do resultado final*. Identificado o negócio real (resultado final), haveria a tributação em função disto.

Devendo-se desenvolver todo este raciocínio sem perder de vista as garantias dos contribuintes (princípios constitucionais), especialmente a de que só o Parlamento pode impor impostos, e não os juízes; e, muito menos, a Administração com as suas próprias interpretações das transações privadas.

Sobre o sistema jurídico norte-americano, fala-se na “valoração unitária dos procedimentos elisivos”. No caso Griffith y Helvering, disse-se que “*um resultado determinado não se converte em um resultado diferente se se alcança por um caminho indireto.*” Seria preciso perquirir sobre o real propósito negocial.

Assim, parece que o sistema americano prefere privilegiar a realidade econômica da operação do que a mera qualificação jurídica, sem que isto implique em abandono da reserva da legalidade.

Como até qui vem sendo visto, os países costumam adotar nomenclaturas distintas para defender a necessidade de o contribuinte agir com boa fé perante o Fisco.

Fala-se em “*caminhos indiretos*”, manipulações de formas, fraudes, simulações, “*negócio real*”, “*resultado final*”, etc. Em última análise, o que se pretende é a sinceridade fiscal.

Sem negar a liberdade de o contribuinte agir frente aos seus negócios, não pode ele tentar ser mais esperto do que o Fisco, armando um conjunto de operações que não têm outro objetivo senão lesar o patrimônio público. A dificuldade está em que as administrações tributárias dos países encontram-se em estágios de maior ou menor organização, e as culturas onde elas estão inseridas poderão permitir um comportamento mais ou menos gravoso da parte dos funcionários de fiscalização.

Se, por um lado, o Estado pretende não ser lesado; por outro, pode vir a ser legítimo, acaso configurado o caminho de manipulação, que ele deva exigir do contribuinte faltoso mais do que o tributo escondido, cabendo perquirir sobre a aplicação de multas, que intimidem o comportamento evasivo.

Evidentemente que tudo isto precisaria estar submetido ao devido processo legal, ou ao “*justo procedimento*”, sob pena de se atribuir à Administração tributária o monopólio da interpretação da norma, tornando o Fisco insindicável senão por ele mesmo.

Talvez, uma maneira de provocar a tranqüilidade fiscal seja a de incentivar as consultas prévias, da parte dos contribuintes, às Administrações tributárias, fixando-se prazos não muito longos, mas preclusivos.

No Código Tributário brasileiro, o instituto da consulta está previsto no art. 161, § 2º, que diz: “*O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantias previstas neta Lei ou em lei tributária. § 1º. Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês. § 2º. O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.*”

Como se observa, a consulta feita dentro do prazo para pagamento do tributo, desonera o contribuinte dos juros e da multa de mora, mesmo que respondida para além do prazo originário de adimplemento.

Afinal, se o responsável pela demora é a própria Administração, não pode, ela própria, impor exações pela demora por ela provocada.

Claro está que, na proposta que há pouco fiz, se for comprovado conluio do funcionário da Administração e o contribuinte consulente, não caberia falar em preclusão contra o Estado, ou em institutos afins, pela passagem do tempo; pois não se computaria, para estes efeitos, esta passagem decorrente de dolo, fraude ou simulação, tal como já ocorre com a moratória, parcelamento, remissão, isenção e anistia.¹⁵

É a aplicação do adágio de que ninguém deve se beneficiar com a sua própria fraude.

É a aplicação do sistema de freios e contrapesos, “*check and balances*”, do direito constitucional norte-americano, pretendendo evitar a supremacia de um Poder sobre o outro, e a conseqüente tirania de um deles.

Enfim, é preciso compatibilizar liberdade com responsabilidade.

¹⁵ Vide o art. 155, do Código Tributário brasileiro, que diz: “ *A concessão de moratória em caráter individual não gera direito adquirido e será revogada de ofício, sempre que se apure que o beneficiado não satisfazia ou deixou de satisfazer as condições ou não cumpria ou deixou de cumprir os requisitos para a concessão do favor, cobrando-se o crédito acrescido de juros de mora: I- com imposição da penalidade cabível, nos casos de dolo ou simulação do beneficiado, ou de terceiro em benefício daquele; II- sem imposição de penalidade, nos demais casos. Parágrafo Único. No caso do inciso I deste artigo, o tempo decorrido entre a concessão da moratória e sua revogação não se computa para efeito da prescrição do direito à cobrança do crédito; no caso do inciso II deste artigo, a revogação só pode ocorrer antes de prescrito o referido direito.*”

O MAGISTRADO E SUA GRANDEZA INTELLECTUAL, EM FACE DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS E DA DISCIPLINA JUDICIÁRIA

Milton de Roma França

Ministro do TST

Quero, inicialmente, registrar meus agradecimentos e minha alegria de estar presente a este Seminário sobre “Os Reflexos do Novo Código Civil na Área Trabalhista” e o faço na ilustre e douta pessoa do Reitor em Exercício da Univer-Cidade, o prof. Paulo Cesar Martinez Y Alonso.

Pretendo falar com absoluta franqueza e encareço, que, ao final, me questionem sobre a exposição. Não tenham nenhum constrangimento, até mesmo para que eu possa repensar a minha exposição e alterar meu entendimento e minha visão sobre questões que, desde há muito me preocupam, como ser humano consciente, tanto quanto permite minha precária evolução, e como magistrado que, diariamente, procura aprender mais, para tentar errar menos.

Não consigo separar a pessoa humana, que objetiva alcançar seu desenvolvimento espiritual, seja qual for a religião ou filosofia de vida que adote, do magistrado consciente e responsável, que deve, com sua serenidade, competência e, sobretudo, com seu procedimento ético-jurídico, assumir a responsabilidade e o dever de realizar a efetiva distribuição da Justiça.

Esse objetivo maior deve ser a sua permanente busca, como resultado da conjugação de sua liberdade e responsabilidade, atento aos regramentos constitucionais e legais disciplinadores do processo e do procedimento.

Sua vontade e determinação, portanto, de realizar, no plano concreto da relação jurídica processual, a composição da lide, com fiel observância desses valores, resultará na almejada justiça, que os jurisdicionados têm direito de exigir.

E, igualmente, ao assim proceder, valorizará e resguardará a transcendental importância do próprio Poder Judiciário, reduto último de expressão de um Estado Democrático de Direito, que tem o dever de responder, de forma eficaz e célere, às ameaças e violações dos direitos das pessoas.

Não é trabalho fácil e muito menos de resultados rápidos. Não. É toda uma existência de aprendizado, ajustes e correções no seu modo de pensar e agir.

A grande preocupação da sociedade, no que se refere ao Poder Judiciário, está concentrada na expectativa de que seja, tanto quanto possível, célere na entrega de sua prestação jurisdicional e que sua decisão se revele plena de eficácia, tornando-se concreto seu comando, de forma que a parte não apenas ganhe a causa, mas receba rápido e efetivamente o que foi declarado, pelo Estado-juiz, como seu direito.

É legítima, e, mais do que isso, imprescindível a exigência dos cidadãos que batem à porta do Judiciário, pois o ideal de realização de todo homem, num Estado Democrático de Direito, é a Justiça, porque, sem ela, bem ensina Kant, “já não valeria a pena que os homens vivessem em sociedade”.

Compete ao magistrado, consciente de sua responsabilidade pela direção do processo, desenvolver todo o seu trabalho na busca desse objetivo, superando ou minimizando as dificuldades de um sistema processual, em parte anacrônico, que compromete a celeridade e a efetividade do processo como instrumento de composição de conflitos de interesses.

Tenho neste seletivo auditório um expressivo número de alunos, além de doutos magistrados, procuradores e advogados.

Permitam-me, pois, em exposição bem sintética, tecer algumas considerações sobre o procedimento lógico-jurídico do magistrado, como forma de alcançar a celeridade na entrega da prestação jurisdicional, considerações que são dirigidas não aos doutos, mas àqueles que, ainda no início de suas atividades profissionais, procuram, neste tão importante Seminário, que só engrandece e ressalta a preocupação da Univer-Cidade com a qualidade de seu ensino, seu aprimoramento intelectual, instrumento que os tornem mais aptos a vencer nos diversos campos do Direito.

O magistrado, ao sentenciar, deve se orientar segundo regras de procedimento que indicam as diversas etapas ou momentos do desenvolvimento da relação processual.

Assim, proposta determinada ação, cumpre-lhe, prioritariamente, examinar a questão da competência, seja em razão da matéria, das pessoas ou do lugar, manifestando-se até mesmo ex officio em casos de incompetência absoluta para declinar o juízo competente.

Afastada a incompetência, o passo seguinte consiste em examinar os pressupostos relativos à capacidade de ser parte, de estar em juízo e de postular.

Como é de elementar conhecimento, a capacidade de ser parte é assegurada a todas as pessoas, físicas ou jurídicas, porque titulares de direitos e obrigações decorrentes de sua personalidade civil.

Embora não desfrutem de personalidade jurídica, a massa falida, o condomínio, as sociedades de fato, o espólio, etc., igualmente, são partes, quer ativa, quer passivamente, no processo.

Já a capacidade de estar em juízo se refere à aptidão de praticar os atos da vida civil.

Os menores, absoluta ou relativamente incapazes, serão representados ou assistidos, segundo sua faixa etária, enquanto que as pessoas jurídicas serão sempre representadas por aqueles que os estatutos sociais definirem.

A massa falida, pelo síndico; as sociedades de fato, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens e o espólio pelo seu inventariante.

Casos há, ainda, de representação por curadores, para os ausentes, loucos, etc., além da hipótese de substituição processual.

Ultrapassada, portanto, a questão da competência, e superado o exame dos pressupostos relativos à capacidade de ser parte, de estar em juízo e de postular, a questão seguinte diz respeito às condições da ação: interesse de agir, legitimação ativa e passiva e possibilidade jurídica do pedido.

O interesse de agir consiste em provocar a atividade do Estado-juiz para que se manifeste a respeito da ameaça ou lesão sobre o bem jurídico pretendido pelo autor, enquanto que a possibilidade jurídica existe sempre que a pretensão não for considerada proibida pelo ordenamento jurídico.

A legitimação está diretamente relacionada com as partes. Compreende o “reconhecimento do autor e do réu, por parte da ordem jurídica, como sendo as pessoas facultadas, respectivamente, a pedir e contestar a providência que é objeto da demanda”.

Antes do exame de mérito, portanto, no exame das questões precedentes, se constatada qualquer irregularidade e não sanada, julga-se extinto o processo sem apreciação de mérito. É a sentença terminativa.

Por conseguinte, somente quando ultrapassadas todas essas questões, pode o juiz adentrar o mérito do pedido, para julgá-lo procedente, total ou parcialmente, ou improcedente, o que faz através de sentença definitiva.

A sentença definitiva é o ponto culminante da relação processual, onde o Estado-juiz vai declarar o direito, no elevado propósito de pôr fim ao conflito de interesses e assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, requisitos imprescindíveis aos cidadãos que vivem em um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Mais do que um simples procedimento lógico, onde procura desenvolver seu raciocínio na busca do convencimento, atento às premissas de fato e de direito para solucionar a lide, o julgador encontra, na sentença, o momento axiológico máximo do processo.

Na interpretação e aplicação das normas, projeta toda sua formação jurídica, cultural, social, econômica, religiosa, etc., enfim, todos os fundamentos da decisão que irão retratar seu perfil de julgador e cidadão. São os chamados elementos extralógicos que compõem o julgado.

E nessa fase derradeira e de extraordinária importância do processo é que deve se fazer presente, em toda sua magnitude, a preocupação do magistrado em realizar a Justiça, que, no ensinamento, de Del Vecchio é “um dos mais altos valores espirituais, senão o mais alto, junto ao da caridade. Sem tal ideal já não tem a vida nenhum valor”.

Justiça que está mais próxima de ser realizada, quanto maior for a consciência do magistrado em reconhecer que, como todo ser humano, não raro comete erro e que, tão logo constate sua existência, deve corrigi-lo em defesa e em nome de sua integridade ética e profissional, fundamento e pressuposto legitimador do relevante cargo que exerce.

Daí a extraordinária importância que assumem os embargos declaratórios, que, utilizados com eficiência e, sobretudo, por profissionais comprometidos com a ética-jurídica ao recorrer, permitem ao magistrado a possibilidade de correção de seu julgado, quando contaminados pelos vícios da omissão, da contradição ou do manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso.

Os arts. 93, IX, da Constituição Federal, 832 da CLT e 458 do CPC impõem ao Poder Judiciário o dever de fundamentar suas decisões, competindo ao magistrado identificar os elementos fático-jurídicos que geraram sua convicção concretizada no decisum, por meio de análise circunstanciada e explícita das alegações formuladas pelos litigantes.

Os vícios comprometedores da inteligência do julgado não podem ser relegados pelo julgador através da utilização de respostas evasivas, como por exemplo: “o que pretende o embargante é discutir o mérito que lhe foi desfavorável, pretensão que não encontra respaldo no art. 535 do CPC”; ou “os declaratórios não constituem remédio processual para reexame do decidido”; ou, ainda, “a matéria já foi exaustivamente analisada”; ou ainda mais, “se o embargante não concorda com os termos do decidido, por certo que deve se utilizar de recurso adequado, porque os declaratórios não têm a finalidade de impor ao julgador o reexame do decidido” e tantos outros “fundamentos”...

Mesmo quando os embargos declaratórios não se revelam pertinentes, porque em desacordo com o que estabelecem os arts. 535 e 897-A, do CPC e CLT, respectivamente, deve o juiz enfrentar e responder os questionamentos feitos pelo embargante, para, demonstrando a sua impertinência ou propósito de protelar o andamento do processo, aplicar a multa devida e advertir a parte de sua falta de comportamento ético-jurídico em utilizar o recurso. Procedimento pedagógico e dissuasório para que atue no processo com lealdade e boa-fé.

O que não se revela razoável, e diria mesmo correto, é que o magistrado adote procedimento comprometedor da celeridade do processo, quando se omite em enfrentar expressamente os embargos declaratórios, favorecendo, involuntariamente, o litigante de má-fé, na medida em que lhe proporciona a oportunidade de ingressar com recurso para imputar de nula sua decisão, por negativa de prestação jurisdicional, consistente exatamente no fato de que não obteve resposta aos seus questionamentos.

E essa omissão do julgador assume contornos muito mais graves, em se tratando de decisão que comporta recurso de natureza extraordinária.

Como não se desconhece, os recursos de revista e embargos, para ficar só na área do Processo do Trabalho, porque os mesmos pressupostos são exigidos para os recursos Especial e Extraordinário, que têm por destinatários o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, respectivamente, não comportam reexame de provas, ou seja, do quadro fático da instância ordinária.

Por isso mesmo, os declaratórios, ainda quando desprovidos de fundamentos e, mais do que isso, reveladores do intuito protelatório, exigem seu exame, como já exposto, sob pena de o litigante de má-fé obter, via indireta, seu objetivo, ao formular preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional.

Efetivamente, na medida em que ao Juízo ad quem não é permitido confrontar a decisão originária com aquela que “julgou” os declaratórios, uma vez que esta última é omissa quanto às alegações que a parte trouxe em seus embargos declaratórios, sob pena de reexame do quadro fático (Enunciados n°s 126 e 297 do TST), só lhe resta acolher a preliminar, com conseqüente retorno dos autos ao Juízo a quo para que complemente a prestação jurisdicional.

Procedimento que não só beneficia o embargante que litiga com o objetivo de procrastinar a solução definitiva da lide, como também congestiona ainda mais o já assoberbado Poder Judiciário que não consegue dar vazão aos milhares de processos.

Estas as razões pelas quais entendo que, alertado pelo equívoco que comete, se revela inaceitável que o magistrado, apegado a uma suscetibilidade não raro comprometida por excessiva vaidade, perca a oportunidade de fazer a Justiça, relegando a plano secundário o sagrado dever do cargo que ocupa, criando dificuldades às partes e contribuindo para o congestionamento do Judiciário e o comprometimento da celeridade e eficácia da prestação jurisdicional.

É preciso estar sempre atento e comprometido com a realização da verdadeira da Justiça.

Igualmente, não pode, nem deve, com todas as vênias, ser indiferente aos precedentes das Cortes Superiores, quando julga, olvidando a disciplina judiciária.

O juiz, a quem deve ser sempre assegurado o sagrado e inalienável direito de defender sua tese ou entendimento sobre determinada matéria, tem o dever de direcionar todos os seus esforços no sentido de assegurar a tranquilidade e segurança aos jurisdicionados para que possam praticar os atos e negócios jurídicos.

Para tanto, revela-se imprescindível que, uma vez conhecida a orientação pacífica e reiterada da Corte Superior sobre determinada matéria, adote posição, certamente com ressalva de seu entendimento, que facilite a vida dos jurisdicionados, decidindo no mesmo sentido, salvo se possuir argumentos ou fundamentos relevantes e novos que possam alterar referida realidade jurídica.

Entretanto, uma vez conhecida a orientação definitiva de nosso órgão judiciário superior, não me parece razoável persistir na posição divergente, criando, em relação a uma das partes, a expectativa de um direito que já se

sabe de antemão inexistir, e à outra, a vencida, o gravame processual, não raro de dimensão pecuniária comprometedora de sua existência ou de desenvolvimento, tal a dimensão pecuniária da condenação, para levar seu inconformismo a reexame pelo juízo ad quem.

Ao magistrado não é dado o direito de impor suas convicções em prejuízo dos interesses alheios, mas, sim, zelar pela segurança das relações jurídicas, dedicando todo o seu trabalho para que sejam eliminadas ou reduzidas a intranquilidade e a instabilidade resultantes da versatilidade de decisões sobre casos idênticos. Por isso mesmo, é imprescindível, reitere-se, que adote atitude de grandeza intelectual, acatando, com ressalva de entendimento pessoal contrário, os precedentes dos tribunais superiores, derradeiro intérprete da matéria, sempre que iterativos.

Assim procedendo, certamente estará impedindo ou dificultando a conversão de seu intelecto em mero intelectualismo, carente de sentido e objetivo maiores, para ajustá-lo ao pragmatismo jurídico fundado na hierarquia e na disciplina judiciária, providência que, sem dúvida, contribuirá para que os cidadãos confiem e prestigiem o Judiciário, reduto último de defesa de seus direitos, ameaçados ou violados. E, mais do que isso, igualmente, desestimulará a eclosão de novos conflitos e de novas ações, sem se falar também no caráter inibidor que exercerá junto aos litigantes que pretendam eternizar as demandas com uso de recursos protelatórios, pela definição precisa e iterativa do direito proclamado.

Os jurisdicionados têm o direito à tranqüilidade e à segurança jurídica para a prática de seus atos e negócios em sociedade.

E, para concluir, porque creio que já fui além do tempo generosamente concedido para minha palestra, permitam-me convidar a todos que, direta ou indiretamente, participam da relação processual, para que, juntos, façamos uma reflexão sobre nosso comportamento profissional, e queira Deus que, ao final, a despeito de todas as imperfeições, fruto de nosso processo evolutivo, possamos concluir, como preconiza Del Vecchio, que nossas vidas tiveram valor.

DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA

Edilson Pereira Nobre Júnior

Juiz Federal – SJ / RN

1. A propriedade urbana e sua função social; 2. Objeto e competência; 3. Pressupostos; 4. Indenização; 5. Destinação do bem expropriado; 6. Palavras finais.

1 A PROPRIEDADE URBANA E SUA FUNÇÃO SOCIAL.

Desde princípios da centúria passada, a noção de propriedade foi alvo, sob o prisma jurídico, de notável transformação. Da concepção *sacré et inviolable*, plasmada pelo art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, legado da Revolução Francesa, com os adornos inscritos no art. 544 do posterior Código Civil de 1804¹, capitulou ante a necessidade de ser harmonizada com os imperativos da sociedade.

O abandono da exploração da coisa, ou a sua destruição, outrora faculdade do titular do domínio, passou a ser reputada como ilícito, haja vista a carência de bens pela grande maioria das pessoas, destinatários finais da ordem jurídica, para a satisfação de suas necessidades básicas de produção, moradia e consumo.

A tônica das novidades vem assimilada pelo enunciado da parte final do art. 153, da Constituição de Weimar, ao proclamar: “A propriedade obriga e seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função social”. Esta mensagem, que semeou o constitucionalismo do segundo pós-

¹ Eis o teor do preceptivo, obtido em tradução livre: “A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira a mais absoluta, desde que não se faça um uso proibido pelas leis ou regulamentos”.

guerra (art. 42, Constituição italiana de 1948; art. 33º.1 da Constituição da Espanha; o art. 14.2 da Constituição alemã de 1949; o Preâmbulo da Constituição francesa de 1946, possuidor de valor constitucional por Remissão do Preâmbulo da Lei Fundamental de 04 de outubro de 1958), teve o seu conteúdo bem sumariado por Gustav Radbruch, ao acentuar que “a propriedade privada aparece já hoje como um campo de ação livre, confiado pela colectividade à iniciativa privada do indivíduo, mas confiado somente na expectativa de que este faça dela um uso social, sob pena dela lhe ser retirada, se esta expectativa se não verificar. Por outras palavras: a propriedade passou a ser considerada um direito **limitado** e **condicionado**, e deixou de ser um direito sem condições e limites, <sagrado e inviolável>, que se justifica por si mesmo”² :

O direito constitucional pátrio não ficou fora dessa sintonia, emprestando acerto ao dito do mestre Caio Tácito: “Ingressa, por essa forma, no direito público, a noção de que à propriedade corresponde uma função social: ao **poder** do proprietário se acresce o **dever** perante a comunidade na qual ele se integra”³ .

Daí que a Constituição de 1934 consignara, além da garantia do direito de propriedade, que o seu uso não poderia ser exercido em contraposição ao interesse social ou coletivo, na forma determinada em lei (art. 113, §17, primeira parte). Por sua vez, o documento resultante da assembléia constituinte de 1946, no seu art. 147, outorgara ao legislador competência para que os entes políticos pudessem desapropriar por interesse social, promovendo, assim, o justo reparto da propriedade, sendo, para tanto, editada a Lei 4.132, de 10-09-62. Posteriormente, a Emenda Constitucional 10, de 09-11-64, foi mais além, instituindo, entre nós, a possibilidade de desapropriação por interesse social como forma de sancionar o proprietário remisso em adequar a utilização de imóveis rurais à sua função social, procedendo-se ao pagamento da indenização mediante o pagamento em títulos especiais da dívida pública, a qual, com algumas variantes, foi mantida pela Constitui-

² *Filosofia do Direito* . Tradução e prefácios do Professor L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979. p. 280.

³ O direito de propriedade e o desenvolvimento urbano. *In: Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)* .Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 582.

ção de 1967 (art. 157, §§ 1º a 6º) e pela Emenda Constituição 01/69 (art. 161, §§1º a 5º)⁴.

Esse, em síntese, o quadro existente antes da promulgação da Lei Fundamental de 05-10-88, estando a desapropriação-sanção restrita aos imóveis rurais.

As radicais mudanças experimentadas pela sociedade moderna, com a substituição da fonte de produção campesina pela industrial, forjaram, como cenário complementar, o elevado aumento populacional das cidades, ocasionando o grave problema da falta de moradia, erigida à estatura de direito social com a alteração imprimida ao art. 6º, caput, da CF/88, pela EC 26/00.

A seriedade da questão do déficit habitacional em nosso país é demonstrada pelo alto grau de densidade populacional nas cidades, revelado, com clareza, pelos dados colhidos pelo IBGE no Censo Democrático 2000, ao apontar na constatação de que a população urbana chegara ao patamar de 81,25%, remanescendo no campo apenas 18,75% dos habitantes de nosso vasto território.

Por essa razão, providencial a ação do Constituinte de 1988, ao pioneiramente traçar, no texto constitucional, os contornos da função social da propriedade, fazendo não somente para fins rurais, mas igualmente para urbanos.

⁴ No solo patrial, os autores costumam, pelo didático hábito de classificar, bipartir a desapropriação por interesse social. Carlos Mário da Silva Velloso (Desapropriação para fins de reforma agrária – apontamentos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 34, p. 13, abr./jun. 1975) aludira à existência de uma espécie genérica, fundada no art. 153, §22, e, ao seu lado, outra, de cunho específico, lastreada pelo art. 161, ambos da Constituição pretérita. Adilson de Abreu Dallari (Desapropriação: conceitos e preconceitos. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 34) se reportava, na ordem constitucional anterior, às denominações “desapropriações ordinária e extraordinária”. Após 05-10-88, José Afonso da Silva (*O Município na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1989. p. 63) diz que a propriedade urbana pode ser expropriada de duas maneiras, qual seja a desapropriação comum, a que se refere o art. 5º, XXIV, da CF, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, e a desapropriação-sanção, voltada a reprimir o não cumprimento de obrigação imposta ao proprietário, regida pelo art. 182, §4º, do mesmo diploma. Reportando-se à desapropriação como sanção, Clóvis Beznos (Desapropriação. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1991. p. 112-113 e 115.) declara que, uma vez fixado no ordenamento o dever de atribuir uma função à propriedade, exsurge que o seu descumprimento configura ilícito, lição a que se submete a desapropriação para reforma urbana, na condição de verdadeira penalidade. Noutras plagas, o termo desapropriação-sanção já fora utilizado por Garrido Falla (*Tratado de Derecho Administrativo*. 3. ed. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1966. v. II (Parte Geral – Conclusão), p. 255, nota de rodapé B), ao fazer referência à expropriação pelo não cumprimento da função social, disciplinada pelos arts. 71 a 75 da espanhola *Ley* de 16 de dezembro de 1954, ainda vigente. Para o autor, o caráter sancionador não se reflete na minoração do justo preço, mas na circunstância de o proprietário haver postergado norma legal que lhe conferia a oportunidade de utilizar um bem, ou uma classe de bens, no sentido de uma determinada função social.

No que concerne à propriedade urbana, o art. 182, §2º, da Lei Básica, dispõe que aquela tem por cumprida a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor. Este, conforme frisado no art. 182, *caput*, do mesmo diploma, haverá de respeitar as diretrizes gerais da política de desenvolvimento urbano, fixadas em lei, de estatutura ordinária e não necessariamente complementar, cuja competência legislativa é da União⁵, cuja edição teve lugar com a promulgação da Lei 10.257, de 10-07-01, batizada sob a denominação de Estatuto da Cidade.

Integrando o mandamento constitucional, a Lei 10.257/01 detalha, em seu art. 39, *caput*, o conceito de função social da propriedade urbana, dispondo que as exigências fundamentais de ordenação da cidade, constantes do plano diretor, devem voltar-se a assegurar o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, observadas as diretrizes inscritas em seu art. 2º

Mas não é só. Embora tenha o art. 182 da Lei Máxima sido omissivo, contrariamente ao que sucedera com o seu art. 186, II, relativo à missão social da propriedade rural, não se pode perder de vista que, no plano urbanístico, tal não é integralizado sem a observância da preservação ambiental, imposta pelo art. 225 daquele diploma⁶.

Nesse sentido, a Lei 10.257/01 trouxe à baila inúmeros dispositivos dessa ordem, entre os quais o que inclui o estudo de impacto ambiental – EIA (art. 4º, VI), sem contar que, entre as diretivas gerais, destinadas a ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, constam várias de ordem ambiental, tais como: a) a consideração de que o direito a cidades sustentáveis passa pelo direito ao saneamento ambiental; b) a ordenação e o controle do uso do solo como forma de evitar a deterioração das áreas urbanizadas, a poluição e a degradação am-

⁵ Além disso resultar implícito do teor do art. 182, *caput*, da CF, ao aludir a diretrizes gerais, a dar idéia de modelo uniforme, o que, em um estado federal, é tarefa do ente central, o art. 24, I, da CF, afirma competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal, legislar concorrentemente sobre direito urbanístico, incumbindo-se à União gizar as normas de caráter geral. Por esse motivo, a Lei 10.257/01 se impõe à observância obrigatória dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

⁶ O liame entre função social da propriedade e meio ambiente foi bem explanado por Antônio Herman V. Benjamin (Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente. *Revista do CEJ*, Brasília, v.1, n. 3 p. 33-41. set./dez. 1997).

biental; c) a adoção de padrões de expansão urbana compatíveis com os limites de sustentabilidade ambiental; d) proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural; e) audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural⁷.

Ao não cumprimento da função social pelo proprietário urbano, a Constituição vigente reservou, no seu art. 183, §4º, III, a sujeição à desapropriação cujo pagamento é feito mediante títulos da dívida pública⁸. Sobre a análise deste novo instituto recai o presente trabalho, a ser desenvolvido nas céleres linhas abaixo.

Antes do delineamento mais detalhado do tema, mister não confundir a desapropriação para reforma urbana, hipótese de interesse social, com aquela vocacionada à execução de planos de urbanização ou reurbanização, definida como integrante do rol das causas de utilidade pública (art. 5º, alínea *i*, DL 3.365/41), cujo esquepe constitucional reside no art. 5º, XXIV, da Lei Maior.

2. OBJETO E COMPETÊNCIA.

A medida em exame incide sobre objeto restrito, consistente no solo, porção da superfície terrestre onde se anda ou se constrói. Não é, todavia, todo e qualquer tipo de solo, mas apenas o urbano, excluindo-se o rural, conforme definição constante do art. 4º, I, da Lei 8.629/93.

Faz-se preciso que se trate de imóvel inserido em área delimitada no plano diretor do respectivo Município. Alfim, terá que referir-se a solo urbano que não esteja edificado, ou esteja subutilizado, ou não utilizado. Em suma, há que se cuidar de imóvel não adequadamente aproveitado.

⁷ Cf. art. 2º, I, VI, alínea *f* e *g*, VIII, XII e XIII, da Lei 10.257/01. Ver também: a) o art. 4º, III, alínea *c*, que prevê o zoneamento ambiental como instrumento da política urbana; b) o art. 32, §2º, I, ao tratar do estudo de impacto ambiental nas operações urbanas consorciadas; c) o art. 41, ao tornar obrigatório o plano diretor para as cidades compreendidas na área de influência de empreendimentos, ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

⁸ Pervagando-se o sistema jurídico lusitano, constata-se figura semelhante quanto à desapropriação para fins de composição urbana, prevista no art. 48º do Decreto-lei nº 794, de 05 de novembro de 1976, dirigida aos terrenos próprios para construção, adjacentes às vias públicas de aglomerados urbanos, quando os proprietários, uma vez notificados para aproveitarem-nos em edificações, venham, sem motivo legítimo, a quedarem-se inertes pelo prazo de dezoito meses. A indenização, solvida em moeda corrente, salvo acordo, é calculada tomando-se como base a data em que o proprietário fora notificado para aproveitar o bem.

Tendo em vista a não existência de maiores dificuldades de, no plano vernacular, definir-se o que se deva compreender por solo não edificado, ou não utilizado, o legislador houve por conceituar o imóvel subutilizado como sendo aquele cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor, ou em legislação deste decorrente (art. 5º, §1º, Lei 10.257/01).

A competência para a expropriação em foco, como se pode ver do art. 182, §4º, da Norma Ápice, é privativa dos Municípios e do Distrito Federal, este último por força do art. 32, §1º, do mesmo diploma, ao lhe atribuir os afazeres legislativos reservados aos primeiros e aos Estados.

Isso, vale advertir, não impede que a União e os Estados desapropriem imóveis urbanos por interesse social. Mas tal haverá de proceder-se com base no art. 5º, XXIV, da Lei Fundamental, com o pagamento de prévia e justa indenização em dinheiro, aplicando-se, com as devidas adaptações, predominante entendimento doutrinário⁹ e pretoriano¹⁰ relativo à desapropriação de imóveis rurais por interesse social. Nessa hipótese, a desapropriação haverá de fundar-se nas situações descritas pelo art. 2º, I, IV a VIII, da Lei 4.132/62.

Apesar do art. 182, §4º, da CF, bem como o art. 8º, *caput*, da Lei 10.257/01, servirem-se do vocábulo “proprietário”, nada impede que a posse de boa-fé, como exteriorização do domínio, seja alcançada pela medida em tela.

Do mesmo modo, os terrenos pertencentes às pessoas políticas e administrativas não se encontram excluídos da desapropriação para reforma urbana. A uma, porque ao Poder Público, em face de subordinar-se aos ditames da ordem jurídica que elabora, incumbe, com maior razão, legar aos seus bens uma função, quer projetando-o à fruição de toda a coletividade (bens públicos de uso comum do povo), quer afetando-o a determinado serviço público (bem de uso especial), quer, no tocante ao dominiais, permitindo a sua utilização específica por particulares, ou mesmo a alienação do

⁹ José Bonifácio Borges de Andrade (Aspectos constitucionais da desapropriação para fins de reforma agrária. *Revista da Procuradoria-Geral da República*, Brasília, n. 4, p. 114), Rubens Pestana de Andrade (Desapropriação de imóveis rurais e urbanos por necessidade pública, utilidade pública, interesse social e para fins de reforma agrária. *Revista dos Tribunais*, n. 501, p. 234, jul. 1977) e Flávio Sant'Anna Xavier (Desapropriação por interesse social, pelos Estados e Municípios, de imóvel rural para fins de reforma agrária. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 225, p. 107-108, jul./set. 2001).

¹⁰ Cf. STF, Pleno, mv, MS 22.193, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 29-11-96, p. 47.160; STJ, 2ª T., ac. un., re. Min. Eliana Calmon, DJU de 13-12-99.

seu domínio útil, a fim de que aqueles os empreguem em um uso lícito. Em segundo lugar, é sabido não existir óbice à expropriação dos bens públicos, quando estes não estejam afetados a uma finalidade pública, não se cogitando nem mesmo da observância da gradação prevista no art. 2º, §2º, do Decreto-lei 3.365/41¹¹.

3. PRESSUPOSTOS.

De logo, mister admoestar que o art. 182, §4º, da CF, qualifica-se, como inelutavelmente decorre do seu texto, ao reportar-se à *interpositio legislatoris*, concretizável mediante a edição de leis federal e municipal, como norma de eficácia limitada.

Assim, os primeiros pressupostos para que a medida pudesse lograr operatividade se centram na edição de lei federal, delimitando a maneira como deverá ser exigido do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado, ou não utilizado, a promoção do seu adequado aproveitamento, cujo advento ocorreu com a Lei 10.257/01¹², e lei municipal específica, responsável por definir a área sobre a qual tal providência deverá incidir.

O não aproveitamento do imóvel urbano implicará, inicialmente, na imposição ao proprietário ou possuidor da obrigação de parcelamento, edificação ou utilização compulsórias. Assim não laborando nos prazos mencionados no art. 5º, §4º, da Lei 10.257/01, lançará mão o Poder Público municipal da aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial

¹¹ Cf. STF, RE 85.550-SP, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 87/548; TFR, 6ª T., ac. un., AC 40.526, rel. Min. Carlos Mário Velloso, RDA 173/132. Idem Celso Antônio Bandeira de Mello (Desapropriação de bem público. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 29, p. 47, jan./mar. 1974). Assim também acontece no estrangeiro. Na Itália, por exemplo, como nos diz Pietro Virga (*Diritto Amministrativo – I principi*. 4. ed. Milão: Giuffrè editore, 1995. p. 484), os bens do patrimônio público disponível dos entes públicos podem ser objeto de expropriação.

¹² Vitor Rolf Laubé (Desapropriação Urbanística. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, n. 114, p. 227, abr./jun. 1992) defendeu que, mesmo ausente a lei federal reclamada pelo art. 182, §4º, da CF, poder-se-ia, num recurso à interpretação sistemática, suprir-se tal omissão mediante o exercício, pelo Município, da competência suplementar inserta no art. 30, II, do mesmo diploma. Essa foi a posição também exposta por Carlos Ary Sundfeld (*Desapropriação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 37). Com o merecido respeito que tributamos a tais opiniões, somos de que o art. 30, II, da Constituição, somente permite a utilização da legislação municipal, como fonte supletiva das legislações federal e estadual, naquilo em que for possível a atividade do Município suprir. Não abrange a hipótese, como a analisada, onde o Constituinte, às expressas, fez referência à lei federal, por ser apanágio desta uniformizar os padrões fundamentais a girar a política urbana em nossa federação. Assim, mais aconselhável o entendimento de Celso Ribeiro Bastos & Ives Gandra da Silva Martins (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7, p. 223), ao indicar que, enquanto não adviesse a mencionada lei federal, o art. 182, §4º, da CF, seria norma inaplicável.

urbana (IPTU) progressivo no tempo, o que se dá com a majoração de sua alíquota durante cinco anos consecutivos.

Permanecendo inerte o proprietário, ao depois do transcurso do respectivo lustro, em dar cumprimento ao encargo de parcelamento, edificação, ou utilização, o Município lançará mão da desapropriação prevista no art. 182, §4º, III, da CF, editando o titular do Poder Executivo municipal, mediante decreto, a competente declaração de interesse social¹³.

Não obsta a desapropriação para reforma urbana a ausência de norma a definir o seu processo judicial, na hipótese de discordância do proprietário com o valor da oferta. À míngua de diploma específico, deverá ser aplicado o regramento do Decreto-lei 3.365/41, na condição de Lei Geral das Desapropriações.

4. INDENIZAÇÃO.

A compensação financeira devida ao proprietário apresenta, na modalidade aqui examinada, algumas peculiaridades que a distinguem das verificadas nos demais tipos de expropriação.

Inicialmente, impende asseverar que, contrariamente à desapropriação ordinária (art. 5º, XXIV, CF), e à desapropriação-sanção para reforma agrária (art. 184, *caput*, CF), a Lei Maior, no art. 182, §4º, III, somente fez referência ao valor real da indenização, em nada precisando se o pagamento da indenização deverá ou não anteceder a perda da propriedade.

¹³ Escrevendo antes da Lei 10.257/01, Carlos Ary Sundfeld (*Desapropriação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 37-38) sustentava que o vocábulo “sucessivamente” não obriga ao Município que primeiro exija o parcelamento ou a edificação compulsórios para, fracassados estes, passar à cobrança do IPTU de forma progressiva e, apenas à derradeira, efetuar a desapropriação. Adentrando no terreno exemplificativo, diz que pensar contrário poderá conduzir a absurdos, como quando, com relação a edifício desabitado, e que por isto também deixa de cumprir a sua função social, veja-se o Município na injunção de impor a providência de edificação compulsória. A Lei 10.257/01, por seu turno, determinou que as medidas elencadas no art. 182, §4º, I a III, da CF, sejam tomadas de modo sucessivo. Para pôr cobro a possível contenda e, ao mesmo tempo, evitar situações disparatadas, conforme a advertência do mestre bandeirante, faz-se mister a adoção de inteligência que libere o Poder Público de uma das fases antecedentes quando tal for inviável. Desse modo, no caso de edifício não habitado poderia, de pronto, o Município proceder à exigibilidade do IPTU com alíquotas dotadas de progressividade para, posteriormente, se ainda for necessário, desapropriar. Já o direito espanhol, ao cuidar da expropriação pelo não cumprimento da função social da propriedade, a exemplo da desapropriação para fins de composição urbana da legislação portuguesa, preconiza iter mais simplificado. Assim, o art. 72 da *Ley* de 16 de dezembro de 1954 enumera os seguintes antecedentes: a) declaração, originária de lei ou decreto do Conselho de Ministros, de que um certo bem, ou uma categoria de bens, deve sofrer determinadas transformações, ou ser utilizado de maneira específica; b) a necessidade de a lei ou decreto conter a cominação de expropriação, no caso de seu descumprimento; c) fixação de prazo para a realização da função social e que, após o seu vencimento, aquela não resulte, total ou parcialmente, adimplida.

Isso equívale a dizer que, na espécie em comento, não há garantia de que a indenização seja prévia. Poderá, portanto, o legislador estabelecer que a mutação dominial no registro imobiliário se dê antes de quitado o valor do ressarcimento devido ao proprietário ou possuidor.

Essa orientação goza de prestígio na doutrina¹⁴, sem contar que outrora esse pensar fora sufragado pela jurisprudência quanto à desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Sob a consideração de que o art. 161 da Constituição de 1967, com a redação ofertada pela EC 01/69, somente se reportava à indenização justa, o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucional o art. 3º, II e III, do Decreto-lei 554/69, a cuja aplicação estava subordinado o seu famigerado art. 7º, que determinava, *initio litis*, a transcrição do imóvel em favor do expropriante¹⁵.

Havendo, no entanto, omissão legal nesse sentido, forçosa a incidência do art. 29 do Decreto-lei 3.365/41, na condição de norma genérica a disciplinar a matéria, estabelecendo que a imissão definitiva na posse, juntamente com a transcrição no registro imobiliário, somente ocorrerá com o pagamento da indenização, ou consignação de seu preço.

Ao contrário de respeitáveis opiniões, não restou afastada a necessidade de compensação justa. Diferentemente, Carlos Ary Sundfeld¹⁶ indica que a expressão “valor real”, insculpida no art. 182, §4º, III, da CF, não se confunde com valor justo, visando apenas assegurar que o valor da indenização, expresso em títulos, não sofra os efeitos da desvalorização da moeda entre a sua consignação e o seu efetivo resgate.

Ouso discordar. A dicção constitucional não dá azo a dúvidas. Reporta-se a “valor real da indenização”, mostrando que a coisa não poderá ser

¹⁴ Cf. Lúcia Vale Figueiredo (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 217). Ensina, a propósito, Carlos Ary Sundfeld que “o pagamento (é dizer, a entrega dos títulos da dívida pública) pode, nos termos do que vier a prever a lei, ser feito após a aquisição da propriedade pelo Município” (*Desapropriação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 40). No mesmo sentido, Clóvis Beznos (*Desapropriação*. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Direito administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1991. p. 115).

¹⁵ Pleno, mv, RE 99.849-PE, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 108/793. Desse julgamento bom destacar o voto do Min. José Néri da Silveira, ao invocar anterior pronunciamento no Tribunal Federal de Recursos (AI 38.537 – MG), onde se expressou: “Desde o Ato Institucional nº 9, de 1969, retirou-se do texto constitucional, no que concerne à desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, a expressão <prévia> indenização, mantendo-se, porém, a fórmula <justa indenização> acrescida da cláusula <fixada segundo os critérios que a lei estabelecer>.” (RTJ 108/808).

¹⁶ *Loc. cit.*, p. 40. Idem Lúcia Vale Figueiredo (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 217) e Celso Ribeiro Bastos & Ives Gandra da Silva Martins (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7, p. 223).

expropriada por preço inferior ao que ostenta. A expressão “valor real”, em sede expropriatória, não tem o seu significado reduzido à necessidade de incidência de correção monetária. Absolutamente. Como bem nos mostrou o Min. Moreira Alves, ao conduzir votação no RE 99.849-PE, “indenização justa é, sem dúvida alguma, a compensação em dinheiro que reponha, o mais exatamente possível, no patrimônio do desapropriado, o **valor real** da coisa daí retirada”¹⁷.

Em harmonia com o entendimento de que a expressão “valor real” não deve ser aqui concebida como substitutivo de atualização monetária, tem-se que o legislador, no pórtico do §2º do art. 8º da Lei 10.257/01, dela se utiliza como se estivesse se referindo ao montante da retribuição a ser paga pelo expropriante.

E não poderia ser diferente, já que a atividade legislativa há de seguir os padrões gerais constantes do arcabouço constitucional, de onde não se pode sonegar o princípio da justiça, consagrado como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil no art. 3º, I, da CF. Daí decorre, portanto, que, na ponderação das vertentes exegéticas a disputar a primazia do significado do que se deva depreender por “valor real”, o primado tocará àquela que se incline pela justeza da indenização, até porque, em caso de suposta lacuna no texto do art. 182, §4º, III, da CF, a franquia da justa reparação ao expropriado há de ser inferida como direito fundamental implícito (art. 5º, §2º, CF), resultante do regime e dos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito.

A aceitação do ponto de vista de que, na desapropriação em comento, o ressarcimento há de ser justo, implica incompatibilidade vertical do art. 8º, §2º, I, da Lei 10.257/01, quando diz que o valor real da indenização refletirá a importância da base de cálculo do IPTU.

Não nego a possibilidade de o legislador estabelecer os parâmetros mediante os quais possa o aplicador do direito aportar na fixação da justa indenização. No entanto, há de atuar em atenção a critérios de razoabilidade, desviando-se de traçar limites absolutos que impeçam o proprietário de questionar a busca do valor devido.

Não teria visto maiores problemas se perfilhado o critério do valor de mercado, porquanto este condiz com a perda a ser suportada pelo proprietário e, portanto, hábil para o fim a que busca a garantia da justa indeniza-

¹⁷ A parte em negrito não consta do original(RTJ 108/801).

ção. Contrariamente se tem quando eleito, como limite insuperável da compensação, um valor abstrato, muitas vezes distanciado, na prática, da avaliação atual do imóvel, como se tem com a escolha do valor venal do imóvel, constante nos cadastros municipais para fins de cobrança do IPTU, na maioria das vezes desatualizado e, até mesmo, irreal.

O Supremo Tribunal Federal, em caso similar, retratado pelo citado RE 99.849 – PE, já manifestou seu desaproço com tal opção legislativa, ao reputar inconstitucional o art. 11 do Decreto-lei 554/69 que, para fins de desapropriação por interesse, para fins de reforma agrária, dispunha que, a revisão do valor da indenização, deveria ser respeitado, em qualquer caso, como limite máximo, a estimativa declarada pelo proprietário, para efeito de cálculo do Imposto Territorial Rural¹⁸.

Assim, muito embora seja de uma maior praticidade ao Município, ao agitar o procedimento expropriatório, estabelecer a sua oferta com observância da importância com base na qual é calculado o IPTU, nada estará a impedir que o proprietário, citado, conteste tal *quantum* como representativo do valor real do bem.

A Lei 10.257/01, no seu art. 8º, §2º, II, exclui a possibilidade de pleito, pelo expropriado, de lucros cessantes ou expectativas de ganho, o que nem precisava ser enfática, haja vista que a medida tem como alvo imóvel não adequadamente aproveitado.

O mesmo dispositivo, em sua parte final, exclui a condenação do expropriante no pagamento de juros compensatórios. Pergunta-se: poderá, em face disso, vir a sofrer censura do Judiciário? Sou pela negativa.

O primeiro argumento se origina de meditação de Cretella Júnior¹⁹, ao chamar a atenção para o fato de se distinguirem imóveis que possuem valor, mas também produzem renda, dos que apenas podem ser suscetíveis de avaliação em dinheiro. Sendo assim, somente quanto aos primeiros é que caberia falar-se em juros compensatórios. Da lição do mestre, forçosa seria a conclusão de que, na desapropriação para reforma urbana, incidente sobre imóveis que reagem a sua função social, estaria excluída a possibilidade de serem devidos juros compensatórios.

¹⁸ Interessante, sem sombra de dúvida, a leitura do voto discordante do Min. Francisco Rezek, ao não vislumbrar abusiva a conduta do legislador ordinário ao escolher como parâmetro do valor da indenização o declarado pelo proprietário para fins de lançamento do ITR (RTJ 108/802).

¹⁹ Desistência da desapropriação, RT 617/10-11.

É certo que esse pensar, embora recentemente tenha sensibilizado a jurisprudência²⁰, ao provocar uma reabertura na discussão do tema, fora rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal na ADInMC 2.332-DF²¹, podendo-se, com isso afirmar ser incompatível a exclusão dos juros compensatórios. Ledo engano. Outro raciocínio merece ser exposto nas linhas seguintes.

No referido julgamento, resultou inconstitucional o art. 15 – A, §§1º e 2º, do Decreto-lei 3.365/41, introduzido pela MP 2.027-43/00, que reservara aos juros compensatórios o papel de reparar a perda de renda efetivamente sofrida pelo proprietário com a medida estatal. Para esse fim, fê-lo o Pretório Excelso sob o argumento de que a rubrica em questão serve, ao invés de lucros cessantes, para remunerar o capital que o particular deixou de receber desde a perda da posse do bem, por o expropriante não haver diligenciado, de logo, o pagamento da indenização realmente devida, tanto que a base de cálculo para a incidência da rubrica corresponde à diferença entre o valor fixado na sentença e 80% do depósito prévio, cuja disponibilidade ao expropriado não está obstada. Assim, considerando-se que, na expropriação para reforma urbana, a despeito de sua indenização encontrar-se jungida ao imperativo de justiça, não se impõe seja prévia, razão pela qual o seu não pagamento integral, quando da imissão na posse, não enseja compensação em prol do proprietário. A infringência à justa indenização, conforme se pode perceber da notícia do julgamento do Supremo Tribunal Federal, está ligada à circunstância de, antes da imissão na posse, não haver sido respeitado o postulado da prévia indenização, de cujo cumprimento na espécie não se cogita.

De concluir-se, por isso, que a exclusão dos juros compensatórios, procedida pelo legislador, não colide com os ditames constitucionais regentes da matéria.

São devidos juros de mora, à alíquota anual de seis por cento, contados desde o trânsito em julgado²², incidente sobre o resultado da subtração

²⁰ Cf. o decidido nos arestos, a saber: REsp 228.481- MA (STJ, 1ª T., ac. un., rel. Min. José Delgado, DJU de 20-03-00, p. 00046), REsp 108.896 – SP (STJ, 1ª T., mv, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 30-11-98, p. 00049), AgRg no REsp 296.431-SP (STJ, 2ª Turma, ac. un., rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 24.04.2001, Informativo STJ nº 93, de 23 a 27 de abril de 2001) e AC 205.767-CE (TRF – 5ª Reg., 2ª T., mv, rel. Des. Fed. Edilson Nobre (convocado), DJU - II de 09.11.2001, p. 666/732).

²¹ Pleno, mv, rel. Min. Moreira Alves, Informativo – STF no. 240.

²² Súmula 70-STJ.

do valor da indenização e o da oferta, ambos corrigidos. Também a diferença encontrada entre o valor devido e a oferta sofrerá correção, a partir do laudo pericial²³.

Outra especificidade da desapropriação em foco está em que o montante da indenização é solvido, na sua inteireza, em títulos da dívida pública, cuja emissão, já existente quando da instauração do procedimento, deverá lograr prévia aprovação do Senado Federal. Tais títulos, resgatáveis no intervalo de até um decênio, em prestações anuais, iguais e sucessivas, além de portarem cláusula de correção monetária, pena de diminuição de seu valor com o desgaste da moeda, sofrem o cômputo de juros legais de seis por cento ao ano até o seu efetivo resgate. Interditou o art. 8º, §3º, da Lei 10.257/01, que os títulos em causa ostentem poder liberatório para a quitação de tributos.

Cuidando-se de pagamento a ser efetuado em títulos, poderia haver o legislador adotado regra semelhante à constante do art. 15 da Lei Complementar 76/93, dispensando a expedição de precatório, providência em concerto com o art. 100 da CF, o qual, nos termos do deliberado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 247.866-1-CE²⁴, refere-se unicamente às quantias devidas pela fazenda pública em dinheiro.

Contestado o preço indicado pelo expropriante, a sentença, caso conclua pela sua elevação, condenará aquele ao pagamento, em prol do expropriado, de honorários advocatícios, calculados sobre a diferença entre a indenização e a oferta, ambas corrigidas²⁵. Nessas hipóteses, arcará ainda o expropriante com as despesas que teve o expropriado para contratar assistente técnico.

²³ Súmulas 561-STF e 67-STJ.

²⁴ A ementa do julgado está assim redigida: “ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO DE BENFEITORIAS. ALEGADA OFENSA DOS ARTS. 14, 15 E 16 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 76/93 AO ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O art. 14 da Lei Complementar nº 76/93, ao dispor que o valor da indenização estabelecido por sentença em processo de desapropriação para fins de reforma agrária deverá ser depositado pelo expropriante em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais, contraria o sistema de pagamento das condenações judiciais, pela Fazenda Pública, determinado pela Constituição Federal no art. 100 e parágrafos. Os arts. 15 e 16 da referida lei complementar, por sua vez, referem-se, exclusivamente, às indenizações a serem pagas em títulos da dívida agrária, posto não estar esse meio de pagamento englobado no sistema de precatórios. Recurso extraordinário conhecido e provido, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais e”, contida no art. 14 da Lei Complementar nº 76/93.” (Pleno, mv, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 24-11-00).

²⁵ Súmulas 617-STF e 141-STJ.

5. DESTINAÇÃO DO BEM EXPROPRIADO.

No que concerne ao destino do seu objeto viceja traço distintivo entre as expropriações por utilidade ou necessidade pública e por interesse social. É que, enquanto nas primeiras o bem adquirido permanece com o expropriante, a fim de ser afetado a obras e serviços públicos, nas segundas a sua vocação é para entrega a terceiros, proporcionando-se, assim, a justa distribuição da propriedade.

A medida em análise, malgrado encaixar-se no gênero de desapropriação para interesse social, traduz exceção à regra geral, havendo a possibilidade, prevista no art. 8º, §4º, da Lei 10.257/01, de o Município promover o adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de um lustro, computado desde a incorporação deste em seu acervo patrimonial.

Faculta o art. 8º, §5º, da Lei 10.257/01, que o Município, no lugar de diretamente patrocinar o correto aproveitamento do imóvel, aliene ou conceda o seu uso a terceiros mediante procedimento de licitação. Assim ocorrendo, o beneficiário com o domínio ou posse do bem passará a ser responsável pelos encargos previstos no art. 5º do mencionado diploma.

Tal obrigação deverá figurar, no ato de aquisição ou concessão, como condição resolutiva, apta a ensejar, de pleno direito, o retorno do bem ao Poder Público, que poderá deliberar por explorá-lo diretamente, ou mediante transferência de seu domínio ou posse a novo interessado. Silente o contrato, restará ao Município a via, assaz delongada, de lançar mão do IPTU progressivo para, ao final de cinco anos, se for o caso, promover nova desapropriação, o que, além de não aconselhável, é ineficiente.

