

Revista
ESMAFE

**Escola de Magistratura
Federal da 5a. Região**

**TRF 5a. Região
Recife – Pernambuco
Nº 9 – 2005**

EDITORIA

Humberto Vasconcelos – Editor
Creuza Aragão – Coordenadora da ESMAFE - 5ª
Nancy Freitas – Supervisora

IMPRESSÃO

Indústrias Gráficas Barreto Limitada
Av. Beberibe, 530 - Encruzilhada
52041-430 - Recife - PE
graficabarreto@terra.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

REVISTA ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da
5ª Região. Recife: TRF 5ª Região, nº 9. Abril 2005. 280p.

1. O DIREITO ADQUIRIDO. 2. EFEITOS DA
INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI. 3. A REFORMA
PREVIDENCIÁRIA BRASILEIRA. 4. ADMINISTRAÇÃO
JUDICIÁRIA. 5. A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

CDU 34 (81)
CDD 340

PeR-BPE

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

DIRETORIA

**MARGARIDA DE OLIVEIRA CANTARELLI - Diretora
Desembargadora Federal**

**MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - Vice-Diretor
Desembargador Federal**

CONSELHO EDITORIAL

**Des. Federal Ridalvo Costa
Desa. Federal Margarida de Oliveira Cantarelli
Des. Federal Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Juiz Federal Carlos Rebêlo Júnior**

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5a. REGIÃO

DESEMBARGADORES FEDERAIS

FRANCISCO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI
Presidente

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Vice-Presidente

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Corregedor

RIDALVO COSTA

PETRUCIO FERREIRA DA SILVA

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Diretor da Revista

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA

FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS

MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS

ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO (Convocado)

IVAN LIRA DE CARVALHO (Convocado)

Sumário

Editorial	7
MONOGRAFIAS - Tribunal Regional Federal da 5ª Região - 15 Anos	9
Papel Social da Justiça Federal: Garantia de Cidadania	11
<i>Juiz Federal George Marmelstein Lima</i>	
A Teoria Constitucional e a Função Social da Justiça Federal: Elementos para a Efetivação da Cidadania	83
<i>Paulo Roberto Brasil Teles de Menezes</i>	
ARTIGOS	149
Duas Sugestões Interpretativas para um Preceito do Novo Código Civil ..	151
<i>Juiz Federal Edilson Pereira Nobre Júnior</i>	
A Jurisprudência Federal e a Voz da Cidadania	167
<i>Juiz Federal Alexandre Costa de Luna Freire</i>	
Desapropriação e Coisa Julgada Inconstitucional	209
<i>Juiz Federal Luís Praxedes Vieira da Silva</i>	
A Disciplina da Compensação de Crédito Decorrente de Pagamento Indevido ou a Maior de Tributos Federais Sujeitos a Lançamento por Homologação	219
<i>Juiza Federal Niliane Meira Lima</i>	
Manifestação Popular e os Limites Materiais à Convocação do Plebiscito e Referendo: Uma Análise da Lei 9709/98	235
<i>Juiz Federal Flávio Roberto Ferreira de Lima</i>	
O Tribunal Constitucional à Luz da Filosofia Política: Um Debate Sobre o Conflito Entre Jurisdição Constitucional e Estado Democrático de Direito	253
<i>Advogado Marcelo Casseb Continentino</i>	
Evolução Histórica do SFH	271
<i>Advogado Cláudio Gonçalves Marques</i>	

EDITORIAL

É com grande satisfação que entregamos aos leitores e leitoras o exemplar de número nove desta Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, o primeiro sob os auspícios da nova direção da ESMAFE, à frente a Desembargadora Federal Margarida Cantarelli.

Nesta ocasião, ressaltamos o profícuo trabalho até aqui realizado para lançamento e manutenção da periodicidade desse valioso instrumento de promoção científica do Direito em nossa Região. A responsabilidade que nos pesa, em vista da herança que nos foi deixada, é das maiores, e clama por uma dedicação que leve ao contínuo aperfeiçoamento da nossa Revista.