Merece ainda destaque que, na reforma urbana, mesmo cuidando-se de expropriação por interesse social, outra exceção aos postulados gerais desta consiste na possibilidade de cogitar-se dos pressupostos do instituto da retrocessão, com o retorno do bem ao expropriado.

Essa assertiva aqui se impõe sem a menor margem de dúvida. Poderá ocorrer, por exemplo, que o Município, assumindo a obrigação de levar a cabo o adequado aproveitamento do bem, mantenha-se inerte em fazê-lo ao depois do transcurso do prazo de cinco anos, demarcado no art. 8º, §4º, da Lei 10.257/01. Estará, em tese, corporificada a situação de abandono, a dar azo à retomada do bem.

No particular da transferência do imóvel a terceiro, poder-se-á, caso o Município não atue com o cuidado necessário, inerente à fiscalização do

adequado aproveitamento do bem, restar caracterizado, no mundo fático, desvio de finalidade, em virtude da indevida permanência do bem com aquele. É que ter-se-á, sem causa jurídica, expropriação em benefício de interesse privado, resultado vergastado pelo Supremo Tribunal Federal²⁶.

A peremptória negativa do direito à retrocessão, nessa hipótese, será capaz de favorecer a ocorrência de desapropriação como maneira de enriquecimento de terceiros, possíveis aliados dos governantes da entidade expropriante. Para obviar situações desse jaez, a *Ley* de 16 de dezembro 1954, no seu art. 74, comina multa ao beneficiário da expropriação, por igualmente não haver, no prazo assinado, legado ao bem sua função social.

6. ALGUMAS CONCLUSÕES.

Ao término do exposto, dignas de serem sumariadas as seguintes conclusões:

- a) a propriedade deixou de ser concebida como um instituto ilimitado, representando, inversamente, um direito jungido ao cumprimento de uma função social pelo seu titular, o que se impõe, em nossa sociedade, assinalada pela explosão demográfica nas cidades, não apenas no setor campesino, mas, com maior razão, na província urbana, a fim de satisfazer frente à aguda crise de moradia, cujo desrespeito poderá ensejar o manejo, pelo Poder Público, da desapropriação-sanção;
- b) a figura expropriatória do art. 182, §4º, III, da Lei Básica, cuja competência pertence, com exclusividade aos Municípios, tem por alvo imóveis urbanos, particulares ou públicos disponíveis, sítos em área delimitada no plano diretor, não adequadamente aproveitados pelo proprietário, ou possuidor;
- c) a implementação da desapropriação para fins de reforma urbana reclama, inicialmente, a edição de lei federal, disciplinando a maneira como o proprietário de imóvel urbano deve proceder ao seu devido aproveitamento, juntamente com lei municipal, a qual tocará individualizar as áreas de sua incidência; integrado o quadro legislativo, caberá ao Município, antes de lançar mão da expro-

²⁶ 2ª T., ac. un., RE 64.559- SP, rel. Min. Eloy da Rocha, DJU de 21-05-71, p. 301.

- priação, impor ao proprietário ou possuidor o parcelamento, ou edificação compulsórios, e o IPTU com a alíquota progressiva;
- d) a despeito de não haver obrigação de ser prévia a compensação a ser paga ao expropriado, mediante a entrega de títulos da dívida pública, aquele não se encontra privado do direito a que tal pagamento se pautem em critérios de justiça, tendo em vista o Constituinte haver posto em destaque que deveria ser assegurado o valor real da indenização;
 - e) o destino do bem expropriado caberá ao Município, ou a terceiro, mediante licitação, os quais deverão promover o seu adequado aproveitamento dentro de cinco anos, não se descartando, de forma decisiva, que o não adimplemento de tal encargo poderá, em tese, caracterizar, no mundo fático, desvio de finalidade a ser reparado mediante pleito de retrocessão.

A SUPRESSÃO DA CATEGORIA DOS BENS IMÓVEIS POR ACESSÃO INTELECTUAL PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Rogério de Menezes Fialho Moreira

Juiz Federal – SJ / PB

Um dos temas que certamente renderá debates ante a vigência do novo Código Civil é a classificação dos bens imóveis e, mais particularmente, se persiste ou não a categoria dos bens imóveis por acessão intelectual, ou por destinação do proprietário.

De acordo com o Código Civil de 1916, os bens imóveis estão assim classificados:

- a) *Imóveis por sua natureza*: Previstos no inciso I do art. 43: “o solo com sua superfície, os seus acessórios naturais e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo”.

Ensinava Teixeira de Freitas¹ que o único imóvel por natureza é o SOLO: sua superfície, profundidade e altura perpendiculares. Tanto que a lei nova preferiu somente a ele se referir, suprimindo a referência ao espaço aéreo e ao subsolo, que já eram objeto de várias restrições.

- b) *Imóveis por acessão física natural*: “Tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada ao solo, os edifícios e construções, de modo que não se possa retirar sem destruição, modificação, fratura ou dano” (art. 43,II).

¹ Conf. Sílvio Rodrigues, Direito Civil, vol. I (parte geral), 32ª edição, de acordo com o novo Código Civil, p. 122.

- c) *Imóveis por definição legal*: (ficção legal): Direitos a que a lei, para oferecer maior segurança nos negócios, atribui natureza de imóveis. Estavam previstos no três incisos do artigo 44 (os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram, o direito à sucessão aberta e os títulos da dívida pública onerados com cláusula de inalienabilidade) e permanecem no art. 80 do novo diploma, com exceção destes últimos (títulos clausurados).
- d) *Imóveis por acessão intelectual* (ou destinação do proprietário): Segundo a dicção expressa do inciso III do art. 43 eram considerados bens imóveis “*Tudo quanto no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento ou comodidade*”. É essencial o elemento intelectual (a intenção do proprietário). Exemplos clássicos são as máquinas numa fábrica, os quadros que adornam as paredes, o trampolim das piscinas, os santos colocados em nichos próprios, etc.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, em recente obra², acrescentam àqueles exemplos: os aparelhos de ar condicionado, escadas de emergência e os maquinários agrícolas. Afirmam que são as chamadas “pertencas”. Embora mais adiante nos ocupemos da distinção, adianto que as pertencas (previstas no novo Código nos artigos 93 e 94 e sem disposição correspondente no Código de 1916) não correspondem exatamente ao conceito de bens imóveis por acessão intelectual³.

O art. 45 do Código de 1916 permitia a “mobilização”, vale dizer, que os bens poderiam, também por vontade do proprietário, voltar à natureza de móveis, verbis: “Os bens de que trata o art. 43,III, podem ser, em qualquer tempo, mobilizados”. O dispositivo foi suprimido pelo Código de 2002.

A categoria dos imóveis por acessão intelectual, embora aparentemente de importância apenas didática, ganhava foros de relevância, sobretudo quando subjacente a questão tributária.

² Novo Curso de Direito Civil, vol. I (parte geral), Saraiva, 2002, p. 267.

³ A distinção é traçada por ROBERTO DE RUGGIERO in Instituições de Direito Civil, vol. 2, 1ª ed., 1999, traduzida por Paulo Capitanio e anotada por Paulo Benasse, ed. Bookseller, pág 420.

Em sua obra DIREITO CIVIL, vol. I, Sílvia Rodrigues menciona dois casos em que o eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, com base naquela classificação, decidiu matéria alusiva à incidência de impostos (se devido o imposto sobre transmissão de imóveis, mais oneroso, ou o imposto sobre circulação de mercadorias, menos gravoso, em hipótese de venda de fábrica em que o negócio foi entabulado separando-se o imóvel do maquinário), embora com conclusões distintas⁴.

Ainda entre nós, Caio Mário da Silva Pereira traça os contornos da relevância da classificação, sobretudo quanto à extensão dos objetos compreendidos nas alienações (Instituições de Direito Civil, vol. I, 5ª ed., Forense, p. 361).

A importância prática dos bens imóveis por acessão intelectual (*Les immeubles par destination attachés à perpétuelle demeure*) também é destacada pela doutrina francesa, conforme lição de MAZEAUD E CHABAS, ressaltando principalmente as consequências de natureza fiscal⁵. Transcreve, ainda, vários arestos da jurisprudência francesa acerca da aplicação concreta dos artigos 524 e 525 do Code Napoléon.

RUGGIERO⁶ sustenta ser importantíssima aquela categoria, prevista no art. 817 do Código Civil Italiano.

⁴ “A ficção da lei, todavia, opera como se fosse verdade - *tantum operatur fictio in casu fictu quantum veritas in casu vero* - e gera consequências jurídicas, como se aqueles objetos, móveis por sua natureza, fossem imóveis. Exemplo característico dessa afirmativa encontra-se no seguinte aresto do Tribunal de São Paulo (RT, 175/340). O dono de um curtume, querendo aliená-lo e no intuito de pagar menor tributo por ocasião da venda, dispôs separadamente dos maquinismos e do imóvel. Sobre a venda dos primeiros pagou apenas o Imposto de Vendas e Consignações (mais reduzido), pagando a sisa tão-só sobre o preço do prédio. Reclamou a Fazenda Pública o pagamento da sisa também sobre o preço dos maquinismos, alegando que, nos termos do art. 43, III, estes eram imóveis por destinação do proprietário, sujeita, portanto, sua alienação, ao pagamento do imposto de transmissão *inter vivos*. Tal razão foi acolhida pela Corte.

Outro julgado aplica a regra do art. 45 do Código anterior, embora se trate de hipótese parecida com a primeira (RT, 116/183). Um industrial, desejando desfazer-se de sua indústria, desmontou suas máquinas e as vendeu. Ainda aqui a Fazenda Pública reclamou o imposto de sisa, alegando tratar-se de imóvel por acessão intelectual. O Tribunal repeliu sua demanda, entendendo que, desmontadas, as máquinas readquiriram a qualidade de móveis, não estando, portanto, sujeitas àquele tributo”. (op. Cit. 32ª ed., vol I, p. 124/125).

⁵ “Cependant, cette question a souvent une grande importance sur le plan pratique. Lorsque l’immeuble est vendu sans aucune précision, les meubles attachés au fonds étant immobilisés sont considérés comme vendus avec l’immeuble. Ainsi, l’acquéreur du château de Pontchartrain revendiquait de très belles tapisseries, qu’il prétendait attachées au fonds (2^e espèce rapportée). De même, les meubles devenus immeubles par destination se trouvent hypothéqués avec l’immeuble et seront saisis en même temps que lui. D’autre part, les droits fiscaux dus à l’occasion des ventes immobilières sont beaucoup plus élevés que ceux qui grèvent les ventes mobilières ; aussi l’Administration de l’Enregistrement tent-t-elle souvent de faire attribuer aux meubles qui sont vendus en même temps qu’un immeuble le caractère immobilier”, in *Leçons de Droit Civil, Introduction à l’étude du droit*, 10a édition, p. 301.

⁶ op. cit. pág 420.

No entanto, o dispositivo que erigia os bens à categoria de imóveis por mera ficção da lei era muito criticado, por elastecer desmesuradamente a noção de bem de raiz.

Orlando Gomes⁷ afirma que “A categoria é exageração do processo artificial de imobilização injustificável por duas razões: 1.^a, porque interferem a noção de propriedade, que é estranha à conceituação de bem; 2.^a, porque introduz um elemento subjetivo - a intenção do dono - que torna extremamente maleável o conceito de imobilização, favorecendo conversões fraudulentas. Tais são: os animais empregados no cultivo da terra, máquinas agrícolas, instalações, ornamentos”.

Com o advento do novo Código surge a dúvida: os bens por acessão intelectual persistem no ordenamento jurídico?

A Lei nº 10.406, de 10.01.2002, não reproduz a classificação dos imóveis. Limita-se a preceituar: “Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”. Os imóveis por definição legal continuam previstos, agora no artigo 80. Também não há dúvida de que persistem os imóveis por acessão física, em face da expressão “incorporar natural” (vg., árvores) ou “artificialmente” (vg., edificações).

Assim, embora a nova redação não trace a classificação exaustiva do regime anterior, há quem sustente que todas as categorias, inclusive a relacionada à acessão intelectual, permanecem contidas na segunda parte do novel art. 79.

Os autores que já lançaram obras doutrinárias no mercado, até mesmo em face do tempo exíguo que tiveram para as adaptações, no mais das vezes, passam ao largo do tema, quando não apresentam o problema sem aprofundar a análise, na busca de uma conclusão mais efetiva.

Arnold Wald, em seu Direito Civil (Introdução e Parte Geral, “com remissões ao Novo Código Civil”), sequer comenta que houve a supressão legislativa do dispositivo que embasava aquela categoria de bens. Trata da acessão intelectual como se nada tivesse mudado (pág. 166/167).

Gagliano e Pamplona, na obra a que me referi, de excelente conteúdo doutrinário, não ressaltam que o novo texto não se refere aos imóveis por destinação do proprietário. Como já referi, afirmam que se trata de pertenças.

⁷ Introdução ao Direito Civil, 7^a ed., Forense, p. 190.

Sílvio Rodrigues, na obra já mencionada (p. 121) limita-se a afirmar que o novo Código tratou a matéria “de maneira ligeiramente diversa, não repetindo a regra do art. 43, III”. Diz que “o tema merece ser analisado”, e passa a discorrer com a mesma redação das edições anteriores, sem concluir pela permanência ou não da categoria.

Sílvio de Salvo Venosa, em sua obra *Direito Civil*, vol. I, ed. 2002, afirma que “essa noção também deve estar compreendida na fórmula geral do novo art. 79 e dependerá do exame do caso concreto” (pág 310). E acrescenta: “serão o caso concreto e a definição da coisa que farão concluir pela imobilidade” (pág. 311). Contudo, na mesma obra, por outro lado, diz que “Suprime-se a referência aos imóveis por acessão intelectual, categoria que não mostrava utilidade” (p. 313).

Maria Helena Diniz, às fls. 285 da nova edição do seu *Curso de Direito Civil Brasileiro*, menciona que o dispositivo do Código de 1916 era muito criticado, por ampliar o rol dos bens imóveis, por isso andou bem o novo Código ao restringir, no art. 79, a conceituação de imóvel apenas ao solo e a tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente. Mas, antes, havia afirmado que a classificação dos bens imóveis persiste no NCC, 79, “2ª parte” (p. 281), sem dela excluir aqueles assim considerados por destinação do proprietário.

Penso, contudo, que a intenção do legislador foi efetivamente suprimir os bens imóveis por acessão intelectual, inclusive em atenção aos reclamos da própria doutrina.

Não é razoável defender que uma ficção, amplamente criticada pela doutrina nacional persista, ainda que não mais prevista no direito positivo.

Acrescente-se que, coerentemente, também foi suprimido o antigo artigo 45, que tratava da possibilidade de voltar o bem à condição de móvel.

A solução para os casos concretos, inclusive aqueles relacionados à tributação ou sobre a extensão do objeto dos negócios jurídicos (por exemplo, se na venda de uma fazenda estão incluídos os implementos agrícolas, ou se na venda de um apartamento estão incluídos os aparelhos de ar condicionado), podem perfeitamente ser obtidas com a aplicação dos princípios atinentes às pertenças, instituto antes preconizado pela doutrina e agora expressamente reconhecido pelo novo Código Civil, que traz inclusive a sua definição.

Determinam os artigos 93 e 94 do Código de 2002:

“Art. 93. São pertenças os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro”.

“Art. 94. Os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso.”

As pertenças não se confundem com as acessões. Como ensina RUGGIERO, as últimas seguem necessariamente a sorte do principal, já que não suscetível de domínio separado. Já as pertenças são suscetíveis de domínio autônomo, não estando necessariamente ligadas ao destino jurídico da coisa principal⁸.

No regime anterior, os imóveis por destinação do proprietário necessariamente seguiam a sorte do bem ao qual estavam justapostos. Agora a solução não pode mais ser a mesma. Não há previsão acerca dos imóveis por acessão intelectual.

Como aquela categoria não subsiste, é imperativa a aplicação do artigo 94. Aqueles bens móveis que “se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento” de um imóvel, não adquirem também a natureza de imóvel. É mera pertença e, como tal, via de regra, ao contrário do que ocorria na sistemática anterior, não estão compreendidos nos negócios jurídicos relacionados ao principal.

Durante a Jornada de Direito Civil, realizada pelo Superior Tribunal de Justiça e Conselho da Justiça Federal, em Brasília, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, defendi aquele entendimento perante a Comissão da Parte Geral, que tiver a honra de integrar, tendo sido aprovado o seguinte enunciado, nos termos em que apresentei:

ENUNCIADO: “NÃO PERSISTE NO NOVO SISTEMA LEGISLATIVO A CATEGORIA DOS BENS IMÓVEIS POR ACESSÃO INTELLECTUAL, NÃO OBSTANTE A EXPRESSÃO ‘TUDO QUANTO SE LHE INCORPORAR NATURAL OU ARTIFICIAL-

⁸ Op. cit., p. 420.

MENTE' CONSTANTE DA PARTE FINAL DO ART. 79 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002”.

Em resumo, não é necessário valer-se de uma ficção (que não mais se pode sequer chamar de legal), para considerar imóvel o que não tem aquela natureza. Basta que, no caso concreto, se decida se se trata ou não de pertença, e se há lei ou manifestação de vontade, ou ainda indicação pelas circunstâncias do caso, para que se encontre a solução jurídica a reger a questão enfrentada.

PELA UNIFICAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Sérgio José Wanderley de Mendonça

Juiz Federal – SJ / AL

A conscientização do relevo do Poder Judiciário à consolidação e aprimoramento do regime democrático tem conduzido a sociedade a permanentes reflexões e ao encaminhamento de idéias e propostas voltadas a sua eficiência e reestruturação.

O povoamento crescente de idéias, ao tempo em que concorre para o retardamento do processo legislativo de reforma, tem sido altamente significativo na medida em que confirma o interesse popular em participar efetivamente das mudanças.

A tramitação da proposta de Emenda Constitucional tem sinalizado que a concretização das mudanças passa pela sintonização com os modernos e universais dogmas que presidem a governabilidade do país. Objetivava-se, com a reforma, um Judiciário eficiente, célere, financeiramente módico e de fácil controle.

Nesse diapasão, observa-se que os questionamentos sobre o Judiciário têm-se voltado sobre a celeridade de seus julgamentos e sua reestruturação. Quanto a primeira abordagem, as suscitações e idéias são comuns a Justiça Estadual e a toda a Justiça Federal, sendo importante destacar-se a consolidação dos Juizados Especiais, a recente extensão destes à Justiça Federal, a abolição dos juízes classistas, a mitigação do precatório requisitório, etc. Em relação, contudo, ao plano estrutural, as oscilações de idéias têm-se fundamentalmente se dirigido ao Poder Judiciário Federal. Ora questiona-se e sugere-se a extinção da Justiça do Trabalho, a criação de novos Tribunais Regionais Federais e a alteração da composição dos Tribunais Regionais Eleitorais.

A razão maior desta concentração de críticas e sugestões sobre a reestruturação do Judiciário Federal se me afigura decorrer fundamentalmen-

te de sua equivocada organização tripartide, cuja subsistência apresenta-se inteiramente desarrazoada, sob o aspecto científico, político e administrativo-financeiro.

A União, ao contrário dos Estados-membros, em que existe um único órgão jurisdicional, tem a obrigação de prover financeiramente dois e até três órgãos jurisdicionais por Estado. Em cada Estado-membro há, no mínimo, dois Tribunais Federais (trabalhista e eleitoral), e, em quatro deles (RJ, SP, RS e PE) um terceiro Tribunal (TRF), o que igualmente sucede no Distrito Federal. Esta estrutura tripartide, como assinalado, se apresenta constitucionalmente equivocada, historicamente confusa, dispendiosa e desvestida de eficiência processual, sendo certo que, partindo das imperfeições que a mesma tem provocado em cada um dos órgãos do Judiciário Federal é que pretende este singelo estudo demonstrar que a verdadeira reestruturação deste pressupõe que se desperte para o erro histórico e científico da tripartição, evidenciando-se que somente atingindo a raiz do problema (tripartição), com a conscientização da necessidade da unificação do Poder Judiciário Federal, é que poderão sinceramente ser elididas as deformidades estruturais.

Note-se, a princípio, que, no plano jurídico-científico nada compeliaria a União a ter que estruturar e prover três órgãos jurisdicionais (federal comum, trabalhista e eleitoral), apenas em razão da especialidade da matéria jurídica inerente às suas competências. A União, ao assumir a responsabilidade pela prestação jurisdicional em matéria trabalhista e eleitoral, não estaria, em função disso, obrigada a criar uma estrutura judiciária específica, haja vista que a especialidade da matéria implica em atribuição de competência, e não de jurisdição. A propósito, a Justiça dos Estados é uma, inobstante atue em matérias que, tal como a trabalhista e a eleitoral, têm natureza especial. O Judiciário Estadual processa e julga matérias especiais como direitos das crianças e adolescentes, falências e concordatas, agrária, ambiental, inventários, etc., e, nem por isso, cogita-se de sua divisão e criação de órgãos jurisdicionais específicos como, v.g. Tribunal dos Menores, Agrário ou Falimentar.

Na realidade, a especialidade da matéria decorre de qualificação que é feita pelo homem, de modo que o que hoje se qualifica por comum pode vir a ser especial e vice-versa. O importante é a conscientização de que a especialidade implicará sempre em mera atribuição de competência (criação de varas especiais ou turmas especializadas) e nunca à criação ou existência de

órgão jurisdicional específico para julgá-las. Tendo a União assumido a jurisdição nas matérias comuns, previstas no art. 109 da Constituição Federal, e ainda a trabalhista e a eleitoral, que a preste através de um Tribunal único, no qual esteja reunida sua competência comum e as especiais, com turmas especializadas para delas conhecer.

Por verdade, a estrutura tripartite do Judiciário Federal decorreu de equívoco histórico não-intencional, resultando das vacilações e instabilidades acerca da prestação jurisdicional pela União. Com a proclamação da República seguiu-se a edição do Decreto nº 848, de 11.10.1890, instituindo a Justiça Federal, tendo posteriormente sido promovida a extinção da Justiça Federal de primeiro grau, somente sendo recriada em 1965. Nesse entre-meu, a União criou e estruturou seus órgãos jurisdicionais ditos especiais (Justiça do Trabalho e a Justiça Eleitoral), sendo importantíssimo notar-se que, quando da estruturação do ‘especial’, não se percebeu que dito atributo não lhe poderia ser conferido uma vez que o ‘comum’ não existia.

Quando recriada a Justiça Federal Comum, em 1965, a União já havia deturpado a lógica, estruturando suas Justiças especiais, de modo que as atribuições comuns não puderam ser acomodadas em seu âmbito estrutural vigente, tendo sido político e administrativamente mais cômodo simplesmente recriar a estrutura comum, e não repensar e reestruturar amplamente o Judiciário Federal. Tal acomodação subsistiu na Constituição de 1988, certamente influenciada pelo receio social e político de que não se compreendesse o espírito e propósito da reestruturação, imaginando-se que visaria apenas prejudicar os trabalhadores, com a extinção da Justiça do Trabalho. Agora, com o afastamento de preconceitos e falsos dogmas, inclusive por iniciativa de notáveis membros da magistratura trabalhista, conquistou-se a extinção da representação classista, criando-se uma atmosfera política em que as mudanças podem ser melhor compreendidas e aceitas. A transformação das Juntas de Conciliação em Varas Federais do Trabalho foi o primeiro passo à unificação, levando obliquamente à reflexão de que a ‘especialidade’ deve implicar, apenas, em atribuição de competência, e nunca de jurisdição.

As numerosas anomalias que a estruturação tripartite apresenta são suficientes para se concluir que a coragem e a conscientização para que se proceda à unificação é o único e verdadeiro instrumento que poderá conferir logicidade, celeridade, economia e eficiência de administração e controle ao Judiciário federal, engrandecendo-o ainda mais e enaltecendo seus magistrados.

Tais anomalias, como já assinalado, podem ser identificadas globalmente, ou seja, em face de dados científicos, políticos e históricos, porém, tornam-se ainda mais evidentes quando se põem em destaque defeitos estruturais e problemas de cada órgão do Judiciário Federal. Com tal cotejo afasta-se a idéia de que se trata de assunto particular do órgão judiciário, passando-se a ter a verdadeira compreensão do problema, enraizada, refri-so, na estrutura tripartite. Ausente a unificação, os sonhos de aprimoramento, embora grandes e belos, produzirão resultados escassos e tristes, pois inatacado o ponto nevrálgico do problema, qual seja a tripartição.

Em artigo de minha autoria, intitulado “Pela Desestadualização da Justiça Federal Eleitoral”, publicado na revista da Associação dos Juízes Federais, em 1996 (n. 50), explicitarei numerosas aberrações estruturais deste órgão jurisdicional, tendo enfatizado que, em sendo o mesmo integrante do Poder Judiciário Federal, mantido e pago pela União, a prevalência de magistrados estaduais em sua composição apresentava-se desarrazoada e desprestigiosa à magistratura federal.

No âmbito dos TRE’s nada justifica a presença de quatro juízes egres-sos da Justiça Estadual, e de apenas um representante da Justiça Federal. Importante também frisar-se que, em relação aos advogados que o integram, a aberração curiosamente se faz presente, pois causa perplexidade que a Ordem dos Advogados do Brasil - paradoxalmente à luta pela valorização da entidade e de seus profissionais - continue a aceitar que os advoga-dos integrantes dos TRE’s sejam indicados à nomeação exclusivamente pelo Tribunal de Justiça, sem qualquer participação da entidade, quando esta é de fundamental importância, haja vista a alta responsabilidade dos repre-sentantes da Instituição. Ao contrário da investidura nos demais Tribunais, que se realiza de modo vitalício, impondo ao advogado o desligamento da advocacia por tempo indeterminado, a investidura nos Tribunais Eleitorais dá-se em caráter temporário (dois anos), período este em que o profissional da advocacia ficará totalmente proibido do exercício da advocacia, devendo sobreviver apenas com a remuneração da gratificação eleitoral, no montan-te de aproximadamente dois mil reais. No quadro atual, a escolha destes profissionais, em lista sêxtupla, elaborada diretamente pelos Tribunais de Justiça, apresenta-se desprestigiosa a Ordem dos Advogados do Brasil, ex-pondo-a seriamente, haja vista que, de todo modo, o advogado integrante do TRE é egresso e representante da OAB, razão por que deveria a mesma, ao menos enquanto não sobrevém a unificação, reclamar sua participação

efetiva na escolha, acompanhando de perto e rigorosamente as condições em que se dá a investidura.

O esdrúxulo “quinto constitucional de advogados escolhidos pelos Tribunais de Justiça, para investidura em jurisdição eleitoral temporária”, enseja, aliás, a aplicação da moderna teoria da inconstitucionalidade da própria norma constitucional, pois o selo característico do princípio constitucional do quinto constitucional consiste na investidura vitalícia e precedida da salutar participação e escolha pela Ordem dos Advogados. Em linguagem jurídica, ‘isto é uma inconstitucionalidade’, e, como celebrenemente se diz no meio jornalístico, ‘isto é uma insensatez’!

Com a unificação do Poder Judiciário Federal esta outra aberração desapareceria, pois os advogados integrantes do Tribunal Federal de cada Estado seriam, como os integrantes do quinto constitucional nos demais Tribunais, escolhidos com a participação inicial da OAB, elaborando lista sêxtupla, e investidos em caráter vitalício, ficando afastados da advocacia por tempo indeterminado. Outro aspecto da aberrância estrutural consiste em que, nos Estados sede de TRF a estrutura vigorante gera a esdrúxula situação de o Desembargador de um Tribunal Federal (TRF) integrar outro Tribunal, também Federal (TRE), presidido por magistrado estadual. Acresça-se a isso a injustificável transitoriedade da investidura na jurisdição eleitoral, desaconselhável sob a ótica jurdicante e também administrativa, pois retira a funcionalidade da Instituição, produzindo o absurdo de existir um corpo administrativo de carreira, dirigido por magistrados com investidura precária.

No aludido estudo encontrava-me perplexo com a aberração identificada e procurava apontar soluções para sua correção. Não havia, contudo, conscientizado-me do erro maior e pior, de maior abrangência, de cunho científico, político e jurídico, representado pela estruturação tripartide do Judiciário Federal. Agora, consciente e atento à raiz do problema, e povoado-me idéias visando sua sanção, posso confirmar os defeitos estruturais da Justiça Federal Eleitoral, acrescentando que todas eles originam-se da tripartição, e, somente com a unificação do Poder Judiciário federal é que poderão ser verdadeiramente corrigidas. Por verdade, as monstruosidades estruturais da Justiça Federal Eleitoral não nos permite enxergar valia numa tripartição que pressupõe e convive com a anomalia, com a aberrância e o erro do que é federal ser dominado por magistrados estranhos a magistratura da União.

Em relação a prestação jurisdicional federal comum percebe-se que a criação dos Tribunais Regionais Federais, embora altamente significativa, não resolveu o problema do distanciamento do jurisdicionado, e, nesse passo, novamente desatentando-se para o equívoco da tripartição, tentam-se soluções pontuais, notadamente a criação de novos Tribunais Regionais Federais. Especialmente na 1ª Região, continuam as partes enormemente distantes de seu Tribunal, quase que em situação idêntica a da existência do antigo Tribunal Federal de Recursos, ao menos sob o aspecto geográfico. Para os mineiros, para os baianos, goianos, maranhenses, paranaenses, e toda a população do norte do país, praticamente nada foi alterado, e pouco seria com a criação de novos Tribunais, pois, em sendo os mesmos Regionais, e, por isso, necessitando de volume razoável de feitos para criação e instalação, a ampliação do número de tribunais seria mero paliativo, como, aliás, apresentam-se as providências em que ausente o ideal de unificação.

Com a unificação, ter-se-ia um Judiciário Federal engrandecido e ainda mais prestigiado. As investidas de que seus órgãos foram vítimas no passado e aquelas que, aberta ou surdamente, ainda ameaçam-lhe no presente, restariam sufocadas e altamente fragilizadas. Com a unificação seriam extintos os atuais Tribunais Regionais Eleitorais, os Tribunais Regionais do Trabalho e os Tribunais Regionais Federais, sendo criado, em cada Estado e no Distrito Federal, um único Tribunal Federal (Tribunal Federal de Alagoas, Tribunal Federal de Pernambuco, Tribunal Federal do Ceará, da Bahia, de Minas Gerais, do Amazonas, do Paraná, etc.), com competência abrangente (federal comum, eleitoral e trabalhista), e número significativo de Desembargadores, até próximo de muitos Tribunais Estaduais. Assumiria o Tribunal Federal em cada estado a jurisdição federal plena, ou seja, conheceria e julgaria os feitos federais comuns e ainda os trabalhistas e eleitorais, com turmas especializadas, e tendo em sua composição magistrados egressos dos atuais Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais Regionais Federais, acrescido daqueles que se fizerem necessários em cada Tribunal Federal, sem se deslembrar da especialização de suas turmas, como decorrência lógica e imperiosa da especialidade da matéria. A este Tribunal Federal ficariam vinculados todos os juízes federais, lotados nas respectivas varas federais comuns e especializadas (trabalhista, eleitoral, dentre outras), atuando todos em Foro com única direção. Idêntica reestruturação dar-se-ia no âmbito dos Tribunais Superiores, com o fortalecimento e ampliação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, com a unificação, assu-

miria a competência dos atuais Tribunal Superior do Trabalho e Tribunal Superior Eleitoral.

A atual estruturação tripartite do Judiciário Federal, apesar de suas graves implicações científicas, políticas e de administração judiciária, tem sido conduzida graças aos nobres e elevados propósitos de seus dirigentes, que, não conscientizados da abrangente raiz do problema(tripartição), têm identificado e procurado soluções para problemas aparentemente setoriais, e que, na realidade, têm dimensão global. Com a conscientização do engano que é a tripartição, e a necessidade de corrigi-lo, penso que o desencorajamento de alguns somente retardará e agravará o contexto, pois o erro, enquanto inconsciente, pode até ser involuntariamente trabalhado, porém, quando se enxerga a verdade, e nele se obceca, tudo piora, pois se instala a contradição, e, com ela, a perda do senso crítico e o bloqueio ideológico.

Por resgatar a lógica, a cientificidade, a verdade, e por ser instrumento da correção de imperfeições e anomalias estruturais, o ideal de unificação do Poder Judiciário Federal é algo inelutável, e que brevemente triunfará graças a mobilização da sociedade em geral e notadamente pela criatividade, seriedade científica e determinação da classe política e jurídica.

Assinale-se, em conclusão, que as idéias apresentadas, por envolverem e propugnarem a observância dos princípios da legitimação, eficiência e democratização, têm natureza impessoal e o propósito de apenas oferecer singela contribuição ao aprimoramento do Judiciário, não passando pela censura ou condenação do passado, mas, tão-somente, por sua respeitosa reflexão para, através dele, partir-se para um presente e futuro em que inabalável e crescente a superioridade da toga. Se a meditação sobre o tema resultar na convicção de seu acerto, enxergando-se a verdade, não se poderá censurar os erros pretéritos, pois estes somente seriam imperdoáveis caso sobrevenha a crença sincera e honesta da necessidade das mudanças preconizadas e, ainda assim, aberta ou surdamente, empedernir-se no erro.

AMPLA DEFESA X DESVIRTUAMENTOS (LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E SEU ÔNUS FINANCEIRO)

Francisco Glauber Pessoa Alves

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

SUMÁRIO: I – Prelúdio; II – A ampla defesa e sua importância; III – O abuso da ampla defesa; IV – A litigância de má-fé e os instrumentos que visam elidi-la impondo sanções financeiras; V – Abuso do direito de defesa: a importância de uma coibição mais ostensiva pelo judiciário; VI – Ônus patrimonial da litigância de má-fé e aspectos procedimentais; VII – Responsabilidade solidária da parte e do advogado pela multa e indenização? VIII – Conclusões; Bibliografia.

I PRELÚDIO

Objetiva este trabalho uma abordagem acerca do abuso ao direito de defesa, da litigância de má-fé e da responsabilidade pela ocorrência fática da situação jurídica de abuso do dever processual de boa-fé pelo litigante.

Sob pena de linhas despidas de substrato dogmático bastante, para tanto foi traçada a importância do princípio da ampla defesa, aquilatando sua raiz normativa de cunho nobre.

Diante disso, levantou-se a primeira importante questão-problema do ensaio, a respeito do limite ao exercício de ampla defesa – para quando ela deixa de ser defesa e se constitui abuso.

Após ingressa-se no regramento da litigância de má-fé – que em verdade é umbilicalmente atado ao abuso da ampla defesa. Já aí são levantadas proposições acerca do conceito de litigante, a efetividade do processo e,

ainda, sob os instrumentos de sanção pecuniária postos à disposição pelo ordenamento para sua repressão.

Não se poderia deixar de enfrentar a imputabilidade do advogado por litigância de má-fé, porque afinal de contas é o mote deste ensaio.

Ao cabo são alinhavadas as nossas conclusões.

Marcos limitativos espaciais impedem uma abordagem mais exaustiva, inclusive acerca de outros meios de prevenção/repressão do abuso de direito processual.

II A AMPLA DEFESA E SUA IMPORTÂNCIA

O princípio da ampla defesa está insculpido no inciso LV¹ do art. 5º. da Constituição Federal (CF) e sem necessidade de maior inteligência percebe-se a importância que lhe foi conferida pelo legislador originário de 1988. Isso porque o preceituamento passou a estar dentre os primeiros dispositivos da Carta, contrariamente à ordem constitucional anterior.

Bom talhar que os princípios são “verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários” (Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, p. 59)².

Por seu governo, a magnitude da ampla defesa é provavelmente originada da cláusula do *due process of law*, com primeira referência histórica na Magna Carta de João Sem Terra de 1215, onde se mencionou a *law of the land*. Ela visava evitar o abuso da coroa inglesa contra os nobres (Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na constituição federal*, p. 29).

Então, busca a ampla defesa, enquanto consectário do devido processo legal (Nelson Nery Junior, ob. cit., p. 28), assegurar que o litigante tenha todas as oportunidades para demonstrar seu direito e seus fatos.

¹ *Ipsis litteris*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

² Tivemos ocasião de estudar mais aprofundadamente os princípios jurídicos, notadamente o da igualdade, em nosso trabalho de defesa de dissertação de mestrado (*O princípio jurídico da igualdade e o direito processual civil*), cuja publicação encontra-se no prelo.

Inoportuno seria deixar de dizer que a sublimação do princípio da ampla defesa é resultado direto da sua reiterada inobservância sob a égide de ordens constitucionais anteriores, marcadamente a última, nascida de uma ditadura sumamente inspirada pela defesa de direitos de cunhos patrimonialistas ou morais de duvidosa aceitação. Tudo isso em detrimento de garantias processuais mínimas que acabaram por refletir na padronização do abandono às referidas cláusulas por instrumentos odiosos de exceção (atos institucionais – com iniciais minúsculas mesmo).

Feitas essas considerações preliminares, chegamos à tríade que sustenta a imponência da ampla defesa (buscando achegas na tridimensionalidade do direito – Miguel Reale, *Teoria Tridimensional do Direito*, p. 11): enquanto norma (art. 5º, LV, da CF), fato (expressividade concreta a partir de abusos de longa data) e valor (raiz axiológica nobre, representativa de uma inegável opção pelo direito pátrio, com o fito de assegurar abusos em detrimento dos litigantes).

Importa ainda ressaltar que não há limitação de seu teor exclusivamente ao réu, sendo uma garantia multivalente. A ampla defesa de que se fala *não se restringe apenas ao pólo passivo*, mas engloba a própria possibilidade de qualquer das partes (autor inclusive) ou outro sujeito processual defender seu direito e a verdade processual (= formal) que melhor lhe aprouvenha. Tanto o autor como o réu, litigantes e mesmo interessados em geral têm o direito de amplamente se valer da ampla defesa (e.g.: o direito do perito, do síndico da falência ou do comissário da massa serem ouvidos antes que o juiz tome uma medida punitiva ou fiscalizatória enérgica).

III O ABUSO DA AMPLA DEFESA

Bem plantada e já regada a importância da ampla defesa na ordem constitucional vigente, extensiva positivamente inclusive aos processos administrativos, o que antes era reconhecido apenas doutrinariamente, agora já se mostra aceitável a revisitação de sua amplitude, à luz do reconhecimento pragmático de que inúmeros abusos são cometidos sob a bandeira simpática do princípio em tela.

Dois fatores informativos preponderam no processo civil: segurança e efetividade. Durante muito tempo, ousamos dizer que durante quase todo o século 20, o primeiro foi seguido à exaustão. O evoluir do direito brasileiro e da própria sociedade, entretanto, pendeu pelo privilégio ao segundo.

Cresceu a busca por decisões mais ágeis, em uma sociedade com ares de globalização. Por força do art. 5º., XXXV, da Magna Carta, erigiu-se como direito fundamental a defesa da lesão ou da ameaça de lesão ao direito. É o chamado princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional. Sem um maior esforço, constata-se que o legislador originário atentou para um fator informativo da tutela jurisdicional para o qual antes não se dava maior vista: o tempo.

Efetivamente, a proteção que o ordenamento quer assegurar é não só àquela já ocorrida (a lesão propriamente dita) *como também* a que em vias ou sob risco de acontecer (a ameaça de lesão).

O elemento cronológico está aí contido bem forte. Reconheceu-se que a tutela jurisdicional há de alcançar não só a remediação, como também, em igual linha de importância, a prevenção³. Por isso se registrou que o “processo, para cumprir o princípio da isonomia, não pode deixar de distribuir de forma isonômica o ônus do tempo entre os litigantes” (Luiz Guilherme Marinoni, *Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição*, p. 224).

Dessas constatações surgiu o princípio da garantia do processo sem dilações indevidas ou da sua razoável duração, ou, ainda, da tempestividade da tutela, expressões que a nosso entender têm idênticos significativos. É inegavelmente um consectário da cláusula isonômica, na medida em que procura sopesar e corretamente distribuir o ônus do processo entre as partes.

A paridade dos elementos segurança e efetividade é recalibrada, para que a segunda não seja mais tão sacrificada como ao longo do século XX. Por isso é que se diz que não se pode “olvidar, nesse particular, a existência de dois postulados que, em princípio, são opostos: o da segurança jurídica, exigindo, como já salientado, um lapso temporal razoável para a tramitação do processo (‘tempo fisiológico’), e o da efetividade deste, reclamando que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário (‘tempo patológico’). Obtendo-se um equilíbrio desses dois regramentos – segurança/celeridade —, emergirão as melhores condições para garantir a justiça no caso concreto, sem que, assim, haja diminuição no grau de efeti-

³ Por isso que bastante força ganharam recentemente as tutelas de urgência satisfativas (como a antecipada, prevista no art. 273, do Código de Processo Civil).

vidade da tutela jurisdicional” (José Rogério Cruz e Tucci, *Garantia do processo sem dilações indevidas*, p. 237).

Tais pensamentos são endossados pelo ideário de uma justiça mais sensível ao problema temporal, porque injusto que aquele que tenha razão se veja privado de seu direito.

Assim, cresceu e criou raízes legislativas a idéia já antiga em sede doutrinária de que o processo há de chegar a algum resultado útil em um tempo o mais breve possível. Tanto é assim que no projeto em trâmite no Congresso Nacional (existente já na Constituição espanhola de 1978, em seu art. 24.2, consoante José Rogério Cruz e Tucci, ob. cit., p. 247), visando a Reforma do Judiciário, pretende-se a inserção do inciso LXXVIII no art. 5º, assim vazado: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Ainda que eventualmente não vingue a inclusão do princípio no texto constitucional, já se pode dizer com certeza da sua existência no direito brasileiro. Isso porque é reconhecida a existência de princípios gerais não expressos, extraídos por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais, consoante giza Norberto Bobbio:

“são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que se comumente se chama o espírito do sistema” (Teoria do ordenamento jurídico, p. 159).

Mas, não sem frustração a atividade forense vem dando mostras seguras de que abusos vêm reiteradamente sendo cometidos. Inegável que se parcela dos litigantes querem uma justiça ágil (como regra: autores e seus defensores), outras não a querem (como padrão: réus e seus defensores).

Menos inverdade ainda é que os interesses são conflitantes quando as coisas se invertem (autores que viram réus e vice-versa). Por isso é que com sua habitual percuciência escreveu José Carlos Barbosa Moreira que não “convém esquecer, por outro lado, que há uma demora fisiológica, conseqüente à necessidade de salvaguardar na atividade judicial certos interesses e valores que uma sociedade democrática não ousaria prescindir. Insiste-se na escrupulosa observância de tais ou quais garantias das partes – ao menos, diga-se de passagem, quando se trata de pessoas simpáticas à opi-

nião pública (ou melhor, à opinião publicada, que com aquela ingenuamente somos levados a confundir). Ora, um processo de empenho garantístico é por força um processo menos célere. Dois proveitos não cabem num saco, diz a sabedoria popular. *É pretensão desmedida querer desfrutar ao mesmo tempo o melhor dos dois mundos*” (*O futuro da justiça: alguns mitos*, p. 75 e grifos que não estão no original).

Daí porque é um *excelente negócio* a aposta do réu no abuso das faculdades processuais englobadas sob o título de ampla defesa (provas, recursos etc). Ele dura muito no nosso país, por problemas estruturais e pela opção do ordenamento que, como já dito, prestigia de muito tempo a segurança. Se isso ocorre, nada melhor que postergar a efetividade.

E não é só o réu quem foi acometido de tal patologia jurídica (o excesso de lucidez). Autores que promovem demandas manifestamente infundadas ou temerárias (os litigantes de má-fé de uma maneira geral), avolumando de serviço desnecessário o judiciário, que se vê com menor tempo para as atividades realmente úteis, contribuindo para a lentidão da tutela jurisdicional em outras causas, pela limitação da estrutura.

Também não deixa de ser um grande investimento para os causídicos. As grandes bancas de advocacia, que como regra representam as maiores e mais importantes causas, cobram muitas vezes por tempo despendido na defesa dos seus clientes. Quanto mais tempo durar o processo, mais dinheiro entra.

Não são só nos grandes escritórios onde essa política é razão de sobrevivência. O ajuizamento de causas não deixa de ser o ganha-pão dos advogados de uma maneira geral. Quanto mais causas e quanto mais elas demorarem, melhor receita está assegurada.

E não se conceba isso como um ataque à relevante função assegurada pelo art. 133 da CF, até porque boa parte dos que a exercem são homens de bem como em qualquer outra profissão. Isso se faz às vezes intuitivamente. É o ser humano buscando a sobrevivência e o progresso pessoal e profissional.

Só que se de um lado são legítimos e até compreensíveis esses papéis, igualmente bem acompanhada valorativamente a necessidade sociológica do país por uma maior efetividade da tutela jurisdicional e um desassobramento do judiciário, já muito prejudicado pela carência humana e material para ainda ter de lidar com causas ou condutas processuais longe da boa-fé.

Disso tudo nasceram condutas censuráveis: a) ajuizamento de ações manifestamente descabidas; b) protelação indefinida de feitos, com abuso de incidentes em geral (exceções de suspeição ou incompetência, objeções de pré-executividade); c) a utilização desregrada do direito de recorrer (com o fim de postergar a concretude da tutela jurisdicional)⁴; d) insistência por provas desnecessárias (perícias ou provas orais que em nada acrescentam a lides); e) ajuizamento de ações fulcradas em fatos inexistentes ou sob cuja real extensão do conhecimento impede desde logo o pleito⁵.

Aliás, a idéia de abuso nasce essencialmente daquela originada do direito civil e supedaneada no art. 160 do Código Civil (Humberto Theodoro Júnior, *Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro*, p. 43).

Evidencie-se que sua configuração demanda o exercício prévio de um direito regularmente constituído, de onde não haveria excesso possível sem o antecedente lógico (direito, enquanto não abusado).

⁴ Especificamente em sede recursal já se asseverou que poucos “foram aqueles que ousaram dizer, em defesa deste Poder, que uma das razões do acúmulo de causas que geram as conseqüências da morosidade, além de outros defeitos ou omissões estruturais, está na interposição de recursos, abusivos, protelatórios e/ou injustificados por agentes de toda qualificação, nos vários campos do direito, principalmente os Estatais, quando visam exclusivamente a retardar pagamentos de sua obrigação ou negando-se a reconhecer direitos constitucionais, e dos quais os exemplos são abundantes: previdência social, planos econômicos, desrespeito às obrigações legais e constitucionais tanto da União quanto dos Estados Federados e Municípios” (Honildo Amaral de Mello Castro, *O abuso do direito e a litigância de má-fé no novo agravo*, p. 109).

⁵ “PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. LIDE TEMERÁRIA. AUTOR QUE LABOROU DURANTE O PERÍODO VINDICADO DE APOSENTADORIA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. LITIGANTE DE MÁ-FÉ. ART. 17, I DO CPC.

I. Ação proposta para recebimento de parcelas atrasadas, ao argumento de que trinta e cinco anos atrás o IAPC concedera ao autor aposentadoria por invalidez jamais recebida pelo segurado.

II. Comprovação, nos autos, por documentos novos na fase recursal, que o autor, logo após a cessação do auxílio-doença, em 16.05.52, voltou a trabalhar até 1984, quando se aposentou por tempo de serviço no regime estatutário, dado arditosamente omitido pelo segurado.

III. É litigante de má-fé aquele que deduz pretensão temerária contra fato incontroverso (art. 17, I do CPC), o qual se admite para exame e apreciação em 2 grau de jurisdição, nos termos do art. 514 do CPC, porquanto é de se considerar como fato novo a inusitada descoberta, pelo INPS, na ocasião da apelação, que o autor, que se diz inválido desde 1952, houvesse trabalhado por mais trinta e dois anos até inativar-se, por tempo de serviço, em 1984.

IV. Apelação provida, dispensada as cominações legais de sucumbência e má-fé por se tratar de parte assistida pela justiça gratuita” (TRF 1ª. R., 1ª. T., Ap. Cível nº. 01.086.640-MG, rel. Aldir Passarinho Júnior, DJ 3.6.1991, p. 12.445).

IV A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E OS INSTRUMENTOS QUE VISAM ELIDI-LA IMPONDO SANÇÕES FINANCEIRAS

Os deveres das *partes* e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo estão previstos no art. 14 do Código de Processo Civil (CPC). A redação anterior somente falava nas partes e nos seus procuradores, limitação hoje inexistente por força da Lei n.º. 10.358, de 28.12.2001.

Pelos incisos do mesmo dispositivo obriga-se a exposição de fatos em juízo conforme a verdade, a observância da lealdade e boa-fé, a não formulação de pretensões ou defesas destituídas de fundamento, a não produção de provas ou atos inúteis/desnecessários à declaração ou defesa do direito, bem como cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final (também esta uma inovação da Lei n.º. 10.358/01).

É bem completa a *fattispecie* normativa. Difícil vislumbrar uma situação contrária à ética que não possa ser enquadrada no artigo destacado. E ele existe desde a vinda a lume do CPC, como também desde quando existe a responsabilização pela má-fé, abrigadora tanto de autores e réus, como de meros *intervenientes* (art. 16). Aliás, essa tendência foi realçada pela nova redação dada ao caput do art. 14, ao mencionar como sujeitos a deveres processuais as partes e todos aqueles que de uma ou outra forma participem do processo (Lei n.º. 10.358/01).

Mais incisivamente, prevê o art. 17 do mesmo Estatuto que é litigante de má-fé (*improbus litigator*) aquele que: (I) deduz pretensão contra texto expresso de lei ou fato incontroverso⁶, (II) altera a verdade dos fatos⁷, (III)

⁶ “LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - Apelante que insiste na existência de excesso de execução - Alegação anteriormente desmentida pelo Contador - Pretensão deduzida contra fato incontroverso nos autos com o nítido propósito de protelar a satisfação do crédito dos exequentes - Artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil - Condenação imposta à Fazenda do Estado” (TJSP, 8ª. Câmara de Direito Público, Apelação Cível n.º. 3.498-5-São Paulo, rel. Antonio Villen, d.j. 17.09.97).

⁷ “PROCESSUAL CIVIL. OFERTA À PENHORA DE TÍTULOS DA DÍVIDA AGRÁRIA REFERENTES À DESAPROPRIAÇÃO EM CUJOS AUTOS A HABILITAÇÃO DE CRÉDITO FORA INDEFERIDA. FALSIDADE IDEOLÓGICA DA ESCRITURA DE CESSÃO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO. CONDENAÇÃO DO AGRAVANTE COMO LITIGANTE DE MÁ FÉ. RECURSO IMPROVIDO” (TRF 5ª. Região, 2ª. T., Ag. Inst. n.º. 19.336/PB, rel. Francisco Cavalcanti, DJ 18.12.1998, p. 2297) ou ainda “LITIGANTE DE MÁ-FÉ - CONDUTA TEMERÁRIA - CITAÇÃO DE JULGADO COM FALSA INDICAÇÃO DA FONTE - CARACTERIZAÇÃO. Comete litigância de má-fé, e infringe dever funcional, por conduta temerária, o advogado que cita precedente jurisprudencial como se fora do Supremo Tribunal Federal, assim pretendendo induzir em erro o julgador” (2ª. TAC-SP, 6ª. Câmara, Ap. s/ Rev. n.º. 508.120, rel. Euclides de Oliveira, d.j. 30.4.98).

usa do processo para conseguir objetivo ilegal⁸, (IV) opõe resistência injustificada ao andamento do processo⁹, (V) procede de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo¹⁰, (VI) provoca incidentes manifestamente infundados¹¹ ou (VII) interpõe recurso com intuito manifestamente protelatório¹².

É provável que uma situação concreta encontre abrigo em mais de um dos incisos citados (e.g.: interpor recurso protelatório não deixa de ser resistência injustificada ao andamento do processo). *Difícil no entanto é que uma situação ensejadora de má-fé não esteja prevista ou seja enquadrável no rol legal.*

Dá-se que já se aventou como genérica a descrição (João Batista Lopes, *O juiz e a litigância de má-fé*, p. 129). O mesmo autor, aliás, ao dissertar sobre cada uma das hipóteses parece externar a opinião que resulta no problema central deste ensaio (mero exercício da ampla defesa e seu abuso) optou por linha branda referentemente à tipificação (ob. cit., pp. 129-130).

Discordamos do insigne lente em dois contextos: a) entendemos que não há generalidade nos incisos do art. 17, posto que descrevem dentro do que se espera de um texto legal, que não pode e nem deve descer a todas as

⁸ “LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - Ocorrência - Omissão de quitação de duplicata pela devedora - Ato de deslealdade processual - Artigo 14, I e II; 17, I e II do Código de Processo Civil - Sanção consistente no pagamento de juros e correção monetária desde o vencimento dos títulos em cobrança - Recurso adesivo provido” (TJSP, Apelação Cível n.º. 207.436-1-Campinas, rel. Ernani de Paiva, d.j. 25.08.94).

⁹ “LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - Ocorrência - Réus que passando por cima de decisões judiciais invocaram uma série de remédios evidentemente impertinentes - Recurso parcialmente provido” (TJSP, Apelação Cível n.º. 212.746-1-Jundiaí, rel. Fonseca Tavares, d.j. 19.10.94).

¹⁰ “LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - Embargos do devedor - Execução fiscal - Conceito de ampla defesa - Ditames de reprovação a lanços de esperteza processual - Artigos 15, 17 e 600 do Código de Processo Civil - Pena mantida - Recurso não provido” (TJSP, 7ª. Câmara de Direito Público, Ap. Cível n.º. 31.350-5-São Roque, rel. Walter Moraes, d.j. 06.10.97)

¹¹ “LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - Caracterização - Alegada anuência na renovação contratual - Inocorrência - Ausência de instrumento, configurada alteração nos fatos - Recurso provido para julgar improcedentes as ações principal e cautelar, com isenção do ônus da sucumbência” (TJSP, Apelação Cível n.º. 220.925-2-São Paulo, rel. Carlos de Carvalho, d.j. 01.03.94).