Em atendimento a essa exigência é que, a partir do próximo número, os artigos que serão publicados já obedecerão aos regramentos definidos pela Associação Brasileira de Normas Técnicas para a apresentação de trabalhos científicos. Com essa iniciativa, mais do que adequar os textos aqui publicados aos parâmetros das comunidades acadêmicas, busca-se permitir que o conteúdo de alto relevo das teses aqui lançadas seja objeto de difusão, por outros órgãos de divulgação da ciência, que já vêm pautando suas publicações por esse rigor normativo.

É igualmente motivo de orgulho a publicação, neste número, dos trabalhos vencedores do Concurso de Monografias alusivas aos Quinze Anos do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, sobre o tema “Papel Social da Justiça Federal: Garantia de Cidadania”, onde saiu vencedor, na categoria profissional, o trabalho apresentado com o título-tema do certame, de autoria do Dr. George Marmelstein Lima, Juiz Federal no Rio Grande do Norte e, na categoria estudante, a monografia “A Teoria Constitucional e a Função Social da Justiça Federal: Elementos para a Efetivação da Cidadania”, de autoria do estudante Paulo Roberto Brasil Teles de Meneses, do Estado do Maranhão.

Mais do que cumprir o regulamento daquele concurso, cujo artigo 2º, parágrafo quarto, garantia aos primeiros lugares a publicação dos trabalhos premiados, a inclusão das monografias, com destaque, nesta edição da Revista da Escola de Magistratura, completa um ciclo exitoso na tarefa de fomentar o de-

bate científico no meio jurídico, que tomou para si a nossa Diretora, quando, à frente da Presidência do TRF da 5ª Região, promoveu o certame mencionado.

Outra conquista que merece destaque é a programação, já para o corrente ano, dos primeiros cursos a serem oferecidos, na Região, através do processo de teleconferência. A transmissão simultânea e interativa, interligando o Tribunal e as Seções Judiciárias, ensejará, entre outras possibilidades, a ampliação de oportunidades de capacitação, com significativa redução de custos.

Recife, abril de 2005.

A EDITORIA

MONOGRAFIAS

**Tribunal Regional Federal
da 5ª Região
– 15 Anos –**

PAPEL SOCIAL DA JUSTIÇA FEDERAL: GARANTIA DE CIDADANIA

Categoria: Profissional
Juiz Federal George Marmelstein Lima

À Juíza Federal **Fabíola Bernardi**, a prova
mais expressiva do papel social da Justiça
Federal como garantia da cidadania.

1. INTRODUÇÃO

O *slogan* “sem Justiça não há democracia” não é apenas uma frase bonita grudada nos vidros de alguns carros. Na realidade, ela retrata a verdadeira importância do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito. Afinal, sem um Judiciário independente, pouco se pode fazer contra os abusos do poder público. Sem um Judiciário forte, a Constituição corre grande risco de ficar sem efetividade. Enfim, sem um Judiciário atuante, não há mesmo democracia.

Não é à toa que, em momentos de abalos democráticos, a Justiça é uma das primeiras instituições afetadas. Com o golpe militar de 64, a ditadura, por exemplo, em suas primeiras manifestações, proibiu o Judiciário de interferir nos assuntos do governo, aposentou juízes compulsoriamente e acabou com as garantias de independência da magistratura. O famigerado Ato Institucional nº. 5 determinava que seriam excluídos de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com o referido ato (art. 11) e, antes disso, o Ato Institucional n.º 2 esvaziou bastante as atribuições do Supremo Tribunal Federal, transferindo para a Justiça Militar a competência para o julgamento dos ilícitos contra a odiosa Lei de Segurança Nacional. O mesmo ocorreu na época do Estado Novo (1937-1945), quando o autoritarismo de Getúlio Vargas, estampado na Constituição de 1937 (a famosa “Polaca”), simplesmente extinguiu a Justiça Federal.

No presente trabalho, será percebida com ainda maior clareza a verdade contida na frase acima citada.

A partir de uma análise do papel social da Justiça Federal, particularmen-

te após a Constituição Federal de 1988, será comprovado que a magistratura federal, em todas as suas instâncias, exerceu uma função importantíssima na reconstrução da democracia e da cidadania após o término do regime militar.