¹² No que a Corte Superior, depois de muito tempo de política protelatória da Fazenda Pública, trata agora de reprimir, v.g.: “EMENTA: Embargos de declaração que apenas reiteram argumentos rejeitados na decisão embargada, revelando intuito manifestamente protelatório: rejeição, com imposição da multa de 1% sobre o valor corrigido da causa, além da multa no mesmo percentual por litigância de má-fé atribuída na decisão embargada” (STF, 1ª. T., AGAEDÉ n.º. 285.825-SP, re. Sepúlveda Pertence, DJ 6.9.01, p. 17).

minúcias da vida em sociedade¹³; b) na economia do rigor no tratamento da má-fé, cuja repreensão, como já dito e redito antes, clama por urgência.

Insta ressaltar que *a expressão litigante não tem conteúdo semântico idêntico ao de parte*. Pode com ele se confundir ou não, a depender do caso concreto. Toda e qualquer pessoa que atue como mencionado no art. 17 do CPC é um litigante de má-fé, sendo ou não parte. O art. 16 do CPC indica isso ao afirmar que responderá por perdas e danos tanto o autor, como o réu, o mero *interveniente* e qualquer outra pessoa que participe da relação processual, e a nova redação do art. 14 do CPC sepulta qualquer opinião contrária.

A acepção de interveniente é ampla, não se confundindo apenas com a figura de terceiros juridicamente interessados – perceba-se que o art. 16 menciona *apenas intervenientes* e *não* terceiros intervenientes. E interveniente é toda a pessoa que, de algum modo, atua e intervém no processo movido por algum interesse próprio ou de terceiro. É só ter em mente a atuação de terceiro no processo (aquele que alega essa qualidade, mas na apreciação concreta é absolutamente despido de fundamento), as testemunhas, o perito, o próprio defensor da parte (excedendo os limites de sua atuação – art. 14 do CPC) e o juiz¹⁴.

Prevê no art. 18 as sanções pecuniárias em que poderá incorrer o litigante de má-fé: *indenização* ou *multa*¹⁵. O artigo foi alterado pela Lei n.º. 8.952/94 para introduzir o cabimento da cominação *ex officio* e posteriormente novamente modificado pela Lei n.º. 9.668/98.

A indenização busca suas raízes na responsabilidade civil subjetiva (art. 159 do CC), que tem por elementos etiológicos a ação ou omissão, o dano, o nexo de causalidade e a culpa.

De mister esclarecer que a culpa exigida para o reconhecimento do dever indenizatório *não é só a grave*, como têm ilustrado alguns julgados e

¹³ “As leis, porém, são hoje, em todos os domínios jurídicos, elaboradas por tal forma que os juízes e os funcionários da administração não descobrem e fundamentam as suas decisões tão-somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de um modo semelhante ao do legislador” (Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 207).

¹⁴ Humberto Theodoro Júnior, ob. cit., pp. 63-64.

¹⁵ Como adiantamos introdutoriamente, existem outros mecanismos de prevenção/repressão do abuso do direito processual como a nulidade do ato, a responsabilização criminal, o julgamento antecipado do mérito, o prazo determinado para cumprimento de diligências fora do juízo onde elas deveriam se realizar (Humberto Theodoro Júnior, ob. cit., pp. 57-58).

prestigiosa doutrina¹⁶, *mas mesmo a levíssima*, porque preceito legal algum demanda aquela e também porquanto assim assevera a melhor doutrina civilista ao esclarecer que no direito brasileiro não existe gradação de culpa em matéria de responsabilidade civil¹⁷, de quem o instituto processual em comento busca suas raízes¹⁸.

Já a multa é calcada, à semelhança do instituto em todos os demais ramos do direito, na falta de cumprimento de uma obrigação (que no caso é legal: o dever de lealdade processual – art. 14 do CPC) sobre cuja parte ela será imposta.

Similares dispositivos existem no que concerne ao processo executivo. É o caso dos atos atentatórios à dignidade da justiça (no que também contidas as condutas previstas e reprimidas nos arts. 16 e 17), por onde (art. 601¹⁹) se ojerizam (I) fraudes à execução, (II) a oposição maliciosa a ela com emprego de ardis e meios artificiosos, (III) a resistência injustificada às ordens judiciais e (IV) a não indicação ao juiz dos bens sujeitos à execução.

Ocorrendo isso, será o caso de imposição de multa não superior a 20% do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, que reverterá em proveito do credor (art. 601).

Disso tudo se extrai que: a) há o reconhecimento do direito positivo quanto ao abuso do direito de defesa; b) existem os necessários instrumentos legais para coibi-lo; c) há definição de quem é o litigante de má-fé – que pode ser a própria parte ou qualquer outro interveniente no processo.

¹⁶ Humberto Theodoro Júnior, ob. cit., p. 56, para a maioria dos casos elencados no art. 17 do CPC.

¹⁷ Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*, p. 71; Rui Stoco, *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, p. 70.

¹⁸ Não se pode esquecer, como já disse José Roberto dos Santos Bedaque, que o “próprio conceito de direito processual está vinculado de forma inseparável ao fenômeno verificado no plano do direito material, consistente na sua não realização espontânea” (*Direito e processo*, p. 11). Com efeito, *o instrumento (processo) só existe em decorrência daquilo que viabiliza sua existência (direito material)*.

¹⁹ Tal preceito foi alvo de mudança pela Lei n.º 8.952/94, sendo que antes previa a impossibilidade do litigante de má-fé falar nos autos, enquanto não relevada a pena, o que evidentemente não se coadunava com a importância da ampla defesa em sua feição atual. Por mais grave que seja a conduta processual há sempre que se assegurar o direito do mau litigante de falar nos autos, ainda que muitas vezes seja uma tentação querer o contrário, dada a evidente falta de caráter de alguns.

**V ABUSO DO DIREITO DE DEFESA: IMPORTÂNCIA DE
UMA COIBIÇÃO MAIS OSTENSIVA PELO JUDICIÁRIO**

O legislador não impôs somente aos litigantes a obrigação de observar a boa-fé. Fê-lo também com relação ao próprio julgador, imputando-lhe perdas e danos (art. 133 do CPC) quando proceder com (art. 133, I) dolo ou má-fé, ou ainda (art. 133, II) quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Mais ainda o art. 198 do CPC permite às partes e ao órgão do Ministério Público representar ao Presidente do Tribunal de Justiça cujo juiz excedeu os prazos previstos em lei.

Demonstrada a necessidade de repressão – o que exigido pelo próprio ordenamento –, que falta para atuação jurisdicional firme nesse sentido, sabedor quem lida com a atividade forense dos inúmeros abusos que se cometem, firmados equivocadamente na bonita expressão ampla defesa?

Em primeiro lugar, é de se reconhecer que o pensamento institucionalizado não mudará pelas próprias partes. Como já se falou, há quem ganha (e muito) com a sistemática atual. Entrementes, na calibração de valores, parece que a efetividade é muito mais forte. Já se sabe bem à exaustão que justiça tardia é tudo menos justiça.

É, pois, precipuamente do judiciário a função de coibir as condutas perpetuadoras e agasalhadoras de má-fé. Há que se dar firme repressão a isso, sem medo de crises de consciência. Isso porque a sociedade, o direito (como valor) e a ética assim o exigem. Há, de muito antes, obrigação legal (direito positivo), posto que cabe ao juiz velar pela rápida solução do litígio e prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça (art. 125, II e III, do CPC).

E o julgador deve reconhecer e prestigiar as necessidades da sociedade, referendadas na lei, e não as próprias, posto que à lei é que deve obediência. A dúvida entre a consciência e o direito positivado há sempre que pender para este, *porquanto mais grave do que aplicar mal uma lei é deixar de aplicá-la.*

Não sem um certo desconforto percebe-se que muito mais os tribunais²⁰ são claudicantes em condenar por má-fé do que os juízes de primeiro grau, talvez certamente pela distância das partes e dos casos concretos, ainda que em sacrifício patente da boa-fé processual. Também costuma informar esta decisão justamente a conflitância habitual ampla defesa x abuso, sempre pendendo para encaixe jurídico na primeira.

Daí a frequência de decisões que afastam o *improbis litigator* pelo simples fato do litigante ter-se utilizado do recurso ou do meio processual abstratamente previsto em lei. O raciocínio é temível pela simples razão da dificuldade em se ***conceber que haja litigância de má-fé sem o exercício do recurso ou do meio processual.*** Muito mais ainda *como se por haver previsão legal para o instrumento processual utilizado o mau litigante se veja revestido de um manto para toda a sorte de condutas processuais censuráveis.*

Singelamente: *há previsão de expedientes processuais e abusa-se muitas vezes deles patrocinando a má-fé. Mas, aventa-se que não poderá haver coibição aos excessos por conta da previsão!!!*

O raciocínio é deveras equivocado. É a própria idéia de abuso de um direito processual que acarreta o reconhecimento do litigante de má-fé. Abusa-se porque o direito foi exercido, só que em maus ventos. Em lapidar

²⁰ “PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA DO MUNICÍPIO - INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO DA PARTE ADVERSA - EXCLUSÃO DA MULTA.

Descabe conhecer do recurso especial se o tribunal de origem não apreciou os dispositivos de lei federal indicados pelo recorrente como violados, incidindo, na hipótese, o veto das Súmulas n.ºs. 282 e 356 do STF.

Ao usar o direito de recorrer e cumprir o seu dever, não pode a municipalidade ser qualificada de litigante de má-fé, sendo infundada a aplicação de multa prevista no artigo 18 do Código de Processo Civil, caso não comprovado o abuso e o efetivo prejuízo da parte adversa.

Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido” (STJ, 1ª. Turma, REsp n.º. 331.594/SP, rel. Garcia Vieira, DOU 29.10.2001, p. 188) ou ainda “ ADMINISTRATIVO - RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS - REAJUSTE REMUNERATÓRIO PREVISTO A LEI Nº 8.390/91 - CUMULAÇÃO DOS PERCENTUAIS MENSALIS - IMPOSSIBILIDADE - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - INOCORRÊNCIA.

1 - Esta Corte tem entendido que a incidência dos reajustes de 40%, 75% e 100% sobre os vencimentos dos servidores públicos, de acordo com a interpretação do disposto no art. 2º, da Lei nº 8.390/91, não deve ser feita de forma cumulativa.

2 - Precedentes (MS 2.539/DF e RMS 3.840/DF).

3 - Contudo, improcedente a multa fixada por litigância de má-fé, tendo em vista que não foi oferecida à parte oportunidade de defesa acerca deste tema, nem tampouco sua conduta resultou em prejuízo à parte adversa (cf. REsp 271.484/PR e 76.234/RS).

4 - Recurso conhecido e parcialmente provido apenas para excluir do v. acórdão de origem a condenação por litigância de má-fé, mantendo-o nos demais aspectos” (STJ, 5ª. Turma, ROMS n.º. 3656/DF, rel. Jorge Scartezzini, DJ 29.10.2001, p. 216).

aresto, averbou o então juiz relator Antônio Carlos Marcato lição que deveria se fazer bem mais freqüente:

“LITIGANTE DE MÁ-FÉ - INFRINGÊNCIA DO DEVER DE LEALDADE PROCESSUAL - DIREITO À DEFESA COMO ESCUSA DE CONDUTA MALICIOSA - AFIRMAÇÕES INVERÍDICAS NO PROCESSO – CARACTERIZAÇÃO. O direito de defesa, assegurado constitucionalmente, de modo algum poderá servir como escusa para acobertar malícia ou desvio de conduta profissional de quem quer que seja” (2º. TAC-SP, Ap. c/ Rev. 354.807, 7ª Câmara, d.j. 1.12.92).

Tal constatação (cuja percepção não demanda maior grau de sensibilidade) fez com que Humberto Theodoro Júnior asseverasse que a “prática forense tem ensinado que nem as medidas preventivas nem as repressivas da má-fé processual são aplicadas com a freqüência que seria de desejar-se. Há uma tolerância muito grande por parte de juízes e tribunais, que, se não anula o propósito ético que inspirou as sérias medidas traçadas pelo legislador, pelo menos minimiza muito o seu desejado efeito moralizador sobre a conduta processual” (ob. cit., p. 57).

A boa fé e a própria justiça, em sua acepção axiológica, impõem uma conduta mais ativa do judiciário, sob risco de grande descrédito da atividade forense.

VI ÔNUS PATRIMONIAL DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

Quadra enfrentar agora os aspectos processuais da sanção patrimonial ao litigante de má-fé²¹. A redação pura e simples do art. 18 do CPC dá conta que tanto a multa como a indenização podem ser impostas de ofício.

Extreme de dúvidas que são de direito quando a parte prejudicada o requeira, há exegese jurisprudencial negadora da subsistência da imposição à minguia de pedido de quem se entenda de direito²².

²¹ O que não afasta a apuração pelo órgão de classe competente, muito menos na esfera criminal, conforme o caso concreto.

²² STJ, 3ª. T., REsp nº. 22.027-4-RS, rel. Min. Nilson Naves, DJU 114.9.92, p. 14.970 (anterior à Lei nº. 8.952/94) e Enunciado 32 do Centro de Estudos e Debates do 2º. Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (*apud* Theotônio Negrão, *CPC e legislação processual em vigor*, p. 121).

A interpretação gramatical pura e simples não dá margem a entendimento diverso que ela cabe tanto por requerimento como *ex officio*. Porém, mostra-se pouco provável a condenação pura e simples do julgador em tal sentido, sem pedido de quem interessa, mesmo porque existe a possibilidade da parte não ter sido prejudicada, embora o ato tenha sido atentatório à dignidade da justiça.

Ingressamos aqui em ponto importante do ensaio, por onde entendemos diversamente de autores de nomeada como Cândido Rangel Dinamarco, para quem o valor arcado com a multa reverte para a parte, à semelhança da indenização (*A reforma do código de processo civil*, p. 67).

Perceba-se que há atecnia na redação do art. 601 constatada à luz do art. 18. Neste a multa é coisa diversa da indenização; naquele ambas são sinônimas, dando a entender que em verdade se trata de indenização pura e simples, não multa. E só nisso é que poderíamos concordar com o autor (multa = indenização), posto que estaria adequado seu entendimento à luz do art. 601, mas não do art. 18.

Parece-nos que mais acerto está no dispositivo do art. 18, não só porque mais atual (reformado que foi pela Lei nº. 9.668/98), como também porque dá um tratamento mais detido às duas coisas, diferenciando-as nitidamente quanto aos valores e a quem reverterão (indenização de 20% do valor da causa ou a ser liquidada por arbitramento e para a parte; multa de 1% sem esclarecer a quem reverte).

Ora, em verdade a repressão ao *contempt of court* visa preservar a idoneidade e dignidade da justiça enquanto função estatal, e não o que eventualmente tenha sido acarretado de dano patrimonial à parte adversa. Isso porque essa já tem à sua disposição a indenização.

Temos mesmo que há *bis in idem* na imposição concomitante ao litigante de má-fé de multa e de indenização (nos casos dos arts. 18 e 601 do CPC), quando se entenda deverem ser revertidas à parte prejudicada, posto que ambos derivam do mesmo fato. A segunda é fruto do prejuízo acarretado pelo atraso e assegura à parte a reparação por tanto; a primeira independe de prejuízo, *ex lege* presumido ao aparelho judiciário e à sua própria decência.

Outrossim, a multa é imposição legalmente imposta e não contratualmente – o que tornaria aceitável a tese de benefício da parte adversa.

Mais forte ainda é o argumento de que a conduta temerária demandou injustificadamente trabalho, tempo e dinheiro do Estado que suporta a má-

quina estatal. Nada mais justo que a multa a ele (Estado) reverta, como maneira de compensar (um pouco que seja) o desnecessário empenho.

A redação dada pela Lei nº. 10.358/01 ao parágrafo único do art. 14 do CPC preceitua claramente que o valor arrecadado com a multa reverterá à União ou ao Estado, na conformidade da esfera jurisdicional respectiva (federal ou estadual).

Ademais, o *quantum* máximo para a multa é muito pouco. E isso é fácil de constatar porque o valor fica vinculado ao da causa e se esse for ínfimo, igualmente o será a multa. Premente uma alteração legislativa em tal sentido²³.

O já citado parágrafo único acrescentado ao art. 14 eleva o limite da multa para 20% do valor da causa atualizado, o que efetivamente já representa um avanço. Contudo, da sua exegese percebe-se que tal multa só seria aplicável à hipótese de descumprimento do inciso V (descumprimento/embaraço aos provimentos mandamentais e judiciais).

Importante frisar que a limitação para imposição do valor da indenização independente de liquidação é de 20% sobre o valor da causa ou da execução. Aparenta-se que a *mens* legislativa quis garantir aqui uma amplitude de defesa ao sancionado, de molde a que se veja no direito de discutir mais largamente a imposição quando ela possa atingir um percentual mais acentuado do débito em discussão.

Em tais casos o preceito legal parece impor ao prejudicado uma nova causa. A dúvida é se seria necessário um prévio processo de conhecimento ou a simples liquidação, reconhecida a má-fé desde logo.

Nada leva a crer no acerto da primeira premissa. *Reconhecer que haverá a necessidade de um novo processo para constatar a má-fé é dizer igualmente que o juiz do processo onde ela ocorreu não poderia reconhecê-la.*

Exegese comezinha, há de se ter em conta que a interpretação não pode levar ao absurdo (Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito, passim*), de onde a conclusão que se tem é de que necessária apenas uma liquidação quando o valor da indenização puder ultrapassar 20% do valor da causa.

²³ Propõe-se em acréscimo ao art. 18 do CPC: “§ 3º. Na hipótese do valor da multa, considerado o da causa, representar quantia ínfima, fica elevado o limite à razoabilidade do necessário a servir-se eficazmente como meio hábil a sancionar e coibir a litigância de má-fé, podendo valer-se o juiz da equidade e do regramento contido no § 4º. do art. 20”.

Não é também vedado relegar à liquidação *somente a parte que exceda o percentual indicado*. Muito do revés, em medida de evidente prestígio à celeridade de feitos seria avizinhar-se de nobres sentimentos que buscam coibir litigantes e seus procuradores imbuídos de má-fé.

Por fim, deve ser registrado que pouco importa tenha a causa natureza patrimonial ou não, porque o dano oriundo da conduta atinge não só à parte como também a dignidade da justiça, impondo-se as sanções pecuniárias sempre que o caso.

VII RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA PARTE E DO ADVOGADO PELA MULTA E INDENIZAÇÃO?

Dos mais difíceis vem sendo a discussão sobre o tema, afigura-se-nos melhor divisar as situações onde o profissional seja constituído e aquelas onde ele seja indicado como representante da parte ou que não se encaixe no perfil exato de constituído (detentores de funções referentes à defesa judicial da Fazenda Pública).

Cumpra evidenciar que o advogado é um mandatário (Orlando Gomes, *Contratos*, p. 349) e, como tal, responde pelo excesso (art. 1.300 e ss., do Código Civil – CC), tanto a título doloso como culposo (parágrafo único do art. 32 da Lei n.º 8.906/94, e ainda § 4.º do art. 14 da Lei n.º 8.078/90).

Contudo, pelo exercício do mandato para com terceiros será responsável o mandante. Assim é que constituído o advogado, ainda que este opere na mais evidente má-fé, responderá o constituinte (= a parte) pelo abuso no que tange ao processo em si. Isso porque o mandante expressamente assumiu o ônus da atuação processual (a cláusula é *ad iudicia*). Óbvio que caberá ao segundo buscar a reparação de quem de direito (art. 32 da Lei n.º 8.906/94 c.c. 159 do CC), sem prejuízo da apuração ética pelo órgão de classe competente (art. 34, VI, da Lei n.º 8.906/94, bem como o respectivo Código de Ética, arts. 2.º, 6.º e 20). Entrementes, *para fins processuais e perante a parte ou judiciário prejudicados é do mandante a responsabilidade processual da má-fé*²⁴.

²⁴ Embora contrariamente se tenha decidido, em julgado onde parece se ter divisado bem o nível de responsabilização do advogado: “*CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - PETIÇÃO INICIAL - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - ADVOGADO - COISA JULGADA. Consignação em pagamento. Pedido inicial. Formulação em caráter condicional. Pedido estranho à natureza da ação, envolvendo coisa julgada. Fato não imputável ao autor, mas ao seu advogado. Inadmissibilidade. Litigância de má-fé afastada*” (1.º. TAC-SP, 3.ª. Câmara, Ap. Cível n.º. 374085-3/00-Presidente Prudente, rel. Alexandre Germano).

E isso é válido, pelas razões propugnadas, mesmo para hipóteses-limite onde abandonada qualquer mínima boa-fé, ajuizando-se sucessivamente demandas idênticas buscando obter decisão favorável²⁵.

De outro lado não se afigura certo que o beneficiário da gratuidade da justiça (conceito englobado dentro do mais amplo assistência judiciária) esteja livre das sanções pela litigância de má-fé (multa e indenização da parte contrária), posto que tais débitos não se englobam nem genericamente na larga interpretação de custas ou despesas processuais que vem sendo emprestada ao art. 3º. da Lei nº. 1.060/50. Ou seja: *não fazem parte do custo para buscar em juízo um direito*. São, ao revés, justamente a punição pela busca de um direito inexistente ou tentado por vias tortuosas. Antes derivam da constatação de uma repudiável atitude pela parte, eivada da responsabilidade civil, de onde haverá de responder normalmente pelas sanções financeiras as quais sua conduta maculada houver dado causa.

Uma única hipótese justifica excluir a parte constituinte de responder pelo ônus da má-fé do profissional da advocacia: quando ele desde logo não apresente instrumento de mandato, invocando perigo de perecimento de direito (art. 37 do CPC). Efetivamente não seria justo imputar à parte, inexistente sequer constituição e instrumento de mandato, responder pelo prejuízo que lhe adveio com o qual previamente não se demonstrou aquiescer (ao menos expressamente).

Ocorre, porém, que em determinadas situações (indicação para fins de assistência judiciária ou representante judicial da Fazenda Pública), não age o advogado como simples mandatário. Antes exerce uma função pública, na perfeita esteira da relevante nomenclatura constitucional a si reservada (art. 133 da CF).

Nessas hipóteses ou é titular de cargo/emprego público ou simplesmente exerce, por toda e qualquer natureza, um múnus que lhe retira a

²⁵ “PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DUPLA IMPETRAÇÃO COM O MESMO OBJETO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

- Caso em que a parte impetrante, ante a denegação da liminar pretendida, ingressou com um segundo mandado de segurança em tudo idêntico ao primeiro, distribuído a uma outra vara cujo juiz deferiu a medida liminar.

- Tendo o juiz da primeira impetração homologado o pedido de desistência da mesma, por resultar inócuo no dizer da impetrante, reconheceu em detrimento desta a condição de litigante de má-fé, por não haver procedido com lealdade e boa-fé (CPC, art. 14, II), no que está correto o julgador, de vez que a impetrante tentou ocultar-lhe a existência de um segundo mandado de segurança com o mesmo objeto do primeiro.

- Apelação desprovida. Sentença confirmada” (TRF 5ª. Região, 1ª. T., Ap. em M.S. nº. 4275/PE, rel. Orlando Rebouças, DJ 25.10.1991, p. 26749).

esfera de disponibilidade de interesses (indicação para assistência judiciária, inclusive nos moldes da Lei n.º 1.060/50). Em tais situações são indisponíveis os direitos em litígio. Deve, pois, o advogado, como aliás deveria sempre, atuar dentro da mais estrita ética. E, principalmente: responde *solidariamente* pela falta no zelo profissional para a qual haja contribuído, pois não é justo que se impute semelhante ônus a quem não dispõe de bastante conhecimento ou de direitos para fazê-lo.

E a solidariedade *in casu* não é presumida, o que de resto é vedado (art. 896 do CC), mas prevista normativamente (parágrafo único do art. 32 da Lei n.º 8.906/94 c.c. o art. 14 do CPC). A respeito bom enaltecer e acompanhar Agnaldo Rodrigues Pereira:

“Poder-se-ia, em defesa, alegar que a responsabilidade deve ser apurada em ação própria (cf. parte final do referido parágrafo (parágrafo único do art. 32 da Lei n.º 8.906/94), tornando defeso, então, ao juiz, de plano, impor a multa de forma solidária, ou seja, entre autor/advogado, réu/advogado ou interveniente/advogado). Entretanto, afigura-se-nos equivocada esta tese, se observado que o Estatuto da Advocacia, por ter sido promulgado anteriormente à Lei n. 8.952/94, que deu nova redação ao art. 18 do CPC deve ser interpretado à luz das modificações feitas, pois antes delas a apuração dos danos era feita em procedimento específico (ação própria). Porém, com a alteração do § 2.º do art. 18 do CPC, o juiz poderá, desde logo, conhecer de ofício da litigância de má-fé e aplicar de imediato, nos próprios autos, independentemente de procedimento específico ou ação própria, o valor da indenização” (A responsabilidade solidária do advogado na litigância de má-fé, p. 32).

Realmente, houve uma evolução legislativa que possui regime jurídico diversificado do contido no dispositivo citado da Lei n.º 8.906/94. Antes demandava-se ação própria; hoje não. Repise-se que a expressão litigante do art. 17 do CPC engloba não só a parte como também outros intervenientes processuais (art. 16 do CPC).

Com efeito, os “deveres que o CPC traça para as partes estendem-se, por disposição expressa de lei, também aos seus advogados (art. 14), de sorte que todas os deveres de lealdade e probidade já analisados, no tocante aos litigantes, aplicam-se aos advogados”²⁶.

²⁶ Humberto Theodoro Júnior, ob. cit., p. 63.

De se frisar que a atuação temerária da Fazenda enseja inclusive a responsabilidade objetiva, nos precisos moldes do art. 37, § 6º., da CF, de onde por força da ordem constitucional impõe-se ao Estado arcar com custo de maus defensores desde logo, sabido que ações de regresso são deveras incomuns, quando tudo impõe que o mau profissional da advocacia é quem responda por sua censurável conduta.

No patamar emoldurado não há mandato no sentido estrito, porque falta justamente o que caracteriza tal contrato: a disponibilidade de interesses do mandante delegada ao mandatário. Nem os representantes judiciais da Fazenda e nem os que indicados para defesa de hipossuficientes desfrutam do poder de disponibilizar os interesses que defendem, senão excepcionalmente – por autorizativos legais próprios no primeiro caso ou mediante participação direta do próprio interessado, demonstrando-se sua perfeita compreensão de que parcela de direito abrirá mão, inclusive se for total, no segundo.

Como já adiantamos, litigância não se exaure na parte. É conceito mais amplo, que abrange outras pessoas direta ou indiretamente envolvidas no feito, inclusive o advogado dativo e o representante judicial da Fazenda Pública.

Exegese anterior à atual redação do art. 18 do CPC nega tal possibilidade²⁷, embora haja julgados recentes que abrem azo para interpretação diversa²⁸.

Patente que o sancionamento há de ser precedido do devido contraditório, posto que em tese poderá o litigante se justificar. E se inviável a

²⁷ “LITIGANTE DE MÁ-FÉ - LEALDADE PROCESSUAL - ADVOGADO - SIMPLES TRADUTOR DA POSIÇÃO DE SEUS CONSTITUINTES, SEM CONFUNDIR-SE OU SOLIDARIZAR-SE COM ELES - CONDENAÇÃO AFASTADA. Não há falar em litigância de má-fé de profissional do direito, uma vez que a este incumbe traduzir em juízo ou fora dele a posição de seus constituintes com os quais ou com cujas posições, porém, em momento algum se confunde e/ou solidariza” (2º. TAC-SP, 4ª. Câmara, Ap. Cível n°. 166.843, rel. Cunha de Abreu, d.j. 28.2.84, in JTA 90/281).

²⁸ Visando afastar má-fé já se admitiu inclusive a rejeição pelo próprio julgador da exceção de suspeição: “SUSPEIÇÃO - EXCEÇÃO - MAGISTRADO - INDEFERIMENTO LIMINAR PELO PRÓPRIO JUIZ - POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL EM CASOS DE EVIDENTE ABUSO DE DIREITO E MÁ-FÉ DA PARTE E SEU ADVOGADO – RECONHECIMENTO. Se é verdade que não pode o magistrado indeferir, em princípio, a exceção da própria suspeição, não é menos certo que não pode ficar inerte diante de comportamentos abusivos e de má-fé do advogado da parte que deixa claro o objetivo de obter retardamento de ato ou fim contrário às decisões judiciais. Assim, visando o juiz não apenas fazer-se justiça, mas também impor rapidez ao término do processo, é possível, excepcionalmente, indeferir de plano exceção de suspeição proposta contra ele” (2º. TAC-SP, 9ª. Câmara, MS n°. 439.555, rel. Eros Piceli, d.j. 13.9.95).

perfeita apuração (necessidade de provas), outro caminho não restará senão o apuração por meio de outra ação, movida em face do mau profissional.

Não se descarta da hipótese de advogados contratados nos termos do art. 25, II, c.c. 13, V, ambos da Lei n.º. 8.666/93 (inexigibilidade de licitação na contratação de profissionais do direito com notória especialização). Embora sejam espécie dos chamados particulares em colaboração com a administração, em boa verdade tanto quanto qualquer outro são considerados agentes públicos (cfr. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, pp. 135-138), aplicando-se-lhes o que dissemos antes.

Por fim, de se frisar que o novel parágrafo único do art. 14 do CPC exclui diretamente a possibilidade do causídico arcar pelo ônus financeiro no caso de afronta ao inciso V do mesmo dispositivo legal. O texto normativo, embora inegavelmente proteja o causídico em situações que antes devia repudiar, remetendo ao órgão de classe competente a apuração da eventual má-fé (a situação concreta pode dar azo a raciocínios iníquos, como nos citados casos dos representantes judiciais da Fazenda Pública ou dos defensores que atuem sob a égide da Lei n.º. 1060/50 ou assemelhados), em verdade ratifica o ensaio de tese a que nos propusemos, na medida em que roborar a teoria geral de que cabe ao mandante responder pelos atos do mandatário, salvo em casos de excesso.

VIII CONCLUSÕES

Em arremate, temos a dizer que:

1) tem especial importância no ordenamento constitucional brasileiro vigente a ampla defesa (art. 5.º., LV), que possui conceito multivalente, posto que se presta tanto para autores como para réus, litigantes, terceiros e demais intervenientes do processo de uma maneira geral;

2) o direito processual civil hoje clama por uma aceleração dos feitos, à luz mesmo de princípios já postos (inafastabilidade da prestação jurisdicional) ou com previsão implícita (tempestividade da tutela jurisdicional);

3) o atraso na tutela jurisdicional só existe porque há quem com isso ganhe (v.g.: réus contumazes), de onde mudanças deverão levar em conta tais contextos;

4) *a expressão litigante não tem conteúdo semântico idêntico ao de parte*. Pode com ele se confundir ou não, a depender do caso concreto.

Toda e qualquer pessoa que atue como mencionado no art. 17 do CPC é um litigante de má-fé, sendo ou não parte;

5) é **precipualemente do judiciário** a função de coibir as condutas perpetradoras e agasalhadoras de má-fé. Há que se dar firme repressão a isso, sem medo de crises de consciência. Isso porque a sociedade, o direito (como valor) e a ética assim o exigem;

6) há viabilidade para a imposição de multa ou indenização *ex officio* (arts. 18 e 601 do CPC), embora o pedido da parte interessada seja um antecedente desejável e até lógico;

7) as duas sanções impostas são de causa diferentes e revertem a pessoas diversas: a indenização, pelo prejuízo à parte adversa a quem cabe os valores, a multa, pelo atentado à dignidade da justiça e revertendo ao ente político (Estado ou União) que sustenta o Judiciário em acionado;

8) o percentual máximo da multa hoje previsto é iníquo (1% do valor da causa) em pretensões de conteúdo econômico inexpressivo, fazendo-se imperiosa a alteração ou complementação do texto legal, ressalvada a hipótese nova incluída pela Lei n°. 1.0358/01, onde o limite é alçado a 20%;

9) a solução mais consentânea com o direito é de que o excesso aos 20% do valor da causa como teto para indenização implica que o excedente há de ser previamente liquidado, sem necessidade de um outro processo de conhecimento de reconhecimento de má-fé e sua apuração pecuniária;

10) quando se tratar de advogado constituído o ônus pela má-fé frente à parte prejudicada via de regra será do constituinte, por se tratar de espécie contratual de mandato, puro e simples, ressalvado o direito de regresso contra o mandatário-constituído;

11) diferente é a situação onde o advogado não age como simples mandatário (indicação para fins de assistência judiciária ou representante judicial da Fazenda Pública), ao exercer uma função pública. Nessas hipóteses ou é titular de cargo/emprego público ou simplesmente exerce, por toda e qualquer natureza, um múnus que lhe retira a esfera de disponibilidade de interesses (indicação para assistência judiciária, inclusive nos moldes da Lei n°. 1.060/50);

12) em tais situações são indisponíveis os direitos em litígio. Deve, pois, o advogado, como aliás deveria sempre, atuar dentro da mais estrita ética. E, principalmente, responde *solidariamente* pela falta no zelo profissional para a qual haja contribuído, pois não é justo que se impute semelhante ônus a quem não dispõe de bastante conhecimento ou de direitos para

fazê-lo, havendo azo para tanto pela interpretação consonante do art. 32, parágrafo único, da Lei n.º. 8.906/94 com a atual redação do art. 18 e ainda do art. 14, ambos do CPC;

13) o beneficiário da gratuidade da justiça não está livre das sanções pela litigância de má-fé (multa e indenização da parte contrária) a que tenha dado causa, posto que tais créditos não se englobam nem genericamente na larga interpretação de custas ou despesas processuais que vem sendo emprestada ao art. 3.º. da Lei n.º. 1.060/50. Ou seja: não fazem parte do custo para buscar em juízo um direito. São, ao revés, justamente a punição pela busca de um direito inexistente ou tentado por vias tortuosas.

BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 8ª. e., São Paulo: Malheiros, 1996.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, vol. 2, n.º. 1: pp. 71-83, janeiro/junho de 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

CASTRO, Honildo Amaral de Mello. *O abuso do direito e a litigância de má-fé no novo agravo*. *Revista Forense*. Vol. 340, pp. 107-111.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 4ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7ª. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LOPES, João Batista. O juiz e a litigância de má-fé. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 740, pp. 128-133, junho de 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- MAXILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 3ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- PEREIRA, Agnaldo Rodrigues. A responsabilidade solidária do advogado na litigância de má-fé. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada de Minas Gerais*. N°. 70, pp. 29-33.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. *Filosofia do direito*. 18 ed., São Paulo: Saraiva, 1998.
- STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista Forense. Vol. 344, pp. 43-65.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CONTAGEM DE TEMPO FICTÍCIO: ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS E SUAS IMPLICAÇÕES

Catarina Vila-Nova Alves de Lima
Mestranda em Direito – UFPE

Sumário: *1. Noções Introdutórias; 2. Seguridade Social e Previdência Social: conceitos distintos; 3. Alguns fundamentos para Reforma da Previdência; 4. Definição de contagem de tempo fictício; 5. A questão do direito adquirido x contagem de tempo fictício; 6. Conclusão.*

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A vedação da contagem de tempo fictício para efeito de aposentadoria foi uma das inovações instituídas com a Emenda Constitucional nº 20, de 16.12.1998, ensejando inúmeros questionamentos nos âmbitos administrativo e judicial.

O fundamento para a reforma da Previdência Social repousava principalmente em distorções em sua estrutura. Fatores distintos, mas convergentes, atuaram para que se chegasse ao ponto de estrangulamento em que se encontrava a Previdência Social.

A contagem de tempo fictício apresentava-se como um elemento fomentador do quadro de desequilíbrio da Previdência, vez que assegurava a aposentadoria para muitos servidores em tempo mais reduzido do que efetivamente trabalharam ou contribuíram para o Sistema.

A extinção desse instituto relaciona-se com o problema da sucessão de leis no tempo, porquanto envolveu a situação jurídica de três grupos de servidores: aqueles que já haviam implementado os requisitos para se apo-

sentar, quando do advento da Emenda; aqueles que, embora estivessem próximos de se aposentar, não haviam preenchido os requisitos; e aqueles que apenas ingressaram no serviço público após o surgimento de tal norma constitucional.

Será que a vedação de contagem de tempo fictício deveria ter incidido, indistintamente, sobre esses servidores? Em seu favor, em que pese a situação fática díspar, invocam o manto protetor do direito adquirido.

Nesse contexto é que se impõem algumas reflexões sobre a natureza da contagem de tempo fictício, observando se, realmente, constituiria direito adquirido ou o que se costuma designar como “expectativa de direito”.

2 SEGURIDADE SOCIAL E PREVIDÊNCIA SOCIAL: CONCEITOS DISTINTOS

O capítulo II, do Título VIII, da Constituição de 1988, recebe a designação: “Da Seguridade Social”. Esta pode ser definida, a partir do art.194, do texto constitucional como: o conjunto integrado de ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Por conseguinte, constata-se que a Previdência Social é um dos três segmentos que integram a estrutura da Seguridade Social. “A Seguridade Social é o gênero, sendo uma de suas espécies a Previdência Social”¹.

A Previdência Social é segmento da Seguridade Social destinado a estabelecer um sistema de proteção social, *mediante contribuição*, ao segurado e sua família, sempre que ocorrerem certas contingências previstas em lei – doença, velhice, morte, desemprego, maternidade etc. Por conseguinte, o que precisamente distingue a Previdência Social da Assistência e Saúde – trinômio que compõe a Seguridade Social – é que as duas últimas não têm a natureza contributiva daquela – ou seja, os indivíduos usufruem essas prestações sem jamais ter contribuído para o sistema, o que não é possível quanto às prestações da Previdência Social².

A Previdência Social, após a EC nº 20/98, encontra-se estruturada por três regimes, a saber: Regime de Previdência no Serviço Público, Regime Geral de Previdência e Regime de Previdência Privada, de caráter complementar.

¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.291.

² cf. MARTINS, Sérgio Pinto. *ibid.*, p..292.

No primeiro, o vínculo que une segurado, beneficiário e Estado é legal, regido por normas de Direito Público; nos dois últimos, as relações jurídicas nascem do contrato e disciplinam-nas normas de Direito Privado, com reflexos das normas de Direito Público.

O Regime Geral de Previdência (RGPS) caracteriza-se por ser: público; em regra, compulsório; destinar-se, principalmente, aos trabalhadores da iniciativa privada – e, agora, aos servidores em cargo de comissão e aos empregados públicos.

O Regime de Previdência Privada é destinado a suprir o que o regime oficial não oferece e tem natureza: contratual, onerosa, autônoma do RGPS e facultativa.

O instituto da contagem de tempo fictício para fins de aposentadoria inseria-se no bojo do Regime de Previdência do Servidor Público.

3 ALGUNS FUNDAMENTOS PARA REFORMA DA PREVIDÊNCIA

A chamada reforma da Previdência insere-se dentro de uma realidade mais ampla que é a Reforma do Estado, caracterizada pelas mudanças de papéis do Estado, notadamente a partir da década de 80.³

A crise estrutural da Previdência Social era, há muito, anunciada pelo Governo. Em apertada síntese, pode-se afirmar que o desequilíbrio entre o que se arrecada e o que se tem a pagar, remonta ao próprio regime em que está fundado o sistema previdenciário brasileiro.

O nosso sistema previdenciário está fundado num regime mutualista, ou de repartição simples, que significa que o servidor não contribui para a própria aposentadoria. O pessoal ativo financia os que, hoje, estão na inatividade – as gerações futuras de inativos, dependerão da contribuição dos futuros servidores públicos ativos. Não se adotou o regime de capitalização, ou seja, aquele no qual as contribuições mensais, corrigidas monetariamente, são reservadas para financiar a própria aposentadoria do servidor⁴.

Assim, para que o modelo mutualista funcionasse deveria ser mantida a correspondência entre o número de servidores ativos e inativos, necessidade que não mais se coaduna com o modelo “desestatizante”, adotado

³ cf. CAVALCANTI, Francisco. *O Novo Regime Previdenciário dos Servidores Públicos*. Recife: Nossa Livraria, 1999, p.13-23.

⁴ cf. MARTINS, Sérgio Pinto. *ibid.*, p..294.

pelo Estado brasileiro, que cada vez mais busca limitar as funções do Estado como produtor de bens e serviços e, pois, reduzir os gastos públicos⁵.

O desequilíbrio do sistema previdenciário brasileiro também sofre a influência do elemento etário. É que a população brasileira, acompanhando um fenômeno mundial, vem envelhecendo, sem a correspondência com o número de jovens, elevando-se, assim, gastos da Previdência Social.

Ao lado disso, concorre para o mencionado déficit a concessão de vários outros benefícios, além da aposentadoria, mas sem que as contribuições sejam suficientes para custeá-los.

Igualmente, vem-se observando, no Brasil, a redução do tempo de permanência em atividade – que não é sinônimo do tempo de contribuição, como se explicará a seguir – e a conseqüente ampliação do período de inatividade.

Outra causa – muito relevante – para a mencionada crise estrutural foram fatores éticos e morais, como corrupção, desvio de finalidade e ineficiência da máquina⁶.

Como solução para todos esses desequilíbrios, o Governo implementou uma série de mudanças, destacando-se as que se referiam à aposentadoria e, bem assim, o fim da contagem de tempo fictício.

4 DEFINIÇÃO DE CONTAGEM DE TEMPO FICTÍCIO.

Tempo fictício pode ser definido como aquele considerado em lei como tempo de serviço público para fins de concessão de aposentadoria *sem que haja*, por parte do servidor, a efetiva prestação de serviço e a correspondente contribuição social, cumulativamente.

Anteriormente, quando o critério para a aposentadoria era o de tempo de serviço, admitia a legislação⁷ o direito à contagem de tempo fictício. Assim, algumas vantagens – como férias, licenças-prêmio etc. – a que tinha direito o servidor, quando não gozadas, convertiam-se no direito a contá-las como tempo de serviço para efeito de aposentadoria.

⁵ cf. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Estratégia e estrutura para um novo Estado*. Revista do Serviço Público. Brasília: n1, jan-abr/1997, p.5-26.

⁶ cf. PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Reforma da Previdência – aprovada e comentada*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p.17.

⁷ vide art.87, da Lei nº 8.112, de 11.12.90, art.7º, da Lei nº 8.162, de 08.01.91 e art. 7º, da Lei nº 9.527, de 10.02.97.

No art.4º, da EC nº 20/98, verifica-se vedação expressa a essa modalidade de contagem. Assim, férias ou licenças-prêmio não gozadas não poderão ser computadas como tempo de contribuição para fins de aposentadoria.

O fim da contagem de tempo fictício representou a solução para problemas que se vinham agravando nos últimos tempos, tais como: a redução do tempo de atividade do servidor e ausência de efetiva contribuição para benefícios que perceberia, quando da inatividade.

Inegavelmente, os cofres da Previdência Social que já não podiam suportar os gastos correspondentes a este setor, apresentando-se a extinção da contagem de tempo fictício como medida salutar. Teleologicamente, não se encontra justificativa para esse instituto, que nada mais faz, senão, premiar aquele que cumpre sua obrigação, qual seja, trabalhar.

Nesse diapasão, impõe-se perquirir se a contagem de tempo fictício constitui ou não direito adquirido – corolário do princípio da segurança das relações jurídicas –, pois, em que pese merecer aplausos a retirada de tal instituto de nosso ordenamento jurídico, esta não se pode dar em ofensa a garantias do nosso sistema.

5 A QUESTÃO DO DIREITO ADQUIRIDO X CONTAGEM DE TEMPO FICTÍCIO

Caso a contagem de tempo fictício seja reputada como direito adquirido, impõe-se seja respeitada a situação jurídica daqueles que se engajaram no sistema quando esse direito estava garantido.

Para contextualizar-se o problema, tome-se a situação hipotética de um servidor que contasse com 29 anos *de contribuição* ao tempo da edição da Emenda. Presume-se, pois, que apresentasse 29 anos de efetivo exercício no serviço público, consoante dispõe o art.4º, da EC nº 20/98. Caso tivesse deixado de gozar duas licenças-prêmio, teria direito, consoante as regras da legislação antes vigente, a contar esse prazo em dobro – ou seja, mais um ano – para efeito de aposentadoria. Dessarte, não precisaria submeter-se às regras de transição, aposentando-se proporcionalmente, conforme as regras antigas – mais benéficas – porquanto completaria 30 (trinta) anos de serviço, antes do advento da emenda. Entretanto, pelas regras de transição só alcançaria esse direito após 30 (trinta) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias.

Esses servidores que deixaram de gozar férias ou licenças-prêmio, antes do advento da regra proibitiva, teriam ou não direito adquirido a contá-las em dobro para efeito de aposentadoria após a EC nº 20/98?

Quanto às pessoas que *ingressaram* na Administração pública após a EC nº 20/98, não há dúvida de que, em relação a elas, está vedada a contagem de tempo fictício, por expressa disposição do art.40, §10, da CF/88.

Todavia, quanto aos que já eram qualificados como servidores públicos, na data da publicação da EC nº 20/98, distinção impõe seja feita: os que, conforme as regras anteriores, já preenchiam os requisitos para se aposentar no dia 16 de dezembro de 1998 (data da publicação da emenda); e, aqueles que, nessa data, não haviam implementado os indigitados requisitos.

Em relação aos primeiros, cumpre esclarecer que, mesmo que não tenham requerido a aposentadoria, têm direito a ela, segundo as regras vigentes anteriormente ao advento da EC nº 20/98 – assim dispõe o art.3º, da emenda. Aliás, essa norma nada mais é que a expressão do entendimento consolidado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O professor Ivo Dantas leciona que, quanto ao direito adquirido à aposentadoria, houve dois posicionamentos que se sucederam no STF: numa primeira fase, entendia-se que não bastava o preenchimento dos requisitos, exigindo-se, ainda, para que restasse consubstanciado o direito à aposentadoria, que o servidor a houvesse requerido. Na segunda fase, que é o entendimento que hoje prevalece, considera-se revogada a parte final da Súmula nº 359, que impunha referido requerimento para ensejar o direito à aposentadoria, bastando a simples reunião dos requisitos necessários⁸.

Quanto aos que não haviam preenchido os requisitos no dia 16 de dezembro de 1998 é que maiores polêmicas se instalaram, vez que a eles se aplicam as regras de transição, restando saber se teriam direito adquirido à contagem de tempo fictício.

Um escorço sobre disciplinamento dessa matéria facilitará o seu entendimento. O art.4º da EC nº 20/98 estabeleceu que: “observado o disposto no art.40, §10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição”.

⁸ cf. DANTAS, Ivo. *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p.69-70.

A expressão “legislação vigente” prejudicou sobejamente a clareza do dispositivo, dando margem a uma gama de interpretações. Assim, o que o dispositivo poderia está determinando era que, vedada a criação de novos tempos fictícios, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente – i.e., antes do advento da Emenda – abrangendo, inclusive, o fictício, será considerado como tempo de contribuição.

Outros entendiam que a interpretação mais consentânea seria a de que o cômputo do tempo fictício poderia ser considerado, desde que o servidor preenchesse os requisitos para a obtenção da aposentadoria *até a edição da lei que a regulamentasse*, e para os que passassem a ocupar cargos efetivos após a publicação da EC nº 20/98, valeria a regra geral de não admitir a contagem do tempo fictício. Portanto, para os que incidissem nas regras de transição, o marco final para aquisição do direito à contagem seria a publicação da lei regulamentadora.

Havia, ainda, os defensores da tese segundo a qual o dispositivo em comento vedava a contagem de tempo fictício, quer para os que se encontravam sob a égide das regras de transição, quer para os que se submeteriam às novas regras. Fundamentavam-se no argumento de que o direito a contagem de tempo fictício é condicionado à própria aposentadoria, e se o direito à aposentadoria não se concretizou, não há que se falar em direito adquirido àquele tempo, mas em mera expectativa de direito. Os que se subsumiam às regras de transição, poderiam gozar, v.g., as licenças ou férias, admitindo alguns juristas, que buscassem indenizações, na hipótese de não usufruí-las.

O extinto MARE – Ministério de Administração e Reforma do Estado – firmou o seguinte entendimento sobre o dispositivo: “toda legislação que estabeleça procedimentos de contagem dobrada, acelerada, reconhecimento de tempos sem efetivo exercício etc., ficará derrogada a partir da publicação da lei. *Não serão prejudicadas, contudo, as aposentadorias concedidas até a data da publicação da lei, nem os direitos dos que cumpriram os requisitos para a aposentadoria conforme as regras anteriores à Emenda*”⁹ – grifo nosso.

A citada lei até então não veio, sendo a matéria regulamentada por instrução normativa – que, nunca é demais lembrar, não substitui a lei. Todavia, se o entendimento que se firmasse fosse o de que se trata de hipótese de direito adquirido, nem lei, nem emenda constitucional poderia afetá-lo.

⁹ cf. PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira, *op.cit.*, 1999, p.162.

A Instrução normativa SEAP (Secretaria de Estado e Administração do Patrimônio - órgão subordinado ao Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão) nº 05, de 28 de abril de 1999, determinou que o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria será contado como tempo de contribuição, excluído o fictício (art.2º). Igualmente, esclareceu que restou vedado a partir de 17 de dezembro de 1998, o cômputo de qualquer tempo de contribuição fictício, para efeitos de concessão de aposentadoria, exceto para o servidor que reuniu, até 16 de dezembro de 1998, os requisitos para a aposentadoria integral ou proporcional, desde que se aposente pelas regras então vigentes (art.4º).

Portanto, adotou-se o entendimento de que, a partir da Emenda, estava vedada qualquer contagem de tempo fictício, quer para os que se inseriam no disciplinamento das regras de transição, quer para os que se submetiam às novas regras. “Chegou-se a negar àqueles que requereram aposentadorias proporcionais e se encontraram há poucos dias na regra de transição, o benefício da contagem em dobro da licença-prêmio não gozada, determinando que o servidor retornasse ao emprego por mais dois anos de trabalho”¹⁰.

Essa interpretação leva a considerar a contagem de tempo fictício como um acessório do direito à aposentadoria, não o reconhecendo como direito autônomo, suscetível de aquisição. Trata-se, todavia, de questão bastante polêmica.

Existe precedente do STF, RE nº 82.881-SP, em que se discutiu matéria semelhante: “o caso era o seguinte: ao tempo em que vigia no Estado de São Paulo a Lei nº 6.898, de 1962, que permitia a contagem, para efeito de aposentadoria, de tempo de serviço a tempo prestado a estabelecimentos particulares de ensino, o requerido, que havia ingressado no Ministério Público estadual, depois que lecionara em estabelecimentos da espécie, solicitou e obteve a averbação, em seus assentamentos, dos períodos correspondentes. Posteriormente, porém, teve cancelada essa averbação sob o fundamento de que a Lei nº 9.825, de 1967, revogara a anterior”¹¹.

O entendimento majoritário, neste caso, cujo voto¹² relator foi exarado pelo Min. Eloy Rocha foi o de que: “o princípio é este: realizado, com-

¹⁰ PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira, *op.cit.*, 1999, p.163.

¹¹ PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira, *op.cit.*, 1999, p.163.

¹² acompanharam esse voto os Ministros Djaci Falcão, Moreira Alves e Cordeiro Guerra.

pletamente, o fato que a lei manda computar como tempo de serviço público o direito, dele resultante, incorpora-se, desde logo, no patrimônio do servidor público, independentemente de atualidade de outros direitos. *Lei posterior não poderá dar como inexistente o fato, ou tirar-lhe a qualificação de serviço público (...)* Será possível que revogada essa regra constitucional, se despreze, no tempo de serviço público, a atividade exercida de acordo com a norma então vigente? (...) Reforma Constitucional, que suprima essa contagem, não atingirá a contagem de tempo já prestado. Poderão ser alterados os requisitos para a aposentadoria inclusive quanto ao tempo de serviço: ao invés de trinta e cinco anos de serviço, se o funcionário for do sexo masculino, poderão ser exigidos quarenta ou cinquenta. *Mas a lei não poderá dispor que não é mais tempo de serviço público, para todos os efeitos, ou para determinado efeito, o que, segundo a lei, o era na época em que o serviço foi prestado*¹³ - sem grifo no original.

Um dos fundamentos aduzidos foi o de que o direito ao tempo de serviço e sua forma de contagem é direito autônomo, que não se confunde com o direito à aposentadoria. Assim, restou consignado: “pouco importa que a eficácia desse direito fosse restrita e diferida, servindo apenas para aposentadoria. *O direito que então se adquiriu foi o de ter acrescido, ainda que para efeitos futuros, o tempo de serviço público. Para a aquisição desse direito – que não tem que ver com o direito a aposentar-se, pois é um direito que diz respeito a um dos elementos necessários a aposentadoria, o tempo – basta a ocorrência do fato de cujo nascimento ele depende. (...) A qualificação jurídica desse tempo é regida pela lei vigente no momento em que ele é prestado (...)* Há dois direitos diferentes: um, é o direito à contagem do tempo; e outro, o direito a aposentar-se. (...) o tempo foi contado de acordo com a lei vigente ao tempo da contagem; incorporou-se ao patrimônio do funcionário. A lei pode criar novas condições para a aposentadoria mas não pode prejudicar o direito adquirido ao tempo de serviço *pro labore facto*; quer dizer, o que já foi contado, não pode ser apagado” (grifo nosso).

Justifica-se, desse modo, a distinção estabelecida entre as diversas acepções da palavra aposentadoria, esclarecendo que: ora o termo é empregado para significar o *ato jurídico* pelo qual se formaliza a passagem da atividade para inatividade, ora o *regime jurídico* a que se subordina a rela-

¹³ PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira, *op.cit.*, 1999, pp.163-164.

ção do inativo com a Administração Pública e ora o *direito constitucional* titularizado pelo agente público a perceber proventos e submeter-se a um regime jurídico correspondente.¹⁴

Assim, não se pode restringir os direitos que vão se somando ao patrimônio individual do servidor público, limitando-os ao direito de aposentar-se. Esse é um dos direitos que se adquirem ao longo da vida do trabalhador, ao lado de outros, a que este faz *jus* por está inserido em dado regime jurídico. Hoje, já é pacífico que não é a formalização de um direito que dá ensejo a usufruí-lo, mas o preenchimento dos requisitos legais e constitucionais.

Portanto, o mesmo raciocínio é aplicável ao direito à contagem de tempo fictício. Não se limita a um elemento para aquisição do direito à aposentadoria, mas é, na verdade, direito autônomo, visto que lei específica¹⁵ delinea as condições necessárias para que se configure e adquira esse direito. Completados esses requisitos, pode-se dizer que o direito está adquirido, independente de qualquer formalização.

Não se está defendendo, aqui, o direito adquirido a regime jurídico, pois, enquanto conjunto de preceitos obrigatórios, disciplinadores de determinado instituto, é insuscetível de se concretizar no patrimônio individual de qualquer pessoa. Quanto ao regime jurídico dos servidores públicos, o entendimento prevalente é o de que: é modificável unilateralmente pelo Poder Público, face à natureza objetiva e impessoal dessas regras. Infere-se, por conseguinte, que o servidor não pode se opor a futuras alterações desse conjunto de direitos e deveres, invocando direito adquirido a regime jurídico.

Não obstante, há determinados direitos e deveres que se cristalizam no patrimônio individual, dada a integral ocorrência do fato jurídico aquisitivo, embaixador deles. Nesta hipótese, há direito adquirido, visto que se refere a interesse individualmente apropriável. Não se adquire *direito aos critérios* para aposentadoria, vez que isso é conteúdo próprio de regime jurídico. Mas, adquirem-se direitos - à aposentadoria, à contagem de tempo fictício, etc - sempre que preenchidos seus requisitos sob a égide de uma determinada legislação e for possível a incorporação deles ao patrimônio individual.

¹⁴ cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p.414.

¹⁵ vide art.87, da Lei nº 8.112, de 11.12.90, art.7º, da Lei nº 8.162, de 08.01.91 e art. 7º, da Lei nº 9.527, de 10.02.97.

A contagem de tempo fictício é um direito autônomo, que não se confunde com o direito à aposentadoria, assim como também não é um mero critério para implementar esse direito. Critérios para aposentadoria seriam exigências como: trinta ou trinta e cinco anos de contribuição, “x” ou “y” anos de idade, cinco anos de efetivo exercício no cargo em que pretende se aposentar, dez anos no serviço público etc.

Conclui-se que as pessoas que estavam no Serviço Público à época do advento da Emenda, já haviam adquirido direito à contagem do tempo fictício. Portanto, nem lei, nem emenda constitucional poderia afetá-lo. A interpretação que se coaduna com a sistemática introduzida pela EC nº 20/98 é a proibição de novas contagens de tempo fictício.

Um último argumento – mas, não de somenos importância – é o de que, apagar esse tempo de serviço, seria atribuir a pessoas em condições desiguais, os mesmos direitos. Ora, uma pessoa que já gozou sua licença-prêmio ou férias vai ser colocada na mesma situação jurídica de outra, que se sacrificou e não gozou de tais benefícios com o intuito de resguardá-los para usufruí-los no futuro.

Não é justo *compelir* os titulares desse direito, no final de suas atividades no serviço público, a gozar as férias e licenças-prêmio não usufruídas – *por opção* – e buscar indenizações para substituí-las. É punir quem foi mais previdente e, aliás, já se encontra sacrificado, em relação aos que gozaram tais vantagens. Quem gozou suas licenças-prêmio ou férias, não terá contagem fictícia de tempo, porque já foi beneficiado. E quem as poupou? Só teve azar? Por que a relutância em admitir o direito adquirido?

Nesse contexto, o Senado Federal através da Resolução nº 35 – referente à suspensão por inconstitucionalidade do art.7º, da Lei nº 8.162/91 – que vedou a contagem de licença-prêmio para fins de aposentadoria – e a própria Administração Pública, em ato emanado do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão consolidaram o entendimento de que há direito adquirido à contagem de tempo fictício.

Assim, o Ministério do Planejamento consubstanciou o entendimento no ofício-circular nº 9/SRH/MP¹⁶, de 19/03/2001, vinculante para os órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, com fulcro nas disposições insculpidas no art.4º da emenda constitucional nº 20/98, de que todos os servidores, que cumpriram os requisitos

¹⁶ SRH/MP é o Setor de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento.

necessários para a concessão da licença-prêmio, até 15 de outubro de 1996, e não a usufruíram, mesmo que não tenham implementado os requisitos para a aposentadoria, fazem jus validamente ao direito da contagem do período em dobro da referida licença como se houvesse tempo de contribuição, para efeito da aposentação¹⁷. Em conclusão, tornou sem efeito os atos administrativos¹⁸ que dispunham de forma diversa sobre a matéria por violarem o princípio do direito adquirido.

O ofício-circular nº 16/SRH/MP, igualmente originário do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, expedido em 11 de abril de 2001, estabeleceu que: “em aditamento ao ofício-circular nº 9/SRH/MP, de 19/03/2001, que tratou da possibilidade de cômputo em dobro na aposentadoria da licença-prêmio adquirida até 15 de outubro de 1996 e não gozada, vimos esclarecer que as áreas de recursos humanos dos órgãos integrantes do SI-PEC (Sistema Integrado de Pessoal Civil) *deverão, de ofício, rever as aposentadorias dos servidores concedidas até 15/12/98, data da publicação da emenda constitucional nº 20, com proventos proporcionais e não tiveram o direito à licença-prêmio, já adquirido pelo art.7º, da Lei nº 9.527/97, computado em sua aposentadoria*” (grifo nosso).

O Tribunal de Contas da União vem referendando esse entendimento ao determinar que, mesmo com o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, persiste o direito à contagem de tempo fictício, desde que tal direito haja incorporado ao patrimônio individual do servidor. Veja-se a respeito¹⁹:

EMENTA: Representação. Secretaria de Recursos Humanos - SE-REC/SEGEDAM. Faz jus à isenção da contribuição previdenciária todo servidor que permanece em atividade após completar as exigências para a aposentadoria voluntária integral, *mesmo que para tanto seja utilizada a contagem em dobro dos períodos de licença-prêmio*

¹⁷ cf. parecer/MP/CONJUR/IC/ nº 2721/2001, emitido pela Consultoria jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

¹⁸ Os atos administrativos que regulavam anteriormente a matéria eram a instrução normativa SEAP nº 05, de 1999, bem como a nota técnica nº 7/2000/COGEN/SRH/MP, de 19 de junho de 2000. A portaria normativa nº 01, de 16 de março de 2001, publicada no DOU, de 19 de março de 2001, que tornou sem efeito o inciso I, do parágrafo único do art.2º, da instrução normativa SEAP nº 05, de 28 de abril de 1999.

¹⁹ Outros precedentes do TCU: Decisão do Plenário nº 748/2000, sessão de 28/09/2000. Decisão da Primeira Câmara nº 49/2001, sessão de 30/03/2001.

não usufruídos. É irretratável a opção formal do servidor, nos termos do art. 7º da Lei nº 9.527/97, pela contagem em dobro de período de licença-prêmio para efeito de aposentadoria.

(TCU, Decisão do Plenário nº998/2001, Ministro Relator Walton Alencar, publicação no Boletim TCU 74/2001, Sessão 21/11/2001)

6 CONCLUSÃO

A extinção da contagem de tempo fictício insere-se dentre as profundas reformas estatais em busca de sanar a crise estrutural da Previdência Social – na qual resta evidente o desequilíbrio entre receita e despesa.

Representava benefício injustificado e apegado a políticas assistencialistas do servidor público. Consistia no cômputo do tempo de serviço público para fins de concessão de aposentadoria sem que houvesse, por parte do servidor, a prestação de serviço e a correspondente contribuição social.

Por conseguinte, o fim do instituto destinou-se, concomitantemente, a: manter o servidor mais tempo no serviço público e evitar a fruição de benefícios sem a correspondente contribuição para eles.

Os servidores que, à época do advento da EC nº 20/98, não haviam gozado suas licenças-prêmio, férias e outros benefícios qualificados por lei como ensejadores de tempo fictício, têm direito adquirido à contagem desse período para fins de aposentadoria. Nem lei, nem emenda constitucional poderia afetá-lo. Uma interpretação sistemática leva a compreender que a Emenda proíbe novas contagens de tempo fictício a partir de sua publicação – sendo válido, agora, apenas o tempo de efetivo exercício e contribuição. Não significa que a Emenda retroagiu para vedar a contagem de tempo já realizado e com o efeito de aposentadoria.

Apagar o direito à contagem desse tempo de serviço é punir quem foi mais previdente e, aliás, já se encontra sacrificado, em relação aos que gozaram tais vantagens. Quem gozou suas licenças-prêmio ou férias, não terá contagem fictícia de tempo, porque já foi beneficiado. E quem as poupou? Só teve azar? Por que a relutância em admitir o direito adquirido?

O direito à contagem do tempo fictício cristalizou-se no patrimônio individual dos servidores que preencheram integralmente o fato jurídico aquisitivo, embaixador deles. Nesta hipótese, repita-se, há direito adquirido, visto que se refere a interesse individualmente apropriável. Trata-se de direito autônomo, que não se confunde com o direito à aposentadoria, como também não constitui mero critério para implementá-lo.

BIBLIOGRAFIA

- CAMPOS, Hélio Sílvio Ourem. *Plano de Seguridade Social do Servidor Público Federal*. Revista da ESMAFE. Recife: n.02, nov.1996, p.240-248.
- CASTRO, Paulo Rabello de. *Chico Previdência*. In: Dinheiro: Opinião Econômica – Jornal Folha de São Paulo. São Paulo: (s.ed), B2, 08 de agosto de 2001.
- CAVALCANTI, Francisco. *O Novo Regime Previdenciário dos Servidores Públicos*. Recife: Nossa Livraria, 1999.
- CUNHA, Danilo F. Sampaio. *Contribuição do Servidor Público Aposentado ao Plano de Seguridade Social*. Revista da ESMAFE. Recife: n.02, nov.1996, p.249-261.
- DANTAS, Ivo. *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- PAIXÃO, Floricento & PAIXÃO, Luiz Antonio C. *A Previdência Social em perguntas e respostas*. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Reforma da Previdência – aprovada e comentada*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Estratégia e estrutura para um novo Estado*. Revista do Serviço Público. Brasília: n1, jan-abr/1997.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS: ASPECTOS RELEVANTES NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

Flávio Roberto Ferreira de Lima

Procurador Federal do INSS

Sumário: I – Introdução. II - Ordem no pagamento de precatórios : Precatórios alimentares e não alimentares. III - Procedimentos de Pagamento e documentação necessária IV. Suspensão de Pagamento de precatórios: 1. Erro material e erro de direito; 2. Competência para suspensão de pagamento e análise das razões de suspensão; 3. Precedência de pagamento de pagamentos (de natureza alimentar ou não) após a suspensão de pagamento. V – Competência para aferir a ordem cronológica de pagamento de Precatórios. VI - Autorizações de pagamento (AP's) do INSS. VII - Rito Procedimental de Precatórios no TRF - 5ª Região. VIII - Conclusões. IX - Referências

I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa traçar algumas considerações sobre o pagamento de precatórios, destacando questões que, recorrentemente, são debatidas nos tribunais pátrios, enfocando-se, especialmente, a ordem e a suspensão no pagamento de precatórios e a competência para aferir a ordem cronológica de pagamento dos chamados requisitórios de pagamento.

O texto não tem a pretensão de apresentar conclusões definitivas sobre os temas abordados, mas lançar algumas discussões sobre a matéria que, embora possua importância incontestada nas regras constitucionais dedicadas ao Poder Judiciário, não tem recebido o tratamento doutrinário no volume merecido.

A recente Resolução nº 258, de 21 de março de 2002, do Conselho da Justiça Federal, é examinada no que tange aos aspectos abordados neste texto, sendo feita, também, algumas referências aos dispositivos regimentais dos Tribunais Regionais Federais.

Ha referências sobre o pagamento de precatórios devidos pelo INSS que apresenta algumas singularidades. Embora as referências bibliográficas sejam esquiladas, fato este decorrente da escassez de trabalhos a respeito da matéria escolhida, não optou o Autor por “aditivar” artificialmente o trabalho com citações de assuntos correlatos.

II. ORDEM NO PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS: PRECATÓRIOS ALIMENTARES E NÃO ALIMENTARES

Um dos aspectos mais relevantes no que concerne ao pagamento de precatórios refere-se à ordem em que os mesmos devem ser satisfeitos. Sobre o tema se manifesta Humberto Gomes de Barros diz:

“O respeito à ordem de apresentação atende aos princípios democráticos da moralidade e da igualdade. Observada a fila, não resta lugar para a advocacia administrativa, nem para o clientelismo.”¹

A Constituição Federal de 1988 inovou, ao destacar o tratamento dos créditos de natureza alimentícia, dos créditos de natureza não alimentícia.² A regra constitucional geral é de que todos os pagamentos devidos pelas Fazendas estatais far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos. No entanto, o texto constitucional excepciona dessa ordem, os créditos de natureza alimentícia sem afirmar categoricamente que estes se submeterão a uma ordem cronológica. Os créditos de natureza alimentícia gozam, sem dúvida, de precedência ou preferência de pagamento sobre os créditos de natureza não alimentícia.

¹ Barros, Humberto Gomes de. **Delenda Precatória (Abaixo os Precatórios!)**. In Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Brasília – DF: ano 02. nº 18, junho/2000, p. 13-107.

² Cf. Art. 100, C.F

O texto constitucional atual, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 30, Art. 100 § 1º - A, dissipou as eventuais dúvidas sobre o conceito de crédito alimentício e dispôs que os **créditos de natureza alimentícia** são aqueles decorrentes de **salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.**

Embora o texto da Constituição Federal vigente, ao tratar da ordem cronológica não se refira aos créditos de natureza alimentícia, não há, no entanto, como se interpretar que esses estariam livres da ordem cronológica de apresentação.

O que a Constituição Federal, à evidência, quis projetar como prática ideal é que os créditos de natureza alimentícia, tal sua importância e urgência ínsita, deveriam ser pagos no início do exercício financeiro, em um só momento, antes dos precatórios de natureza não alimentícia. A prática aferida nos foros federais, no entanto, vem mostrando que os entes públicos não depositam nas contas dos Tribunais Regionais Federais todos os recursos para pagamento dos precatórios, no início do ano seguinte à inscrição dos mesmos, considerando a insuficiência de disponibilidade financeira. Os recursos são liberados à medida que as entradas financeiras do Ente pagador se apresentam disponíveis para adimplir as obrigações, o que acontece ao longo do ano.

Apresenta-se incontestável que a intenção do legislador é de que os créditos de natureza alimentícia devem ser pagos, prioritariamente, aos de natureza não alimentar, mas entre os créditos de natureza alimentícia também deve haver uma ordem de pagamento, como a Constituição Federal, expressamente, já prevê para os créditos de natureza não alimentícia.

Diante disso têm-se 02 (duas) listagens de precatórios: 1) a listagem dos precatórios de natureza alimentícia e 2) a listagem dos precatórios de natureza não alimentícia. Enquanto houver precatórios de natureza alimentícia a pagar, desde que estejam aptos para pagamento, não se poderá pagar os precatórios de natureza não alimentícia.

A Lei nº 9.469, 10.07.97, Art. 6º, Parágrafo único, preenchendo aparente omissão constitucional dispõe, expressamente, sobre a ordem cronológica de apresentação dos respectivos precatórios judiciais, também para os créditos de natureza alimentícia.

Uma dúvida poderá surgir nas situações em que os precatórios alimentícios não estiverem aptos para pagamento. Os precatórios não-alimentícios, aptos ao pagamento, podem ser pagos mesmo que estes sejam posteriores àqueles? Ou seja: Pode-se efetuar pagamento de precatórios não alimentícios antes de precatórios alimentícios? A resposta é positiva, quando o Precatório mais antigo, mesmo de natureza alimentícia, não se encontrar apto ao pagamento. Essa questão será melhor abordada adiante.

III. SUSPENSÃO DE PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS

Inicialmente é relevante esclarecer o que vem a ser precatório apto ao pagamento. Quando o precatório é inscrito e recebe a ordem do Presidente do Tribunal para o seu processamento e pagamento não se acha ele apto ao pagamento? A resposta é negativa. Apenas quando o crédito financeiro para o pagamento do precatório se encontra em conta(s) bancária(s) disponível(is) ao Tribunal respectivo o precatório se encontra apto ao pagamento.

No entanto, mesmo havendo dinheiro para que o pagamento do precatório seja satisfeito, poderá o Presidente do Tribunal suspendê-lo por alguma alegação de vício material feita pelo Ente Público requerido ou mesmo por alguma decisão judicial (do 1º ou do 2º grau de jurisdição). Nesses casos mesmo que o Tribunal tenha recursos disponíveis para o pagamento de determinado Precatório, este não deverá ser realizado. A hipótese mais comum dessa suspensão de pagamento, decorre de alegações de erro material, os quais os Entes públicos, vêm, reiteradamente, invocando para suspender o pagamento de precatórios.

III.1. ERRO MATERIAL E ERRO DE DIREITO

Muitas vezes, antes do pagamento do precatório ser satisfeito, os entes públicos suscitam a ocorrência de erros materiais nas contas de liquidação, com suporte no art. 463 do CPC. Esse dispositivo autoriza a alteração da sentença para corrigir, de ofício ou a requerimento das partes, inexactidões materiais ou retificar **erros de cálculo**, embora o juiz ao publicar a sentença de mérito exaure sua atividade jurisdicional³.

A jurisprudência vem interpretando que os erros materiais nos cálcu-

³ Alvim, Amuda. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: RT, V.2, p. 636.

los de liquidação podem ser afastados de ofício ou a requerimento das partes, ainda que a sentença tenha transitado em julgado. Nesse sentido registre-se aresto do Superior Tribunal de Justiça (ROMS 10972/RS)⁴.

O *error iuris*, ocorre quanto à regra jurídica pertinente ao ato praticado, ou quanto ao modo equívoco de interpretá-la. O *error facti* ou material consiste numa idéia que se desvia do sentido real das coisas ou engano a respeito de uma condição ou circunstância material.⁵

Ainda quanto a este último o Superior Tribunal de Justiça possui elucidativo precedente:

“ Erro Material é aquele perceptível primo ictu oculi e sem maior exame, a traduzir desacordo entre a vontade do Juiz e a expressa na sentença”. (STJ - 2ª Turma, Resp 15.649-0, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 06.12.93, P. 26.653).

Nazareno César Moreira Reis, em útil definição, assim se manifesta:

*“Podemos dizer que o autêntico erro material põe em conflito a sentença idealmente querida pelo juiz e o ente real, eventualmente defeituoso, que terminou por surgir. A primeira é a verdadeira regra concreta que deve regular o caso; o segundo, é a objetivação dessa regra que, se for defeituoso por não expressar o que se quis dizer, não será acobertado pelo manto da imutabilidade da coisa julgada. Numa tem-se a vontade manifestada pelo juiz; noutro, a vontade declarada.”*⁶

⁴ “RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA (1999/0056666-1) Fonte DJ DATA:05/06/2000 PG:00120 Relator(a) Min. GARCIA VIEIRA (1082) Data da Decisão 13/04/2000 Orgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Ementa PROCESSUAL CIVIL - LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA - ERRO MATERIAL - CORREÇÃO. Os erros materiais não transitam em julgado, sendo corrigíveis a qualquer tempo. Recurso improvido. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exm^{os}. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Exm^{os}. Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, José Delgado e Francisco Falcão.” Registrem-se, ainda, os seguintes precedentes: (PRECATÓRIO - CALCULO - ERRO MATERIAL - CORREÇÃO) RESP 82663-SP, RESP 86776-PR, RESP 119805-SP, RESP 106996-SP, RESP 5659-SP (STJ)(PRECATÓRIO - CORREÇÃO PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL) RESP 49340-SP (STJ)”

⁵ Xavier, Ronaldo Caldeira Xavier. **Latim no Direito**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, 150.

⁶ Reis, Nazareno César Moreira. **Considerações sobre a definição de “erros de cálculo” e “inexatidões materiais” (art. 463 do CPC) nos processos de execução movidos contra entes públicos**. In Revista da Procuradoria Geral do INSS, Vol. 6, n° 3, jan.2000, p. 93.

Apenas o erro de fato ou erro material pode ser alegado para desconstituir o precatório, p.ex., a inclusão de parcelas pagas ou indevidas, o pagamento de credores que foram excluídos da relação processual ou mesmo a utilização de critério de correção monetária em sentido contrário à sentença. Esses erros, a qualquer tempo, podem ser objeto de questionamento, não transitando em julgado⁷ a matéria concernente ao mesmo.

De outra parte não se admite o “*error iuris*” como fundamento para se alterar sentença transitada em julgado. Como por exemplo a equivocada interpretação de norma legal. Nesse sentido também os erros decorrentes de critérios de atualização de correção monetária examinadas no *decisum*.⁸

III.2. COMPETÊNCIA PARA SUSPENSÃO DE PAGAMENTO E ANÁLISE DAS RAZÕES DE SUSPENSÃO

A quem cabe determinar a suspensão de pagamento? Como a presidência do feito do processo de precatório encontra-se a cargo do Presidente do Tribunal, parece-me claro que a este Órgão jurisdicional cabe determinar a suspensão.

Ressalte-se, no entanto, que a suspensão do pagamento do precatório não deve se dar com a mera petição de alegação de erro material, **mas com a efetiva decisão do MM. Presidente do Tribunal** que à semelhança de um provimento cautelar, suspende ou não o pagamento do precatório.

⁷ Nesse sentido o STJ dispôs no ROMS 10972/RS - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (1999/0056666-1): Relator: Min. Garcia Vieira, 1ª Turma, decisão unânime. EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA - ERRO MATERIAL - CORREÇÃO. **Os erros materiais não transitam em julgado, sendo corrigíveis a qualquer tempo.** Recurso improvido.

⁸ Nesse sentido posicionou-se o STJ no ROMS 11826/SP – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança(2000/0031800-0): Fonte DJ DATA:22/10/2001 PG:00265 Relator(a) Min. GARCIA VIEIRA (1082) Data da Decisão 20/09/2001 Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Ementa PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO - PRECATÓRIO COMPLEMENTAR - PAGAMENTO - PRAZO DE 90 (NOVENTA) DIAS - HIPÓTESE QUE NÃO TRATA DE ERROS MATERIAIS OU ARITMÉTICOS OU INEXATIDÕES DE CÁLCULOS - IMPOSSIBILIDADE. Consoante entendimento do egrégio Supremo Tribunal Federal, “a requisição a título de complementação dos depósitos insuficientes, a ser feita no prazo de noventa dias, somente deve referir-se a diferenças resultantes de erros materiais ou aritméticos ou de inexatidões dos cálculos dos precatórios, não podendo, dizer respeito ao critério adotado para a elaboração do cálculo ou a índices de atualização diversos dos que foram atualizados em primeira instância, salvo na hipótese de substituição, por força de lei, do índice aplicado”.

Nos casos em que a decisão de natureza administrativa do Presidente do Tribunal a quo, extrapola as exceções indicadas pela Suprema Corte, configura-se a inconstitucionalidade e ilegalidade do ato, reparável pela via do mandado de segurança. Recurso provido. Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.”

Enquanto a decisão do MM. Presidente do Tribunal não for proferida determinando a suspensão de pagamento do precatório não me parece possível entender como suspenso o rito de pagamento do respectivo precatório. Se houver ingresso de petição requerendo a suspensão do pagamento de precatório e o Presidente do Tribunal não a despachar não deverá haver obstáculo, até esse momento, para que o pagamento seja realizado.

Pode, no entanto, o Magistrado Presidente do Tribunal delegar sua competência para suspensão de pagamento de precatório para órgãos administrativos do Tribunal? A pergunta já começa ser respondida pelo entendimento do próprio Tribunal Regional Federal da 5ª. Região, por duas de suas turmas, ao posicionar-se que a atividade de processamento dos precatórios, a cargo do Desembargador Federal Presidente, é de natureza administrativa e não jurisdicional.⁹

A Lei do Processo Administrativo, Lei nº 9.784/99 que se aplica ao Poder Judiciário, Art. 1º, §1º, dispõe nos Arts. 11, 12, e 13 que a competência administrativa é irrenunciável, no entanto, poderão ser delegadas algumas atribuições, salvo aquelas que tratem de edição de atos caráter normativo, decisão de recursos administrativos e matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

Em regra, os atos são delegáveis quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial salvo, no entanto, quando: a) houver impedimento legal; b) tratar-se de edição de caráter normativo; c) tratar-se de decisão de recursos administrativos; d) tratar-se de matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade. Dessa forma a delegação, poderá se dar, caso não discrepe da previsão legal.

A competência para determinar o pagamento dos precatórios judiciais é do Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda (art. 100 § 2º, da C.F.). Não há referência, expressa, no entanto, à suspensão do pagamento de precatórios. No entanto, é razoável entender-se que somente quem pode determinar o pagamento, pode determinar a sua suspensão. É, de fato, a mesma competência atribuída pela Constituição Federal, vista sob o prisma negativo.

⁹ Nesse sentido registram-se os seguintes precedentes: Agravo de Instrumento nº 20653/AL, Questão de Ordem em Apelação Cível nº 146824/CE. “TRF5 AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 20653/AL Relator : JUIZ RIDALVO COSTA Turma:03 Julgamento: 14/10/1999 Publicação: 12/11/1999 Fonte: DJ Pag:000892 / QUESTÃO DE ORDEM EM APELAÇÃO CÍVEL N. 146824/CE Relator : JUIZ PETRUCIO FERREIRA Turma:02 Julgamento: 16/11/1999 Publicação: 03/12/1999 Fonte: DJ Pag:001197”

Considerando, no entanto, que a Constituição Federal, expressamente, atribui competência ao Presidente do Tribunal, que prolatar a decisão exequenda, para determinar o pagamento do precatório fica claro, portanto, que a competência se apresenta exclusiva, ou seja, apenas pode ser exercitada por aquele Agente Público.

Se a Constituição Federal tivesse atribuído competência aos Tribunais e não ao seu Presidente para determinar o pagamento de precatórios, então seria possível delegá-la, por não vincular, exclusivamente, a um dos seus agentes. O caso, no entanto, é diverso. Não há como delegar a competência exclusiva do Presidente do Tribunal para determinar ou suspender o pagamento de precatórios.

A quem cabe analisar as razões para a suspensão de pagamento do precatório? Nesse caso, parece-me adequado encaminhá-lo ao Juízo *a quo*, como de fato já ocorre no Tribunal Regional Federal da 5ª. Região 72633 RN¹⁰. Ao Juiz da execução cabe analisar os respectivos incidentes e um pedido para modificar o valor do precatório se constitui como incidente¹¹.

O posicionamento do TRF - 5ª Região é consentâneo com o volume de processos administrativos que são processados na Corte. Caso o Presidente do Tribunal possuísse a atribuição de analisar todas as alegações de suspensão de pagamento, certamente estaria inviabilizada sua atividade jurisdicional, ante o elevado volume de precatórios que são processados anualmente na referida Corte Federal.

É interessante observar que o Superior Tribunal de Justiça entende, quanto ao pagamento de Precatórios, que a atividade do Presidente do Tribunal é de natureza administrativa e a atividade do Juiz da execução é de natureza jurisdicional.¹²

¹⁰ SISTEMA DE JURISPRUDENCIA (Ocorrência 1 / 8) 00043069 (TRF5) MANDADO DE SEGURANÇA Nº 72633/RN Relator: JUIZ FRANCISCO WILDO (SUBSTITUTO) Turma: PL Julgamento: 27/09/2000 Publicação: 01/12/2000 Fonte: DJ Pag:000676 Rip:200005000286669 EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL, EM SEDE DE PRECATÓRIO, EM ATENDIMENTO A MANIFESTAÇÃO ACERCA DE ERRO MATERIAL, DETERMINANDO-SE A BAIXA DOS AUTOS AO JUIZ DA EXECUÇÃO. DESCABIMENTO. DECISÃO: UNÂNIME

¹¹ Nesse sentido os seguintes precedentes: STJ - RESP 40260-SP, RESP 96847-SP.

¹² Nesse sentido registra-se o REsp 164722/SP, capturado em 28.05.2002 do *site* do STJ: <http://www.stj.gov.br>.

3. PRECEDÊNCIA DE PAGAMENTO DE PAGAMENTO (DE NATUREZA ALIMENTAR OU NÃO) APÓS A SUSPENSÃO DE PAGAMENTO

Quando ocorre a suspensão de pagamento de precatório a ordem cronológica original de pagamento é alterada. O precatório que teve seu rito de pagamento suspenso é excluído, temporariamente, da ordem cronológica de pagamento. Desse fato decorre que o precatório cronologicamente anterior àquele, ocupa a posição do precatório que se encontra suspenso. A suspensão quase sempre implica o encaminhamento do Precatório para o Juízo da execução analisar os fundamentos do pedido que motivaram a suspensão do precatório.

Retornando o precatório da diligência(*baixa dos autos ao Juiz da execução*) o Precatório este retorna à sua posição original, caso não tenha ocorrido o pagamento do precatório que lhe ocupou a posição ou, em caso diverso, fica com a precedência de pagamento em relação aos demais precatórios cronologicamente posteriores, de acordo com sua natureza (alimentícia ou não).

Caso a suspensão ultrapasse um exercício orçamentário o precatório que retornou da diligência fica com precedência sobre os precatórios pagos naquele exercício, inclusive sobre os de natureza alimentar do exercício orçamentário posterior.

Essa é uma questão delicada: o pagamento de precatórios de créditos não alimentícios antes dos precatórios alimentícios. A Constituição não abre exceção na preferência que os precatórios alimentares tenham sobre os não alimentares.

Em situação análoga, p.ex., os créditos de natureza trabalhista, no concurso de credores, art.186 do CTN¹³, sempre prefere aos demais, não excepcionando que os créditos trabalhistas tenham sido constituídos depois dos não preferenciais.

No entanto, há bons argumentos defendendo que a precedência dos créditos de natureza alimentar, apenas subsistem aos de natureza não alimentar, quando dentro do mesmo exercício orçamentário, considerando que

¹³ Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho.

a Constituição Federal ao dispor sobre os precatórios, faz expressa alusão ao regime orçamentário.

Pode-se defender, ainda, que os precatórios de natureza não alimentar jamais serão pagos, caso o Ente Público não deposite os valores correspondentes aos precatórios de natureza não alimentar. A meu ver os precatórios devem ser pagos de acordo com cada exercício orçamentário (*priorizando-se os exercícios mais antigos*) e dentro do mesmo exercício financeiro atentando-se para a natureza do precatório: em primeiro lugar efetuando-se o pagamento dos precatórios alimentícios e em segundo plano os precatórios não alimentícios.

IV. PROCEDIMENTOS DE PAGAMENTO E DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA

Até o dia 1º de julho de cada ano o juiz requisitará o pagamento dos valores devidos, “*por intermédio do presidente do Tribunal competente.*” (Art. 730, I, do CPC). A requisição de pagamento deve estar instruída com documentos necessários para que o processamento de pagamento se realize. Não há lei prevendo como essa instrução deve ocorrer. Os regimentos internos dos tribunais vêm suprindo essa lacuna e regulam os documentos indispensáveis ao processamento dos requisi-tórios de pagamento.

Juvêncio Vasconcelos Viana expõe que:

“O precatório, normalmente, conta com os seguintes requisitos: a indicação da quantia a ser paga; o nome do destinatário desse quantum; a cópia da sentença, bem como do acórdão que a tenha confirmado em juízo de apelação ou remessa obrigatória (art. 475, II); certidão da conta de liquidação.”¹⁴

No âmbito dos Tribunais Regionais Federais o Conselho da Justiça Federal editou a Resolução nº 258, de 21 de março de 2002, prevendo, entre outras questões, em seu art. 5º, que o Juiz da Execução deverá indicar nas requisições dados suficientes para que o pagamento do precatório seja

¹⁴ Viana, Juvêncio Vasconcelos. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética. 1998, fls. 116.

realizado.¹⁵ Em havendo omissão do elenco previsto na Resolução o Precatório não será nem ao menos conhecido, sendo devolvido ao Juízo Requisitante.

Os Tribunais Regionais Federais exigem, em regra, os mesmos dados previstos pelo Conselho de Justiça Federal. Nesse sentido os regimentos internos dos Tribunais: TRF 1ª Região, arts. 363 a 367; TRF 2ª Região, arts. 331 a 333; TRF 4ª Região, arts. 284 a 287.

No âmbito dos TRF da 3ª e 5ª Regiões o pagamento de precatórios encontra-se previsto nos Arts. 355 a 358 e 327 a 330, respectivamente. Os Regimentos internos desses Tribunais não prevêm em seus regimentos internos, como dados necessários à instrução dos Precatórios, a data do trânsito em julgado da sentença ou cópia de acórdão nos embargos à execução ou indicação de que não foram opostos embargos ou qualquer impugnação aos cálculos. Trata-se de omissão que mereceria atenção dos futuros revisores dos respectivos regimentos internos.

É de se observar, também, que os referidos dispositivos normativos, inclusive a Resolução nº 258 do Conselho da Justiça Federal, não exigem para instrução do precatório, a comprovação da citação do Executado para pagar ou opor embargos, nos termos do Art. 730 do CPC. A exigência do referido dado para emissão do precatório, embora, a princípio, possa apresentar-se como desnecessária, posto que estaria ínsita sua necessidade, tem sido relegada por algumas decisões judiciais, resultando em anulação de procedimentos.

Nesse sentido o Tribunal Regional Federal da 5ª Região possui decisões, anulando pronunciamentos judiciais que desatendem o disposto no

¹⁵ Art. 5º O juiz da execução indicará, nas requisições, os seguintes dados:

I - natureza do crédito (comum ou alimentar) e espécie da requisição de pequeno valor - RPV - ou precatório a ser pago em parcela única ou de forma parcelada);

II - número do processo de execução e data do ajuizamento do processo de conhecimento;

III - nomes das partes e de seus procuradores;

IV - nomes e número de CPF ou CNPJ dos beneficiários, inclusive quando se tratarem de advogados e peritos;

V - valor total da requisição e individualização por beneficiário;

VI - data-base considerada para efeito de atualização monetária dos valores;

VII - data do trânsito em julgado da sentença ou acórdão no processo de conhecimento;

VIII - data do trânsito em julgado da sentença ou acórdão nos embargos à execução ou indicação de que não foram opostos embargos ou qualquer impugnação aos cálculos;

IX - em se tratando de precatório complementar, data da expedição e valor dos alvarás anteriores;

X - natureza da obrigação a que se refere o pagamento e, em se tratando de pagamento de indenização por desapropriação de imóvel residencial, indicação do seu enquadramento ou não no art. 78, §3º, do ADCT.

Parágrafo único. Ausente qualquer dos dados especificados, a requisição não será considerada para quaisquer efeitos, cabendo ao Tribunal restituí-la à origem.

art. 730, como a decisão referida nos autos do Agravo de Instrumento nº. 001176/PB¹⁶.

Atendidos os requisitos previstos em cada Tribunal, o precatório é encaminhado ao Presidente do Tribunal e caso se encontre devidamente instruído e regular, determina-se a preparação de listagem dos valores devidos aos entes pagadores respectivos e ao Conselho da Justiça Federal, para que os mesmos façam a regular inscrição no orçamento dos entes públicos.

Caso se trate de precatório da União o próprio Tribunal Regional Federal recebe em seu orçamento os créditos para o seu pagamento. Já com os entes da Administração federal indireta ou de entidades que não sejam da União, o Tribunal aguarda o repasse dos valores financeiros para efetuar o pagamento no exercício financeiro seguinte. Nesse caso o Tribunal funciona como se fosse um banco e apenas libera os valores de acordo com os depósitos que são efetuados pela entidade pública.

V. COMPETÊNCIA PARA AFERIR A ORDEM CRONOLÓGICA DE PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS

No caso da União, repete-se, o próprio Tribunal Regional Federal recebe, em seu orçamento, verba para efetuar o pagamento dos precatórios da União, no âmbito de sua jurisdição, e solicita ao Conselho da Justiça Federal a liberação dos recursos financeiros para adimplir as referidas obrigações. A ordem cronológica de pagamento dos precatórios não recebe qualquer interferência da União, salvo na hipótese de haver alegação de erro material, quando a regularidade do valor exequendo se encontra em dúvida.

Quando se trata, no entanto, de pagamento de precatórios dos entes da administração indireta federal, ou mesmo, entes que não sejam federais, o disciplinamento é diverso, quanto à aferição da ordem cronológica.

¹⁶ “SISTEMA DE JURISPRUDENCIA (Ocorrência 9 / 13) 00005880 (TRF5) AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 001176/PB Relator : JUIZ PETRUCIO FERREIRA Turma: 02 Relator para acordao : JUIZ LAZARO GUIMARAES Julgamento: 26/02/1991 Publicação: 19/04/1991 Fonte: DJ Pag:008034 Rip: 9105003580

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO QUE DETERMINA A CITAÇÃO DA AUTARQUIA PARA IMEDIATO PAGAMENTO DE DÍVIDA ALIMENTAR. DESCUMPRIMENTO DO COMANDO DO ART. 730, CPC. NULIDADE. A REGRA DO ARTIGO 100, CF, E SEUS PARÁGRAFOS, NÃO DISPENSA A CITAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA PARA, QUERENDO, OFERECER EMBARGOS, NEM A EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO, E SIM A OBSERVÂNCIA DA ORDEM CRONOLÓGICA GERAL. AGRAVO PROVIDO.
DECISÃO: POR MAIORIA
VEJA: MS 1224/PE, AC 3754, AG 621/PE E AG 553/PE.”

O Tribunal remete ao Conselho da Justiça Federal e aos Entes Requeridos, as informações de que contra eles há decisão judicial para pagamento de determinada quantia, para que os mesmos possam inscrever as obrigações em seus respectivos orçamentos para pagamento no exercício financeiro seguinte.

Quando os entes transferem os recursos para as contas do Tribunal para que este possa operacionalizar o pagamento dos referidos precatórios, não há, no entanto, identidade de tratamento entre os vários Entes Públicos. Cada ente público de acordo com suas conveniências adota procedimento que lhe pareça mais compatível.

Os entes que possuem um número pequeno de precatórios geralmente remetem os recursos financeiros, através de ordem bancária eletrônica, em um só momento, e o Tribunal de acordo com a listagem de precatórios que possui, deve efetuar o pagamento dos mesmos, na sequência da respectiva ordem de preferência.

Outros, no entanto, remetem ordens bancárias para pagamento de determinados precatórios, à medida das disponibilidades financeiras e/ou à medida que suas Procuradorias atestem a regularidade de pagamento dos precatórios, como no caso do INSS.

Ocorre, no entanto, que muitas vezes, o encaminhamento dessas ordens bancárias para pagamento de precatórios se faz em desatenção à ordem cronológica de inscrição dos mesmos, ou seja, uma ordem bancária de um precatório mais recente, é encaminhada antes de uma ordem bancária de um precatório mais antigo, embora ambos os precatórios possam teoricamente, ser pagos, uma vez não haver qualquer pendência quanto a exame de alegação de erro material.

Surge questão crucial: quando os Entes da Administração indireta ou mesmo de Entes não federais encaminham ordem bancária sem atentar para a ordem cronológica de emissão dos mesmos. Poderá nesse caso o Tribunal efetuar o pagamento dos precatórios mais recentes em detrimento daqueles mais antigos??? **A questão se apresenta, data vênua, tormentosa.**

Se o Tribunal efetuar o pagamento na ordem em que o Ente Público liberar seus recursos, sem respeito à ordem cronológica estará ele violando a ordem cronológica prevista no art. 100 da C.F.??? ou estará o Tribunal agindo como mero ente repassador de recursos? Caberá ao Tribunal, portanto, efetuar o pagamento, tão só pela ordem cronológica que dispõe em

seu controle? Ou deverá efetuar o pagamento de acordo com as remessas encaminhadas pelo Ente Requerido(Ente pagador)?

Não há norma legal que preveja que solução adotar, mas o § 2º do Art. 100 da Constituição Federal, a princípio, responderia a questão quando reza que:

“Art. 100. Omissis.

.....
§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, **segundo as possibilidades do depósito**, e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.”(grifos inexistentes no original).

Se a própria Constituição Federal estabelece que o Presidente do Tribunal pagador poderá autorizar, a requerimento do credor, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do crédito, em caso de preterimento de seu direito de precedência, **parece-me claro que a obrigação de efetuar o respeito à ordem cronológica é do Ente pagador e não do Tribunal.**

Se assim não fosse a Constituição Federal teria redação diversa, pela qual o Tribunal, sempre, aguardaria a integralização de recursos para efetuar o pagamento seguindo a ordem cronológica, dentro das possibilidades de depósito.

Além disso, se fosse o Tribunal encarregado de verificar a ordem cronológica, não haveria porque determinar contra o Ente público, o seqüestro da quantia necessária a satisfação do débito preterido, pois a responsabilidade pelo pagamento em respeito à ordem cronológica seria do próprio Tribunal e não do Ente requerido.

Não deve, portanto, o Tribunal suspender o pagamento de precatórios até que o Ente público remeta ordens de pagamento de modo a “preencher” a ordem cronológica, que invariavelmente modifica com as suspensões de pagamento, sob alegação de erro material.

Questão diversa ocorre, no entanto, quando os Entes Requeridos remetem ordens bancárias múltiplas para pagamento de diversos precatórios, cabe ao Tribunal, nesse momento, seguir a ordem cronológica que o mesmo possui (a ordem de inscrição/ajuizamento dos precatórios), pois encontra-se o pagamento ao seu exclusivo controle.

Ao Tribunal pagador apenas cabe apurar a ordem cronológica, portanto, quando houver recursos para pagamento de diversos precatórios ou quando os recursos depositados não identificam seus beneficiários.

Essa deve, a meu ver, ser a correta interpretação a ser dada à Resolução nº 258, de 21 de março de 2002, do Conselho da Justiça Federal, quando no Parágrafo único do Art. 1º dispõe competir ao Presidente do Tribunal assegurar a obediência à ordem de preferência de pagamento dos créditos, nos termos preconizados na Constituição Federal e na referida Resolução.

VI. AUTORIZAÇÕES DE PAGAMENTO (AP's) DO INSS

As autorizações de pagamento do INSS são documentos em papel, pelos quais o INSS, desde o ano de 1997, emite, por sua Procuradoria, chancelando que os valores informados no referido documento se acham em consonância com a sentença exequenda. Sua finalidade é fornecer maior garantia ao Ente Previdenciário de que os valores pagos são consentâneos com a decisão judicial transitada em julgado.

O referido documento chega geralmente ao Tribunal, conjuntamente, à correspondente ordem bancária eletrônica, disponibilizando os recursos financeiros para o pagamento das obrigações do Ente previdenciário. A autorização de pagamento é assinada por Contador e por Procuradores Federais do INSS. Trata-se de documento interno, que, no entanto, vem assumindo caráter liberatório de pagamento de precatórios do INSS no âmbito dos tribunais regionais federais.

A referida Autorização de Pagamento - A.P. – vincula os valores encaminhados pelo INSS a um determinado precatório. Nesse caso, repete-se, não poderá o Tribunal, sob alegação de violação à ordem cronológica, impedir que o pagamento seja realizado. A finalidade de depo-

sitar os valores na ordem cronológica é do Ente pagador e não do Tribunal pagador.

Ao Tribunal não compete aferir a ordem cronológica, salvo quando os recursos para o pagamento de precatórios são múltiplos ou não se encontram identificados. Em palavras mais diretas: Se o ente pagador remete ordens bancárias, atrelando-as às autorizações de pagamento, indicando que determinados precatórios devem ser pagos, não poderá o Tribunal usar os valores depositados para efetuar o pagamento de outros precatórios, pois se assim o fizesse estaria agindo como se fosse o titular dos recursos depositados... e não o é.

O pagamento de Precatórios do INSS pelos Tribunais Regionais Federais deve aguardar a liberação dos recursos específicos, que é encaminhado através de Boleto Bancário. Quanto à Autorização de Pagamento - AP- esta deve ser entendida não como autorização do INSS para que o Poder Judiciário pague determinada quantia, mas, tão-só, como meio de relacionar os valores depositados com o Precatório correspondente.

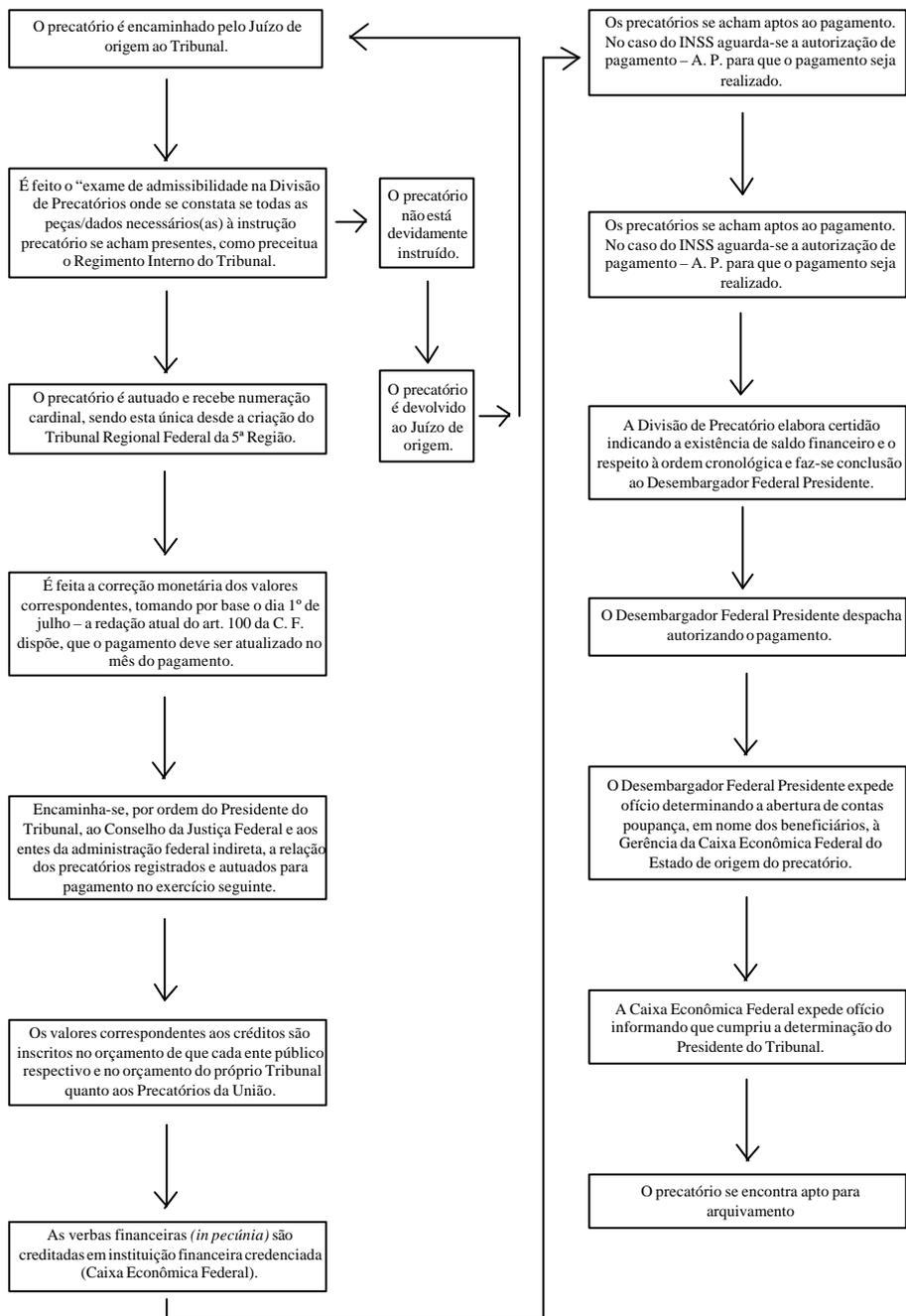
VII. RITO PROCEDIMENTAL DE PRECATÓRIOS NO TRF - 5ª REGIÃO

O rito procedimental de tramitação e pagamento de precatórios não é regulado por norma legal. Como vimos supra não há lei prevendo o processamento dos precatórios perante os tribunais e perante a Justiça de 1º grau. Pode-se, no entanto, de logo, ter como paradigma que as regras e os princípios processuais, administrativos e constitucionais, devem nortear o processamento dos precatórios, inclusive no que se refere ao devido processo legal e a ampla defesa quando os precatórios “baixarem” em diligência para o Juízo de 1º grau.

Deve ressaltar-se que a atividade do Juízo da execução, quando trata de precatórios, é jurisdicional estando submetido o processamento dos feitos à praxe que se dedica aos processos judiciais, propriamente ditos.

O rito de processamento de precatórios no âmbito do Tribunal Regional Federal pode ser resumido, nos termos a seguir esquematizados:

RITO PROCEDIMENTAL DE PRECATÓRIOS NO TRF – 5ª REGIÃO



Salienta-se que, a qualquer momento, do *iter* procedimental o pagamento poderá ser suspenso, desde que haja autorização do Presidente do Tribunal, por ordem judicial, motivado por requerimento, na mais das vezes, do Devedor(Ente público) ou mesmo de ofício.

Alguns procedimentos podem ser distintos entre os tribunais pátrios, mas o rito acima descrito é aplicado, em essência, pelos Tribunais Regionais Federais.

VIII. CONCLUSÕES :

1. Não há lei específica dispendo sobre a tramitação e pagamento de precatórios, estando tão importante missão a cargo de normatização infra-legal, a cargo dos Tribunais pátrios.

2. Precatórios de um mesmo exercício financeiro, desde que aptos para pagamento, devem ser pagos na seguinte ordem: a) todos os precatórios alimentares; b) todos os precatórios não alimentares.

3. Precatórios de exercícios anteriores devem ser pagos com prioridade sobre os precatórios de exercícios mais recentes, seguindo-se o disposto no item 2 desta conclusão.

4. Ao Tribunal requerido, em regra, não se exige o exame da ordem cronológica de pagamento quando se tratar de Autarquias Federais, salvo quando, aquele ente federal remeter verbas para pagamento de diversos precatórios ou quando os recursos para o pagamento de precatórios não identifiquem os beneficiários.

5. O erro de fato legitima a suspensão de pagamento de precatórios, desde que autorizado por decisão judicial do Presidente do Tribunal correspondente, face a competência exclusiva atribuída constitucionalmente.

6. Ao Tribunal requerido cabe examinar a ordem de pagamento de precatórios quando o próprio Tribunal possui dotação orçamentária para efetuar o pagamento do Ente público, como no caso da União.

7. A Autorização de Pagamento (AP) do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) constitui-se em documento administrativo interno que autoriza ao seu setor contábil a proceder a transferência de recursos financeiros destinados ao pagamento de precatórios contra a Autarquia, devendo ser entendida não como autorização do INSS para que o Poder Judiciário pague determinada quantia, mas, tão-só, como meio de relacionar os valores depositados com o Precatório correspondente.

8. Não cabe ao Tribunal deixar de efetuar o pagamento de precatório, sob alegação de violação da ordem cronológica, quando a própria Entidade Autárquica remete Autorização de Pagamento para o pagamento de precatório determinado, pois em caso de violação cabe aos que se sentirem preteridos, formularem requerimento ao Presidente do Tribunal para os fins de seqüestro da quantia devida (art. 100, C.F./88).

IX. REFERÊNCIAS

1. Alvim, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 7ª. Ed., São Paulo: RT, 7V.2.
2. Barros, Humberto Gomes de. **Delenda Precatória (Abaixo os Precatórios!)**. In Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Brasília – DF: ano 02. n° 18, junho/2000, 13-107.
3. Reis, Nazareno César Moreira. **Considerações sobre a definição de “erros de cálculo” e “inexatidões materiais” (art. 463 do CPC) nos processos de execução movidos contra entes públicos**. In Revista da Procuradoria Geral do INSS, Vol. 6, n° 3, jan.2000, p. 91-98.
4. Viana, Juvêncio Vasconcelos. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética. 1998, fls. 116.
5. Xavier, Ronaldo Caldeira Xavier. **Latim no Direito**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, 150
6. STJ. <http://www.stj.gov.br>.
7. TRF 5ª. Região. <http://www.trf5.gov.br>.

A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Roberta Lúcia Costa Ferreira

Assessora da Corregedoria – TRF 5ª

Sumário: 1. Considerações preliminares: a introdução da argüição de descumprimento de preceito fundamental em nosso ordenamento jurídico; 2. Hipóteses de cabimento; 3. Subsidiariedade; 4. Modalidades de argüição de descumprimento de preceito fundamental; 5. Legitimidade ativa; 6. Procedimento; 7. Efeitos; 8. Outros aspectos processuais; 9. Conclusão; 10. Bibliografia.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: A INTRODUÇÃO DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO.

A Constituição Federal prevê no §1º do art.102, introduzido pela Emenda Constitucional nº 3 de 17/03/1993, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, a qual, segundo o citado dispositivo constitucional, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

A propósito, dispõe o artigo 102, §1º da Carta Constitucional de 1988:

“A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Infere-se do dispositivo constitucional supracitado que se trata de norma constitucional de eficácia limitada, sem possibilidade de aplicação

imediate até o advento de legislação própria, que dispusesse sobre a forma pela qual será apreciada a arguição de preceito fundamental. Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental em Petição nº 1.140-7, cujo relator, Ministro Sidney Sanches, assinalou o seguinte:

“STF – TRIBUNAL PLENO – RELATOR: Min. SYDNEY SANCHES AGRPET – 1140/TO (AG. REG. EM PETIÇÃO). Julgamento 02/05/1996. Publicação DJ DATA 31-05-96 PP –018803 EMENT VOL 01830-01 PP-00001

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ART. 102, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. DECRETO ESTADUAL DE INTERVENÇÃO EM MUNICÍPIO. Arts. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e art. 126 do Código de Processo Civil.

1.O § 1º do art. 102 da Constituição Federal de 1988 é bastante claro, ao dispor: “a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

2. Vale dizer, enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o S.T.F. não pode apreciá-la.

3. Até porque sua função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, “caput”). E é esta que exige Lei para que sua missão seja exercida em casos como esse. Em outras palavras: trata-se de competência cujo exercício ainda depende de Lei.

4. Também não compete ao S.T.F. elaborar Lei a respeito, pois essa é missão do Poder Legislativo (arts. 48 e seguintes da C.F.).

5. E nem se trata aqui de Mandado de Injunção, mediante o qual se pretenda compelir o Congresso Nacional a elaborar a Lei de que trata o § 1º do art. 102, se é que se pode sustentar o cabimento dessa espécie de ação, com base no art. 5º, inciso LXXI, visando a tal resultado, não estando, porém, “sub judice”, no feito, essa questão.

6. Não incide, no caso, o disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual “quando a lei for omissa, o Juiz

decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. É que não se trata de lei existente e omissa, mas, sim, de lei inexistente.

7. Igualmente não se aplica à hipótese a 2a. parte do art. 126 do Código de Processo Civil, ao determinar ao Juiz que, não havendo normas legais, recorra à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, para resolver lide “inter partes”. Tal norma não se sobrepõe à constitucional, que, para a arguição de descumprimento de preceito fundamental dela decorrente, perante o S.T.F., exige Lei formal, não autorizando, à sua falta, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito”.

8. De resto, para se insurgir contra o Decreto estadual de intervenção no Município, tem este os meios próprios de impugnação, que, naturalmente, não podem ser sugeridos pelo S.T.F.

9. Agravo improvido. Votação unânime. (grifo inexistente no original)”.

Visando dar conformação a chamada arguição de preceito fundamental e regulamentar o §1º do art. 102 da Constituição Federal, foi editada a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, cujas disposições disciplinam o processo e julgamento da referida arguição.

A lei foi fruto de um projeto elaborado por uma comissão composta por Celso Ribeiro Bastos, Gilmar Ferreira Mendes, Arnold Wald, Ives Gandra Martins e Oscar Dias Corrêa, criada por Portaria do então Ministro da Justiça, Íris Resende. É de se ressaltar, porém, que tramitava no Congresso Nacional desde março de 1997 o Projeto de Lei nº 2.872, de autoria da deputada Sandra Starling, objetivando, também, disciplinar o instituto da arguição de preceito fundamental, no entanto, sob o *nomen jùris* de “reclamação”. Conforme observa Gilmar Ferreira Mendes “A reclamação restringia-se aos casos em que a contrariedade ao texto da Lei Maior fosse resultante de interpretação ou de aplicação dos Regimentos Internos das Casas do Congresso Nacional, ou do Regimento Comum, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da Constituição Federal. Dita reclamação haveria de ser formulada ao Supremo Tribunal Federal por um décimo dos Deputados ou dos Senadores, devendo observar as regras e os procedimentos instituídos pela Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990”¹.

¹MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, I, CF). *Jus Navigandi*. <http://www.jus.com.br>. 08 de janeiro de 2002.

A Lei da Argüição introduziu em nosso ordenamento jurídico instrumento de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nos moldes assemelhados ao *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional alemão) e ao recurso de amparo espanhol, previsto no artigo 161, b, da Constituição espanhola.

Clèmerson Merlin Clève, antes da edição da norma em comento, asseverava que a argüição de descumprimento de preceito fundamental, “poderia, tal como o recurso constitucional alemão ou austríaco, autorizar a realização de uma fiscalização concreta de constitucionalidade por meio de ação direta”². José Afonso da Silva, por sua vez, ainda antes da introdução do *novel* instituto no nosso ordenamento jurídico, já reclamava a regulamentação da argüição de descumprimento de preceito fundamental, conforme se lê:

“(...) aquele dispositivo poderá ser fértil como fonte de alargamento da jurisdição constitucional da liberdade a ser exercida pelo nosso Pretório Excelso. A lei prevista poderá vir a ter a importância da Lei de 17.4.51 da República Federal da Alemanha que instituiu o Verfassungsbeschwerde, que se tem traduzido ao pé da letra por agravo constitucional ou recurso constitucional, mas que, em verdade, é mais do que isso, conforme se vê da definição que lhe dá Cappelletti: o ‘recurso constitucional consiste no meio de queixa jurisdicional perante o Tribunal Constitucional Federal (com sede em Karlsruhe), a ser exercitado por particulares objetivando a tutela de seus direitos fundamentais, assim como de outras situações subjetivas constitucionais lesadas por um ato de qualquer autoridade pública’. Em alguns casos ele serve para impugnar decisões judiciais, e, aí, sua natureza de meio de impugnação, de recurso, é patente. Em outros, contudo, é meio de invocar a prestação jurisdicional em defesa de direitos fundamentais. Parte de seus objetivos são cobertos pelo nosso mandado de segurança. Mas ele tem objetivos mais amplos do que este, e não está limitado à defesa de direito líquido e certo, pessoal. O Verfassungsbeschwerde é originário da Baviera, cuja regulamentação legal prevê o cabimento de Popularklage, isto é, a atribui-

² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ção do direito de ação a quisquis de populo (ação popular), declarando que a inconstitucionalidade por ilegítima restrição de um direito fundamental pode ser feita valer por qualquer pessoa mediante ‘recurso’ junto da Corte Constitucional. O texto em exame, permite-nos avançar na mesma direção e será um instrumento de fortalecimento da missão que a Constituição reservou ao Supremo Tribunal Federal”.³

De certo, o novo instituto introduziu nova espécie de controle de constitucionalidade, com o objetivo de atender os casos em que não seriam cabíveis as demais espécies de controle, oferecendo máxima eficácia aos preceitos fundamentais. Aliás, acerca do incremento das formas de controle de constitucionalidade, o Ministro Sepúlveda Pertence, em voto proferido no julgamento da ADC nº 01, adotou com percuciência, a seguinte posição:

“a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará, se não se criam mecanismos eficazes de decisão rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior, descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito”.

Em análise positiva do instituto concluíram Celso Ribeiro Bastos e Alexis Galiás de Souza Vargas, ao asserir:

“Com isso, o Excelso Pretório cumpre o seu papel primordial de guardião-mor da Constituição e da ordem jurídica, bem como faz uma ponte entre o controle concentrado e o difuso, uma que sua decisão incidirá diretamente sobre os diversos processos judiciais. Para tanto, poderá suspender liminarmente as ações judiciais ou processos

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 01.2001.

administrativos em curso, que deverão acatar a orientação pretoriana, a ser proferida no final do processo. Com isso, permite-se antecipar o deslinde de uma questão jurídica que percorreria a via crucis do sistema difuso até chegar ao Supremo Tribunal Federal, para então, após decisão definitiva, ser comunicado o Senado Federal, que poderá suspender a eficácia da lei impugnada, podendo sanar definitivamente a inconstitucionalidade. Porém, a novel ação serve somente aos preceitos fundamentais, e nesse caso não se admite controvérsia ou demora. Há que se decidir univocamente sobre o tema magno, sob pena de ser atropelada a segurança jurídica e o Estado de Direito, que ficam seriamente prejudicados diante do dissenso acerca dos seus pilares de sustentação, que são os preceitos fundamentais da Lei Maior”⁴.

Pretendia-se com a criação da novel arguição que fosse apreciada diretamente pelo Supremo Tribunal Federal (qualquer) controvérsia sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os atos anteriores à Constituição, a pedido do Procurador-Geral da República, do Advogado-Geral da União, do Procurador-Geral de Justiça e do Procurador-Geral do Estado, sempre que houvesse perigo de lesão à segurança jurídica, à ordem ou às finanças públicas. A particularidade do instituto, entretanto, seria a possibilidade de a Suprema Corte, “acolhendo incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão do processo em curso perante qualquer juízo ou tribunal para proferir decisão exclusivamente sobre a questão federal suscitada”.⁵

Conforme as lições do Professor Alexandre de Moraes, “o mecanismo previsto pelo § 1º, do art.102 da Constituição Federal e regulamentado pela Lei nº 9.882/99, possibilita maior efetividade no controle das ilegalidades e abusos do poder público e na concretização dos direitos fundamentais”.⁶ Na mesma trilha de pensamento, assinala André Ramos Tava-

⁴ BASTOS, Celso Ribeiro & VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Preceito Fundamental e Avocatória. *Correio Braziliense*. Brasília, 26 jun. 2000, Direito e Justiça.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, I, CF). *Jus Navigandi*. <http://www.jus.com.br>. 08 de janeiro de 2002.

⁶ TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas. p. 20.

res, “com essa regulamentação, certamente o Supremo passará ocupar, em sua plenitude, a verdadeira posição de guardião da Constituição que lhe foi cometida pela própria Carta Política. E isso se daria exatamente pela instituição desse especial tratamento aos preceitos constitucionais basilares, que, justamente por sua fundamentalidade, estão a merecer essa especial abordagem”.⁷

2. HIPÓTESES DE CABIMENTO.

De acordo com o art. 1º da Lei nº 9.882/99 é cabível a argüição de descumprimento de preceito fundamental para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público, para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Sobre a matéria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal na ADPF (QO) nº 1/RJ, examinando questão de ordem apresentada pelo Relator Ministro Néri da Silveira não conheceu de argüição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil - PC do B, contra ato do Prefeito Municipal do Rio de Janeiro que, ao vetar parcialmente de forma imotivada, projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal – que eleva o valor do IPTU para o exercício financeiro de 2000 – teria violado o princípio constitucional da separação do Poderes. Considerou ser incabível na espécie a argüição de descumprimento de preceito fundamental, dado que o veto constitui ato político do Poder Executivo, insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público, previsto no art. 1º da Lei 9.882/99.⁸

Segundo o § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99, tem-se que “não será admitida a argüição de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. Nesse particular, ressaltou o Pretório Excelso, “é incabível a argüição de descumprimento de preceito fundamental quando ainda existente medida eficaz para sanar a lesividade”.⁹

⁷ TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.) Ob. Cit. p. 75

⁸ ADPF (QO) 1-RJ, rel. Min. Néri da Silveira, 3.2.2000. *STF – INFORMATIVO Nº 176*

⁹ STF – Pleno – ADPF nº 3/CE – questão de ordem – Rel. Min. Sydney Sanches, decisão: 18-5-2000. *Informativo STF nº 189*.

No pertinente, em substancial ensinaça, diz-nos Gilmar Ferreira Mendes: “à primeira vista, poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para afastar a eventual lesão poder-se-ia manejar, de forma útil, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no direito alemão e no direito espanhol para, respectivamente, o recurso constitucional e o recurso de amparo, acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático. De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que, na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo, deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão – contido no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 1999, há de ser compreendido no contexto de ordem constitucional global. Nesse sentido, se se considera o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta inclusive da legitimação ativa), meio eficaz de sanar lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata”.¹⁰

3. SUBSIDIARIEDADE.

Como já referido anteriormente, de acordo com o art. 4º, 1º, da Lei nº 9.882/99, não será admitida a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade. Não obstante a controvérsia na doutrina, tal dispositivo consagra o princípio da subsidiariedade na ADPF, também existente no recurso constitucional alemão e no recurso de amparo espanhol. Aliás, o Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 3, aplicou o referido princípio, não conhecendo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Governador do Estado do Ceará, contra ato do Tribunal de Justiça do mesmo Estado que deferira reclamação em mandado de segurança para determinar o pagamento de grati-

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz. *Revista Jurídica Virtual*. . <http://www.planalto.gov.br>. 30 de julho de 2001.

ficações, sem a observância do preceito constitucional que proíbe a sua concessão “em cascata” (CF, art. 37, XIV - redação dada pela EC 19/98).¹¹

Destarte, o princípio da subsidiariedade exclui a possibilidade de ajuizamento da argüição quando houver outro meio para sanar a lesividade. No entanto, com bem ressalta Walter Claudis Rothenburg “*o caráter subsidiário haverá de ser avaliado em função não apenas da inexistência, mas também da ineficácia de outros meio de controle judicial*”.¹²

Nesse contexto, bastante elucidativa a lição de Zeno Veloso, antes da edição da Lei n 9.882/99, “*a lei a ser editada, que vai dar concretude ao dispositivo mencionado, deverá estabelecer o procedimento da argüição, indicando os casos em que a mesma poderá ocorrer, evidentemente, num campo residual, numa situação especial e excepcional, quando tenham sido esgotadas as vias normais do controle jurisdicional de constitucionalidade que, entre nós, já são muito diversificadas*”.¹³

Imperioso, na oportunidade, o relato de Alexandre de Moraes: “*Observe-se, porém, que o cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental não exige a inexistência de outro mecanismo jurídico, mas seu prévio esgotamento sem real efetividade, ou seja, sem que tenha havido cessação à lesividade a preceito fundamental, pois a lei não previu exclusividade de hipóteses para a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental, mas sua subsidiariedade. Portanto, o caráter subsidiário da argüição de descumprimento de preceito fundamental consiste na necessidade de prévio esgotamento de todos os instrumentos juridicamente possíveis e eficazes para fazer cessar ameaça ou lesão a preceito fundamenta. Se, porém, uma vez utilizados esse instrumentos, houver patente inefetividade na proteção dos preceitos fundamentais, sempre haverá a possibilidade de acesso ao Supremo Tribunal Federal, por via da argüição*”.¹⁴

¹¹ ADPF (QO) 3-CE, rel. Min. Sydney Sanches, 18.5.2000. STF – INFORMATIVO Nº 189.

¹² TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.) Ob. Cit. p. 225.

¹³ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.327.

¹⁴ TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.) Ob. Cit. p. 27.

Bastante elucidativa, a propósito, a decisão do Ministro Celso de Mello na ADPF Nº 17, *ipsis verbis*:

“ADPF 17-AP* (medida liminar) RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (CF, ART. 102, § 1º). AÇÃO ESPECIAL DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE (LEI Nº 9.882/99, ART. 4º, § 1º). EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO APTO A NEUTRALIZAR A SITUAÇÃO DE LESIVIDADE QUE EMERGE DOS ATOS IMPUGNADOS. INVIABILIDADE DA PRESENTE ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO.

- O ajuizamento da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), de tal modo que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo, apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes: ADPF 3-CE, ADPF 12-DF e ADPF 13-SP.

A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, no entanto, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio em questão, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz e real, a situação de lesividade que se busca neutralizar com o ajuizamento da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental.

DECISÃO: O Governador do Estado do Amapá ajuizou a presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, com o objetivo de obter a declaração de nulidade dos atos de nomeação e de investidura de seis (6) Desembargadores do Tribunal de Justiça local, em ordem a viabilizar - segundo sustenta - a cessação de gravíssimas transgressões que teriam sido praticadas, naquela unidade da Federação, contra princípios constitucionais de valor essencial, consagrados nos arts. 1º, III, e 5º, XXXVII, LIII e LIV, todos da Carta Política (fls. 8/11).

Pretende-se, ainda, em conseqüência da invalidação dos atos em questão, que se restaure o status quo ante, para permitir, ao Chefe do

Poder Executivo local, a instalação, em bases legítimas, do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, com estrita observância do art. 235, incisos V e VI, da Constituição da República (fls. 65).

Cabe examinar, preliminarmente, a admissibilidade, no caso, da argüição de descumprimento de preceito fundamental, em face do que se contém no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, que assim dispõe:

“Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.” (grifei)

Vê-se, pois, que a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente poderá ser utilizada, se se demonstrar que, por parte do interessado, houve o prévio exaurimento de outros mecanismos processuais, previstos em nosso ordenamento positivo, capazes de fazer cessar a situação de lesividade ou de potencialidade danosa resultante dos atos estatais questionados.

Foi por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, tendo em consideração o princípio da subsidiariedade, não conheceu, quer em sede plenária (ADPF 3-CE, Rel. Min. SYDNEY SANCHES), quer, ainda, em decisões monocráticas (ADPF 12-DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - ADPF 13-SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO), de argüições de descumprimento de preceito fundamental, precisamente por entender que existiam, no contexto delineado naquelas ações, outros meios processuais - tais como o mandado de segurança, a ação direta de inconstitucionalidade (por violação positiva da Carta Política), o agravo regimental e o recurso extraordinário (que admitem, excepcionalmente, a possibilidade de outorga cautelar de efeito suspensivo) e a reclamação -, todos eles aptos a neutralizar a suposta lesividade dos atos impugnados.

Como precedentemente enfatizado, o princípio da subsidiariedade - que rege a instauração do processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental - acha-se consagrado no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, que condiciona, o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional, à ausência de qualquer outro meio processual apto a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade indicada pelo autor.

O legislador, ao dispor sobre a disciplina formal desse novo instrumento processual, previsto no art. 102, § 1º, da Carta Política, estabele-

leceu, no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, que não será admitida a arguição de descumprimento de preceito fundamental, “quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

É claro que a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade.

Isso significa, portanto, que o princípio da subsidiariedade não pode - e não deve - ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República.

Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição. Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, em ordem a permitir que a utilização da nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental, causada por ato do Poder Público.

Essa, porém, não é a situação que se registra na presente causa, eis que o argüente dispõe de meio processual idôneo, capaz de afastar, de maneira efetiva e real, a situação de lesividade que por ele é ora denunciada neste processo.

Refiro-me ao instrumento jurídico-processual da ação popular, cuja eficácia neutralizadora do estado de lesividade justifica a sua imediata utilização, por parte de quem dispõe do status activae civitatis, impondo-se ter presente, ainda, por relevante, a possibilidade de outorgar-se, no processo em questão, a pertinente medida liminar destinada a sustar, cautelarmente, a própria execução do ato estatal impugnado (Lei nº 4.717/65, art. 5º, § 4º).

De qualquer maneira, no entanto, e independentemente da obtenção de medida liminar, o autor popular tem direito, ação e pretensão à desconstituição judicial de atos cuja validade ético-jurídica esteja em desarmonia com os princípios e os paradigmas de legitimação referidos no art. 5º, LXXIII, da Carta da República.

Impõe-se ressaltar, bem por isso, o preciso magistério de ALEXANDRE DE MORAES (“Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99”, p. 15/37, 26-28, item n. 4, 2001, Atlas), cuja análise do princípio da subsidiariedade - considerada a utilização possível, no caso ora em exame, da ação popular - torna evidente a inadmissibilidade, na espécie, do presente writ constitucional:

“A lei expressamente veda a possibilidade de arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Obviamente, esse mecanismo de efetividade dos preceitos fundamentais não substitui as demais previsões constitucionais que tenham semelhante finalidade, tais como o habeas corpus, habeas data; mandado de segurança individual e coletivo; mandado de injunção; ação popular; ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva e por omissão e ação declaratória de constitucionalidade, desde que haja efetividade em sua utilização, isto é, sejam suficientes para evitar ou reparar a lesão a preceito fundamental causada pelo Poder Público. Portanto, o caráter subsidiário da arguição de descumprimento de preceito fundamental consiste na necessidade de prévio esgotamento de todos os instrumentos juridicamente possíveis e eficazes para fazer cessar ameaça ou lesão a preceito fundamental. Exige-se, portanto, para a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o esgotamento das vias judiciais ordinárias. Conforme salienta Konrad Hesse, em situação análoga do recurso constitucional alemão, ‘essa prescrição contém um cunho do princípio geral da subsidiariedade do recurso constitucional, que na jurisprudência recente ganha significado crescente. Segundo isso, o recurso constitucional só é admissível se o recorrente não pôde eliminar a violação de direitos fundamentais afirmada por interposição de recursos jurídicos, ou de outra forma, sem recorrer ao Tribunal Constitucional Federal. Somente, de forma excepcional, poderá o Supremo Tribunal Federal afastar a exigência do prévio esgotamento judici-

al, quando a demora para o esgotamento das vias judiciais puder gerar prejuízo grave e irreparável para a efetividade dos preceitos fundamentais.” (grifei)

No caso, e ante a exposição objetiva dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, mostra-se evidente que o autor poderia valer-se de outros meios processuais - notadamente da ação popular constitucional - cuja utilização permitir-lhe-ia neutralizar, em juízo, de maneira inteiramente eficaz, o estado de suposta lesividade decorrente dos atos ora impugnados.

Como se sabe, a Lei nº 4.717/65, em seu art. 5º, § 4º, autoriza o Poder Judiciário, em sede de ação popular constitucional, a conceder provimento liminar que suste a eficácia e a execução do ato lesivo impugnado, tornando acessível, ao interessado, um instrumento processual apto a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade ora denunciada pelo próprio argüente.

Na realidade, a concessão do provimento cautelar - autorizada, até mesmo, início litis, no processo de ação popular constitucional - visa a impedir que se consumem situações configuradoras de dano irreparável, consoante ressalta o magistério da doutrina (RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, “Ação Popular”, p. 135-136, item n. 4.2.2, 1994, RT; J. M. OTHON SIDOU, “Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Popular”, p. 356, item n. 231, 5ª ed., 1998, Forense, v.g.).

Cabe assinalar, neste ponto, ante a sua extrema pertinência, que os registros processuais do Supremo Tribunal Federal atestam que foi ajuizada, originariamente, perante esta Corte (CF, art. 102, I, “n”), ação popular constitucional, com pedido de medida liminar, destinada a invalidar os atos ora questionados na presente sede processual, apoiando-se, o autor popular, essencialmente, no mesmo elemento causal invocado para justificar a presente ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental (AO 859-AP).

Constata-se, desse modo, que o postulado da subsidiariedade, nos termos que vêm de ser expostos, impede o acesso imediato do ora interessado ao mecanismo constitucional da argüição de descumprimento, pois registra-se, no caso, a possibilidade de utilização idônea de instrumento processual específico, apto, por si só, a fazer cessar o estado de lesividade que se pretende neutralizar, tanto que ajuizada,

perante o Supremo Tribunal Federal, como anteriormente referido, a AO 859-AP, que busca alcançar igual objetivo ao ora pretendido pelo Senhor Governador do Estado do Amapá.

Vê-se, pois, que incide, na espécie, o pressuposto negativo de admissibilidade a que se refere o art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, circunstância esta que torna plenamente invocável, no caso, o princípio da subsidiariedade, que atua - ante os fundamentos já expostos - como causa obstativa do ajuizamento imediato da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Sendo assim, e tendo em consideração as razões invocadas, não conheço da presente ação constitucional, restando prejudicado o exame do pedido de medida liminar.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 20 de setembro de 2001.

Ministro CELSO DE MELLO Relator".¹⁵ (grifos inexistentes no original)

4. MODALIDADES DE ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.

De acordo com a Lei nº 9.882/99, duas são as modalidades de argüição de descumprimento de preceito fundamental: argüição preventiva, argüição repressiva, além da hipótese prevista no parágrafo único do art. 1º (argüição abstrata ou por equiparação).

A argüição preventiva será cabível quando se pretende evitar lesão a princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. Por sua vez, caberá a argüição repressiva perante o Supremo Tribunal Federal quando se objetiva reparar lesão causada pela conduta comissiva ou omissiva do Poder Público. É o que se colhe do disposto no art. 1º da Lei da Argüição, *in verbis*:

“Art.1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por ob-

¹⁵ Decisão publicada – DJU 28/09/2001.

jeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

Ao lado da argüição preventiva e da argüição repressiva, há que se falar de outra espécie, a argüição abstrata ou por equiparação, ou argüição incidental, como denomina alguns doutrinadores. A propósito, o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.882/99, ostenta a seguinte dicção:

“Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I- quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

A disposição merece análise.

Ora, o artigo 102, § 1º da Constituição Federal não prevê como hipóteses de controle concentrado a controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo municipal e a controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal anteriores à Constituição Federal.

Bastante elucidativa, a propósito, a observação de Alexandre de Moraes:

“O texto constitucional é muito claro quando autoriza a lei o estabelecimento exclusivamente de forma pela qual o descumprimento de um preceito fundamental poderá ser argüido perante o Supremo Tribunal Federal. Não há qualquer autorização constitucional para uma ampliação das competências do Supremo Tribunal Federal. Controvérsias entre leis ou atos normativos e normas constitucionais, relevantes que sejam, não são hipóteses idênticas ao descumprimento pelo poder público de preceito fundamental e devem ser resolvidas em sede de controle de constitucionalidade, tanto difuso quanto concentrado. O legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal que, conforme jurisprudência e doutrina pacíficas, somente podem se fixadas pelo texto magno. Manobra essa eivada

*de flagrante inconstitucionalidade, pois deveria ser precedida de emenda à Constituição”.*¹⁶

Daí, concluir-se que a disposição do inciso I do parágrafo único da lei da arguição de descumprimento de preceito fundamental é inconstitucional. Aliás, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou acerca da impossibilidade da análise através do controle concentrado, quando se tratar de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal e de leis ou atos normativos editados antes da Constituição, pois lhe falta competência¹⁷.

O parágrafo 3º do art. 5º da Lei nº 9.882/99 também tem sido objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, sob o argumento de que o citado dispositivo viola os princípios do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV da CF), do juiz natural (art. 5º, inciso XXXVII, art. 92 e seguintes da CF) e do pluralismo.

A Corte Suprema, sob a relatoria do Ministro Néri da Silveira, recentemente, ao apreciar a medida liminar pleiteada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.231-8/DF, promovida contra a íntegra da Lei nº 9.882/99 e, em especial, contra o teor do parágrafo único do artigo 1º, do § 3º do artigo 5º, do artigo 10, *caput*, e seu § 3º e o artigo 11, sob a alegação de inobservância dos artigos 102, §1º, 5º, XXXVII, 5º, LIV, 92 e seguintes, 2º, 52, X, 1º e 5º, II, assim se pronunciou, *ipsis verbis*:

¹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Atlas. 2001. p. 635.

¹⁷ Confira o seguinte aresto: STF – ADIMC 129/SP – Relator Min. FRANCISCO REZEK. Relator p/ acórdão Min. CELSO DE MELLO. TRIBUNAL PLENO. Julgamento 07/02/1992. Publicação: DJ DATA 28/08/92 PP – 13450 EMENT VOL 01672-01 PP – 00001. Ementa AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - IMPUGNAÇÃO DE LEI PRE-CONSTITUCIONAL E DE ATO REGULAMENTAR EDITADO SOB A EGIDE DA NOVA CONSTITUIÇÃO - INIDONEIDADE DO REGULAMENTO DE EXECUÇÃO PARA EFEITO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE DA LEI - INOCORRÊNCIA - HIPÓTESE DE REVOGAÇÃO DO ATO HIERARQUICAMENTE INFERIOR POR AUSÊNCIA DE RECEPCAO - IMPOSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. – *omissis* - A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. A fiscalização concentrada de constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a Carta Política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado. *Omissis*.

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (Med. Liminar) 2231-8/DF. PLENÁRIO. RELATOR: MIN. NÉRI DA SILVEIRA.

REQUERENTE: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

REQUERIDOS: Presidente da República e Congresso Nacional

Resultado da Liminar: DEFERIDA EM PARTE.

Decisão da Liminar: “DEPOIS DO VOTO DO SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA, RELATOR, DEFERINDO, EM PARTE, A MEDIDA LIMINAR, COM RELAÇÃO AO INCISO 00I DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 001º DA LEI Nº 9882, DE 03 DE DEZEMBRO DE 1999, PARA EXCLUIR, DE SUA APLICAÇÃO, CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL CONCRETAMENTE JÁ POSTA EM JUÍZO, BEM COMO DEFERINDO, NA TOTALIDADE, A LIMINAR, PARA SUSPENDER O § 003º DO ARTIGO 005º DA MESMA LEI, SENDO EM AMBOS OS CASOS O DEFERIMENTO COM EFICÁCIA *EX NUNC* E ATÉ FINAL JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA, PEDIU VISTA O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE. AUSENTES, JUSTIFICADAMENTE, OS SENHORES MINISTROS NELSON JOBIM, ILMAR GALVÃO E MARCO AURÉLIO, PRESIDENTE. FALOU, PELA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, O DR. GILMAR FERREIRA MENDES. PRESIDIU O JULGAMENTO O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES. – PLENÁRIO, 05.12.2001”.

Demais, ao apreciar a liminar na ADInMC 2.231-DF, O Min. Néri da Silveira, Relator, considerou que o parágrafo único do art. 1º, em face da generalidade da sua formulação, o mesmo autorizaria, além da argüição autônoma de caráter abstrato, a argüição incidental em processos em curso, a qual não poderia ser criada pelo legislador ordinário, mas, tão-só, por via de emenda constitucional. Proferiu voto, portanto, no sentido de dar ao texto interpretação conforme à CF a fim de excluir de sua aplicação controvérsias constitucionais concretamente já postas em juízo (“Parágrafo único - Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;”). Conseqüentemente, o relator votou pelo deferimento da

liminar para suspender a eficácia do § 3º do art. 5º, por estar relacionado com a argüição incidental em processos em concreto (“A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.”).¹⁸

5. LEGITIMIDADE ATIVA.

Consoante o inciso I do artigo 2º da Lei nº 9.882/99, são legitimados para propor a argüição de descumprimento de preceito fundamental os mesmos co-legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, quais sejam, o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembléia Legislativa; o Governador de Estado; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Ao lado desta legitimação para agir, a Lei estabelecia outra regra de legitimidade, prevista no inciso II do artigo 2º da Lei de Argüição, o qual foi vetado pelo Presidente da República. Contemplava o referido inciso, a possibilidade de propositura da argüição de descumprimento de preceito fundamental por “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”.

Por outro lado, o § 1º do art. 2º da Lei nº 9.882/99 facultou “*ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de argüição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo*”.

Como sustenta Zeno Veloso, o § 1º do art. 2º é inócuo, em face do veto ao inciso II desse artigo, o qual conferia legitimidade ativa a qualquer pessoa lesada, do qual dependeria daquele. Demais, como argumenta o autor, o veto ao § 2º do art. 2º, que previa a possibilidade de o indivíduo representar ao Supremo Tribunal Federal contra o indeferimento da repre-

¹⁸ADInMC 2.231-DF rel. Min. Néri da Silveira, 5.12.2001.(ADI-2231). STF – INFORMATIVO Nº 253.

sentação por argüição que o indivíduo houvesse formulado ao Procurador-Geral da República, demonstra o claro intuito de afastar a legitimidade popular.¹⁹

6. PROCEDIMENTO.

O procedimento da argüição se inicia por meio de petição inicial apresentada em duas vias, que deverá conter cópia do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação, além de: a indicação do preceito fundamental que se considera violado; a indicação do ato questionado; a prova da violação do preceito fundamental; o pedido, com suas especificações e se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado (art. 3º da Lei nº 9.882/99).

A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de argüição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum requisito legal ou for inepta, cabendo dessa decisão agravo ao Plenário, no prazo de cinco dias (art. 4º da Lei de Argüição).

Acerca da matéria, não é de se olvidar da lição de Alexandre de Moraes:

“Note-se que, em face do art. 4º, caput e § 1º, da Lei nº 9.882/99, que autoriza a não admissão da argüição de descumprimento de preceito fundamental, quando não for caso ou quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade, foi concedida certa discricionariedade ao Supremo Tribunal Federal, na escolha das argüições que deverão ser processadas e julgadas, podendo, em face de seu caráter subsidiário, deixar de conhecê-las quando concluir pela inexistência recursal para todos os julgados dos tribunais superiores e inferiores... Importante ressaltar que essa discricionariedade concedida ao Supremo Tribunal Federal, decorre do fato de que toda Corte que exerce a jurisdição constitucional não é somente um órgão judiciário comum, mas sim órgão político diretivo das condutas estatais, na

¹⁹ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 304-305.

*medida em que interpreta o significado dos preceitos constitucionais, vinculando todas as condutas dos demais órgãos estatais e como tal deve priorizar os casos de relevante interesse público”.*²⁰

Apreciado o pedido de liminar, se houver, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias, e se entender necessário, poderá ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, assim como requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Ademais, de acordo com o disposto no § 2º do art. 6º da Lei nº 9.882/99, a critério do relator, poderão se autorizadas, sustentação oral e juntada de memoriais.

7. EFEITOS.

“Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

§ 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”.

²⁰ MORAES, Alexandre de. Ob. Cit. p. 634.

De acordo com a regra estabelecida no parágrafo § 3º do art. 10, a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental terá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do poder público.

No respeitante ao efeito vinculante, o mesmo foi contemplado constitucionalmente em relação à ação declaratória de constitucionalidade, e por força da Lei n 9.882/99, aplica-se à argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Consoante observa Alexandre de Moraes, *“essa vinculação obrigatória decorre da própria racionalidade do sistema concentrado de constitucionalidade, onde compete ao Supremo Tribunal Federal, por força da escolha política realizada pelo legislador constituinte originário, a guarda da Constituição Federal. Assim, uma vez que interprete a norma constitucional abstratamente, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, a Corte Suprema define seu significado e alcance, que deverá ser respeitado por todos os demais órgãos estatais, sob pena de desrespeito à sua função constitucional”*.²¹

É de salientar, ademais, que os efeitos da decisão devem vincular o legislador, para que não edite normas com idêntico conteúdo ao da anteriormente declarada inconstitucional; o juízos e tribunais, estes estarão vinculados não só à decisão do Supremo Tribunal Federal, mas também à interpretação constitucional que lhe foi dada a norma e as autoridades administrativas, as quais não poderão aplicar a norma que desrespeitou preceito fundamental previsto na Constituição, ou *“no caso de improcedência da ação, deixar de respeitar as normas declaradas constitucionais e compatíveis com os preceitos fundamentais e deverão pautar suas condutas pela interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal”*.²²

Uma vez julgada a ação, as autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados serão comunicados, fixando-se as condições e o modo obrigatórios de interpretação e aplicação do preceito fundamental. O Presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

²¹ MORAES, Alexandre de. Ob. Cit. p. 635.

²² TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.) Ob. Cit. p. 33.

Com a edição da Lei nº 9.882/99, art. 11, ao Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, permitiu-se a limitação dos efeitos de sua decisão.

Destarte, desde que atendidos os dois requisitos legais, isto é, a decisão seja tomada pela maioria de dois terços dos membros do STF e que estejam presentes razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, é possível a alteração dos efeitos da decisão.

Ensina o acatado constitucionalista português, Professor Jorge Miranda, em análise a hipótese de limitação de efeitos existente no Direito Português, “*destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; em última análise, destina-se a evitar que, para fugir a conseqüências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela existência de inconstitucionalidade. Todavia, encerra o risco de uma aproximação da atitude própria do legislador, ou mesmo de uma confusão entre o juízo jurídico e o juízo político*”.²³

No julgamento da ADInMC 2231-DF, ainda em andamento no Supremo Tribunal Federal, o Relator, Ministro Néri da Silveira, no tocante ao art. 11 (“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”), votou pelo indeferimento da medida cautelar por considerar que, cuidando-se de processo de natureza objetiva, não há norma constitucional que impeça o legislador ordinário autorizar o STF a restringir, em casos excepcionais, por razões de segurança jurídica, os efeitos de suas decisões.²⁴

8. OUTROS ASPECTOS PROCESSUAIS.

“Art. 8º. A decisão sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos ministros”.

²³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. t. II. p. 389.

²⁴ ADInMC 2.231-DF, rel. Min. Néri da Silveira, 5.12.2001.(ADI-2231) STF – INFORMATIVO Nº 253.

A decisão sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental, consoante o dispositivo legal supracitado, somente poderá ser tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos ministros. Em tal circunstância, a lei não exige o *quorum* qualificado para a votação, no entanto, no caso de declaração de inconstitucionalidade de ato do poder público, exigir-se-á a maioria absoluta, conforme estabelece o art. 97 da Constituição Federal.

“Art. 12. A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em argüição de descumprimento de preceito fundamental é irrecurível, não podendo ser objeto de ação rescisória”.

Seguindo o entendimento jurisprudencial no que concerne ao controle concentrado, e a exemplo do art. 26 da Lei nº 9.868/99, consagra a Lei nº 9.882/99 a irrecorribilidade do julgamento da argüição, assim como, o não cabimento da ação rescisória.

“Art.13. Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno”.

Conforme enfatizado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁵ e nos termos do art. 102, inciso I, 1, da Constituição Federal, a reclamação visa garantir a autoridade das decisões proferidas pelo STF.

9. CONCLUSÃO.

A Constituição Federal prevê no §1º do art. 102, introduzido pela Emenda Constitucional nº 3 de 17/03/1993, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, a qual, segundo o citado dispositivo constitucional, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Visando dar conformação a chamada argüição de preceito fundamental e regulamentar o §1º do art. 102 da Constituição Federal, foi editada a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, cujas disposições disciplinam o processo e julgamento da referida argüição.

²⁵ STF – Petição nº 1.042/MS – medida liminar – Rel. Ministro Celso de Mello – Presidente – Informativo nº 101 – março de 1998.

O novo instituto introduziu nova espécie de controle de constitucionalidade, com o objetivo de atender os casos em que não seriam cabíveis as demais espécies de controle, oferecendo máxima eficácia aos preceitos fundamentais. Conforme observa Alexandre de Moraes, através da novel ação “o Supremo Tribunal Federal poderá, de forma rápida, geral e obrigatória – em face da possibilidade de liminar e da existência de efeitos erga omnes e vinculantes – evitar ou fazer cessar condutas do poder público que estejam colocando em risco os preceitos fundamentais da República, e em especial, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e os direitos e garantias individuais”.²⁶

Consoante o disposto no art. 1º da Lei nº 9.882/99, tem-se que é cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público, para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

No respeitante ao caráter subsidiário da ADPF é de se concluir que a mesma será cabível quando a utilização dos demais mecanismos jurisdicionais for insuficiente para a eliminação da lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental.

De acordo com a previsão da Lei nº 9.882/99, passa-se a contar com duas espécies de arguição, arguição preventiva, arguição repressiva. Ao lado dessas modalidades, surge a lei com a modalidade prevista no parágrafo único do art. 1º (arguição abstrata ou por equiparação).

No que concerne à arguição por equiparação é de se concluir que o legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal o que somente poderia ser feito através de emenda constitucional. Está, destarte, o referido preceito eivado do vício da inconstitucionalidade.

São legitimados para propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental os mesmos co-legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. O procedimento se inicia através de petição inicial, onde conste expressamente a indicação do preceito fundamental que

²⁶ MORAES, Alexandre de. Ob. Cit. p.634.

se considera violado por ato estatal, que também deve estar consignado expressamente, além do pedido e suas especificações.

Por fim, é de se destacar a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos de sua decisão, modulando-os ao caso concreto, a possibilidade de concessão de liminar em sede de provimento de cautelar, consistente na determinação de que os Juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvem a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até o seu julgamento definitivo, além da suspensão dos efeitos das decisões judiciais ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

10. BIBLIOGRAFIA.

- BASTOS, Celso Ribeiro & VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Preceito Fundamental e Avocatória. *Correio Braziliense*. Brasília, 26 jun. 2000, Direito e Justiça.
- BERNARDES, Juliano Taveira. Lei 9882/99: arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Jus Navigandi*. <http://www.jus.com.br>. 08 de janeiro de 2002.
- BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. Arguição de descumprimento de preceito fundamental e sua regulamentação. *Jus Navigandi*. <http://www.jus.com.br>. 08 de janeiro de 2002.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed, Coimbra: Livraria Almedina, 1992.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *Controle de constitucionalidade na omissão legislativa*. Curitiba: Juruá, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz. *Revista Jurídica Virtual*. . <http://www.planalto.gov.br>. 30 de julho de 2001.

- MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, 1, CF). *Jus Navigandi*. <http://www.jus.com.br>. 08 de janeiro de 2002.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Hábeas Data*. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. t. II.
- MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 01.2001.
- SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Jurídica Virtual*. <http://www.planalto.gov.br>. 30 de julho de 2001.
- TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas. 2001.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.
- VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

IDEOLOGIAS POLÍTICAS, DIREITOS HUMANOS E ESTADO: DO LIBERALISMO À TERCEIRA VIA; REFLEXÕES PARA A DISCUSSÃO DO MODELO DE ESTADO BRASILEIRO

André Regis

Professor Universitário

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho estuda a evolução dos Direitos Humanos em face da tipologia ideológica de Estado responsável pela implementação de políticas públicas. Discutiremos o impacto das ideologias políticas para as chamadas gerações de Direitos Humanos. Discorreremos sobre a primeira geração (direitos de liberdade) que envolve direito à vida, à liberdade, à propriedade, que são os grandes princípios liberais; sobre a segunda geração de direitos (direitos coletivos), que diz respeito aos direitos sociais e sobre a terceira geração de direitos (direitos dos povos), voltada para um meio ambiente saudável e para os direitos do consumidor. Enfocando uma discussão mais atual em termos de gerações, ou da evolução dos direitos humanos. E também, em linhas breves, sobre a discussão em torno da chamada quarta geração voltada para temas futurísticos como a bioética. Nosso objetivo será mostrar a conexão ou interpenetração entres essas gerações, pois estamos vivendo uma realidade onde os direitos produzidos por essas três gerações se relacionam tanto geográfica quanto temporalmente. Desta forma, a divisão em gerações de direitos existe apenas do ponto de vista didático. Por isso mesmo, conforme tendência recente, essas gerações podem ser também chamadas de dimensões. Na medida em que “gerações” dá a idéia de algo que se sobrepõe a outra coisa, enquanto que dimensão sugere uma coexistência interativa entre uma coisa e outra.

Examinaremos a evolução dessas gerações (ou dimensões) buscando uma associação entre estas e as ideologias políticas. Iremos apresentar as

principais idéias do liberalismo clássico à terceira via, passando necessariamente pela discussão sobre socialismo, social democracia e neoliberalismo.

Adotamos neste trabalho uma abordagem teórica que privilegia argumentos históricos, ou seja, assim como Bobbio, acreditamos que os direitos humanos são direitos conquistados historicamente.

Do ponto de vista teórico, sempre defendi que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (Bobbio, 1992, p. 5)

Ao final, pretendo que fique claro, que mesmo após todas as reformas neoliberais realizadas no Estado brasileiro a partir do início dos anos 90 do século XX, é um equívoco considerar o Brasil como sendo um Estado neoliberal. Nosso argumento é que o Estado brasileiro é uma tentativa frustrada de social democracia, constitucionalmente estruturada. O perfil das finalidades do Estado brasileiro é social democrata, entretanto, a prestação dos serviços característicos de uma rede de proteção social, típica do estado do bem-estar social, no Brasil é de qualidade insatisfatória.

2 MODELOS POLÍTICOS DE ESTADO E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Não há como discutir gerações de direito humanos sem discutir o liberalismo clássico que surgiu entre os séculos XVII e XVIII. No século XVII, aconteceu na Inglaterra a chamada Revolução Gloriosa em 1688 que foi uma revolução de natureza liberal. Depois vieram, em 1776, a Revolução Americana, que é um grande marco do liberalismo e do Direito Constitucional, e, em seguida, a Revolução Francesa de 1789. Então esses três episódios históricos de grande dimensão simbolizam o nascimento do liberalismo clássico. Do ponto de vista da ideologia do liberalismo clássico, nós temos que levar em consideração que a burguesia emergente defendia a idéia de que o Estado deveria proteger a propriedade privada, a vida, e também a liberdade do indivíduo. Esses eram os valores supremos do liberalismo clássico que coincidem justamente com o surgimento da primeira geração (ou dimensão) dos direitos humanos (que defende os valores do liberalismo)

Os fundamentos do liberalismo clássico podem ser examinados por várias perspectivas, quer seja a perspectiva econômica, política ou das relações interpessoais. Quando alguém se considera um liberal, é necessário saber em que sentido. Muitas vezes, as pessoas têm receio de responder afirmativamente quando perguntadas se são liberais. Pois, normalmente, elas tendem a relacionar o liberalismo com tolerância a comportamentos socialmente polêmicos, uma vez que o liberal no plano das relações interpessoais defende a tolerância, a liberdade religiosa, a liberdade sexual, a opção partidária, a liberdade de pensamento. Entretanto, pode-se estar perguntando se alguém é liberal sob o ponto de vista econômico ou político. Desta forma, ser liberal do ponto de vista econômico é defender que o Estado não deve estar interferindo diretamente na economia. Acredita-se que a economia possui leis próprias que produzem um sistema perfeito quando o Estado não interfere no processo econômico, este é o argumento de Adam Smith (a idéia da mão invisível que é a lei da oferta e da procura geradora do equilíbrio econômico). Para o liberal, do ponto de vista econômico, o Estado não deve intervir diretamente na economia. Percebe-se claramente a diferença entre o liberal do ponto de vista das relações interpessoais, do liberal do ponto de vista das relações econômicas.

Do ponto de vista político, podemos afirmar que o liberal é aquele que defende a idéia de liberdade, principalmente, de expressão, eleições livres, ou seja, democracia. Não obstante, é bom lembrar que o liberalismo surgiu antes mesmo do que se entende hoje como democracia.

Portanto, alguém pode ser liberal apenas sob um aspecto ou até mesmo sob todos os pontos de vista. Até mesmo porque as dimensões do liberalismo não surgiram simultaneamente¹. Nem tão pouco estabelecem relações de dependências mútuas. Por exemplo, uma tirania pode adotar o liberalismo econômico como modelo de gestão econômica. Um conservador em termos de costumes pode ser um fervoroso defensor da liberdade de expressão.

O liberalismo surgiu para dar suporte a idéia de capitalismo. Se hoje alguém pensa que a idéia de direito à liberdade, à vida e à propriedade é algo do passado, algo ultrapassado, porque já chegamos a outras dimensões dos

¹ Por exemplo, a Revolução Inglesa trouxe os princípios do liberalismo clássico, posteriormente, defendidos por John Locke no seu livro “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, entretanto, somente com as revoluções americana e francesa a atual idéia de democracia começa a ser delineada, surgindo então a democracia liberal.

direitos humanos, se voltássemos a 1688, 1776 ou a 1789 veríamos que essa era uma ideologia de vanguarda. O liberalismo veio para romper com o absolutismo monárquico para impor um governo que fosse eleito, fundado na confiança e no consentimento², que desse segurança à burguesia emergente. Burguesia emergente que tinha interesse em patrocinar a expansão do capitalismo. Daí o liberalismo surgir como o grande modelo patrocinador do capitalismo que aparece como organização econômica que utiliza o liberalismo como fundamentação ideológica para sua própria expansão e consolidação. Tudo isso tem a ver com remuneração do capital, tem a ver com liberdade, com livre iniciativa. Todos estes são valores do capitalismo defendidos pelo liberalismo³. É neste momento que há uma ruptura com os últimos vestígios dos valores do feudalismo, com a monarquia absolutista, fazendo surgir a base para o desenvolvimento da democracia liberal.

Portanto, o liberalismo surge como uma força ideológica a serviço do capitalismo tendo como função moldar o Estado para que este pudesse patrocinar o surgimento do capitalismo. O capitalismo precisou de um núcleo ideológico forte para substituir a ordem política em vigor. Então, o Estado passou a ser estruturado pelo liberalismo. Tanto é verdade que se pensarmos, atualizando o debate, em globalização hoje, ou na expansão do capitalismo que é sua marca mais visível, veremos que essa expansão só é possível graças ao suporte das consideradas instituições multilaterais neoliberais. Desta maneira, assim como no passado, o liberalismo serve sempre como a estrada pavimentada para que o capitalismo possa se desenvolver. Se o capitalismo está encontrando dificuldades para se desenvolver, o que se faz? Utiliza-se o liberalismo para criar as condições favoráveis para o seu desenvolvimento. Portanto, ontem, hoje, sempre, o capitalismo necessita do liberalismo para se desenvolver.

Na verdade, o liberalismo surgiu para viabilizar a criação de uma sociedade industrial, pois, o desenvolvimento do capitalismo tem a ver, necessariamente, com o desenvolvimento da sociedade industrial. Neste contexto, introduzimos as discussões em torno da evolução dos Direitos Humanos. Pois, enquanto as idéias de Adam Smith reinavam quanto ao papel do Estado na estrutura econômica, não havia nesta época preocupação nem com democracia nem tão pouco com proteção aos direitos da maior parte

² Locke, 1994, p. 95

³ Locke, 1994, p. 95

da população. Já existia a primeira geração (dimensão) de direitos, mas esta não chegou para todos simultaneamente, esses direitos eram efetivos apenas para os burgueses. A grande maioria, formada pelo proletariado, estava desprotegida. O proletário era obrigado a trabalhar mais de 16 horas por dia, sem amparo algum, sem as mínimas condições de trabalho, vendo sua prole crescer sem perspectiva de futuro e, o pior, começando a trabalhar ainda na infância. No período da revolução industrial o trabalhador não tinha direitos, não ganhava um salário digno, não havia limites legais que regulamentassem a jornada de trabalho. Direitos como, por exemplo, repouso semanal remunerado e férias simplesmente não existiam. A situação era de completa desigualdade e injustiça social. Sem mencionar o fato de que era proibida a liberdade de associação sindical dificultando a mobilização em torno da reclamação por melhores condições de trabalho. Neste contexto inexistia proteção em relação ao que chamamos hoje de direitos sociais, considerados direitos de segunda geração.

Portanto, a primeira geração existia, mas para poucos. Os burgueses estavam protegidos, eles participavam do processo político, votavam, tinham proteção, tinham sua liberdade de iniciativa privada, de vida. Restando desamparado o proletariado que formava grande maioria da sociedade.

Fazendo uma evolução do liberalismo, a partir de 1688 verificaremos que o século XIX foi o momento de ouro desse sistema. Houve uma abertura muito grande dos mercados, num contexto muito parecido com o contexto da globalização atual.

Entretanto, já no início do século XX o liberalismo mostra os primeiros sinais de cansaço. O primeiro deles foi a I Guerra Mundial de 1914-1918. Esta e suas conseqüências foram um grande golpe para o liberalismo⁴, que culminou com a crise da bolsa de Nova York, em 1929. Neste episódio, tivemos uma quebra geral de empresas em todos os setores econômicos, no Brasil a exportação de café sofreu um grande abalo, que simbolizou o desmantelamento, a decadência, o fracasso, e o término de

⁴ A Guerra Mundial quebrou a lógica do funcionamento da liberdade de mercado. Se alguém é um capitalista este vai querer que o mercado esteja livre para que haja a maior quantidade possível de circulação de mercadorias. Uma situação de guerra, como a situação da I Guerra Mundial é uma situação que ao invés da liberdade de circulação existem barreiras absurdas que desaceleram a economia. Há um retrocesso econômico, porque não há liberdade de circulação de mercadorias, para o capitalista isso é ruim. Se o capitalista quer exportar mais, quer participar de um mercado mais amplo em um momento de guerra todos fecham suas fronteiras. Em uma situação de guerra a economia passa a ser organizada para a guerra e não para a produção normal.

uma era chamada de liberalismo clássico. Assim como nós escolhemos com símbolos do liberalismo clássico, do seu nascimento, a Revolução gloriosa, na Inglaterra, a Revolução Americana e a Revolução Francesa nós devemos tomar como marco terminativo desse processo histórico a quebra da Bolsa de Valores de Nova York, em 1929.

Ainda quanto à questão da I Guerra Mundial, não podemos deixar de citar que o principal episódio ocorrido nesse período de ruptura com o liberalismo foi a revolução bolchevique de 1917. Desta forma entendemos que I Guerra mundial ajudou a criar as melhores condições para a realização da Revolução Bolchevique num momento de enfraquecimento do Estado russo⁵ motivado por sua desastrada participação na guerra. Guerra esta um tanto quanto sem sentido sob a perspectiva liberal. O saldo da guerra para os liberais foi uma perda generalizada⁶. Essa revolução aconteceu dentro desse contexto e simbolizou um grande marco de transformação do pensamento liberal, pois colocou em prática uma ideologia política tão forte ou talvez mais forte do que a ideologia do liberalismo clássico: o socialismo como caminho real para o comunismo. Neste sentido, chegou-se a implementação de um modelo de Estado capaz de se contrapor ao liberalismo clássico. Esta nova alternativa gerou mudanças profundas no liberalismo inclusive quanto à evolução dos direitos humanos, fazendo surgir a segunda geração (ou dimensão) dos direitos humanos.

A queda do liberalismo não foi abrupta. Foi um processo muito lento que de certo modo não podemos estabelecer um momento exato que caracterize a substituição desse modelo por outro modelo paradigmático de organização do Estado e do capitalismo. Contudo, podemos colocar alguns episódios significativos para mostrar a derrocada do liberalismo clássico e o surgimento de duas alternativas que marcaram profundamente as relações intra e interestatais.

A Revolução Russa em 1917 trouxe a idéia do socialismo, via ditadura do proletariado, como uma passagem necessária ao comunismo, ou seja,

⁵ Skocpol, Theda. *States and Social Revolutions. A Comparative Analysis of France, Russia, and China*. Cambridge. P.40.

⁶ A Rússia se enfraqueceu tanto que permitiu que os Bolcheviques tomassem o poder, isso é tanto verdade que eles, antes de dar o golpe, aproveitaram o momento da guerra e minaram todas as estruturas que ainda funcionavam dentro do Estado para dar o golpe. Eles esperaram o momento do enfraquecimento, quando o Estado estava totalmente debilitado, quando já não tinha mais forças de resistência, então houve a revolução. Skocpol, Theda. *States and Social Revolutions. A Comparative Analysis of France, Russia, and China*. Cambridge.

para o estágio final da evolução humana, de acordo com Karl Marx, onde o homem poderia desenvolver suas potencialidades em sua plenitude sem necessidade do Estado, dessa forma, o comunismo seria a ausência do Estado. A ditadura do proletariado faria com que o proletariado tivesse a proteção necessária para que ele pudesse se tornar uma pessoa com dignidade. Isto é extremamente importante porque a segunda geração de direitos humanos surge justamente dessa ruptura gerada pela Revolução Russa que fez a passagem do capitalismo para o socialismo, criando um modelo de Estado totalmente antagônico ao modelo estatal liberal.

O socialismo, a partir da experiência soviética, promete para o trabalhador o paraíso na Terra. Se o trabalhador morria de fome, até por não ter um salário que permitisse vida com dignidade, o salário no socialismo permitiria. Se o trabalhador no capitalismo adoecesse, morreria doente, sem amparo, sem assistência; no socialismo teria assistência médica, mais do que assistência médica ele teria previdência, quando envelhecesse ele estaria tranqüilo porque o Estado cuidaria dele. O Estado garantiria o repouso semanal, garantiria férias, garantiria condições de igualdade para mulheres e para homens. Proibiria trabalho infantil, as crianças estariam protegidas, as crianças teriam escola. Em resumo, o socialismo prometia para o trabalhador, assistência do berço ao funeral. Tudo isso seria garantido porque o Estado seria total, estando toda a economia nas mãos do Estado. O Estado seria o detentor dos fatores de produção, haveria a abolição da propriedade privada. A idéia de propriedade privada então deixa de existir, fazendo com que o conceito de liberdade ficasse condicionado à idéia de igualdade porque o importante no socialismo é o conceito de igualdade absoluta, é a idéia de uma sociedade sem classes.

Houve, portanto, uma inversão completa de valores. No liberalismo, como o indivíduo está no centro do sistema, se espera que primeiro ele pense nele para depois pensar no coletivo enquanto que no socialismo o indivíduo deve primeiro pensar no coletivo para depois pensar em si. Se no liberalismo o valor principal do sistema é a liberdade, no socialismo é a igualdade. Uma igualdade absoluta. Surge, portanto, um novo sistema, fruto de uma revolução, implementado com dificuldade num dos países mais importantes da Europa, embora tenha sido uma surpresa para os marxistas que a revolução tenha ocorrido na Rússia e não na Inglaterra, porque de acordo com Karl Marx a revolução aconteceria da contradição do capitalismo e esta iria aparecer no modelo capitalista mais avançado e não em um

modelo quase que pré-capitalista como o Russo Czarista. O fato é que a Revolução Russa passou a ser o maior motor ideológico de transformação do próprio capitalismo e do liberalismo clássico isso por um motivo muito simples é que o socialismo passou a ser um modelo alternativo.

Assim, em termos evolutivos, o liberalismo clássico superou o modelo absolutista, o liberalismo trouxe o capitalismo, depois, a idéia de democracia. Assim, o capitalismo se expandiu durante séculos para depois entrar em colapso, antes que ele entrasse em colapso total surgiu, então, uma alternativa: o socialismo. Com o surgimento do socialismo, qual seria o comportamento lógico para o proletariado? Evidente que o comportamento lógico seria: se no modelo liberal não temos proteção sequer das nossas vidas, vamos lutar pela revolução, pois já estamos mortos mesmo que respirando.

Portanto, o operariado começou a procurar o melhor para os trabalhadores. O comportamento racional para qualquer operário era o de se tornar revolucionário. Porque se o movimento revolucionário tivesse êxito, o trabalhador deixaria de ser explorado para ser parte de um modelo estatal garantidor pleno dos direitos sociais de segunda geração. Então, o operário passaria a ter direitos que não teria com o modelo capitalista do liberalismo clássico. Dessa forma, o trabalhador começou a se mobilizar, começaram a haver manifestos, organizações sindicais, grupos difundindo as idéias socialistas, a difusão da Revolução Russa, então a idéia da Revolução Russa passou a transitar na Europa, essas idéias circulando fizeram com que mais pessoas tivessem acesso ao que aconteceu na Rússia e então esse modelo passou a ser uma idéia madura. Os operários se organizaram e começaram a pressionar por direitos, criticando o modelo, criticando a forma de organização do Estado, a exploração, a falta de proteção e este contexto foi de muita violência porque estes movimentos foram encarados como movimentos subversivos e de fato eles estavam pretendendo subverter a ordem através da luta de classes para usar terminologia marxista.

Por outro lado, se nos colocarmos na perspectiva do burguês, do dono, da empresa, da indústria, qual seria o comportamento que deveríamos esperar? Repressão. Com o surgimento dos movimentos revolucionários, houve uma repressão sangrenta. Muitos ativistas morreram outros foram presos, torturados tendo seus direitos humanos violados. A luta por direitos humanos foi sangrenta. Os capitalistas reprimiam para não perder o controle da situação, porém a repressão não foi eficaz. Com isso começou a haver uma ameaça real ao *status quo* criando a possibilidade de se repetir tudo o que

acontecera na Rússia em 1917. Por isso, de um lado, para se evitar a revolução, e do outro, para se evitar mais mortes e a incerteza do futuro, só havia um caminho: negociação. Foi nesse processo de negociação que surgiu a social democracia.

A social democracia surge então desse processo de negociação porque ambas as partes chegaram a conclusão de que nem o capital tinha condições de reprimir de forma eficaz os movimentos revolucionários, porque cada repressão gerava mais descontentamento, novas manifestações e mais repressão. Nem tão pouco os trabalhadores tinham força suficiente para derrubar o capital porque, apesar do exemplo histórico da Revolução Russa, os demais Estados europeus não estavam enfraquecidos como a Rússia esteve durante a Revolução⁷. A máquina repressora era forte. As lutas seriam sangrentas e nenhuma das duas partes teria a certeza de que iria ganhar e o custo da vitória poderia ser muito grande para ambas as partes e no final poderia ser uma vitória de Pirro⁸.

Então, não necessariamente ganhar significaria o melhor resultado. A conclusão de ambos os lados era que a negociação traria o melhor resultado para todos. E foi esse processo de negociação que culminou com o estabelecimento da social democracia. A social democracia veio a ser o modelo de Estado que buscou conciliar interesses antagônicos entre liberais clássicos e socialistas. Inclusive, houve grandes acusações por parte dos socialistas, ou comunistas, em relação aos sociais-democratas como Rosa de Luxemburgo na Alemanha. Estes foram acusados de vender a causa socialista por agir com precipitação negociando em condições desfavoráveis⁹. Mas a maioria dos sociais-democratas fez realmente a opção pelo acordo e este acordo fez

⁷ A Rússia estava metida em uma guerra que ela não tinha condições de lutar e ela se enfraqueceu tanto que os próprios Bolcheviques procuraram minar ao máximo as resistências do Estado para que houvesse a possibilidade da Revolução. Então a Revolução ocorreu na Rússia não apenas pela força do movimento revolucionário mas também pelo próprio colapso das próprias instituições repressoras do Czar.

⁸ Pirro foi um general que lutou várias vezes contra Roma. Cada vez que Roma lutava contra seu exército, Pirro ganhava. Ganhou a primeira batalha. Ganhou a segunda. Ganhou a terceira. Ganhou a quarta. Quando chegou na quinta batalha ele disse: “Mais uma vitória dessas e eu estou liquidado!”. Por que? Porque na primeira ele ganhou mas ele perdeu homens; na segunda ele ganhou mas perdeu muitos homens; na terceira o exército dele já estava pequeno mas ele ganhou; na quarta ganhou mas ficou minúsculo, ou seja, mais uma vitória daquela e ele estaria liquidado.

⁹ Isso foi o que realmente aconteceu porque eles diziam que iam ganhar, então por que negociar agora? “Vamos fazer a revolução. Vamos implementar o socialismo.” E não negociar um Estado que eles não conheciam porque até então não havia exemplo de Estado social democrata.

com que surgisse dos pactos entre socialistas e burgueses a social democracia.

Então, um Estado social democrata vem a ser a compatibilização, a harmonização entre interesses opostos, seria a manutenção de uma ordem capitalista, mas com uma forte presença do Estado nas relações sociais, ou seja, o Estado seria muito forte, seria a compatibilização das idéias conflitantes de liberdade com a idéia de igualdade. A questão passou a ser como se garantir a liberdade entre os desiguais, ou a igualdade na liberdade? Se se quer produzir a igualdade, então, há a necessidade de se partir para a compatibilização de idéias antagônicas, a social democracia procurou juntar esses direitos.

Afinal, qual foi o acordo? Os capitalistas fizeram a seguinte oferta aos operários: se os operários querem os direitos sociais, como por exemplo: seguro desemprego, igualdade entre homens e mulheres, proibição do trabalho infantil, educação, saúde, previdência, nós concordamos. Tudo será garantido sem a necessidade de revolução. Então, houve a promessa de se construir um Estado onde o trabalhador tivesse acesso a esses direitos. Esta oferta fez com que a idéia da social democracia fosse viabilizada, e ela foi aceita pelos trabalhadores, pelos socialistas, já então sociais-democratas, os dois lados passaram a ser considerados sociais-democratas porque fizeram algo que não existia.

Com isso houve uma mudança radical no modelo de Estado, porque se acabou com a era das finanças neutras, a idéia de que o Estado só poderia gastar o que ele arrecadasse e que o Estado não deveria participar diretamente da economia. E a quem cabia cumprir a promessa? Ao Estado. Então os burgueses aceitaram financiar uma estrutura estatal que produzisse tais condições, viabilizando, desta forma, a criação dessa segunda geração (ou dimensão) de direitos. Para isso houve a necessidade do Estado passar a ser um Estado intervencionista. E mais do que isso ser um Estado que arrecadasse muito porque o Estado precisava construir escolas, estradas, hospitais, garantir aposentadoria, tudo isso fez com que o Estado precisasse arrecadar mais.

Com o acordo o capitalista continuou ganhando muito, mas, a partir daí, ele teria que contribuir com uma grande parte do que ganhava para os cofres públicos para que estes pudessem garantir o acordo. Se isto não tivesse acontecido os burgueses não teriam a garantia de controlar o processo. Então, houve a transferência de riquezas para que o Estado promovesse

a justiça social. Uma justiça tanto distributiva, distribuindo as riquezas produzidas, como também reparadora, reparando os danos do passado construindo uma sociedade mais justa. Isto implicou em um aumento significativo da carga tributária desses Estados. A social democracia passou a significar Estado intervencionista na economia e também elevada arrecadação de tributos pelo Estado.

Comparando, num Estado liberal clássico a necessidade de recursos para o Estado é mínima. O Estado não tem tantas obrigações e se ele não tem tantas obrigações ele não precisa arrecadar muito. Entretanto, num modelo como este há a necessidade de gigantesca arrecadação para se poder viabilizar a prestação desses serviços. A idéia de igualdade, que passa a ser a idéia central do sistema, é uma promessa de igualdade para o futuro. Ou seja, o funcionamento do sistema irá produzir igualdade de oportunidade para todos. Resumindo, os capitalistas prometeram criar um novo sistema baseado na justiça social. Saúde, previdência, pleno emprego, educação seriam direitos garantidos pelo Estado para todos. Por exemplo, através do sistema educacional, todas as crianças poderão estudar e ser o que quiserem, elas poderão desenvolver suas potencialidades na plenitude. O sistema educacional produzirá a igualdade, então, no futuro, prevalecerá o mérito e o mérito vai gerar a distribuição de riquezas criando o socialismo não por via revolucionária, mas por via democrática. Paradoxalmente, este modelo veio para salvar o capitalismo, evitando que ele entrasse num processo de ruptura total após queda da bolsa de Nova York. O ano de 1933 passou a ser um grande marco para a social democracia quando Franklin Delano Roosevelt assume a presidência dos EUA e implementa o *New Deal*¹⁰, adotando o modelo de Estado intervencionista, rompendo com o liberalismo clássico.

No novo contexto, o Estado passa a ter grandes empresas estatais gerando empregos, sendo empresário, estando no mercado, regulamentando o mercado como agente produtivo, produzindo riquezas, e garantindo direitos sociais. Tem-se, então, a social democracia que passa a viabilizar

¹⁰ “*The New Deal, though sometimes contradictory in detail and uneven in impact, restored national morale and remolded the landscape of American life. In particular, it established the responsibility of government to maintain a high level of economic activity, to provide for the unemployed and the elderly, to guarantee workers unions of their own choosing, to prohibit anti-social business practices, to protect natural resources, and to develop the Tennessee Valley and other undeveloped regions.*” Arthur M. Schlesinger, Jr. p. 957. *The Reader’s Companion to American History*. In Eric Foner and John Garraty editors. Houghton Mifflin. Boston, 1991.

essa segunda geração de direitos. Evidentemente que os direitos da primeira geração foram incorporados à nova geração, já que a social democracia compatibiliza os valores do socialismo e do liberalismo clássico. Provavelmente, daí vem a idéia de dimensões, pois a nova dimensão incorporou as idéias da primeira geração.

Por mais de cinquenta anos o modelo social democrata não teve concorrência do lado liberal, pensadores como F.A. Hayek não tinham o menor crédito, J. M. Keynes continuava sendo o mais reputado pensador no domínio da economia-política, desde o seu clássico de 1920 *Of the Essence and Value of Democracy*.

Neste contexto, é interessante observarmos que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, foi elaborada no período em que estava sendo consolidada a terceira geração dos direitos humanos. Podemos, portanto, considerar esta declaração como um dos grandes marcos da terceira geração. Os direitos da terceira geração são, basicamente, os direitos ao meio ambiente saudável, direitos do consumidor, direitos e proteção à criança e ao adolescente, direito a autodeterminação dos povos (por isso ela ser conhecida como geração dos povos), direito à paz, direito ao desenvolvimento. Portanto, direitos difusos e coletivos que ganharam importância após a Segunda Guerra Mundial passando a ser incorporados aos direitos humanos já existentes que seriam os direitos políticos e civis e os econômicos e culturais.

É interessante observarmos que, diferentemente das gerações anteriores, com a terceira geração surge uma nova tendência internacional em termos de vigilância entre os Estados, via organizações internacionais, onde uns passam a vigiar os outros. A ONU e suas agências, passam a ser os grandes guardiões dos direitos humanos internacionais. A idéia era de que as nações deveriam se ajudar mutuamente para que a paz fosse mantida, e cada Estado deveria fazer o máximo para incorporar as suas respectivas legislações os novos instrumentos de proteção aos direitos humanos para que essa idéia pudesse ser efetivada.

Durante toda o período da Guerra Fria, de 1950 até 1991, o modelo alternativo à social democracia continuava sendo o socialista¹¹. É interessante observar que as lutas por direitos sociais ao longo deste período se baseavam na tentativa de alcançar o socialismo pela via democrática.

¹¹ Merquior, 1991.

O retorno do liberalismo só vem a ocorrer na segunda metade dos anos 80 do século XX. Neste momento surge a doutrina do neoliberalismo. O neoliberalismo tornou-se a doutrina ideológica hegemônica da época da chamada globalização. Aparece, então, a pressão vinda dos organismos internacionais para que os países privatizassem suas empresas estatais, liberalizassem suas economias e viessem a integrar a economia global de forma mais efetiva. Esse é o chamado Consenso de Washington, patrocinado pelas principais agências econômicas mundiais, conhecidas como as de agências de *Bretton Woods*, como o FMI, o Banco Mundial, e o GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*)¹².

Podemos afirmar que o neoliberalismo foi fruto de pressões internas e externas. Do ponto de vista externo ele foi uma decorrência da estrutura do capitalismo internacional, criado pelos Estados Unidos após a Segunda Guerra Mundial.¹³

Na verdade, esse chamado Consenso de Washington tinha como objetivo utilizar essas organizações internacionais como mecanismo de pressão para os governos dos países mais fechados, em termos de comércio global, no sentido de que eles patrocinassem políticas neoliberais. O mecanismo de pressão era simples, por exemplo, quando algum país necessitava de recursos do FMI, o empréstimo era concedido apenas se o tomador criasse um programa de privatizações. Se algum país precisasse de recursos do Banco Mundial, também do FMI, então ele emprestava desde que houvesse um projeto de austeridade fiscal. E ainda, havia a pressão do GATT, posteriormente OMC, para que as barreiras às importações fossem diminuídas. Esse receituário de políticas neoliberais ficou sendo chamado de o Consenso de

¹² Entretanto, é interessante observar que se a ordem internacional é neoliberal, não podemos dizer que os Estados são neoliberais. Porque a ordem internacional é neoliberal? Essa supremacia do fluxo de capital, essas organizações internacionais que estruturam a economia como a OMC, o FMI, o Banco Internacional atuam no sentido de fazer com que haja realmente uma expansão; uma expansão do capitalismo internacional e sabemos que o capitalismo para se expandir sempre precisa do liberalismo; então dentro de uma perspectiva internacional o sistema internacional é neoliberal.

¹³ Este sistema tem sido sustentado por três grandes pilares: 1) o pilar de sustentação financeira, sendo o FMI (Fundo Monetário Internacional)¹³ que coordenaria o relacionamento entre os diversos bancos centrais do Estados. O FMI se encarregaria de emprestar dinheiro para socorrer bancos centrais em caso de necessidade; além de propor diretrizes básicas para que houvesse uma maior harmonização do sistema capitalista mundial 2) o pilar do desenvolvimento, a cargo do Banco Mundial¹³, este organismo recebeu a missão de promover o desenvolvimento estruturador, para recuperar a economia do pós-guerra; ele seria o grande banco para emprestar dinheiro para projetos de desenvolvimento, e finalmente. 3) o pilar da comércio mundial, a cargo do GATT. O GATT foi a principal organização responsável pela liberalização da economia mundial nos últimos 50 anos, principalmente, pelos acordos decorrentes das diversas rodadas de negociações, como a rodada Kennedy ou a Uruguai do GATT que terminou em 1993.

Washington por serem essas organizações sediadas na capital dos EUA e também por defenderem interesses dos Estados Unidos. Então, essas organizações internacionais passaram, efetivamente, a patrocinar essas políticas. Se fizermos uma análise detalhada perceberemos que os países em desenvolvimento, naquela época, passaram a sofrer pressão para adotar o mesmo receituário neoliberal. Privatizações passaram a ocorrer em todas as partes do mundo dos países desenvolvidos aos países em desenvolvimento, o que aconteceu no México ou na Argentina, terminou acontecendo no Brasil também, o que variou foi a velocidade de implementação do cronograma estabelecido.

Primeiro veio o Chile, depois veio a Argentina, juntamente com o México só muito tempo depois veio o Brasil praticando esse tipo de política de privatização, de enxugamento da máquina, de dependência de investimentos externos, de política de câmbio super valorizado, de abertura da economia para produtos importados, ou seja, liberalizando a economia para o mercado internacional. Esta pressão existiu e ainda hoje faz parte do receituário dessas organizações internacionais que tem o claro objetivo de abrir os mercados, o problema é que as vezes o país faz parte da organização, como os EUA que pregam o liberalismo para os outros e em casa, quando não interessa, são países altamente protecionistas, o Brasil vive levando revezes dos EUA por conta disso, no aço, nas laranjas, nos calçados. Os EUA pregam a abertura, mas na hora de abrir o seu mercado para os produtos brasileiros se fecham. Essa é uma realidade que deve ser destacada.

Com tal consenso os países emergentes passaram a adotar esse receituário. Paradoxalmente, o grande modelo paradigmático dessas reformas era a Argentina. Chile, México e a Argentina eram, de fato, apontados como os países que haviam implementado com sucesso essas políticas neoliberais.

Depois de uma década de reformas, o Chile vai bem. O México passou por um período de turbulência muito grande mais se recuperou, talvez graças ao NAFTA¹⁴. O grande problema tem sido a Argentina, apontada até pouco tempo como modelo a ser seguido, que entrou em colapso. Infelizmente, os argentinos não estão conseguindo vencer, e não sabemos se irão conseguir superar esta crise pós De La Rúa.

¹⁴ North American Free Trade Agreement – acordo de livre-comércio entre os Estados Unidos, Canadá e México.

Esse, portanto, foi o cenário internacional propagador das políticas neoliberais graças ao suporte dado pelas organizações internacionais a essas políticas neoliberais.

Resumindo, a social democracia surgiu do compromisso entre o proletariado e a burguesia que fez nascer um Estado extremamente caro, daí as pressões internas. É caro sustentar o chamado *welfare state*. Neste modelo, precisa-se de uma carga tributária muito elevada para, por exemplo, garantir educação de qualidade, ou sólida infra-estrutura. Para seus críticos, a social democracia cria um Estado pesado, caro, de economia estruturada em empresas estatais deficientes. O Estado (atuando como empresário) possuía companhias de mineração, de aviação, siderúrgicas, de telecomunicações, petrolífera, ou seja, o Estado estava presente em todas essas áreas. Entretanto, as críticas a este tipo de Estado foram numerosas. As críticas iam desde os processos de compra via licitação ao nepotismo, ou ao uso político dos cargos, deixando as empresas estatais sem competitividade¹⁵.

A chamada crise da social democracia foi, principalmente, resultado do aumento constante dos custos do Estado para a contínua promoção do *welfare state*. Chegou-se a um ponto em que este Estado passou a ser caro demais. Fazendo surgir um movimento de reestruturação do Estado, um movimento que balançou as bases da social democracia e este movimento foi chamado de neoliberalismo, que veio para renovar a social democracia. Assim como o socialismo serviu para modificar as bases do liberalismo, criando a social democracia o neoliberalismo conseguiu funcionar como uma força reformadora da social democracia.

O neoliberalismo não é o retorno ao liberalismo. Até porque, seria impossível, depois de ter sido criada toda essa estrutura social, todo esse Estado intervencionista, depois da revolução socialista, depois da criação da social democracia, onde houve a incorporação de todos aqueles direitos sociais de segunda geração, abandonar-se, simplesmente, todas as conquistas sociais para um retorno a uma situação anterior à social democracia. Portanto, é um equívoco pensar que o neoliberalismo é o puro e simples retorno ao liberalismo.

¹⁵ Essas empresas conviviam com as empresas do setor privado que por adotarem lógica de mercado levavam vantagem. Por outro lado, os sociais-democratas se defendiam argumentando que as empresas estatais deveriam apenas seguir a lógica pública. Ou seja, o Estado deve ter sim, por exemplo, companhia aérea, ou mineradora, ou siderúrgica quando houver necessidade social.

A diferença mais marcante entre o liberalismo clássico e o neoliberalismo diz respeito à crença liberal de que as leis de mercado são perfeitas e que a intervenção do Estado na economia é que provoca distorções que colocam em risco a estabilidade econômica. No neoliberalismo, em virtude até do que aconteceu no período da quebra da bolsa de Nova York, mostrando que não há esta perfeição das leis de mercado, o que se buscou fazer foi a redefinição do papel do Estado. Os neoliberais passaram a pregar que o Estado não deve intervir na economia diretamente como empresário, mas, ele deve interferir diretamente como agente regulador. Ao invés de o Estado ir fazer algo ou, por exemplo, explorar petróleo ou ter uma empresa de telecomunicações, ele irá deixar que a iniciativa privada, de acordo com as regras impostas pelo Estado, cuide dessas atividades. O Estado dita as regras que devem ser cumpridas pela iniciativa privada. Caso essas regras venham a ser descumpridas cabe ao próprio Estado, através de suas agências reguladoras, punir as infrações.

Então, com o neoliberalismo a economia não está livre, apenas ela funciona sem o Estado como empresário e sim como árbitro. O Estado estabelece as regras, funciona como regulador. É nessa concepção que surgem os programas de privatizações, que aconteceram no mundo inteiro, transferindo do Estado para a iniciativa privada empresas estatais. Este tipo de transferência ocorreu na Inglaterra, na Alemanha, no Chile, na Argentina, e, também, no Brasil. Então houve essa transferência de capital do Estado para a iniciativa privada. Isto realmente foi algo novo, pois, numa perspectiva meramente liberal, seria privatizada e deixar que o mercado cuidasse de tudo.

Em linhas gerais, seguindo as privatizações, criaram-se agências de controle das atividades transferidas para o setor privado. Então, essas agências funcionariam para estabelecer regras, estabelecer metas e para punir os que descumprissem as metas. No caso do Brasil temos o exemplo da Anatel e da Aneel, entre outras agências. Estas agências estão voltadas para a regulamentação do mercado. Isso é uma idéia neoliberal, algo completamente novo e diferente do modelo do liberalismo clássico.

Agora é interessante que quando o neoliberalismo surge como opção, ele traz novos direitos para a chamada terceira geração, como, por exemplo, o direito do consumidor. Sem dúvida o direito do consumidor está totalmente baseado na crença liberal na ênfase da cidadania voltada para o consumo.

A grande crítica que fazemos é que ao contrário do que muitos autores afirmam, não existe Estado neoliberal. O neoliberalismo como movimento jamais foi capaz de produzir uma única experiência de Estado mínimo¹⁶. Na verdade, o que aconteceu foram programas de cunho neoliberal operando dentro da própria social democracia. A partir desses programas a social democracia foi reestruturada. Posteriormente, a social democracia usou o discurso reformista e começou a afirmar que estruturar o Estado não era uma coisa exclusiva do neoliberalismo. Portanto, não haveria incompatibilidade entre a social democracia e reforma do Estado visando um melhor gerenciamento da administração pública.

Outro aspecto inovador do neoliberalismo foi o discurso em torno da necessidade de retorno às finanças neutras e da responsabilidade fiscal. Foi neste contexto que, a partir de pressão internacional, principalmente, do FMI, houve um movimento pela adoção de legislações que garantissem a responsabilidade fiscal¹⁷.

Todo esse novo contexto influenciou mudanças na concepção social democrata de Estado. A social democracia foi renovada por conta do neoliberalismo enquanto programa de reformas do Estado. Entretanto, o neoliberalismo nunca foi efetivamente implantado como modelo de Estado como aconteceu com a social democracia. Nem mesmo na Inglaterra, país que mais levou adiante reformas neoliberais, o neoliberalismo substituiu a social democracia¹⁸. A Inglaterra continua sendo uma social democracia, porém, mais enxuta; devolveu muitas atividades econômicas para o mercado e hoje funciona de uma forma diversa ao período pré Thatcher.

Entretanto, a grande crítica que se fez às políticas neoliberais diz respeito à tentativa de acabar com direitos adquiridos decorrentes de lutas seculares dos movimentos sociais. Por exemplo, a chamada flexibilização

¹⁶ Para os mais radicais o neoliberalismo significaria a criação do chamado Estado mínimo. Este seria um Estado que cuidaria apenas do que o mercado não tivesse interesse, ou seja, na forma mais extrema o Estado só cuidaria da segurança e da justiça. Evidentemente, este tipo de Estado jamais foi implementado.

¹⁷ Seguindo um modelo criado na Nova Zelândia, o Brasil em maio de 2000 promulgou sua Lei de Responsabilidade Fiscal.

¹⁸ Portanto, se não houve em lugar algum, nem no Reino Unido, a mudança da social democracia para o neoliberalismo, provavelmente, é porque na verdade o neoliberalismo enquanto novo tipo de Estado ainda não existe. Podemos dizer que o neoliberalismo é uma técnica de gerenciamento do Estado, formada por princípios liberais mesclados com princípios inovadores. Estes novo modelo modificou as bases da social democracia. A social democracia foi revigorada, ela estava cansada, pelo neoliberalismo.

da legislação trabalhista, retirando direitos dos trabalhadores, sob o argumento da necessidade de geração de mais emprego. Essas políticas impopulares, de eficácia questionável, produziram um grande desgaste no discurso neoliberal. Além disso, outro ponto de desgaste dizia respeito à maneira como os Estados estavam abrindo suas economias para o mercado externo, aumentando importações de produtos industrializados que eram tidos como geradores de desemprego interno e da desaceleração da atividade industrial doméstica. Em resumo, os países começaram a vender suas empresas, começaram a abrir suas economias, buscando um lugar ao sol na globalização. Durante algum tempo as expectativas foram enormes, mas isso teve um limite. Após várias reformas, chegou-se a conclusão de que esse tipo de programa não é aplicável indefinitivamente. As privatizações chegam ao fim, e depois? O que fazer para gerar ativos financeiros para o Estado? Chega-se a um ponto em que as barreiras comerciais já foram derrubadas pelos acordos internacionais. E aí o que fazer para proteger a indústria nacional? Portanto, existe um limite para políticas neoliberais. De fato, se é verdade que o neoliberalismo veio para apontar as contradições da social democracia, é verdade também que ele tem as suas próprias contradições.

Então é nesse contexto de desgaste do neoliberalismo que entra a discussão em torno da chamada terceira via. A terceira via na verdade vem a ser o discurso de renovação da social democracia. Anthony Giddens escreveu *The Third Way*¹⁹ – *The Renew of the Social Democracy* falando que a terceira via é a social democracia revisitada, transformada, pelo neoliberalismo. Quando Tony Blair assume o poder ele não desfaz o que os conservadores fizeram. Os trabalhistas argumentaram que o que foi feito está feito, agora é tempo de retorno aos problemas sociais. Em momento algum, após o retorno dos trabalhistas, houve a tentativa de se desfazer do que foi feito na época dos conservadores.

Sem dúvida o neoliberalismo foi importante no sentido de revigorar a social democracia que é um modelo que é compatível com todas as gerações de direito. Talvez seja o único modelo, a social democracia, que seja compatível com todas as gerações.

¹⁹ É importante salientar que o termo *The Third Way* não pertence a Giddens, sobre o surgimento da nova esquerda e social democracia, por exemplo, David Held já havia escrito em 1984 o capítulo intitulado *The Contemporary Polarization of Democratic Theory: The Case for a Third Way*, no livro *Political Theory and the Modern State* pela Stanford University Press.

Não obstante, é oportuno, ainda, fazermos algumas diferenciações entre o liberalismo clássico do neoliberalismo. No neoliberalismo a ênfase é no consumidor, a ênfase é no mercado, a ênfase é uma situação não do liberalismo clássico, mas a ênfase é no mercado; é fazer com que o mercado opere num sistema de vantagens competitivas, voltando a David Ricardo, a Lei das Vantagens Comparativas, a ênfase é no consumidor. A crítica dos sociais-democratas é justamente de que os governos que estavam praticando ao extremo políticas neoliberais estavam de certo modo esquecendo do social. Então a terceira via surge como o manifesto político que foi de certa forma foi um manifesto que coincidiu com a volta do Partido Trabalhista britânico ao poder e Tony Blair, enquanto líder do partido, torna-se Primeiro Ministro. A idéia de terceira via foi um manifesto político que se deve interpretar dentro da política inglesa, isso porque, a Inglaterra foi um dos grandes modelos paradigmáticos neoliberais. De fato, Margareth Thatcher foi bem sucedida na implementação de governo, se os conservadores não tivessem sido bem sucedidos eles não teriam passado mais de uma década no poder. Entretanto, com argumentamos, mesmo considerando este sucesso, houve um envelhecimento natural desse tipo de políticas neoliberais.

A prova maior do sucesso da Era Thatcher foi a postura do governo de Tony Blair ao assumir o poder. Tacitamente, o Partido Trabalhista reconheceu que os conservadores fizeram um governo positivo, mas seu modo de governar já envelhecera, havendo, portanto, a necessidade de se reformar a economia para investir no social. Desta forma, nesta divisão de tarefas, coube aos conservadores a missão de consertar a casa. E agora, aos trabalhistas a missão de se investir no social. É, portanto, o retorno à social democracia. Desta maneira, os ingleses nunca negaram a social democracia, eles reformaram o Estado e a economia, via políticas neoliberais, deram uma nova roupagem à social democracia via neoliberalismo, e agora estão buscando uma terceira via que nada mais é do que uma revisão da própria social democracia.

O conceito de terceira via passa a ser a discussão. Na verdade, a idéia de terceira via pode ser vista como sendo uma maneira de se negar tanto a velha social democracia de Keynes, quanto o neoliberalismo de Thatcher. O discurso passa a ser em defesa do retorno aos investimentos sociais, mas dentro de uma concepção de eficiência e eficácia estatais. Juntamente com a terceira via chegamos aos chamados direitos de quarta geração.

Os chamados direitos humanos da quarta dimensão seriam os novos direitos frutos das inovações tecnológicas, da bioética, do desenvolvimento

das nações, da sustentabilidade econômica, do direito à vida das gerações futuras, do direito a uma vida saudável e em harmonia com a natureza, da manipulação genética, da biotecnologia, da bioengenharia, e direitos advindos da realidade virtual. É importante observarmos uma importante diferença entre os direitos ao desenvolvimento das nações, decorrente da terceira geração, e ao desenvolvimento sustentável das nações, decorrente da quarta geração.

Neste contexto, Antony Giddens torna-se o grande suporte intelectual de Tony Blair. Ele é quem escreve dando o suporte teórico e isso é muito comum na política inglesa²⁰. O objetivo da propaganda em torno da Terceira via era de justificar a mudança de estratégia político-eleitoral, enquanto o Partido Trabalhista estava simplesmente atacando os conservadores eles estavam perdendo as eleições para os conservadores; então Tony Blair, ao chegar a liderança do partido, mudou o discurso utilizando justamente esse arcabouço teórico de terceira via²¹.

É interessante observarmos que além do discurso “modernizante”, a terceira via defende a globalização como algo positivo para a humanidade. Dessa forma, ela adota um discurso a favor da globalização. Seu discurso é justamente que a globalização é boa. É um discurso que a globalização abre possibilidades, então, é um discurso, também nesta questão, muito próximo, ou até mesmo igual, ao discurso do neoliberalismo.

Para Antony Giddens, os sociais-democratas de terceira via estariam longe de fazer parte de uma filosofia de *laissez-faire*, eles acreditam que não precisam tolher a dinâmica do mercado, mas sim aperfeiçoá-lo buscando mais eficácia. Esse discurso só vem a reforçar o reconhecimento das políticas neoliberais pela terceira via.

Os teóricos da terceira via não defendem a social democracia pré-neoliberalismo. Ou seja, eles não negam tudo que foi feito em termos de privatização, ou que, por exemplo, telecomunicações formam uma área sensível que deve estar na mão do Estado, assim como também a energia ou o petróleo também, ou seja, um discurso carregado de nacionalismo e de esta-

²⁰ Por exemplo, John Locke também foi um grande teórico de momento político do final do século XVII, com a Revolução Gloriosa. Não colocando Antony Giddens no mesmo patamar de John Locke mas apenas mostrando esse precedente na política inglesa, onde a política exige algum lastro acadêmico para fundamentar os programas de governo.

²¹ A natureza panfletária da terceira via de Giddens foi apontada em diversas partes da Europa, para seus críticos, as idéias da terceira via já haviam chegado em outros países pela própria social democracia.

tismo. O que seria um simples retorno à social democracia como ela era moldada no pós-guerra. Portanto, a terceira via, de modo geral, não nega as reformas que foram implementadas pelo neoliberalismo.

Em resumo, com a terceira via, segundo Giddens, traz uma maior conscientização dos problemas ecológicos, uma maior conceituação dos problemas globais, da própria globalização, por isso é um discurso que tende a incorporar novos valores (dentro de uma perspectiva social-democrata). E quais são os valores da terceira via? São a igualdade, que também é um valor da social democracia, não é definitivamente do neoliberalismo; proteção do vulnerável; a liberdade como autonomia, embora que a liberdade seja um valor liberal, mas incorporado pela social democracia; também ela defende que não devem haver direitos sem as contrapartidas das responsabilidades. Além disso, ela enfatiza a democracia, que também está na própria essência da social democracia, e o pluralismo cosmopolitano como filosofia da globalização. Então, o programa da terceira via implica numa política estruturada politicamente no centro, centro radical conforme Giddens, ou seja, nem na esquerda nem tão pouco na direita. Além disso, deve haver um arranjo internacional dos países que deve ser feito dentro da idéia de democracia, que deve haver uma sociedade civil ativa; que a família também tem um papel democrático a cumprir; que deve ser a economia mista, o privado convivendo com o estatal; que a igualdade tem que ser motivadora da inclusão que ele chama também do bem estar positivo. Outra coisa interessante do programa da terceira via é aquele que chama o Estado do investimento social, ou seja, ou invés de chamarmos do Estado do bem-estar social agora é o Estado do Investimento Social, logicamente esse investimento vai ser em bem-estar e também essa idéia de uma nação cosmopolita, a democracia como um valor cosmopolita, então, tudo isso vem a ser parte da idéia da terceira via que Giddens entende como sendo o revigoramento da sociedade civil. Porque aí, a partir da idéia de terceira via, temos o governo e a sociedade civil em parceria, o comunitarismo renovado através de iniciativas locais, o envolvimento do terceiro setor, que ele acredita ser muito importante. A proteção da esfera pública local, inclusive o programa toca muito na questão local, porque fala se muito em família e também, por exemplo, prevenção do crime baseado no comunitarismo, baseado nas comunidades e ele defende a idéia de família democrática que ai é um conceito um tanto quanto difícil de ser defendido do ponto de vista político. Mas, além disso, do ponto de vista do gerenciamento estatal, a terceira via defen-

de a devolução de competência do poder central para o local. Finalmente, defende-se a transparência na gestão, eficiência administrativa, ou seja, que para muitos dos que defendiam a social democracia pós 1945 a eficiência não era algo muito importante.

Eficiência é uma marca característica da chamada terceira via que foi incorporada graças ao neoliberalismo, então, o mecanismo de democracia direta, que vai ser sufrágio, referendo, a terceira via implica nisso. E também considerar o governo como um gerente de risco e não apenas como se fosse um governante que está desassociado de determinados riscos que são muito parecidos peculiares da iniciativa privada, aquela pessoa que sabe que tem que gerenciar bem ou então haverá risco de quebra da sua empresa perder as condições favoráveis para sua própria existência, então, é como se fosse oportunidade com inovação, segurança com responsabilidade essa é a matriz da terceira via.

Esse é um discurso que, repito, político de um partido que estava lutando pelo poder e queria deixar um recado bem claro para o seu eleitor: “não vamos negar tudo que foi feito pelo governo antecessor, nós temos divergências, mas não vamos negar o que foi feito, agora nós vamos dar uma nova ênfase no social. Mas não vamos negar esse papel, essa nova mentalidade de gestão pública e não vamos fazer com que o Estado volte a ser aquele Estado gigante que é o Estado pós 1945”. Então é um discurso político forte que na verdade reforça aquela nossa idéia inicial de que a terceira via, na verdade, é a social democracia revigorada. Se a terceira via conseguisse alcançar os seus objetivos ela pretende produzir uma situação de social democracia que produza igualdade, inclusão; uma democracia baseada na meritocracia, ou seja, baseada no mérito, no valor; a renovação da esfera pública, o bem-estar social positivo e mais uma vez uma ênfase naquela idéia do Estado do Investimento Social, ou seja, é investir, o Estado deve investir. Então, essa é a mensagem da terceira via e com ela fechamos a discussão do final do século XX, início do século XXI do que está na mesa a disposição dos governos. Repito, liberalismo clássico não existe. Socialismo, hoje, também não existe. Nem Cuba, nem a China adotam o modelo do socialismo pós Revolução Bolchevique de 1917. Social democracia pós 1945 nós ainda temos espalhados pela Europa e todas elas sofreram influência, em maior ou em menor grau do chamado neoliberalismo, dessas políticas neoliberais, porque não existe Estado neoliberal.

E quanto mais esses países mexeram internamente mais eles tiveram a necessidade de justificar as mudanças que foram introduzidas, e aí é que

surge o discurso de terceira via. Um discurso para justificar as reformas que foram feitas e reformas que foram consideradas reformas que não podem ser desfeitas e então se incorpora como algo necessário e algo positivo. Incorpora-se como algo necessário, dentro de uma perspectiva de globalização.

Então, esse é o cenário. A grande crítica é saber se alguns países como o Brasil são uma social democracia. Por isso, voltamos ao argumento inicial de que o Brasil é de fato uma tentativa de social democracia. Se não é uma social democracia de fato é pelo menos uma tentativa de social democracia e uma tentativa constitucionalizada, porque se abirmos a constituição do Brasil veremos que não há dúvida que o objetivo do Estado brasileiro é de se criar uma social democracia. Ao longo dos últimos anos, principalmente durante a Era Cardoso, o Brasil vem implementando políticas neoliberais. Não obstante, o Brasil não se tornou um país neoliberal, até porque não existe país neoliberal, e não passou a ser um país neoliberal porque ele mantém obrigações constitucionais que são típicas de uma social democracia.

Há, na verdade, uma pressão muito grande por arrecadação, uma arrecadação muito grande é tanto que ao mesmo tempo em que o Brasil passou a praticar políticas neoliberais, como privatizações e liberalizações do nosso comércio internacional, liberalização do nosso relacionamento com o mundo o Brasil aumentou a carga tributária, por que?

A pressão externa consiste, principalmente, no fato de que o Brasil tomou muito dinheiro emprestado e vem pagando serviços absurdos da dívida. A outra pressão é de natureza interna fruto da obrigação de prestação de serviços públicos que o Estado brasileiro tem que prestar. A situação ficaria mais confortável se fosse possível reformar o Estado brasileiro fazendo com que ele, não diminuísse sua carga tributária (hoje em 34% do PIB), melhorasse a qualidade dos gastos e o perfil da carga. Hoje, a discussão deve ser em torno do que se pode fazer para que o Brasil pague menos serviços externos, respeitando a constituição, fazendo sobrar recursos para, efetivamente, consolidar no Brasil a social democracia.

3 CONCLUSÕES

Conforme vimos, através da evolução das ideologias políticas é possível visualizarmos também a evolução das gerações de direitos humanos.

Entretanto, devemos observar também que ambas as discussões ocorreram sob um frágil caráter de universalidade, tendo em vista a primazia dos pensamentos ocidentais nestes campos. Na verdade, os direitos humanos como discutidos neste trabalho são frutos de um debate eminentemente ocidental.

Como inserir o Estado brasileiro neste contexto? Que tipo de Estado ele se transformou após o governo Cardoso? O atual Estado brasileiro remodelado a partir da Constituição Federal de 1988 sofreu profundas influências das reformas neoliberais do final do século XX, principalmente, durante o governo Cardoso. Não obstante, a sua essência não foi alterada, o mesmo continua sendo uma tentativa frustrada de social democracia. Apesar das reformas implementadas ao longo da última década, é incorreto denominar o Brasil de um Estado neoliberal, mesmo com toda a diminuição do Estado a partir das privatizações e da adoção de um novo modelo de intervenção do Estado na economia, ancorado nas agências reguladoras. Ou seja, mesmo depois dessa gigantesca onda neoliberal, na verdade o Brasil não é um Estado neoliberal, e sim uma tentativa frustrada de social democracia.

Prova inequívoca da social democracia brasileira, ou de sua tentativa, tem sido a contradição existente entre a recente diminuição do tamanho do Estado, principalmente a partir das reformas constitucionais ocorridas em 1995, e o contínuo aumento da carga tributária brasileira na Era FHC. Na realidade a diminuição do tamanho do Estado ocorreu no campo de atuação direta do Estado na economia, ela não atingiu o estado do bem-estar social, ou seja, o que diminuiu foi o Estado empresário e não o Estado do bem-estar social. Reforçando este argumento, podemos encontrar diversas ações de todas as esferas da federação brasileira no sentido de aumentar a rede de proteção social, como, por exemplo, programas do tipo bolsa escola, ou de auxílio aos desempregados, ou, até mesmo, no campo da saúde como a implementação de programas de amparo aos portadores do vírus HIV.

Se o Estado diminuiu, se ele foi enxugado, o que justifica o aumento da carga tributária? Se o Brasil estivesse caminhando para um modelo de Estado neoliberal deveríamos esperar uma diminuição da carga tributária e não um aumento. Se o Estado encolheu e está menos presente na economia, se ele está menos assistencialista, está menos protetor do bem-estar social seria de se esperar uma diminuição em sua carga tributária. No entanto, houve um aumento bastante expressivo da carga tributária brasileira, esta carga evoluiu de um patamar de 25% na década de 70 para um de 34% em 2002.

É verdade que o simples aumento da carga tributária não implica necessariamente a existência de uma social democracia. Entretanto, por outro lado, a simples desregulamentação de vários setores da economia, como consequência do programa de privatização, não significa a existência de um Estado neoliberal. Agora, certamente, esse aumento da carga tributária tem a ver com um novo modelo de Estado baseado numa nova relação de dependência externa e de maiores obrigações sociais internas. Portanto, o aumento da carga tributária aconteceu para o Brasil poder pagar não apenas os serviços de dívidas externas. Na verdade, também seria errôneo pensar que se aumentou a carga tributária para ser possível a ampliação, ou a melhoria, dos serviços sociais. Não obstante, igualmente equivocado seria afirmar que a carga tributária aumentou simplesmente para que o governo federal pudesse pagar os serviços da dívida externa.

Finalmente, se foi importante em um determinado momento criarmos essa situação e termos esses compromissos externos para dar sustentabilidade ao plano real, nós precisamos, na verdade, é, de certo modo, não combater o aumento da carga tributária e sim discutirmos a natureza da carga tributária. O Brasil, para viabilizar sua social democracia, pode e deve manter a carga tributária no patamar atual, mas com uma qualidade melhor com um sistema tributário mais justo, mais eficaz e que penalize menos os assalariados e os setores produtivos. Desta forma, haverá justiça tributária, logo, não devemos defender uma diminuição da carga tributária, devemos defender um melhor perfil de arrecadação, que seja baseado na justiça tributária e também na idéia de que seus recursos podem ser melhor administrados a partir da diminuição do custo dos serviços da dívida externa, possibilitando que os recursos excedentes sejam canalizados para investimentos nos setores sociais. Desta forma, haverá uma melhor promoção da distribuição de riquezas, permitindo a justiça social tanto redistributiva quanto reparadora. Assim, poderemos reparar os danos ocasionados no passado e no presente relacionados com a falta de educação, de saúde, de moradia. Consequentemente, o objetivo do novo modelo de Estado brasileiro deve ser o de, via manutenção do patamar elevado de arrecadação, efetivar a social democracia brasileira prevista na Constituição Federal de 1988. A nossa crítica vai ser que podemos ter um sistema tributário mais justo do ponto de vista do perfil da arrecadação e da distribuição de renda. Por fim, precisamos, urgentemente, finalmente implementar nossa social democracia já devidamente revisada pelas idéias da chamada terceira via.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Editora Campus. Rio de Janeiro. 1992.
- FUKUYAMA, Francis. Reflexions on the End of History. In *After History? Francis Fukuyama and His Critics*, ed. Timothy Burns. Lanham, Md. 1994
- GIDDENS, Anthony. *The Third Way: The Renewal of Social Democracy*. Polity Press. Cambridge. 1998.
- HELD, David. *Political Theory and the Modern State*. Stanford University Press. Stanford 1984.
- HOBBSBAWM, Eric. *The Age of Extremes. A History of the World, 1914-1991*. Vintage. New York. 1996.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. Vozes. Petrópolis. 1994.
- MANN, Michael. *The Sources of Social Power. Vol. II. The rise of classes and nation-states, 1760-1914*. Cambridge. 1993.
- MARTINS, Daniele C. Direitos Humanos: Historicidade e contemporaneidade. In Boucault; Araújo: *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In WEFFORT, Francisco. *Os Clássicos da Política*. Vol.1. Ática. São Paulo. 1993.
- MERQUIOR, José Guilherme. *O Liberalismo: Antigo e Moderno*. Nova Fronteira. Rio de Janeiro. 1991.

O DIREITO À MATRÍCULA UNIVERSITÁRIA DE SERVIDORES ESTUDANTES REDISTRIBUÍDOS DE OFÍCIO

Maria Paula Medicis Maranhão de Queiroz Campos

Estagiária do TRF da 5ª Região

1. INTRODUÇÃO

Vêm se tornando cada vez mais constantes nas Varas Federais da 5a. Região e no próprio TRF, pedidos de ordem judicial de matrícula de alunos provenientes de universidades particulares que pretendem ingresso em instituições públicas, quando estes são servidores públicos ou seus dependentes, e são redistribuídos ou removidos funcionalmente, ou de qualquer forma re-lotados, de uma para outra sede no Serviço Público Federal.

O problema mais comum ocorre quando esses servidores são redistribuídos *ex officio*, ou removidos, ou seja, por força de ato da própria Administração Pública, e se vêem obrigados a mudar de cidade ou até de Estado. Assim, quando estão cursando uma universidade, ou têm dependentes que o fazem, em qualquer caso, *não podem ter seus estudos prejudicados, como é assegurado na própria Carta Magna em sua explícita garantia à educação (art. 205)*.

Neste estudo, procura-se analisar os aspectos jurídicos que envolvem a possibilidade de, quando da ocorrência de redistribuição *ex officio*, um estudante de *universidade particular* pretender ser aceito numa *universidade pública* no novo domicílio, bem como as condições que envolvem tal possibilidade, não se pretendendo, porém, esgotar a matéria, em absoluto.

2. REDISTRIBUIÇÃO, TRANSFERÊNCIA E REMOÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO *EX OFFICIO*

O servidor público pode se ver obrigado à mudança de domicílio, principalmente quando se tratar de servidores militares. Esta mudança

compulsória era a chamada *transferência ex officio*, a qual estava conceituada no art. 23 da Lei 8.112/90, atualmente revogado pela Lei 9.527/97.

A Lei 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis federais, em seu art. 2º diz que, “*para os efeitos desta lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público*”, sendo este conceituado no artigo seguinte como “*o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.*”

Já a definição de servidor público militar se encontra no próprio Texto Constitucional, em seu art. 42, o qual dispõe que “*são servidores militares federais os integrantes das Forças Armadas e servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares*”.

Neste breve ensaio, a análise se restringe ao regime dos servidores públicos federais, civis ou militares, e de como a Administração Pública os pode transferir compulsoriamente.

Pode-se conceituar a *transferência*, conforme preceituava o revogado art. 23 da Lei 8.112/90, como sendo “*a passagem do servidor estável de cargo efetivo para outro de igual denominação, pertencente a quadro de pessoal diverso, de órgão ou instituição do mesmo Poder*”, continuando no § 1o. do referido dispositivo que “*a transferência ocorrerá de ofício ou a pedido do servidor, atendido o interesse do serviço, mediante o preenchimento de vaga.*” Assim sendo, quando preencher os requisitos de atendimento do interesse do serviço e de preenchimento de vaga, o servidor estará passível de ser transferido compulsoriamente, embora a lei não mais empregue o termo *transferência* para indicar essa movimentação.

É esta primeira hipótese do § 1o. que interessaria neste estudo, ou seja, quando a transferência ocorresse de ofício, e para quadro de pessoal diverso, localizado em outra cidade ou Estado. Esta transferência, porém, como ensina o Professor IVAN BARBOSA RIGOLIN, não poderia ter caráter punitivo, já que, nas palavras do ilustre Professor, “*se assim é, qualquer transferência procedida ex officio pela Administração, com caráter exclusivamente punitivo e onde não tenha ficado plenamente justificado o interesse público, pode ser anulada até pela via do mandado de segurança.*” (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, Sarai-va, 2a. ed., 1993, p. 71).

Porém, o art. 23 da Lei 8.112/90 foi considerado *inconstitucional* pelo Supremo Tribunal Federal, conforme decisão abaixo:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PUBLICO. CARGO PUBLICO. PROVIMENTO. TRANSFERENCIA. Lei 8.112, de 11.12.90, art. 8º, IV, art. 23, §§ 1º e 2º. Constituição Federal, art. 37, II.

- I - A transferência — Lei 8.112/90, art. 8º, IV, art. 23, §§ 1º e 2º — constitui forma de provimento derivado: derivação horizontal, porque sem elevação funcional (Celso Antonio Bandeira de Mello). Porque constitui forma de provimento de cargo público sem aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, é ela ofensiva a Constituição, art. 37, II.
- II - *Inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 8.112/90, que instituem a transferência como forma de provimento de cargo público: inciso IV do art. 8º e art. 23, §§ 1º e 2º.*” (MS 22.148-DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJU 08.03.96, p. 6.213).

Em face dessa decisão e após a promulgação da Lei 9.527/97, o instituto da *transferência* foi eliminado, passando as situações que ele disciplinava a ser tratadas como *remoção ou redistribuição*, reguladas pelos arts. 36 e 37 da Lei 8.112/90, este com a nova redação dada por aquele diploma legal:

“Art. 37 - Redistribuição é o deslocamento de cargo de provimento efetivo, ocupado ou vago no âmbito do quadro geral de pessoal, para outro órgão ou entidade do mesmo Poder, com prévia apreciação do órgão central do SIPEC, observados os seguintes preceitos:

- I - interesse da administração;
- II - equivalência de vencimentos;
- III - manutenção da essência das atribuições do cargo;
- IV - vinculação entre os graus de responsabilidade e complexidade das atividades;
- V - mesmo nível de escolaridade, especialidade ou habilitação profissional;
- VI - compatibilidade entre as atribuições do cargo e as finalidades institucionais do órgão ou entidade.

§1º - A redistribuição ocorrerá ex officio para ajustamento de lotação e da força de trabalho às necessidades dos serviços, inclusive nos casos de reorganização, extinção ou criação de órgão ou entidade.”

Assim, vê-se que a *redistribuição* não é da *pessoa do servidor*, como era na antiga transferência, e sim do seu cargo, o qual é redistribuído, de modo que não há burla à forma de provimento em cargo público. A distinção é que na redistribuição pode ocorrer (ou não) a permuta entre cargos de distintos órgãos ou entidades, e não uma mera transferência da pessoa do servidor, não incidindo, como dito, em forma oblíqua de provimento derivado de cargo público.

Há que se fazer, ainda, um aparte quanto ao instituto da *remoção*, regulado pelo art. 36 da Lei 8.112/90, com nova redação atribuída pela Lei 9.527/97:

“Art. 36 - *Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.* Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção:

- I - de ofício, no interesse da Administração;
 - II - a pedido, a critério da Administração;
 - III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração:
- a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração;
 - b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial;
 - c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados.”

Percebe-se que há um resquício do instituto da transferência quando se analisa a remoção, já que neste a mudança é da *pessoa do servidor*, assim como na transferência, apesar de serem institutos distintos. Na remoção o que há é o simples deslocamento do servidor. Havendo, pois, mudança de sede, quando da remoção compulsória, é necessário saber se ele, sendo estudante universitário, terá assegurado seu direito de matrícula.

Faz-se, porém, uma crítica ao instituto da remoção *ex officio*, nas palavras do Professor IVAN BARBOSA RIGOLIN:

“Tratando-se aparentemente de um inegável direito do servidor, o que causa alguma espécie é como possa a remoção ser procedida ex officio pela Administração, pois nesse caso ela estaria sobrepondo sua vontade à do próprio servidor, que deve ser em todo caso o primeiro interessado no deslocamento por remoção.” (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, Saraiva, 2a. ed., 1993, p. 91).

A nomenclatura dos institutos não interfere no problema aqui tratado, pois, *transferido*, *redistribuído* ou *removido*, ocorrendo mudança compulsória de sede e se o servidor for estudante universitário, ou um dependente seu o for, a questão do seu direito à matrícula permanece em foco.

Portanto, apesar de revogado o instituto da transferência, a essência da tese em causa permanece a mesma, ou seja, o servidor é forçado a mudar de domicílio por ato da Administração, na hipótese do art. 37, § 1º (redistribuição de ofício), da Lei 8.112/90, bem como na hipótese do art. 36 desta mesma lei (remoção), acima transcritos com a nova redação dada pela Lei 9.527/97.

3. DA REDISTRIBUIÇÃO DE SERVIDOR ESTUDANTE

Se o servidor não cursa uma instituição de ensino superior, ou nenhum de seus dependentes o faz, não há questão a ser discutida, pois não há nenhum óbice à sua mudança de domicílio, e sequer se daria qualquer pedido de matrícula universitária.

Ao ser, porém, forçado a se mudar de domicílio, e o servidor, ou seu dependente, frequenta um curso superior, este não pode ter cerceado o direito de permanecer estudando, conforme rege o próprio art. 205 da Cons-

tituição Federal, ao dispor que “*a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.*”

Assim, se é dever do Estado e direito de todos, *ninguém pode ser prejudicado em seus estudos por um ato da Administração Pública, para a qual a sua vontade não concorreu*. Além disso, também é interesse do Estado que esses alunos continuem os seus estudos, concluam o curso superior, e que sejam graduados mais profissionais capacitados para o mercado de trabalho nacional, tornando-o mais competitivo e qualificado.

Imperioso é considerar que, ante a movimentação compulsória do servidor público, por necessidade de serviço, assegurado resta o seu direito, bem como o dos seus dependentes, à matrícula universitária e à continuidade dos estudos na localidade do novo domicílio. Este direito encontra-se devidamente assegurado pelo art. 99 da Lei 8.112/90 e pela Lei 9.536/97, ambas no âmbito do Serviço Público Federal, estendendo-se esta última norma legal aos membros das Forças Armadas.

4. DA NECESSIDADE DE SIMILITUDE ENTRE AS INSTITUIÇÕES DE ORIGEM E DESTINO

O cerne da questão reside na amplitude desse direito, posto que o ordenamento pátrio não contempla *direito ilimitado*. Sendo assim, há que se analisar a natureza da instituição de ensino *de origem* e a daquela pertinente à instituição *de destino*, para o fim de deferimento ou não do pleito (a matrícula universitária).

O art. 99, acima referido, dispõe, *in verbis*:

“Art. 99 - Ao servidor estudante que mudar de sede no interesse da administração é assegurada, na localidade da nova residência ou na mais próxima, matrícula em instituição de ensino congênere, em qualquer época, independentemente de vaga.

Parágrafo único - O disposto neste artigo estende-se ao cônjuge ou companheiro, aos filhos, ou enteados do servidor que vivam na sua companhia, bem como aos menores sob sua guarda, com autorização judicial.”

Vale ressaltar o comentário do Professor IVAN BARBOSA RIGOLIN, sobre este artigo, ao dizer:

“Com este dispositivo a União evidencia seu elevado interesse no aprimoramento escolar e profissional de seus servidores, pois lhes garante gerenciar para matriculá-los em instituições de ensino congêneres aos em que estudem, em qualquer época, sempre que tenham transferida sua sede de trabalho (no interesse da Administração).” (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Cíveis, Sarai-va, 2a. ed., 1993, p. 182).

Assim, é de se observar a necessária relação entre as instituições de ensino superior, *que têm de ser congêneres*, e ainda, é de extrema relevância que a movimentação com mudança de sede funcional seja ocasionada por interesse da Administração Pública.

Para tanto há que se distinguir duas hipóteses:

- a) se a localidade para qual o servidor fora redistribuído dispõe de curso universitário similar ao de origem;
- b) se a instituição de ensino requisitada possui a mesma natureza jurídica (pública ou privada) da em que o servidor acha-se matriculado.

Em primeiro lugar, deve ser garantido ao servidor, bem como a seu dependente, o direito de continuar seus estudos no curso que escolhera, para o qual fora aprovado em concurso de seleção (vestibular), independentemente de encontrar-se vinculado a universidade pública ou particular, já que a mudança de domicílio não se dá por ato de sua vontade, e sim da Administração. Todavia, havendo o mesmo curso em ambas as instituições (pública e privada), deve-se apreciar, em segundo lugar, a natureza da instituição de origem.

Tratando-se de servidor estudante vinculado à universidade particular, *a transferência de matrícula somente é possível para outra instituição de ensino de mesma natureza*, ou seja, particular, excetuando-se a situação antes aduzida (a falta do mesmo curso no local do novo domicílio).

Tal entendimento visa a resguardar o princípio constitucional da isonomia, bem como, especificamente no que pertine à educação, *preservar a*

igualdade de condições à acessibilidade de ensino, nos moldes do art. 206 da Carta Política.

Nesse mesmo sentido, já julgou o egrégio Tribunal Regional Federal da 5a. Região:

“ADMINISTRATIVO. MILITAR REMOVIDO EX OFFICIO. ENSINO SUPERIOR. TRANSFERÊNCIA. LEI 9.536/97.

1. A mudança de sede de trabalho não autoriza, por si só, o direito à transferência acadêmica para universidade pública quando prove-niente o estudante de universidade particular.
2. *Não há fundamento jurídico na pretensão de se obter transferência para estabelecimento de ensino desigual daquele antes cursado pelo servidor, apenas pelo fato de haver sido ele removido ex officio pela administração. Especialmente se no novo local de trabalho existe estabelecimento de ensino de nível igual àquele de onde provém.*
3. A lei, ao referir-se à transferência de aluno “entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino”, prevê, tão-somente, a hipótese de que o servidor removido, ou o seu dependente, aluno de uma instituição vinculada a determinado sistema de ensino, possa se transferir para outra instituição semelhante àquela vinculada ao sistema de ensino do qual provém.
4. *A norma do art. 1o. da Lei 9.536/97 constitui um privilégio concedido ao servidor removido de ofício e, portanto, não pode ser interpretada extensivamente, tal como se estivesse acrescida da cláusula “à sua escolha”.* (AMS 75.707-CE, Rel. Des. Federal CASTRO MEIRA, DJU 11.06.01, p. 264).

Da mesma forma posiciona-se o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“4. Observando-se o princípio da igualdade de acesso ao ensino superior, aquele que estuda em universidade particular e se enquadra nas hipóteses da lei, faz jus, apenas, à transferência para instituição de ensino de natureza privada.” (AGRMC 1.863-MG, Rela. Mina. ELIANA CALMON, DJU 25.10.99, p. 70).

“1. O servidor público federal, estadual ou municipal estudante universitário removido tem direito de matricular-se em Universidade congênere no local para onde foi transferido ou em localidade mais próxima.” (REsp. 144.853-SC, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJU 23.11.1998, p. 164).

“II – Em princípio, servidor que estuda em universidade particular não faz jus à transferência para universidade pública, mas apenas para instituição de ensino congênere, ou seja, privada. No entanto, tal regra pode comportar exceção, com “in casu”: quando não houver universidade particular na cidade para a qual o servidor foi transferido “ex officio”, a matrícula poderá ser feita em instituição de ensino público.” (REsp. 172.416-RS, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL, DJU 19.10.98, p. 72).

“II – Os arts. 5o., I, e 206, I da CF/1988 prestigiam o princípio da igualdade de condições para o acesso ao ensino, pelo que devem ser coibidos os expedientes utilizados pelos que se furtam a prestar o concurso vestibular na universidade que desejam ingressar.

III – Servidor que estuda em universidade particular não faz jus à transferência para universidade pública, mas apenas para instituição de ensino congênere, ou seja, privada.” (REsp. 167.110-PR, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL, DJU 26.10.1998, p. 105).

Aliás, em relação à matéria em debate, o legislador já se pronunciou de maneira explícita, ao dizer que “ao servidor estudante que mudar de sede no interesse da Administração é assegurada, na localidade da nova residência ou na mais próxima, matrícula em instituição de ensino congênere, em qualquer época, independentemente de vaga”. (art. 99 da Lei 8.112/90).

Ou seja, a expressão *instituição de ensino congênere*, pela melhor hermenêutica, significa instituições de mesma natureza, logo, *carece de respaldo legal o pleito de transferência para universidades não congêneres*, permitindo-se ao estudante oriundo de uma universidade particular o acesso a uma instituição pública de ensino superior, quando a sua seleção vestibular foi orientada pelos referenciais privados, inclusive devido à grande dificuldade no processo seletivo praticado nas universidades públicas; registre-se que o *direito à matrícula universitária* está assegurado pela própria movimentação compulsória do servidor, mas a mudança de uma insti-

tuição privada para uma pública *não tem amparo no Direito e também significaria uma burla ao vestibular (público), sabidamente mais exigente.*

Aplicam-se, também, aos Militares as mesmas disposições e entendimentos, de acordo com a Lei 9.536/97, a qual regulamenta o parágrafo único do art. 49 da Lei 9.394/96, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), que trata da possibilidade de transferência *ex officio* de estudantes, nos seguintes termos:

“Art. 49 - As instituições de educação superior aceitarão a transferência de alunos regulares, para cursos afins, na hipótese de existência de vagas, e mediante processo seletivo.

Parágrafo único - As transferências ex officio dar-se-ão na forma da lei.”

A expressão “*na forma da lei*”, a que alude o parágrafo único acima, é dada pela Lei 9.536/97, que dita em seu art. 1º:

“Art. 1º - A transferência ex officio a que se refere o parágrafo único do art. 49 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, será efetivada, entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independente da existência de vaga, quando se tratar de servidor público federal civil ou militar estudante, ou seu dependente estudante, se requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício, que acarrete mudança de domicílio para o município onde se situe a instituição recebedora, ou para localidade mais próxima desta.

Parágrafo único - A regra do caput não se aplica quando o interessado na transferência se deslocar para assumir cargo efetivo em razão de concurso público, cargo comissionado ou função de confiança.”

Com efeito, examinando o dispositivo supra, entende-se que este não pode ser interpretado de modo tão extensivo a ponto de vislumbrar-se neste a autorização legislativa para transferência entre universidades de naturezas distintas, *sob pena de afronta à Constituição Federal, que privilegia a igualdade no acesso ao ensino público, como também não se poderia admitir a migração de um curso para outro.*

Cabe salientar que o Magistrado não pode fazer vista grossa para a atual crise por que passam as universidades públicas, cujo número de vagas

não atende à crescente demanda, sendo seu acesso submetido a um árduo exame vestibular, cada vez mais restrito a uma pequena classe social, ou a estudantes que se submeteram a uma longa e extenuante *via crucis* de preparação intelectual.

Destarte, com o fito de coibir qualquer burla ao procedimento isonômico de acesso ao ensino superior público (vestibular), o servidor estudante redistribuído compulsoriamente tem seu direito albergado pela Lei 9.536/97 de matricular-se em qualquer instituição de ensino, *cujas natureza seja similar à da universidade de origem*.

5. OUTRAS QUESTÕES SUGERIDAS PELO DESENVOLVIMENTO DO TEMA

Resta pacífico em nossa jurisprudência que os servidores estudantes, ou dependentes destes, têm direito a matricular-se, em qualquer época do ano, independentemente de vaga na instituição de destino, quando redistribuídos de ofício no interesse da Administração Pública, segundo expressa previsão legal (art. 99, da Lei 8.112/90).

A controvérsia nessa questão reside apenas em se há o direito de matrícula em instituição *não congênere* à instituição de origem, como explicitado no item anterior, ou seja, *se o aluno oriundo de uma instituição particular tem direito, em razão da transferência funcional, à matrícula em uma instituição pública*.

Outra questão a ser analisada é se o servidor for redistribuído *de volta ao domicílio de origem*, em qual instituição teria direito de se matricular. Penso que a melhor posição é a de determinar o seu retorno à mesma instituição em que estudava anteriormente à primeira redistribuição, evitando-se que o direito albergue situações em que o estudante é transferido diversas vezes, e termina por matricular-se em uma universidade para a qual não foi aprovado no processo seletivo, em seu domicílio de origem.

Exemplificativamente, se um servidor público federal é aprovado no processo de seleção de uma universidade *particular* no Rio de Janeiro, no Curso de Direito, e é redistribuído ou removido para uma outra cidade onde não exista o Curso de Direito em uma instituição privada, ele tem direito a matricular-se no Curso de Direito da universidade pública local. Porém, se ele retornar, compulsoriamente, ao Rio de Janeiro, *não deve ter resguardado seu direito de matrícula numa instituição pública*, já que ele apenas foi

aceito na universidade pública, *excepcionalmente*, por no local não existir o mesmo curso em instituição privada.

O mesmo se dará se ele for remanejado para outro local, que não o de origem, em que haja o Curso de Direito em instituição privada; trocando em miúdos, *o direito de matrícula em uma universidade pública, quando inicialmente o estudante fora aprovado em seleção para uma universidade particular, só é assegurado no local em que não exista o mesmo curso em instituição privada.*

Outro impasse que surge é que a Lei 8.112/90 assegura esse direito apenas aos servidores públicos *federais*. E se o servidor movimentado for da esfera estadual ou municipal?

Como a União Federal tem competência *privativa* para legislar a respeito das diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV da CF), creio que o direito que assiste aos servidores públicos federais *deve ser estendido aos servidores públicos estaduais e municipais*, no sentido de que estes também poderão matricular-se a qualquer época do ano e independente da existência de vaga, em instituição de ensino *congênere* à que estudava no domicílio anterior.

Tome-se por exemplo, um servidor estadual de Pernambuco, que curse Odontologia na cidade de Caruaru, interior do Estado, em instituição privada. Se redistribuído para o Recife, como não há o curso em instituição particular nesta capital, teria ele o direito de matricular-se em uma instituição pública, seja na Universidade Federal ou na Estadual de Pernambuco? Penso que a melhor solução seria a de aceitar a sua matrícula em uma das duas universidades públicas, *já que à legislação estadual não compete o estabelecimento de normas a respeito deste tema.*

E se o estudante que pugnar por transferência universitária em virtude de mudança de domicílio for funcionário pertencente a quadro de pessoal de uma empresa pública, como a Caixa Econômica Federal, ou de uma sociedade de economia mista, como a Petrobrás ou o Banco do Brasil, qual deve ser o entendimento?

Apesar da legislação não ser específica quanto a esse tema, *a jurisprudência tem entendido que o mesmo direito que assiste aos servidores públicos federais, por analogia, também assiste a esses servidores, já que a mudança compulsória de domicílio destes também se dá no interesse do serviço, relacionado ao setor público, por serem essas empresas estatais integrantes da Administração Pública Indireta*; porém, esse entendimento não está pacificado nos Tribunais.

Convém explicitar o entendimento do egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“ENSINO SUPERIOR. PRETENDIDA TRANSFERÊNCIA OBRIGATÓRIA (EX OFFICIO) ENTRE INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR (IES) CONGÊNERES (PÚBLICA PARA PÚBLICA) DE ALUNO(A) DEPENDENTE DE SERVIDOR(A) DE EMPRESA DE ECONOMIA MISTA (BANCO DO BRASIL S/A) REMOVIDO(A) NO INTERESSE DO SERVIÇO (DEZ 98). MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA O INDEFERIMENTO DA MATRÍCULA. LIMINAR E SEGURANÇA CONCEDIDAS. DECISÃO MANTIDA.

1. O art. 99 da Lei n. 8 112, de 11 DEZ 90, e o art. 1º da Lei n. 9.536, de 11 DEZ 97, asseguram a transferência ex officio entre Instituições de Ensino congêneres, em qualquer época e independentemente de vagas, a aluno(a) servidor(a) público(a) federal (civil ou militar), ou de seu(s) dependente(s), em razão da comprovada transferência ou remoção no interesse do serviço, com a mudança de domicílio, preexistente, logicamente, a condição de “aluno” antes da remoção ou transferência no interesse do serviço.
2. A jurisprudência deste Tribunal, que se consolidou na Súmula n. 03 editada pela 1ª Seção em 21 OUT 91 (já na vigência do art. 99 da Lei 8.112/90), estende “aos servidores dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios”, sem qualquer previsão legal, “os direitos concedidos aos servidores públicos federais relativamente à transferência de uma para outra instituição de ensino, em razão de mudança de domicílio”.
3. Conquanto as atuais leis que disciplinam a espécie (Lei n. 8.112/90, art. 99, e Lei n. 9.536, de 11 DEZ 97), desde as hoje revogadas (pela Lei n. 9.394, de 20 DEZ 96, art. 92) Lei n. 4.024 (art. 100), de 20 DEZ 61, e Lei n. 7 037, de 05 OUT 82 (que dera nova redação àquele art. 100), continuem referindo “servidor público federal”, a jurisprudência de ambas as Turmas da 1ª Seção (1ª e 2ª Turmas) igualmente sempre entendeu que o mesmo direito é de ser aplicado ao servidor das empresas estatais (pessoas jurídicas

de direito privado, inclusive sob a forma de economia mista), cujos servidores são equiparados, por Leis especiais, a “funcionários públicos” para diversos efeitos [v. g. Lei (Ação Popular) n. 4.717, de 26 JUN 65; Lei (Ação Civil Pública) n. 7.347, de 24 JUL 85; Código Penal, art. 327, §1º etc.].

4. Não se cogitando de “extensão de privilégio”, cuja melhor hermenêutica repudia interpretação extensiva, trata-se, em verdade, da melhor compreensão, no sentido lógico-jurídico, do termo “funcionário público”, em ordem a atender não só à objetividade normativa específica, como atender ao interesse maior ditado pela Constituição: maior acessibilidade de todos à educação e ensino (art. 205) e “formação e aperfeiçoamento” dos servidores da União, Estados e Distrito Federal (art. 39, § 2º), entre outros.
5. *“Parece-me que a nossa jurisprudência assentou-se no sentido de alargar o dispositivo da lei. Em se tratando de funcionário de empresa estatal, como é a Caixa Econômica Federal, o Código Penal expõe que se equipara a funcionário público para fins penais. Ele comete peculato e outros crimes típicos de funcionário público. Então, é justo que se alargue para os bônus. (STJ, voto-vogal do Min. Humberto Gomes de Barros no REsp. nº 154.307-PR, DJ 06 ABR 98).” (AMS 51.307-DF, Rel. Juiz LUCIANO TOLENTINO AMARAL, DJ 31.01.01, p. 10).*

Há ainda que se considerar a questão de *empregados de empresas privadas*, contratados sob o regime da CLT, transferidos de domicílio, para se definir se teriam ou não, bem como seus dependentes, o direito de matricular-se em instituição de ensino superior congênere, a qualquer época do ano.

Apesar de não haver um entendimento preciso a respeito, parece-me que mesmo os empregados de empresas privadas, ou dependentes destes, quando transferidos de domicílio, também poderiam se matricular em universidade congênere àquela que freqüentavam no domicílio anterior, já que a extensão da prerrogativa dos servidores federais aos estaduais e municipais e aos funcionários de empresas públicas, ou de sociedades de economia mista, *se fundamenta no fato de que a Carta Magna preserva o direito à continuação do curso, necessário ao desenvolvimento do país, bem como atende ao princípio constitucional da isonomia, e também preserva a unidade familiar.*

Esses princípios são superiores à legislação ordinária, a qual estabelece a prerrogativa apenas em prol dos servidores *federais*, não excluindo, porém, de forma taxativa, os demais trabalhadores aqui citados.

Faz-se uma ressalva de que é necessário atentar ao fato de que não se deve transformar essa prerrogativa dos servidores federais em direito ilimitado, porém o que é inaceitável é ferir a isonomia assegurada constitucionalmente, decidindo-se para situações semelhantes de forma contrária.

Assim foi entendido pelo Tribunal Regional Federal da 5a. Região:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. TRANSFERENCIA DE ESTUDANTE. EMPREGADO DE EMPRESA PRIVADA QUE PRESTA SERVIÇOS A ENTIDADES DE DIREITO PUBLICO. PRINCIPIO DA ISONOMIA.

1. Se o estudante presta serviços a entidades de direito público, embora seja empregado de empresa privada e foi transferido para outra localidade por necessidade de serviço, a regra de isonomia impõe a equiparação de situações de fato idênticas, a justificar a transferência do estudante de uma universidade para a outra, independentemente de vaga.
2. *A norma constitucional, pela qual a educação é um direito de todos e um dever do estado, não pode ficar a depender de leis ordinárias. Sempre que possível, em casos como o de que se cuida, deve ser adotada a decisão que realiza o principio constitucional, pena de negar-se a supremacia da constituição.* (AMS 23.002-RN, Rel. Juiz HUGO MACHADO, DJ 24.09.93, p. 39.474)

Sobre esse tema, vale citar a recente decisão monocrática proferida pelo Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA, do egrégio TRF da 5a. Região, em sede de agravo regimental, no qual a agravante é filha de empregado de empresa privada, transferido do Estado do Maranhão para o Ceará, e pleiteia transferência da Universidade Federal do Maranhão, para a Universidade Federal do Ceará, no curso de Medicina; ou seja, ambas são instituições públicas federais (AReg no AGTR 43.283-CE).

Assim, o eminente Desembargador decidiu por ser prudente manter a estudante na Universidade Federal do Ceará, onde esta já estuda há mais de

dois anos, determinando que a referida instituição procedesse à matrícula da estudante.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vê-se que a questão desperta dúvidas quanto à decisão que deve o Magistrado tomar, quando se confrontar com um pedido como o aqui debatido. Deve o aplicador do Direito guiar-se pelos diplomas legais citados, regidos pelos superiores princípios constitucionais, e de acordo com cada caso individualmente.

Também deve ser analisada a situação da universidade em que o servidor ou seu dependente estudava no domicílio de origem, para não ferir nem a isonomia no acesso ao ensino, nem a autonomia universitária, *já que não se deve obrigar através de uma decisão judicial, que uma universidade pública matricule um aluno oriundo de uma universidade particular, apenas porque foi redistribuído de domicílio no interesse da Administração.*

Como se sabe, as universidades públicas têm o processo seletivo mais concorrido e seu número de vagas é bastante reduzido, *inclusive por causa da gratuidade*, e não é aceitável que seja esse processo burlado, ferindo-se a igualdade de acesso ao ensino superior. Se o estudante podia arcar com os custos de uma universidade particular no seu domicílio de origem, não há porque não possa continuar arcando com tais custos no domicílio para o qual foi transferido.

A redistribuição do servidor *ex officio* não é um tipo de punição, como também não o era a transferência, conforme doutrina o Professor IVAN BARBOSA RIGOLIN em passagem acima transcrita, e o estudante não deve receber a transferência para uma universidade pública como um tipo de *compensação* pela sua mudança de domicílio. Não seria razoável para com os demais alunos das universidades públicas, os quais tiveram de se preparar muito bem para o processo seletivo e obter suas vagas nos cursos pretendidos que, no meio do curso, servidores ou dependentes destes fossem aceitos na universidade pública, tendo sido aprovados na seleção para uma universidade privada.

Não desmerecendo, de forma alguma, as universidades particulares, é notório que a cada dia mais e mais faculdades e universidades privadas são abertas nas grandes cidades, a ponto de ter sido divulgado amplamente na imprensa nacional, o caso de um candidato semi-analfabeto que foi aprovado no processo de seleção de uma dessas universidades.

Seria inadmissível aceitar a transferência de um estudante de uma instituição privada de ensino superior para uma pública, sem submetê-lo a teste algum, *quando há o mesmo curso numa instituição privada no novo domicílio*. Nesse caso, ele deveria ter feito o processo seletivo para ser aceito numa universidade pública já no seu domicílio de origem.

Apesar de não ser uma questão pacífica, e respeitando as opiniões divergentes, espera-se que tenham sido esclarecidos os fundamentos para a posição aqui tomada, qual seja, a de não-aceitação da matrícula universitária de servidores estudantes, ou de dependentes destes, quando movimentados compulsoriamente de domicílio, em universidade pública, quando oriundos de instituição particular (*não-congênera*) e se existente o mesmo curso também em universidade privada no novo domicílio.

BIBLIOGRAFIA

RIGOLIN, Ivan Barbosa, *Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis*, Saraiva, 2a. ed., 1993.

AMS 75.707-CE, Rel. Des. Federal CASTRO MEIRA, DJU 11.06.01, p. 264.

AGRMC 1.863-MG, Rel. Mina. ELIANA CALMON, DJU 25.10.99, p. 70.

REsp. 144.853-SC, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJU 23.11.98, p. 164.

REsp. 172.416-RS, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL, DJU 19.10.98, p. 72.

REsp. 167.110-PR, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL, DJU 26.10.98, p. 105.

AMS 23.002-RN, Rel. Juiz HUGO MACHADO, DJ 24.09.93, p. 39.474.

AMS 51307-DF, Rel. Juiz LUCIANO TOLENTINO AMARAL, DJ 31.01.01, p. 10.

MS-22148-DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJU 08.03.96, p. 6.213.

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
E A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL**
(Da inconstitucionalidade do § 2º do art. 12 e §§ 1º e 2º do art. 23)

Carlos Maurício Figueirêdo
Marcos Nóbrega

Conselheiros Substitutos do Tribunal de Contas de Pernambuco

Uma das mais importantes inovações legislativas no campo das finanças públicas no Brasil, foi a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101 de 04 maio de 2000) que vem promovendo grandes transformações na condução da gestão pública, sobretudo, através dos seus pilares básicos da transparência e do planejamento.

Exatamente pelo fato de promover mudanças de tamanha envergadura que a LRF vem suscitando tanta polêmica, tanto debate. Ainda mais nesse ano eleitoral, quando, naturalmente, algumas questões importantes, como o ajuste fiscal, por exemplo, entram com ênfase no debate público.

A LRF tem sido objeto de algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade¹. A Suprema Corte iniciou o julgamento dos vários dispositivos atacados, tendo, no entanto, se pronunciado parcialmente no julgamento da primeira delas, a ADIN nº 2238, proposta pelo PT, PC do B e PSB logo no início da vigência de lei. A referida ação é bastante ampla.

O objeto deste trabalho refere-se às últimas deliberações do Pretório Excelso, mais propriamente na decisão, em caráter liminar, que suspendeu a eficácia do §2º do artigo 12 e dos §§1º e 2º do artigo 23 da Lei de Responsabilidade Fiscal. A decisão do STF assim explicita:

Decisão: o tribunal, preliminarmente, por maioria, deixou de referendar a admissibilidade, no processo, da Associação Paulista dos

¹ Até o momento foram propostas as seguintes Adins: ADIN2365; ADIN2324; ADIN2261; ADIN2256; ADIN2250; ADIN2241; ADIN2238.

*Magistrados, vencidos os senhores ministros Ilmar Galvão, relator, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence. e, por unanimidade, indeferiu a liminar, na lei complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, relativamente ao artigo 9º, § 5º; ao artigo 11, parágrafo único; ao artigo 15; ao artigo 17 e §§; ao § 1º do artigo 18; à expressão “atendidas ainda as exigências do art. 17”, contida na cabeça do artigo 24; ao § 1º do artigo 26; ao § 2º do artigo 28; ao § 1º do artigo 29 e à cabeça do artigo 39. **Por unanimidade, o tribunal deferiu a medida acauteladora para suspender a eficácia do § 2º do artigo 12, e, no § 1º do artigo 23, da expressão “quanto pela redução dos valores a eles atribuídos”, e, integralmente, a eficácia do § 2º do referido artigo, e, por unanimidade, julgou prejudicado o pedido quanto ao artigo 30, inciso i.(grifo nosso).***

**DA INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º DO ARTIGO 12
DA LRF: A “REGRA DE OURO”**

Os dispositivo da LRF e o artigo conexo da Constituição federal assim dispõem:

LRF - Art. 12. As previsões de receita observarão as normas técnicas e legais, considerarão os efeitos das alterações na legislação, da variação do índice de preços, do crescimento econômico ou de qualquer outro fator relevante e serão acompanhadas de demonstrativo de sua evolução nos últimos três anos, da projeção para os dois seguintes àquele a que se referirem, e da metodologia de cálculo e premissas utilizadas.

(...)

§ 2º O montante previsto para as receitas de operações de crédito não poderá ser superior ao das despesas de capital constantes do projeto de lei orçamentária.

CF - Art. 167 - São vedados:

(...)

III - a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta;

A petição inicial da ADIN nº 2238 assim propugna pela inconstitucionalidade do dispositivo:

“Na medida em que um ente federado realiza operações de crédito excedentes ao montante das despesas de capital, devidamente autorizado mediante crédito suplementar ou especial com finalidade precisa, aprovado pelo respectivo Poder Legislativo por maioria absoluta de votos, conforme lhe é expressamente possibilitado pelo disposto no inciso III do art. 167 da CF, está aumentando o montante previsto para as receitas de operações de crédito em valor superior ao que fora inicialmente previsto na lei orçamentária. E nessa circunstância a sobreposição da lei orçamentária, nos termos do §2º do art. 12 da LC nº 101/2000, ao texto constitucional implica em flagrante e evidente inconstitucionalidade, a merecer sua declaração por esta Suprema Corte, por expressa violação ao disposto no inciso III do art. 167 da CF”.

A Lei Complementar 101/2000 teria estabelecido regra bem mais restritiva que o disposto no próprio texto constitucional, que permite a realização de operações de crédito em montante superior às despesas de capital, desde que aprovadas por maioria absoluta da Casa Legislativa, mediante créditos adicionais suplementares ou especiais. Entendemos que os dispositivos expressam uma regra geral: As operações de crédito não podem superar as despesas de capital. A Constituição federal estabelece a única exceção : operações de crédito aprovadas pelo Poder Legislativo, por maioria absoluta, mediante créditos adicionais especiais ou suplementares.

Havíamos demonstrado anteriormente², também, que a LRF e a CF tratam desta matéria em relação a momentos distintos. A Lei Complementar 101/2000, em consonância com o equilíbrio fiscal pretendido e com o princípio do planejamento, determina que no projeto de lei orçamentária o montante das operações de crédito previstas não ultrapasse o valor das despesas de capital. Evitando-se a elaboração de proposta orçamentária já desequilibrada, consubstanciada no financiamento do déficit do orçamento corrente pela previsão da realização de operações de crédito.

² FIGUEIREDO, Carlos Mauricio *et alli*. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2001, 2º ed., pag. 96.

A CF trata a questão em relação a execução orçamentária, e não quanto a elaboração, discussão e aprovação do projeto de lei orçamentária, como faz a LRF. Entendemos que ambos os textos pressupõem que a lei orçamentária seja aprovada limitando a previsão da receita oriunda de operações de crédito ao montante das despesas de capital. Corroborando este entendimento, o texto constitucional estabelece que a única possibilidade de que haja extrapolação é por intermédio dos créditos adicionais suplementares ou especiais, que se caracterizam como instrumentos de alteração orçamentária.

Com a devida licença, não vislumbramos inconstitucionalidade no dispositivo atacado. No entanto, diante da sua suspensão pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo em sede liminar, qual é a repercussão prática desta decisão? Podemos responder da mesma forma que o Ministro Marco Aurélio, do STF³: nenhuma. A regra geral continua sendo a impossibilidade da lei orçamentária contemplar previsão de operações de crédito superior às despesas de capital, e a única exceção permanece que durante a execução orçamentária o Poder Legislativo poderá, por maioria absoluta, aprovar créditos adicionais – suplementares ou especiais – permitindo a extrapolação deste limite.

Ressalte-se que permanecem inalterados os limites fixados pelo Senado Federal para o montante da dívida consolidada dos estados e municípios⁴, assim como as regras de enquadramento.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§1º E 2º DO ART. 23 DA LRF: A IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS

É sabido que a LRF estabeleceu uma série de regras referentes a despesas de pessoal. Antes porém de adentrarmos a análise dos dispositivos suspensos pela Suprema Corte, cumpre, à luz do texto constitucional, discutir o conceito de “irredutibilidade de vencimentos”, na dicção do artigo 37, XV da Carta Magna:

³“O presidente do STF, ministro Marco Aurélio Mello também minimizou o resultado do julgamento. Segundo ele, a Constituição já proíbe a realização de operações de crédito que excedam o montante das despesas de capital (artigo 167, inciso III). *A consequência prática da decisão é nenhuma*, disse Mello”.
Conforme declarado ao jornal Valor Econômico, edição de 06/05/2002

⁴ Ver Resoluções do Senado Federal nº 40/2001; nº 43/2001 e nº 03/2002

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

*XV - o subsídio e os **vencimentos** dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos **incisos XI e XIV** deste artigo e nos **arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;***

A primeira observação a fazer é conceituar o termo “vencimentos” consignado no texto constitucional, posto que esse será o conceito chave para entendermos o significado do princípio da irredutibilidade de vencimentos.

A resposta parece clara à luz, sobretudo, dos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles⁵ quando afirma que vencimentos seria o conjunto de verbas incorporáveis e não transitórias percebidas pelo servidor. Nesse caso não se consideraria como vencimentos aquelas verbas indenizatórias (diárias, ajudas de custo), nem mesmo as de caráter eventual (gratificação de férias, 13º salário) ou meramente transitórias (recebimento de gratificação por ocupar cargo comissionado). Cabe também destacar a diferença existente entre vencimentos e vencimento, este último representando o chamado “salário base” que estaria contido do conceito mais amplo de vencimentos.

Essa especificação das parcelas integrante do conceito de vencimentos é importante para o perfeito entendimento do conceito de irredutibilidade. Nesse sentido somente serão abarcadas pelo princípio da irredutibilidade, aquelas parcelas integrantes da essência do cargo, ou melhor, inerentes à estrutura remuneratórias do cargo público. Expliquemos melhor. Suponhamos determinado servidor fazendário, por exemplo, cujos vencimentos contém uma série de vantagens, a saber, gratificação de auditoria, vencimento base, gratificação de produtividade...Em determinado momento de sua atividade funcional, este servidor é transferido para uma localidade distante do seu estado e, conforme determinação legal, passa a perceber uma gratificação de localização.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Ed. Malheiros, 22º ed. , pag 404.

A questão que se coloca é saber se o servidor, em um momento futuro, voltar a ser lotado da capital, teria preservado o seu direito de continuar percebendo a gratificação de localização em consentâneo com o dispositivo constitucional que preserva a irredutibilidade de estipêndios. A resposta é negativa, pelo simples fato de que tal gratificação é apenas episódica, circunstancial e não se incorpora ao conjunto de vantagens inerentes ao cargo público.

No mesmo sentido, duas outras observações. Precisamos definir se o conceito de irredutibilidade alcança o conceito de valor “real” ou meramente “nominal” do montante percebido pelo servidor. A discussão é relevante, posto que os vencimentos nominais seriam aqueles não levariam em consideração os índices inflacionários, ao passo, que o conceito de vencimentos reais, consideraria os efeitos da perda de poder aquisitivo dos servidores. Ivan Barbosa Rigolin, em posição polêmica, já defendia, quando da promulgação da Carta de 88, que o princípio da irredutibilidade deveria abarcar o poder aquisitivos dos vencimentos⁶:

Irredutibilidade de vencimentos é locução que não enseja dúvida qualquer: não pode ser diminuído, sob qualquer alegação, o nível aquisitivo, o valor do vencimento do pessoal. Não se trata de manter o números de unidades monetárias em que ser expressa o vencimento, por exemplo, um milhão de cruzados novos. Com efeito, numa subida inflacionária que em 1988 superou a casa dos 900% no exercício, ninguém mais é insano a ponto de defender a idéia de que, mantido inalterado mesmo por poucos meses o valor numérico dos vencimentos, não foi ele reduzido.

A tese defendida pelo autor, embora relevante, não tem sido esposada pelos Tribunais⁷ que apontam no sentido de que o direito albergado pela

⁶ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O Servidor Público na Constituição de 1988*. São Paulo, Ed. Saraiva. 1º ed, pag 154.

⁷ STF – Recursos extraordinário – RE 100818/SP. Relator: Min. Néri da Silveira. Publicação: DJ data 16-06-95 PP – 18267. Julgamento: 14/06/1993 – Segunda Turma. O voto do relator assim explicita:

“ O princípio da irredutibilidade de vencimentos, que realmente não constitui um privilégio dos magistrados, como bem acentuam os autores e a ré, tem em vista dos vencimentos em sua expressão monetária, tal como fixados, afastados questões ou controvérsias de mais alta indagação, relacionadas com a perda do poder aquisitivo da moeda nacional.

Pode-se mesmo afirmar que o problema do envilecimento da moeda, embora de há muito existente no Brasil, não foi cogitado pelo legislador constituinte quando declarou irredutíveis os vencimentos dos juizes.

Carta Magna refere-se à intangibilidade do conceito nominal, ou seja, se determinado servidor percebia 2000 reais há três anos, o que interessa, segundo a exegese do dispositivo constitucional, é que o mesmo montante seja preservado não interessando inflação do período. Esse entendimento quando vivíamos uma inflação galopante, provocava graves prejuízos aos servidores. Ocorre que consignar no texto constitucional norma que aponte para a imediata indexação à inflação poderia trazer problemas no sentido de controle dos gastos públicos e equilíbrio macroeconômico.

Outro ponto que merece destaque é saber se a irredutibilidade posta pelo artigo 37, XV da Constitucional refere-se ao conceito de remuneração “bruta” ou “líquida”, ou seja, trata de observar se o conceito abarca o *totum* remuneratório do servidor ou o montante percebido após os descontos legais. Parece assente jurisprudencial e doutrinariamente que o texto magno refere-se ao conceito bruto, sem os descontos legais. O fato de ocorrer uma elevação da alíquota dos imposto de renda ou mesmo uma majoração da contribuição previdenciária e conseqüente diminuição da renda disponível do servidor, não legitima a arguição da garantia da irredutibilidade de vencimentos⁸. Nesse sentido, Jessé Torres Pereira Júnior observa⁹:

⁸ AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO OU DE PETIÇÃO. AGRAG-95521/RS EMENTA.

“Constitucional. Magistrados. Previdência Social. Decisão que considerou inviável a pretensão de afastar a aplicabilidade, aos aposentados, do parágrafo único do artigo 32 da LOMAN, a estabelecer que a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados não impede os descontos fixados em lei, em base igual a estabelecida para os servidores públicos, para fins previdenciários. Recursos extraordinário denegado. confirmação.

ACAO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MEDIDA CAUTELAR- ADIMC-2010/DF

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Publicação: DJ DATA-12-04-02 PP-00051 EMENT VOL-02064-01 PP-00086

Julgamento: 30/09/1999 - Tribunal Pleno

Ementa

A GARANTIA DA IRREDUTIBILIDADE DA REMUNERAÇÃO NÃO É Oponível À INSTITUIÇÃO/ MAJORAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL RELATIVAMENTE AOS SERVIDORES EM ATIVIDADE. - A contribuição de seguridade social, como qualquer outro tributo, é passível de majoração, desde que o aumento dessa exação tributária observe padrões de razoabilidade e seja estabelecido em bases moderadas. Não assiste ao contribuinte o direito de opor, ao Poder Público, pretensão que vise a obstar o aumento dos tributos - a cujo conceito se subsumem as contribuições de seguridade social (RTJ 143/684 - RTJ 149/654) -, desde que respeitadas, pelo Estado, as diretrizes constitucionais que regem, formal e materialmente, o exercício da competência impositiva. Assiste, ao contribuinte, quando transgredidas as limitações constitucionais ao poder de tributar, o direito de contestar, judicialmente, a tributação que tenha sentido discriminatório ou que revele caráter confiscatório. A garantia constitucional da irredutibilidade da remuneração devida aos servidores públicos em atividade não se reveste de caráter absoluto. Expõe-se, por isso mesmo, às derrogações instituídas pela própria Constituição da República, que prevê, relativamente ao subsídio e aos vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos - (CF, art. 37, XV), a incidência de tributos, legitimando-se, desse modo, quanto aos servidores públicos ativos, a exigibilidade da contribuição de seguridade social, mesmo porque, em tema de tributação, há que se ter presente o que dispõe o art. 150, II, da Carta Política. Precedentes: RTJ 83/74 - RTJ 109/244 - RTJ 147/921, 925.

⁹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Da Reforma Administrativa Constitucional*. São Paulo, Ed. Renovar, 1º ed, pag 134.

A Emenda 19 manteve, ao arrematar o inciso XV, a referência a disposições constitucionais definidoras do poder tributário estatal, o que significa que o princípio da irredutibilidade não conflita com o princípio da igualdade de tratamento tributário, sem discriminação de ocupação profissional ou função, vedada aos entes federativos a edição de leis que privilegiem ou discriminem, do ponto de vista tributário, qualquer categoria de agente público, seja servidor ou agente político, e qualquer que seja o modo de sua remuneração (vencimento, salário ou subsídio).

Significa, ainda, que a incidência do imposto de renda e proventos de qualquer natureza concilia-se com a irredutibilidade, não sendo por esta afastada.

Lei de Responsabilidade Fiscal e Irredutibilidade de Vencimentos

A Lei de Responsabilidade Fiscal estabeleceu uma série de regras no que se refere a despesas de pessoal, tanto na fixação de limites quanto na adoção de mecanismos de ajuste. Claro está que as regras de ajuste postas pela LRF são supletivas àquelas contempladas nos parágrafos 3º e 4º do artigo 169 da Constituição Federal, a saber:

***Art. 169** - A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.*

§ 3º - Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotam as seguintes providências:

***I** - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;*

***II** - exoneração dos servidores não estáveis.*

§ 4º - Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos

Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

Dessa forma, como alternativa para evitar a drástica medida de exoneração de servidores por excesso de quadros, a lei colocou algumas possibilidades, entre as quais aquelas arroladas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 23 da LRF e que foram objeto de apreciação pela Suprema Corte:

Art. 23. Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição.

§ 1º No caso do inciso I do § 3º do art. 169 da Constituição, o objetivo poderá ser alcançado tanto pela extinção de cargos e funções quanto pela redução dos valores a eles atribuídos.

§ 2º É facultada a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária.

A ADIN nº 2238 em análise pelo STF assim argumenta ao propugnar pela suspensão dos dispositivos.

Não pode agora o legislador, ao editar lei complementar, alterar a disposição consignada em sede constitucional, tanto mais quando se sabe que a Constituição Federal, em seu art. 7º, VI, define a irreduzibilidade de salários, mandando, em seu art. 39, §3º, que se aplique essa disposição aos “servidores ocupantes dos cargos e empregos públicos”, não diferenciando, nesse trecho, entre servidores efetivos e dos cargos em comissão.

O mesmo raciocínio se aplica ao disposto no §2º do art 23 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que faculta “a redução da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária”, o que não é senão uma forma de introduzir, à sorrelfa, a mesmíssima figura da redução dos vencimentos já intentada no parágrafo anterior.”

O Supremo Tribunal Federal, acatou os argumentos e, em caráter liminar, suspendeu os dispositivos.

Analise os efeitos desta medida. A redução dos valores atribuídos aos cargos comissionados de que trata o § 1º, do art. 23, da LRF, não obstante o acerto da Decisão do STF, não impede, de fato, que haja esta diminuição. Por serem cargos de livre nomeação e exoneração¹⁰, nada impede que o gestor edite ato de exoneração dos ocupantes destes cargos, proceda, por meio de lei, a redução dos respectivos vencimentos e promova a nomeação, novamente, dos seus ocupantes.

Parece-nos correto o posicionamento do Supremo quanto a suspensão da parte final do disposto no § 2º, do art.23. A regra geral é a impossibilidade de adequação dos vencimentos dos servidores face à nova carga horária. No entanto, como já expressamos anteriormente¹¹, entendemos que continua sendo possível a redução de jornada e conseqüente redução de vencimentos de servidores estatutários mediante lei que determine a expressão e prévia anuência destes. No caso dos empregados públicos, considerando as garantias postas no artigo 7º da CF, o mesmo poderá se dar, no entanto, mediante acordo ou convenção coletiva.

Por conseqüência, a mesma regra atinge os servidores submetidos ao regime especial da contratação temporária de excepcional interesse público, posto que, mesmo a eles se aplica o princípio da irredutibilidade de vencimentos.

¹⁰ Conforme CF, art. 37, II.

¹¹ “É permitido pelo artigo 23, parágrafo segundo da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), que estabelece: é facultada a redução temporária de jornada de trabalho com redução de vencimentos à nova carga horária. Entretanto, o mesmo só será possível para os celetistas mediante acordo ou convenção coletiva. A regra não se aplica aos servidores estatutários por força do princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos”.

FIGUEIREDO, Carlos Mauricio e NÓBREGA, Marcos. “Gestão Fiscal Responsável. Simples Municipal: O Município e a Lei de Responsabilidade Fiscal : Perguntas e Respostas. BNDES. 2001, pag 24. também disponível no endereço eletrônico: www.federativo.bndes.gov.br.

E ainda:

“Sendo ambos os casos de servidores não estáveis – comissionados e servidores permanentes – passíveis de exoneração, mostra-se óbvio que a redução prevista no inciso I do § 3º somente pode processar-se mediante a extinção de cargos que atinge, quando reza: §6º. O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos” grifos nossos.

Em relação ao disposto no parágrafo 2º, deve-se observar que a redução da jornada de trabalho, com conseqüente redução remuneratória, depende não só da aprovação de lei nesse sentido, mas também de que a norma legal que a autoriza preveja a sua consecução mediante expressão do ato de vontade do servidor, ou seja, somente pode ser obtida mediante adesão espontânea dos servidores à nova jornada. A aprovação de legislação que não preveja esse direito de opção e determine a redução unilateral de jornada e de remuneração viola o princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos, sendo, portanto, inconstitucional” FIGUEIREDO, Carlos Mauricio *et alli*. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2º ed, pag 164.

O que se verifica, não obstante algumas opiniões apressadas e desprovidas de maior rigor técnico, é que as recentes decisões do STF não macularam a essência da Lei de Responsabilidade Fiscal, muito pelo contrário, os olhos atentos do analista de finanças públicas devem mirar nos dispositivos analisados pelo Pretório Excelso e considerados constitucionais, preservando os parâmetros básicos de uma gestão fiscal responsável, assim entendidos a obrigatoriedade do cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência aos limites e condições no que tange à renúncia de receitas, geração de despesas e endividamento público.

Os avanços observados na gestão pública brasileira, a partir da edição da LRF, são consideráveis¹² e muito ainda deve ser feito para alcançarmos um patamar estável de equilíbrio fiscal. As recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, vistas como a expressão maior de que vivemos em um Estado Democrático de Direito, antes de macular, servem para consolidar definitivamente a Lei Complementar 101/2000, ao afastar as alegações de inconstitucionalidades de seus principais dispositivos, e que representam a reafirmação deste moderno e necessário instrumento de controle das contas públicas.

¹² FIGUEIREDO, Carlos Maurício e NOBREGA, Marcos. *A Lei de Responsabilidade Fiscal Brasileira: Alguns aspectos da elaboração, execução e acompanhamento da Lei*. In Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação. INA (Instituto Nacional de Administração), abril-junho 2000, Lisboa – Portugal.

A TÉCNICA DA TUTELA INIBITÓRIA E A EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER

Kepler Gomes Ribeiro

Oficial de Gabinete da 1ª Vara Federal – SJ / CE

NOÇÕES GERAIS DE TUTELA ESPECÍFICA

O objetivo primordial do processo judicial é poder proporcionar, àqueles que o utilizam, o efetivo alcance dos resultados que deveriam ter decorrido do espontâneo cumprimento do direito objetivo substancial.

Assim, tendo sido repelida a utilização da autotutela como forma de se fazer justiça; caberia ao legislador suprir o Direito Processual de meios hábeis a proporcionar, aos que buscam a tutela jurisdicional do Estado, o direito efetivo, tal como se não houvesse sido ferido.

Enquanto tais técnicas ainda não tinham sido engendradas, às partes restava fazer uso da ação cautelar inominada, através do poder geral de cautela conferido aos órgãos judicantes. Com o advento do CDC e da seguinte reforma do CPC, houve significativo avanço no Direito Processual pátrio no que diz respeito à disposição colocada ao Poder Judiciário de técnicas capazes de fazer com que fosse prestada a tutela jurisdicional específica, aquela onde o detentor do direito alcançasse tudo aquilo e exatamente aquilo a que faz jus.

Neste diapasão, a expressão “tutela específica” passou a significar tanto a prestação jurisdicional efetiva; como também para denominar o conjunto das técnicas hábeis a proporcionar tal efetividade na prestação da tutela jurisdicional.

A TUTELA INIBITÓRIA

Dentre tais técnicas trazidas pelo art. 84 do CDC e 461 do CPC, vislumbra-se a tutela jurisdicional inibitória, a qual será objeto de estudo no presente trabalho, e da qual nos ateremos doravante.

Trata-se a tutela inibitória de uma das mais eficazes, para não dizer a mais eficaz, forma de tutela específica, tendo em vista que sua utilização se dar antes mesmo de qualquer lesão a direito, sendo sua função precípua a de preservar a integridade de determinado direito.

Destarte, tem a tutela inibitória caráter eminentemente preventivo, de forma que a tutela específica consiste em manter na íntegra um direito alvo de provável lesão. E o fato de possuir este caráter preventivo, faz com que sempre se obtenha de forma efetiva a tutela requerida, já que impede que o direito seja lesado, dando ensejo a que o Judiciário conceda a tutela na sua forma mais específica possível.

Pode a inibição consistir em evitar tanto a possível prática de um ilícito, como a repetição da prática de um ilícito e ainda a continuação da prática de um ilícito. Portanto, pode-se afirmar que são pressupostos para a concessão da tutela inibitória a probabilidade da prática ou da continuação ou da repetição de um ilícito.

Antevendo a possibilidade de surgimento de teses contrárias ao uso da técnica da tutela inibitória, sob o pretexto de que a mesma colocaria em perigo o direito de liberdade; o mestre e doutor pela PUC/SP, Dr Luiz Guilherme Marinoni¹, assim se manifestou:

“Não há razão para não admitir que alguém tenha a sua vontade constrangida quando está pronto para praticar um ilícito. Aliás, privilegiar a liberdade, em tais casos, é o mesmo que dizer que todos têm direito de praticar ilícitos e danos, sendo possível evita-los, mas apenas reprimi-los. Ora, ante a consciência de que os novos direitos têm, em regra, conteúdo não patrimonial ou prevalentemente não patrimonial, fica fácil perceber a necessidade de concluir que é viável a inibitória para inibir a prática (e não apenas a repetição ou continuação) do ilícito. Uma conclusão no sentido contrário, aliás, implicaria a aceita-

¹ Marinoni, Luiz Guilherme. Tutela Específica (arts. 461, CPC e 84, CDC), p.p. 85/88. Ed. RT. São Paulo – SP. 2000.

ção da possibilidade de expropriação desses direitos, o que faria surgir a lógica do “poluidor-pagador”, por exemplo.

A modalidade mais pura de inibitória, que é justamente aquela que se dá com a interferência judicial antes da prática de qualquer ilícito, vem sendo aceita em vários países preocupados com a efetividade da tutela dos direitos. (...)

Além disso, não é possível esquecer que o art. 5º, XXXV, da CR, afirma que “nenhuma lei excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, com o nítido intuito de viabilizar a tutela inibitória, ou seja, a tutela capaz de garantir a inviolabilidade de um direito que está sendo ameaçado de lesão. (...)

Admitida a existência de um direito constitucional à tutela preventiva, fica o legislador infraconstitucional obrigado a estabelecer instrumentos processuais capazes de torna-la realidade, e os operadores jurídicos e doutrinadores obrigados a ler as normas processuais de modo a torná-las efetivas. Isto quer dizer, em outras palavras, que a doutrina processual está obrigada a elaborar dogmaticamente o perfil da tutela inibitória, até porque esta é, sem dúvida alguma, absolutamente imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos mais importantes do homem.”

A TÉCNICA MANDAMENTAL COMO MEIO DE ATUAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA

Antes que se faça qualquer comentário acerca da técnica mandamental, necessário é se fazer a distinção entre sentenças satisfativas e não-satisfativas.

As primeiras são aquelas que, por si só, são capazes de tutelar direitos; já as segundas são aquelas que necessitam de meios de coerção ou de sub-rogação para que o direito assegurado nas mesmas seja realizado efetivamente.

São exemplos de sentenças satisfativas as declaratórias e as constitutivas, pois ambas, por si só, são suficientes para assegurar de modo eficaz o direito referido nas mesmas, já que não necessitam de quaisquer outros meios, seja de coerção seja de sub-rogação, para dar efetividade ao direito que nela está disposto.

Destarte, constata-se que somente há que se falar em uso de técnicas de tutela específica quando se está diante de sentenças não-satisfativas, já

que somente estas não são suficientes, por si só, para dar efetividade ao direito nelas disposto, necessitando de meios de coerção e sub-rogação para tanto.

Pode-se classificar em mandamental e executiva as técnicas usadas para dar efetividade às sentenças não-satisfativas, conforme os meios subsidiários utilizados. Em síntese, o que diferencia as duas técnicas é o fato de que, nas sentenças mandamentais, o meio utilizado é a coerção indireta, ou seja, a imposição de multa cominatória em caso de descumprimento; ao passo que nas executivas é feito o uso de meios de coerção direta ou de sub-rogação.

A multa, então, serve como um coerção indireta tendente a fazer com que o réu cumpra “voluntariamente” a obrigação contida na decisão, sem que seja preciso o uso da força (coerção direta) ou de terceiros sub-rogados. Assim, a coerção indireta (multa) atua sobre a vontade do sucumbente, destina a atuar sobre conduta do demandado, fazendo-o adimplir.

Para o presente trabalho, interessa-nos o mecanismo da técnica mandamental (a que se utiliza da multa), pois para a tutela inibitória não é suficiente uma sentença que ordene; necessária é a utilização da coerção indireta como forma de compelir o obrigado a cumprir a determinação que lhe foi imposta.

Tanto o art. 84 do CDC quanto o art. 461 do CPC autorizam que o juiz, em suas decisões – interlocutórias e sentenças – imponha multa diária ao réu relutante, mesmo que o postulante não tenha requerido expressamente, desde que tal medida seja compatível com a obrigação.

Destarte, tais artigos, ao permitirem a imposição de um fazer ou um não-fazer sob pena de multa, muniram o juiz de mecanismos processuais hábeis a prestar a tutela inibitória ao jurisdicionado, fazendo com que o réu deixe de praticar, repetir ou continuar determinada conduta ilícita.

ESPÉCIES DE TUTELA INIBITÓRIA

Classifica-se a tutela inibitória em positiva e negativa, de acordo com as duas formas de se praticar um ilícito, ou seja, o fazer ou o não fazer.

Assim, chama-se tutela inibitória *positiva* aquela destinada a compelir o réu a realizar determinada atitude, quando se tem o temor de que este sujeito provavelmente ficaria omissos, reiteraria uma omissão ou continuaria se omitindo ilícitamente. A tutela inibitória, neste caso, é utilizada como

forma de fazer com que o sujeito, antes de se cometer qualquer omissão ilícita, seja compelido a agir conforme determina a lei.

Já a tutela inibitória *negativa* consiste em fazer com que determinado sujeito deixe de praticar ou reiterar a prática ou continuar praticando determinado ilícito. É a obrigação de um não-fazer antes mesmo que o possível violador do direito venha a praticar o ilícito de forma comissiva.

BIBLIOGRAFIA

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Específica (arts. 461, CPC e 84, CDC). São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. Atualidades sobre o processo civil. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1995.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Tutela específica nas obrigações de fazer e não-fazer na reforma processual. Belo Horizonte. Del Rey, 1997.

RELAÇÃO DE CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO RESULTADO

Danielle Souza de Andrade e Silva

Assessora da 5ª Vara Federal – SJ / PE

SUMÁRIO: 1 - Introdução. 2 - Imputação e direito penal. 3 - A relação de causalidade como elemento do fato típico. 4 - As teorias sobre a causalidade. 4.1 - Teoria da equivalência dos antecedentes causais. 4.2 - Teoria da causalidade adequada. 4.3 - A posição adotada no direito brasileiro. 4.4 - A teoria da imputação objetiva. 5 - Critérios para a imputação objetiva. 6 - Quando se resolver pela não-imputação objetiva. 6.1 - Quando falta a criação do perigo. 6.2 - Quando falta a realização do perigo. 6.3 - Quando falta a realização do risco não permitido (ou quando o agente certamente não aumentou o risco já existente). 6.4 - Quando o resultado verificado escapa ao fim de proteção da norma. 7 - Críticas à imputação objetiva. 8 - Reflexões finais. 9 - Referências.

1 INTRODUÇÃO

Questiona-se a posição da causalidade dentro do conceito de crime. Há os que a incluem na estrutura da ação, ora como elemento do seu conceito, ora como o vínculo que liga o resultado à manifestação da vontade do agente. Outros identificam o nexos causal como parte do tipo, ou como uma adequação ao tipo. Podem-se ainda apontar os que, dentro da concepção finalista, colocam o problema antes mesmo da tipicidade. Entre estes últi-

mos, Maurach, para quem a causalidade seria um problema-limite situado entre a ação e o tipo.¹

Autores modernos contestam o relevo do nexos causal dentro do direito penal, circunscrevendo sua importância a apenas determinados crimes e, ainda assim, com papel secundário. Todas as tentativas de revisão do conceito de ação, mormente na doutrina alemã, partem de um ataque contra o ‘dogma causal’, afirmando-se que, ao lado de processos causais tidos por criminosos em razão do desvalor do resultado, haveria tipos penais simplesmente finalistas, cuja criminalidade adviria da só reprovabilidade do comportamento, não do resultado. Mas a doutrina dominante continua cedendo especial relevância à causalidade, que foi alçada a princípio geral do direito penal somente em meados do século XIX, por obra principalmente da literatura alemã e, posteriormente, da italiana, afastando-se as concepções filosóficas de que o princípio da causalidade não seria aplicável nas ciências do dever ser, mas somente nas do ser.

Dentro do incessante debate sobre a determinação de quando se pode considerar a lesão a um interesse jurídico obra de uma pessoa, vem ganhando destaque, na literatura jurídica, a chamada teoria da imputação objetiva, pela qual se procura fazer uma releitura dos elementos necessários à verificação da tipicidade, mais especificamente dos componentes do tipo objetivo. Discorrer-se-á, a seguir, sobre as visões tradicionais do estudo do nexos causal e as implicações da adoção de uma imputação objetiva do resultado.

2 IMPUTAÇÃO E DIREITO PENAL

A imputação, em direito penal, é processo pelo qual se atribui a um sujeito a prática de determinado ilícito, seja ele doloso ou culposos, comissivo ou omissivo. Em nosso sistema, tal processo vem sendo tratado somente dentro do conceito de causalidade – o Código Penal pátrio pressupõe a causa como condição do resultado, o que implicaria dizer que, nos crimes sem resultado, não haveria imputação ao agente, mas mera atribuição por subsunção à descrição da conduta proibida.

Ocorre que a imputação, como observa o Prof. Juarez Tavares, independe da causalidade; está antes inserida no contexto de formação das figu-

¹ Apud BRUNO, Aníbal. *Direito penal*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, t. 1, p. 319.

ras típicas, centrado na consideração de que “só será possível atribuir-se o injusto a alguém, quando sua realização possa ser afirmada como obra sua e não de terceiros”². Não se enfoca o injusto, portanto, sob um prisma meramente pessoal (ontologia do finalismo) ou puramente subjetivo (considerando-se apenas a vontade em si mesma). Ao revés, o processo de imputação, como medição da intensidade da agressão ao bem jurídico, há que desenvolver-se sobre dois pilares: a) uma perspectiva garantista, demonstrando-se inequivocamente que a conduta incriminada fora realizada pelo sujeito (objetivamente); b) uma individualização da conduta, depurando-se seus elementos a fim de indicar a contribuição do sujeito à sua execução. Daí podermos identificar duas ordens de imputação – uma objetiva, referente à ação proibida, seu objeto e seu resultado, e outra subjetiva, atinente ao dolo e à culpa.

Assinala Aníbal Bruno ser a relação causal o problema inicial de toda investigação que vise a incluir o agente no acontecer punível e fixar a responsabilidade penal. Adverte, porém, sobre a necessidade de diferenciar-se o problema do nexa causal (imputação de fato) da análise posterior acerca da concorrência dos pressupostos da responsabilidade penal, ou da culpabilidade (imputação de direito).³ Significa dizer que a simples relação objetiva entre o comportamento e o evento faz apenas do agente o causador material do fato, mas não o transforma logo em autor no sentido jurídico penal (não basta para justificar a responsabilidade penal).⁴ Como bem delimitou Cláudio dell’Orto, “a imputação da conduta ocorre no âmbito da teoria da ação, a imputação das conseqüências da conduta na teoria do tipo do injusto e a imputação daquilo que o homem podia realizar e evitar na ofensa ao bem jurídico tutelado se dá na teoria da culpabilidade”⁵.

Certo é que o processo de imputação de uma conduta a um sujeito não se reduz à causalidade (de vez que nesta podem interferir fatores exter-

² TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 205.

³ BRUNO, Aníbal. *Op. cit.*, p. 319-320.

⁴ Colhe-se de Hans Kelsen a afirmativa de que a imputação não consiste noutra coisa senão na conexão entre o ilícito e a conseqüência do ilícito, sendo imputável aquele que pode ser punido por sua conduta, isto é, pode ser responsabilizado por ela (*Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. port. de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 127).

⁵ DELL’ORTO, Cláudio. “O nexa de causalidade nos crimes preterdolosos”. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina.html>. Acesso em: 23/01/01, às 15h35min.

nos vários, como causas supervenientes absolutamente independentes, ou fatos de terceiros), mas necessita de critérios normativos complementares, para se possa individualizar a conduta, atribuindo-se, ou não, o resultado ao sujeito. A presença da causalidade física, naturalista, pode não ser suficiente para a caracterização da causalidade normativa. O elo de ligação entre a conduta humana e o evento deve ser valorado, aferido conjuntamente com o elemento subjetivo do agente. Afinal, é o direito penal mais que uma mera projeção do real; é uma ordem de normas como finalidade social específica, a de proteção da pessoa humana ante o poder punitivo estatal.

Modernamente, em especial após o enunciado de Heisemberg do Princípio da Indeterminação, a filosofia e a ciência põem em dúvida a noção de causa, substituindo-a pela de condição, segundo critérios probabilísticos. É nesse contexto de queda do império do dogma causal que desponta a teoria da imputação objetiva. Todavia, sabe-se que o direito penal, por perseguir a responsabilidade pessoal, não prescinde, num primeiro momento, de uma noção de causalidade fundada numa relação de certeza e necessidade, mesmo que isso só se alcance após a verificação do fato (porque antes dele somente há probabilidade e indeterminação).⁶

3 A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE COMO ELEMENTO DO FATO TÍPICO

No conceito analítico, o fato, para alçar-se a crime, deve ser, primeiramente, típico. Diz-se típico o comportamento humano que ocasiona o resultado e é previsto como infração penal. Elementos do fato típico são, portanto, a conduta (na forma comissiva ou omissiva), o resultado, o nexa causal e a tipicidade.

Tida como a perfeita correspondência entre o fato concreto e a descrição abstrata da norma penal, em todos os seus elementos, a tipicidade constitui a primeira etapa na apreciação de uma conduta sob a ótica do direito penal. Júlio Mirabete realça, como funções da tipicidade, a de garantia (como aperfeiçoamento e sustentação do princípio da legalidade) e a de indício da antijuridicidade (o fato típico presume-se ilícito, salvo concorra uma causa excludente da ilicitude).⁷

⁶ Certamente por isso ANTONIO L. CHAVES CAMARGO afirma que a imputação objetiva, enquanto teoria do direito penal, “não substitui o empirismo da relação de causalidade” (“Imputação objetiva e direito penal brasileiro”. In *Boletim IBCCrim*. 9(107), out. 2001, p. 8).

⁷ MIRABETE, Júlio Fabrinni. *Código penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 131. A essas funções, acrescentem-se a de identificação do bem jurídico protegido pela norma, a de seleção de condutas penalmente relevantes e a de motivação dos cidadãos à prática do que é penalmente permitido segundo as descrições típicas.

A conduta, ou ação em sentido amplo, consiste no comportamento humano dirigido a uma finalidade (teoria finalista), estando sempre presente o elemento vontade, sem o qual impossível falar-se em ação.⁸

O resultado, ou evento, pode ser apresentado sob os aspectos naturalista ou formal, entendido o primeiro como a alteração do mundo exterior provocada em consequência à ação e o segundo como a lesão ou ameaça de lesão a um bem ou interesse tutelado por uma norma penal. Depreende-se, pois, que todo delito enseja um resultado, ao menos no sentido formal (normativo), impondo distinguirem-se os crimes que lesionam um bem jurídico tão-só com a conduta do agente daqueles que somente o fazem com o resultado material da ação.

Verificado o resultado de dano ou de perigo, deve-se indagar, preliminarmente, se pode ser referido, em conexão causal, à ação ou omissão do acusado. O nexa causal serve de liame entre a conduta humana (comissiva ou omissiva) e o resultado, numa relação etiológica (de causa e efeito). Também a omissão é elevada à categoria de causa (que não é conceito puramente naturalístico, mas lógico), vislumbrando-se uma relação causal entre o omitir e a produção do resultado, tanto doutrinariamente como perante nosso direito positivo.

Como integrante do fato típico, desnecessário discutir-se, para determinação do nexa causal, a antijuridicidade do fato ou a culpabilidade do agente – etapas posteriores na escala de valoração penal. Mas registramos estar a relação causal intimamente relacionada ao elemento psicológico do comportamento, dada a impossibilidade de separação absoluta entre os aspectos objetivo e subjetivo da ação, com bem destacado pelo Prof. Miguel Reale Júnior:

“A relação física de causalidade, por meio da qual se atribui a qualidade de causa de um evento à determinada ação, constitui a ‘imputatio facti’, que, a nosso ver, não pode no campo penal estar totalmente desvinculada da ‘imputatio delicti’. A verificação da alteração do mundo exterior produzida pelo homem, com a causação de um resultado, é questão prévia, mas que não pode, todavia, deixar de se

⁸ Esclarece-nos Magalhães Noronha: “Existente a ação, mas ausente a vontade, como nos estados de inconsciência, não há falar em ação. Igualmente, inexistirá esta, na coação absoluta, quando se pode dizer que ela é do coator, sendo o coagido mero instrumento” (*Direito penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 114).

relacionar com o momento psicológico da ação, uma vez que o comportamento humano constitui um todo irreduzível, cujos aspectos se inter-relacionam e se complementam.”⁹

Entende-se atualmente que a conduta humana, no âmbito jurídico-penal, é o processo de causação de um resultado típico, o que leva o Prof. Roque de Brito Alves a concluir: “o nexos causal será concebido, portanto, em termos de pura causação, com a permanente presença do nexos causal”¹⁰.

E se é verdade que todos os delitos, mesmo os de mera conduta (como a violação de domicílio), apresentam um resultado normativo, deve-se porém reconhecer que a relação de causalidade assume especial relevo quanto aos delitos de resultado naturalístico, porquanto só nestes se pode falar numa causalidade física necessária, sendo questão crucial determinar quando o resultado é materialmente decorrente da ação humana, para, então, examinar-se a vinculação normativa entre o fato e o agente.

4 AS TEORIAS SOBRE A CAUSALIDADE

Inúmeras são as teorias que se propõem a precisar a noção de causa, perquirindo, dentro do universo de condutas humanas verificáveis no mundo dos fatos, que ações ou omissões podem considerar-se *causas* sob o ponto de vista jurídico, e o problema se acentua quando se tem verificado que o resultado jurídico-penal, muitas vezes, é produto não de uma única força, mas da concorrência de diversas, em uma complexa e entrelaçada cadeia. Apresentam-se, a seguir, as correntes que desfrutam de maior prestígio dentro da doutrina.

4.1 TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DOS ANTECEDENTES CAUSAIS

Proposta, em 1863, por Von Buri, a doutrina da equivalência dos antecedentes causais equipara a causa tudo aquilo que contribui para o resultado. Baseada na lógica do século XIX, de Stuart Mill (este, por sua vez, fundamentado nas idéias do filósofo inglês David Hume, no século XVIII),

⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 175.

¹⁰ ALVES, Roque de Brito. *Direito penal*, parte geral. 3. ed. ampl. Recife: Inojosa, 1977, v. 1, p. 363.

a teoria não distingue entre condição, causa, ocasião e concausa.¹¹ Todo antecedente cuja inocorrência impedisse a realização do evento é imprescindível à sua verificação e, pois, é dele causa, por ser *conditio sine qua non* do resultado.

Para reconhecer se uma condição é causa do resultado, utiliza-se o processo de eliminação hipotética, atribuído ao penalista Von Thyrén, segundo o qual “a mente humana julga que um fenômeno é condição de outro toda vez que, suprimindo-o mentalmente, resulta impossível conceber o segundo fenômeno”¹². O sistema penal, assim, foge da amplitude do problema da causalidade em seu aspecto filosófico-gnoseológico.

A melhor compreensão desse procedimento resulta em fixar que a conduta é causa quando, suprimida mentalmente, o evento *in concreto* não teria ocorrido *como ocorreu*, no momento em que ocorreu. Interessante referir o exemplo de Damásio de Jesus: o sujeito encontra a vítima agarrada num ramo de árvore, prestes a cair num despenhadeiro, o que acontecerá, mais cedo ou mais tarde; apressando a morte, corta o ramo. A ele imputa-se o evento, pois, embora se pudesse excluir a sua conduta e ainda assim dar-se o resultado, certamente, sem ela, o resultado não teria ocorrido como ocorreu.¹³ Da mesma forma, ao médico que antecipa a morte de um doente em estado terminal é imputado o resultado lesivo. Orienta-se pelo resultado concreto realmente ocorrido, e não pelo que iria ocorrer. Trata-se do chamado nexos de causalidade objetiva.

Mas as agravações e antecipações do resultado só podem ser imputadas se efetivamente demonstradas como manifestamente evidentes ou materialmente sensíveis. Havendo dúvidas sobre o processo de produção do resultado, deve a hipótese ser submetida ao crivo do *in dubio pro reo*.¹⁴

¹¹ Sobre a distinção entre causa, condição e ocasião, ver ALVES, Roque de Brito. *Op. cit.*, p. 360 e ss.

¹² *Apud* JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*; parte geral. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 218.

¹³ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*, p. 218.

¹⁴ Juarez Tavares lembra a aplicação do *in dubio pro reo* não apenas no âmbito processual, também no direito penal: “É, antes de tudo, uma consequência do princípio da presunção de inocência e deve ser usado como instrumento delimitador da incidência normativa. (...) De qualquer forma a imputação deve também ser avaliada segundo os princípios dos direitos fundamentais, dentre os quais se insere o da presunção de inocência.” (*Op. cit.*, p. 212-213).

Embora enaltecida por diversos doutrinadores, essa tese sofre muitas críticas, mormente pela demasiada amplitude conferida à escala causal, dando azo a um regresso infinito, terminando-se por alcançar a mais remota das condições, à qual ainda se atribuiria aptidão causal. Destaquem-se, por ora, as objeções de Claus Roxin e Nélon Hungria:

“O trabalho dogmático permanece ainda em seus inícios. Pois a tradicional redução do tipo a uma causalidade, compreendida esta no sentido da teoria da equivalência dos antecedentes, criou em primeiro lugar uma esfera de responsabilidade sem fronteiras, que mesmo através de elementos como a previsibilidade ou a evitabilidade ainda não foram limitadas de modo aceitável do ponto de vista do Estado de Direito.”¹⁵

“A equivalência dos antecedentes causais é um irrefutável dado de lógica, e nada impede que seja reconhecido na esfera jurídico-penal. (...) Mas a causalidade física não é, nem podia ser o único pressuposto da punibilidade; acha-se esta, igualmente, subordinada à culpabilidade do agente.”¹⁶

O excesso da doutrina da equivalência é restringido, para os devidos efeitos penais, pela exigência maior do elemento psicológico do delito, pela culpabilidade para tornar punível a conduta. Permanece, assim, a já anunciada distinção básica entre a causalidade objetiva (*imputatio facti*) e a causalidade subjetiva (*imputatio delicti*). Em outras palavras, o temperamento da doutrina em foco efetua-se “consolidando-se a correlação entre a causalidade material ou objetiva e a subjetiva ou psíquica: para responder penalmente, não basta que o indivíduo tenha movido uma *conditio sine qua non*; deverá tê-lo feito com suficiente dose de elemento subjetivo (*dolo, culpa*)”¹⁷.

¹⁵ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. bras. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 45.

¹⁶ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*; decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. I, t. II., p. 66.

¹⁷ GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1966, v. I, t. I., p. 220.

4.2 TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA

Com o escopo de limitar a causalidade natural através de princípios juridicamente aceitáveis, a *Teoria da Causalidade Adequada* é antes uma teoria da imputação que uma doutrina da relação causal. Considera causa a condição idônea, tipicamente adequada à determinação do fenômeno. Estabelece-se, portanto, uma especialização dos antecedentes causais, não mais se incluindo na cadeia causal condições demasiado remotas como, por exemplo, a venda da arma pelo comerciante ao homicida.

Von Bar foi o primeiro a tentar expurgar do direito todas as condições não compreendidas nas “regras gerais da vida”, mas se deve ao fisiologista Von Kries a teorização, ao ensinar que algumas condições são objetivamente adequadas a produzir resultados juridicamente proibidos e tendem a produzi-los, segundo a “experiência da vida”. O evento que se situa fora de qualquer probabilidade, segundo a experiência da vida, não pode ser imputado ao agente, por não adequada a causa ao resultado.

A adequação do antecedente se afere mediante um processo denominado de *prognose posterior objetiva*, segundo o qual “a probabilidade do resultado deve ser vista a partir de um observador objetivo posterior, tendo em conta, porém, todas as condições anteriores, já subsistentes na época do fato, que eram do conhecimento do agente ou que lhe eram objetivamente previsíveis”¹⁸.

Como complemento à análise da causalidade, a fim de delimitar a responsabilidade do agente sem recorrer ao dolo e à culpa, Max Ludwig-Müller e Edmund Mezger propõem a *Teoria da Relevância Jurídica*, para a qual a corrente causal não é o simples atuar do agente, mas deve ajustar-se às figuras penais, produzindo o resultado previsto na lei, sob o enfoque da finalidade protetiva da norma. Já aqui se faz transparecer a diferenciação entre causalidade e imputação do resultado: a causalidade não se resume a determinar se a ação do agente era *conditio sine qua non* do resultado, mas em saber se, juridicamente, essa conexão causal era relevante.

A *Teoria da Causa Humana Exclusiva*, enunciada por Antolisei, enxerga a causalidade sob o ângulo da consciência humana, através da qual o homem apreende e prevê as circunstâncias que interferem no encadeamento causal, devendo sua ação ter influência decisiva na produção do resultado.

¹⁸ Critério proposto por Max Rümelin e citado por Juarez Tavares (*Op. cit.*, p. 220).

Intervindo no processo causas excepcionais, com influência decisiva no evento, há exclusão da relação jurídica da causalidade. É criticada por utilizar conceitos vagos e incertos, não proporcionando um critério idôneo para as questões que surgem a respeito. Muito próxima desta é a teoria de Gispigni, a da *Condição Perigosa*, que considera uma conduta causa de um evento não apenas quando lhe é condição, mas quando representar, no contexto em que efetuada, um perigo em relação à sua ocorrência.

Deve-se ao argentino Sebastian Soler a construção da *Teoria da Causalidade Racional*, segundo a qual o nexos de causalidade deve ser deduzido mediante um juízo de razoabilidade de ocorrência do resultado, à vista das circunstâncias concretas em que a ação se realizou, cabendo analisar, também, a ocorrência de fatos excepcionais. Criticam-se Gispigni e Soler por correlacionarem os aspectos causal e psicológico da ação, que constituem dois âmbitos de imputação distintos.

Stoppato formulou a denominada *Teoria da Eficiência*, que define causa como a condição mais eficaz na produção de um evento, comportando a dificuldade de distinguir a causa eficiente dos outros antecedentes de que se compõe a cadeia causal.

Todas as teorias dispostas partem de uma mesma premissa: qualificam a condição a ser considerada causa em direito penal. De ver-se que nenhuma delas resolve, satisfatoriamente, a questão do nexos causal, porque permanece a imprecisão no estabelecimento daquilo que é causa e daquilo que é condição. Há quem chegue a propor, ante a insuficiência das teses apresentadas, uma nova definição para causa, como faz Lydio Machado Bandeira de Mello: “Causa é toda ação ou omissão sem a qual uma intenção ou uma imprevisão criminosa não pode produzir um resultado danoso. É a ação ou omissão sem a qual não se verificaria um resultado infracional que estava ou devia estar representado em uma intenção”¹⁹. O estorvo não logra, todavia, dificultar o trabalho do operador no plano fático, isso porque o intérprete, na consideração da conduta, sempre a aprecia sob dois planos inseparáveis, um objetivo, outro subjetivo, correlacionando diretamente este último ao aspecto material da ação.

¹⁹ MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *Da responsabilidade penal e da isenção da pena*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962, p. 143. A definição legada pelo autor igualmente se curva ao elemento subjetivo (intenção), o que denota inafastável a consideração do dolo ou da culpa como elementos de corte da série causal.

4.3 A POSIÇÃO ADOTADA NO DIREITO BRASILEIRO

Na observação do Prof. Everardo Luna, o problema da relação de causalidade deveria ficar a cargo do labor doutrinário, fixando o direito positivo apenas os limites da omissão punível, como faz o Código alemão. O Digesto Penal brasileiro, porém, voltando raízes ao Código italiano, trata especificamente da relação causal, o que não traz, a seu ver, prejuízo à atividade da justiça penal.²⁰ Resolve-se a questão do nexo de causalidade sob o prisma da teoria da *conditio sine qua non*, ou teoria da equivalência dos antecedentes causais. Assim dispõe o *caput* do art. 13 do diploma penal: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”

Em verdade, o legislador pátrio, embora não admita como complemento nenhuma outra doutrina, não acolheu de forma bruta a teoria da equivalência das condições, mas com temperamentos, abraçando, em parte, os argumentos da teoria da relevância jurídica, o que se nos revela da leitura do § 1.º, em seqüência: “A superveniência de causa relativamente²¹ independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.”

Ao estabelecer que a causa superveniente capaz, *per se*, de produzir o resultado não será imputada ao agente, nosso sistema acaba por desdobrar, em dois passos, a apreciação do nexo de causalidade.²²

Num primeiro momento, indaga-se do elo causal entre a conduta e o evento, verificando-se a *conditio sine qua non*, por via do método eliminatório (art. 13, *caput*). Esse critério, contudo, mais serve de exclusão daquilo que não é causa, sendo de respeitar-se a conclusão negativa (de inexistência

²⁰ LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal*; parte geral: com observações à nova Parte Geral do Código Penal. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 141.

²¹ A atribuição, pelo legislador de 1984, do adjetivo ‘relativamente’ à causa superveniente dá-se para apartar possíveis dúvidas que sua omissão pudesse ensejar, embora seja óbvio que as causas absolutamente independentes excluem a imputação quando produzem, por si só o resultado, porque retiram o caráter de causa de todos os antecedentes.

²² Interessante anotar a crítica de PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR sobre a incoerência sistemática do Código Penal ao adotar tratamentos diversos aos agentes: o art. 13, *caput*, abraçou a teoria da *conditio sine qua non*, equiparando todos os partícipes, ao passo que o § 1.º do mesmo art. 13, bem como o art. 29, aceitaram a causalidade adequada, distinguindo a participação de cada um no concurso de autores, segundo a culpabilidade e a eficiência (*Nexo causal*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 101).

de causalidade) a que se chegar com o seu emprego, porque estada em dados naturais incontestáveis.²³

Se, contudo, é afirmada a causalidade pela teoria da equivalência, passa-se a uma segunda etapa, a de valorar esse nexos causal em relação ao direito, segundo o parâmetro do art. 13, § 1.º, afastando-se, se for o caso, determinadas condições da relação causal. A condição relativamente independente que sozinha se apresenta como causadora do evento²⁴ (não se achava no desdobramento físico da ação anterior, mas forma um novo liame causal) absolve o processo anteriormente desencadeado e no qual interfere, com a ressalva de responder o agente pelos resultados causados, por si sós, pelos fatos anteriores praticados.

O exemplo clássico é o da vítima que, recolhida a um hospital em virtude de ferimentos, vem a morrer vítima de um incêndio que toma o nosocômio. A causa é *relativamente* independente pois, se não houvesse sido ferida, não se encontraria no hospital, porém há o surgimento de um novo nexos causal, que, isolado, produz o evento, rompendo o nexos causal anterior e retirando do agente a responsabilidade pelo resultado mais grave.

No que toca às concausas absolutamente independentes que venham a produzir por si sós o resultado, o nexos causal é excluído por força do próprio *caput* do art. 13 (e o autor responderá unicamente pelos atos anteriores, se previstos em figura típica), sem necessidade de maiores elucubrações.

O problema que surge diz respeito à influência das causas relativamente independentes, quando preexistentes ou simultâneas. Sídio Rosa de Mesquita Júnior vai além da letra do Código e, a pretexto de suprir uma omissão involuntária do legislador, destaca que, entre as causas paralelas, relativamente independentes da conduta do agente, aptas a quebrar o nexos causal, incluem-se também as preexistentes e as concomitantes à ação (des-

²³ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p. 220. Ressalve-se aqui a parcimônia com que deve ser considerada a pretensa exatidão do conhecimento científico, o qual, modernamente, assume uma humildade epistemológica e se vê capaz de atingir conclusões apenas prováveis, nunca incontestáveis. A esse respeito, cf. BORGES, *Ciência feliz*, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 19 e ss. e SOUTO, *Tempo do direito alternativo*; uma fundamentação substantiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 27 e ss.

²⁴ O Prof. DAMÁSIO DE JESUS critica a expressão causa 'que por si só produz o resultado', senão que, tecnicamente, sob o prisma causal, todo resultado é produto de diversos antecedentes, nunca de um só. E se há causas relativamente independentes, impossível a sua atuação 'por si só', uma vez que dependem, ainda que relativamente, de outras causas (*Op. cit.*, p. 226-227).

de que o agente as desconheça), não sendo de dar-se uma interpretação restritiva à regra do § 1.º, de modo a considerar-se unicamente as concausas supervenientes, sob pena de desvio da teleologia da norma.²⁵ Bastante razoável a posição do autor, preocupado com a injustiça que pode advir da aplicação restrita da lei. No mesmo sentido, a lição do Prof. Paulo José da Costa Júnior, para quem seria possível a extensão exegética, com base na aplicação de uma analogia *in bonam partem*, não havendo razão para o legislador separar rigidamente causas que apresentam estrutura idêntica e eficiência equivalente.²⁶

Ainda domina, porém, o entendimento de que somente as causas supervenientes relativamente independentes têm o condão de quebrar o nexo causal, de forma que o agente é responsabilizado pelo resultado mais grave, mesmo quando este é produto de uma concausa preexistente ou concomitante relativamente independente.

4.4 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Já se afirmou que o esgotamento da tipicidade no dogma causal ditado pela teoria da equivalência das condições encontra-se superado na doutrina. O finalismo amenizou os excessos da teoria da *conditio sine qua non* ao voltar-se para o injusto pessoal; entretanto, sob o prisma do tipo objetivo, o nexo causal continuou intacto. Foi com a *teoria da imputação objetiva* que se procurou melhor delimitar o elemento objetivo do tipo, procurando ajustá-lo às exigências do Direito Penal funcional²⁷, preocupado com a idéia de justiça da atribuição da causalidade (donde lançar raízes nas teorias da adequação e da relevância). Claro está, pois, que se trata de uma doutrina afeta à questão da tipicidade, e não da antijuridicidade, pese a existência de vezes isoladas em contrário. É interessante destacar a sua afinidade com

²⁵ MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rocha de. "Relação de causalidade no direito penal". Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina.html>. Acesso em: 23/01/01, às 14h35min.

²⁶ *Op. cit.*, p. 108-109.

²⁷ A tendência funcionalista, inspirada nos fins do Direito Penal, combate a afirmação de que a relação de causalidade possa aferir, por si só, quando um acontecimento, sob um ponto de vista objetivo, é ou não relevante para o direito penal, e trata de definir um nexo eminentemente normativo entre ação e resultado.

o princípio da adequação social, critério geral de interpretação admitido, ainda que timidamente, no direito penal hodierno.²⁸

O escopo dessa teoria, assinala Damásio de Jesus, é o de melhor explicar questões não resolvidas pelas doutrinas naturalistas e pelo finalismo, através da substituição do dogma causal material por uma relação jurídica (normativa) entre a conduta e o resultado penalmente relevante, atuando como fator restritivo da teoria da relação causal. Ainda segundo o autor, a imputação objetiva situa-se no tipo como elemento normativo (porque requer uma valoração judicial) implícito (como implícito é o elemento subjetivo *dolo*, nos crimes dolosos) e afigura-se uma exigência típica, sem o que a consequência é a atipicidade do fato, seja pela atipicidade da conduta, seja pela atipicidade do resultado.²⁹

Desde seus primeiros traços, no início do século XX, ganha impulso (embora com muitas divergências) na doutrina estrangeira, sobretudo na Alemanha e na Espanha. Ainda não formulada de forma acabada, é entre nós pouco conhecida, sendo escassa a literatura a respeito. Despontam como maiores representantes da corrente Claus Roxin e Günther Jakobs.

5 CRITÉRIOS PARA A IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Para se determinar a responsabilidade pessoal, pela teoria em análise, usam-se critérios objetivos limitadores da causalidade, a fim de compatibilizar o fato típico com o Direito Penal da liberdade. Na verdade, são *critérios negativos* de atribuição, pois servem mais para indicar que a conduta não é típica, restringindo a incidência da proibição ou determinação típica sobre o sujeito, conforme os fins de proteção da norma e o alcance do tipo de injusto.³⁰ Conduta e resultado são considerados no plano jurídico-normativo, e não físico-naturalístico, daí a aplicação da fórmula também aos crimes sem resultado material. Quanto à terminologia utilizada, esclarece-se que, ao

²⁸ Como ensina o Prof. Cezar Bitencourt, “certos comportamentos, em si mesmos típicos carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois muitas vezes há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado” (*Manual de direito penal*; parte geral. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 17). De atentar-se, ainda, à observação de Assis Toledo, segundo a qual a ação socialmente adequada “está desde o início excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito de normalidade social” (*Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 131).

²⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 23, 24 e 37.

³⁰ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p. 224.

falar-se em “imputação objetiva”, quer-se referir tanto à imputação da conduta como também à atribuição de um resultado (jurídico) a quem realizou a ação.

Consoante a teoria da imputação objetiva, o resultado de uma ação humana só pode ser objetivamente atribuído ao seu autor, ou seja, o tipo objetivo somente se cumpre quando, *além de verificada, num primeiro momento, a relação de causalidade material*: 1) a conduta cria ao bem jurídico um risco (perigo) juridicamente desaprovado (não permitido); 2) o risco criado se materializa no resultado concreto; 3) o resultado está abrangido pelo fim de proteção da norma. Significa dizer que existe, coberto pela norma, um risco permitido, socialmente suportado, em relação ao qual não há falar-se em conduta típica, mesmo porque o risco é próprio da vida em sociedade.

Sobre o conceito de *risco permitido*, essencial à teoria, falta clareza. Para Jakobs, permitido é o risco inerente à configuração social e que deve ser irremediavelmente tolerado.³¹ Visto assim como uma concreção da adequação social, um contexto de interação, o risco permitido é aquele, de um modo geral, assimilado pela sociedade, o que o difere das situações de justificação, como a legítima defesa, em que o risco de lesão do agressor existe, mas é permitido pelo Direito em função do caso concreto.

Como explica o Prof. Paulo Queiroz, quem, apesar de conduzir veículo automotor observando rigorosamente as regras de trânsito, atropela um transeunte, não pratica uma conduta típica, pois, malgrado a relação causal, o agente atua dentro do risco permitido inerente ao tráfego viário.³² Outras situações de riscos inerentes à vida social e, por isso, permitidos encontram-se nos tráfegos aéreo, marítimo, ferroviário, no funcionamento de instalações industriais, nas intervenções médico-cirúrgicas, nas práticas esportivas perigosas, etc.

6 QUANDO SE RESOLVER PELA NÃO-IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Aplicando-se os critérios já esposados, surgem aqueles casos em que fica excluída a imputação objetiva, seja porque o sujeito, com sua conduta,

³¹ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. bras. de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 35.

³² QUEIROZ, Paulo. “A teoria da imputação objetiva”. In *Boletim IBCCrim*. 9(103), jun. 2001, p. 6.

não criou um perigo para o bem jurídico, ou porque criou um risco permitido, ou porque diminuiu o risco para o objeto, ou porque não aumentou o risco para o bem jurídico, ou o risco criado não se materializou no resultado típico, ou o resultado, como ocorrido, não se inclui no alcance do tipo.

6.1 QUANDO FALTA A CRIAÇÃO DO PERIGO

Segundo Roxin, afasta-se a imputação ao tipo objetivo quando o autor certamente não diminuiu o risco de lesão ao bem jurídico, mas tampouco o aumentou de modo juridicamente considerável.³³ Cuida-se aqui dos casos em que o agente provoca a realização de uma atividade normal e não perigosa por parte da vítima, ainda que dessa situação possa resultar um acidente. O exemplo utilizado é o do sobrinho que, no intuito de receber a herança do tio, o envia a um bosque na esperança de que um raio venha a atingir-lhe, causando-lhe a morte. Como houve uma incitação à realização de uma atividade normal – tal qual a de passear por uma cidade grande, ou a de subir escadas, ou banhar-se, etc., que contêm riscos mínimos socialmente adequados, aos quais já nos referimos –, não se imputa objetivamente o resultado, ainda que a ação seja causal quanto à lesão a um bem jurídico.³⁴

Da mesma maneira, pelo *princípio da confiança*, se o sujeito se porta dentro dos limites do risco permitido, é-lhe autorizado confiar que as outras pessoas também se manterão dentro do perigo tolerado. Com esse postulado resolvem-se os casos em que concorrem distintas condutas perigosas. André Luís Callegari exemplifica: se um motorista A, conduzindo seu carro, atravessa um semáforo verde sem tomar qualquer precaução para o caso de algum automóvel efetuar o cruzamento avançando o semáforo vermelho, e o motorista B vem a desrespeitar o semáforo e colidir com o primeiro, resultando a morte de B, o resultado não pode ser objetivamente imputado a A.³⁵

³³ ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. Trad. esp. y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, t. 1, p. 366.

³⁴ Um dos inegáveis méritos da teoria da imputação objetiva é pôr em relevo o papel da vítima na análise do tipo. Veja-se que, em muitas situações, a vítima assume, conscientemente, o risco permitido, casos em que não se pode atribuir ao agente um possível resultado danoso, conquanto empiricamente se verifique onexo causal. Cf. JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*, p. 53-64.

³⁵ CALLEGARI, André Luís. “A imputação objetiva no direito penal”. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8(30), abr./jun. 2000, p. 73-74.

Outro princípio igualmente adotado é o da *proibição de regresso*, segundo o qual um comportamento anterior considerado inofensivo não conduz seu autor à responsabilidade por condutas posteriores ilícitas de terceiros. Trata-se da visão normativa do postulado causal da proibição de regresso ao infinito e se volta a resolver questões como a do taxista que conduz o homicida ao local dos disparos, do vendedor autorizado de armas de fogo etc., em que se está diante de fatos normais da vida social, inócuos penais, ainda que tais agentes tenham consciência de que, eventualmente, possa vir a ser praticado um crime.

6.2 QUANDO FALTA A REALIZAÇÃO DO PERIGO

É pressuposto da imputação objetiva que o resultado possa ser considerado a precisa realização do risco penalmente relevante criado pelo autor. Assim, se, embora criado um risco não permitido, o resultado vem a produzir-se como consequência de um curso causal imprevisível, o autor não responderá objetivamente pelo resultado. Comum é o exemplo da vítima de uma tentativa de homicídio que não morre em razão dos tiros, mas de um incêndio no hospital para o qual fora removida. Num primeiro juízo de perigo, constata-se o nexo causal entre a conduta do autor e a morte da vítima, mas aquele responderá unicamente por tentativa de homicídio porque, através de um segundo juízo de perigo, deduz-se que o disparo por ele efetuado “não aumentou o perigo de uma morte num incêndio de modo juridicamente mensurável”³⁶. Não haverá imputação do resultado morte, porque não correspondeu à realização do perigo criado.

6.3 QUANDO FALTA A REALIZAÇÃO DO RISCO NÃO PERMITIDO (OU QUANDO O AGENTE CERTAMENTE NÃO AUMENTOU O RISCO JÁ EXISTENTE)

Sabe-se que a imputação objetiva pressupõe que o agente ultrapasse o limite da autorização (risco permitido) e crie, com isso, um perigo não permitido. Mas se a superação do risco não repercute sobre o resultado em sua concreta configuração, não se pode imputá-lo ao agente. Dá-se o exemplo das operárias de uma fábrica que trabalham com pêlos de cabra chineses

³⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal*, p. 374.

para a confecção de pincéis. Se o dono da fábrica não desinfeta previamente os pêlos, como prescrito, antes de os manejar as funcionárias, vindo estas a morrer por infecção decorrente do contato com ditos pêlos, mas uma investigação posterior conclui que a utilização do desinfetante prescrito seria ineficaz contra os bacilos, o resultado morte não pode ser imputado ao agente.

A solução encontrada seria puni-lo por tentativa de homicídio, se tivesse agido com dolo, ou isentá-lo de responsabilidade penal (exclusão de imputação), em caso de culpa. É que, se o fabricante tivesse cumprido o dever de cuidado, o evento morte teria ocorrido da mesma forma (o curso dos fatos coincidiria com aquele verificado se o agente se mantivesse dentro do risco permitido). E, ante o *princípio da igualdade*, não se poderia castigar o autor por infração de um dever cuja observância seria inútil.³⁷

Se, porém, não se pudesse afirmar com certeza (mas só provavelmente) que o resultado não ocorreria em caso de conduta regular do agente (dentro do risco permitido), a imputação do resultado dependeria de ter a sua conduta aumentado as possibilidades de lesão do bem jurídico, fazendo com que o risco se materializasse no resultado típico. E o agente responderia pelo resultado morte. É a chamada *teoria do incremento do risco*, baseada na afirmação de que a finalidade de proteção da norma de cuidado existe para reduzir o perigo de lesão do bem jurídico, só havendo imputação quando a conduta imprudente, com relação à cuidadosa, acarretar um aumento do perigo para o objeto da ação.³⁸

6.4 QUANDO O RESULTADO VERIFICADO ESCAPA AO FIM DE PROTEÇÃO DA NORMA

A imputação também é objetivamente excluída quando, embora o sujeito haja superado o risco permitido e aumentado o perigo de realização de um resultado que logo se produz, “a extensão punitiva do tipo incriminador não abrange o gênero de risco criado pelo sujeito ao bem jurídico e nem o

³⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal*, p. 375-376.

³⁸ CALLEGARI, André L. *Op. cit.*, p. 83. Jakobs posiciona-se contra a teoria do incremento do risco, afirmando que “a necessária aplicação do princípio *do in dubio pro reo* deve conduzir à absolvição inclusive nas hipóteses limites de extrema falta de cuidado”, quando a conduta alternativa conforme ao direito não conduza com segurança (mas só possivelmente) à não verificação do resultado.

resultado ou as conseqüências dele advindas”³⁹. Faz-se uma interpretação teleológica do tipo para perquirir se o resultado concretamente verificado coincide ou não com o tipo de causação de resultados que pretende evitar a norma proibitiva direta ou a norma de cuidado infringida.⁴⁰

Na verdade, o fim de proteção da norma orienta toda a teoria da imputação objetiva. Assim, o autor só responde pelos danos que causar diretamente ao objeto jurídico, ficando exonerado das conseqüências secundárias que fogem à extensão da incriminação da figura típica.

Em geral, as ações que causem um risco indevido a um bem jurídico protegido incluem-se na zona do injusto, porém, mormente nos crimes culposos, pode acontecer de o resultado ficar fora do âmbito de incriminação da norma.

O exemplo mais elucidativo colhe-se em Roxin: dois ciclistas trafegam, à noite, em suas bicicletas, uma seguindo a outra, por uma rodovia sem iluminação. Em razão da falta de iluminação, o ciclista da frente vem a chocar-se com um terceiro ciclista, que trafega em sentido contrário. Pode-se imputar o resultado ao ciclista que vem atrás, por não haver iluminado o caminho do ciclista que ia na frente? A resposta é negativa, pois a norma que impõe o dever de trafegar com faróis acesos tem como escopo evitar sinistros com a pessoa do próprio condutor, não impondo a obrigação de iluminar bicicletas alheias.⁴¹ Outro exemplo, de Damásio de Jesus: a mãe da vítima de crime de latrocínio, ao ter notícia do fato, sofre um ataque cardíaco e morre. A segunda morte não pode ser atribuída ao latrocida, que só responde pelas lesões jurídicas imediatamente produzidas pelo perigo gerado com sua conduta.⁴² É inegável o nexo de causalidade objetiva entre a conduta inicial e o resultado final, todavia a morte da mãe da vítima não se encontra no campo de proteção do tipo incriminador que define o latrocínio.

7 CRÍTICAS À IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Muito se discute a utilidade da teoria da imputação objetiva na resolução de problemas jurídico-penais. Entre as críticas que se lhe dirigem, a

³⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Imputação objetiva*, p. 84.

⁴⁰ CALLEGARI, André Luís. *Op. cit.*, p. 79.

⁴¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal*, p. 377.

⁴² JESUS, Damásio Evangelista de. *Imputação objetiva*, p. 86.

maior parte refere-se à fluidez dos conceitos-chave da teoria (“risco permitido”, “âmbito de proteção da norma”, etc.) e à pretensão de ocupar, desnecessariamente, os espaços do dolo e da inobservância do cuidado objetivo necessário, para a determinação da tipicidade de condutas dolosas ou culposas, respectivamente.

O Prof. Paulo Queiroz, seguindo Gimbernat Ordeig, duvida de sua aplicabilidade prática. Explica que, em relação aos crimes culposos, “risco permitido significa, em última análise, ausência de imprudência, imperícia ou negligência; ausência de culpa, enfim”⁴³. Tratar-se-ia, portanto, de um supérfluo penal. Já quanto aos crimes dolosos, bastaria recorrer-se ao princípio proibitivo da punição de meras intenções para solucionar-se, por exemplo, o caso do agente que convence o desafeto a praticar esportes violentos ou a tomar um trem e vem a conseguir seu propósito lesivo. Conclui o citado autor: “o surrealismo dos exemplos citados pelos defensores da teoria da imputação objetiva põe de manifesto que seu âmbito de aplicação é reduzidíssimo (se é que existe mesmo), de sorte que em razão do seu excessivo grau de abstração, constitui, em boa parte, uma pura especulação teórica desprovida de interesse prático”⁴⁴.

Bruno Paranhos censura a base teórica fornecida por Damásio de Jesus para solução do problema do “carrasco frustrado”: um autor de estupro seguido de morte é condenado à guilhotina; segundos antes de o carrasco puxar a alavanca, o pai da vítima, que assistia à execução, desfecha um tiro na cabeça do condenado, matando-o. Para o teórico da imputação objetiva, o pai responde pela morte do estuproador por ter realizado uma conduta perigosa juridicamente proibida (atirar na vítima), materializando-se o risco na morte do condenado (resultado normativo), ainda que, fatalmente, o evento ocorresse pela atuação do carrasco. Para o autor da crítica, seria desnecessário recorrer-se ao critério do aumento do risco permitido, resolvendo-se a situação pela interpretação do art. 13 do Código Penal, que pressupõe que uma conduta é causa de um resultado quando, suprimida mentalmente aquela, este não teria ocorrido na forma e no momento em que ocorreu.⁴⁵

⁴³ QUEIROZ, Paulo. *Op. cit.*, p. 7.

⁴⁴ *Idem*, p. 8.

⁴⁵ PARANHOS, Bruno dos Santos. “Imputação penal objetiva”. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina.html>. Acesso em: 23/01/01, às 15h07min. O próprio Damásio destaca: “a conduta é causa quando, suprimida mentalmente, o *evento in concreto* não teria ocorrido no momento em que ocorreu” (*Direito Penal*, p. 218).

Defende-se o Prof. Damásio, argumentando que a teoria não cuida especificamente do dolo, problema a ser apreciado em outra fase. Além disso, aplicar-se-ia a quaisquer tipos de crime, estando especialmente voltada aos delitos contra as relações de consumo, de trânsito, aos de porte de armas de fogo, de transmissão de AIDS, de tóxicos, carcerários, de responsabilidade hospitalar, aos crimes contra as relações de trabalho e o meio ambiente, aos relativos à atividade médico-cirúrgica e à violência policial. Adotá-la, explica, não significaria abandonar a teoria finalista da ação, mas apenas esvaziar o tipo subjetivo de algumas de suas funções, ampliando-se o tipo objetivo, passando a imputação objetiva a ocupar o primeiro plano na teoria do delito.⁴⁶

8 REFLEXÕES FINAIS

A causalidade, ponto de partida para a atividade do aplicador do direito, sobretudo do direito penal, apresenta, no campo teórico, uma certa imprecisão, o que se tenta solucionar na prática. A adoção da teoria da *conditio sine qua non* oferece um critério objetivo (despido, portanto, de elementos valorativos) que busca isolar a conduta causal, num primeiro momento, para posteriormente aferir-se a presença das características da tipicidade (em que inserto o nexa causal), da antijuridicidade e da culpabilidade. A ação causal poderá, assim, numa análise posterior, ser desprovida de relevância para o direito, por não apresentar as demais características do injusto.

Na maioria dos casos, as soluções em matéria penal não podem apoiar-se no simples estabelecimento de um nexa causal objetivo entre conduta e resultado e na só existência do próprio resultado. Essas características, embora necessárias, nem sempre são suficientes à perfeição do fato típico. Daí porque vem aliar-se à causalidade material, por obra do finalismo, o exame da causalidade psíquica (dolo ou culpa).

Um grande obstáculo encontrado pelas teorias tradicionais respeita à diferenciação entre causa e elemento subjetivo do agente. É justamente no intuito de afastar, num primeiro momento, o exame do elemento subjetivo para a atribuição de uma conduta como obra do agente, passando à adoção de critérios puramente normativos, que ganha campo a teoria da *imputação objetiva*.

⁴⁶ *Imputação objetiva*, p. 146-150.

Essa doutrina, malgrado acene como solução para diversos casos não resolvidos pelo finalismo, constata-se de âmbito de aplicação assaz reduzido. Esclareça-se que não se trata de uma fórmula para desvendar casos não resolvidos, mas de um novo caminho para solucionar velhos problemas, em muitos casos chegando-se à mesma conclusão que se alcançaria ao caminhar-se pela doutrina tradicional. É que, em geral, os casos solucionados sob a ótica da nova teoria já encontram, no finalismo, um desfecho, seja pela aplicação da teoria causal estampada no Código Penal, seja por intermédio das excludentes de ilicitude, seja pela apreciação do elemento subjetivo, que, afinal, faz parte do tipo. Questiona-se, diante disso, que vantagens traria o esvaziamento da análise do tipo subjetivo para a perquirição da tipicidade.

Se é certo que a teoria da equivalência dos antecedentes, positivada em nosso sistema, situa-se exclusivamente no terreno físico ou material do delito, não satisfazendo à punibilidade, deve-se considerar, ademais, a causalidade subjetiva, igualmente relevante. Deveras, o âmbito de aplicação da imputação objetiva parece bem mais nítido nos delitos omissivos, enquanto, para a atribuição de resultados dolosos, continua a exercer papel fundamental o elemento subjetivo do tipo. Os adeptos da teoria da imputação objetiva parecem querer subdimensionar os avanços perpetrados pelo finalismo com a migração do dolo e da culpa para o tipo penal. Mas a doutrina tem seus méritos, centrados sobretudo na tentativa de melhor resolver casos cujas soluções até então apontadas pela jurisprudência não parecem justas.

Em que pesem as críticas, o que se verifica é a crescente preocupação em superar-se a vetusta metodologia neokantiana – que vê no Direito Penal um sistema fechado e ocupado de meras deduções lógico-formais – pelo método funcional, em que se relacionem a dogmática jurídico-penal, a política criminal e os fins específicos da pena, procurando-se somente responsabilizar quando realmente se justificar a intervenção penal no agir social.⁴⁷

O que não se pode negar é que o problema da causalidade penal correlaciona-se ao da imputação e as indagações a respeito deverão ser aprofundadas a fim de superar-se o rigoroso formalismo até então adotado pelos estudiosos e aplicadores do direito e concretizarem-se os princípios orientadores do Direito Penal no Estado de Direito.

⁴⁷ Cf. CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Op. cit.*, p. 9.

9 REFERÊNCIAS

- ALVES, Roque de Brito. *Direito penal*; parte geral. 3. ed. ampl. Recife: Inojosa, 1977. v. 1.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*; parte geral. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.
- BORGES, José Souto Maior. *Ciência feliz*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*; parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. t. 1.
- CALLEGARI, André Luís. “A imputação objetiva no direito penal”. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8(30):65-86, abr./jun. 2000.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves. “Imputação objetiva e direito penal brasileiro”. In *Boletim IBCCrim*. 9(107):7-9, out. 2001.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo causal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- Dell’ORTO, Cláudio. “O nexos de causalidade nos crimes preterdolosos”. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina.html>. Acesso em: 23/01/01, às 15h35min.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1966. v. 1, t. 1.
- HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*; decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I, t. II.
- JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. bras. de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*; parte geral. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.
- _____. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. port. de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

- LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal*; parte geral: com observações à nova Parte Geral do Código Penal. São Paulo: Saraiva, 1985.
- MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *Da responsabilidade penal e da isenção da pena*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.
- MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rocha de. “Relação de causalidade no direito penal”. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina.html>. Acesso em: 23/01/01, às 14h35min.
- MIRABETE, Júlio Fabrinni. *Código penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999.
- NORONHA, Eduardo Magalhães. *Direito penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.
- PARANHOS, Bruno dos Santos. “Imputação penal objetiva”. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina.html>. Acesso em: 23/01/01, às 15h07min.
- QUEIROZ, Paulo. “A teoria da imputação objetiva”. In *Boletim IBCCrim*. 9(103):6-8, jun. 2001.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. Trad. esp. y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.
- _____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. bras. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SOUTO, Cláudio. *Tempo do direito alternativo*; uma fundamentação substantiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.