Os exemplos a serem analisados demonstrarão que os juízes federais souberam captar bem o espírito renovador da Constituição de 1988, contribuindo significativamente para o aprimoramento da cidadania e para a defesa dos direitos fundamentais.

E para que não fique a impressão de que o estudo não passa de um elogio demagogo à Justiça Federal, também será demonstrado que nem tudo são flores na história recente da instituição. É necessário reconhecer que, em muitos aspectos, o Judiciário Federal precisa melhorar, a fim de poder prestar um serviço à altura do que a sociedade brasileira merece.

A autocrítica não se refere apenas aos recentes episódios noticiados na imprensa envolvendo magistrados federais, como as tão divulgadas Operações “Anaconda” e “Diamante”¹.

Na verdade, as referidas operações serviram apenas para comprovar ainda mais a força institucional da magistratura federal no Brasil.

Em praticamente todos os casos em que houve forte indício de irregularidade, a própria Justiça foi capaz de dar uma resposta imediata à população, seja afastando cautelarmente, seja punindo administrativamente, seja prendendo os envolvidos. E o mais importante: todas as investigações somente foram possíveis porque a própria Justiça Federal permitiu que elas ocorressem, determinando as escutas telefônicas, as buscas e apreensões, as quebras de sigilo... Parece que ninguém percebe – ou finge não perceber – que, por trás de todas essas investigações, havia um magistrado federal que a autorizava. Desse modo, somente foi possível descobrir e investigar a sério essas atividades criminosas porque a própria Justiça Federal agiu sem corporativismo. Esse fato é praticamente esquecido pela mídia.

Quem está dentro do Judiciário, convivendo diariamente com magistrados e servidores, sabe que a Justiça Federal é composta, em sua esmagadora maioria, por gente honesta, trabalhadora e socialmente sensível. São pouquíssi-

¹ A Operação “Anaconda” tem como objeto a investigação de crimes envolvendo policiais e magistrados federais em São Paulo. Seu principal acusado, o Juiz Federal Rocha Mattos, está preso preventivamente. As acusações são várias: “venda” de sentenças, abuso de poder, formação de quadrilha entre outras. Já a Operação “Diamante” tem como objeto a investigação do crime organizado em vários Estados brasileiros. Durante a investigação, verificou-se uma suposta participação de membros do Judiciário, que foram afastados de suas funções. Esses fatos foram fartamente divulgados na imprensa nacional.

mos os juízes desidiosos e mais raros ainda os desonestos. O quadro de pessoal, de todos os níveis, é um dos mais qualificados do país, sendo comuns os casos de servidores que se tornam juízes, procuradores, promotores etc.

De qualquer modo, elogiar a Justiça Federal não significa aceitar a sua estrutura atual e achar que tudo deve continuar como está. Pelo contrário, devem ser feitas – e estão sendo feitas – mudanças significativas, a fim de aproximar ainda mais a Justiça Federal do povo e fazer desse órgão um instrumento poderoso de defesa da Constituição e das instituições democráticas. Todas essas transformações que estão ocorrendo na Justiça Federal serão vistas em um capítulo específico na parte final do trabalho.

Como é natural, o estudo começará com uma abordagem histórica da Justiça Federal. O tópico é de grande importância para que se perceba adequadamente o papel da instituição nos dias de hoje; afinal, como bem explicou Vladimir Passos de Freitas, “*uma instituição, para evoluir, necessita conhecer seu passado, ter controle absoluto do presente e planejar seu futuro*”². Aliás, Vladimir Passos de Freitas, recentemente, escreveu uma interessante obra sobre a História da Justiça Federal³, cuja leitura já é obrigatória para quem pretende conhecer a fundo o Judiciário Federal.

Na segunda parte, será feita uma sucinta análise do perfil constitucional traçado pela Constituição de 1988 para a Justiça Federal. Nessa oportunidade, serão vistas as principais competências previstas na Constituição, tanto no âmbito cível quanto no âmbito penal.

Em seguida, atingindo o ponto alto do trabalho, serão exemplificados casos paradigmáticos de atuação da Justiça Federal em favor da cidadania e da concretização dos valores constitucionais após a Constituição Federal de 1988. São muitos os exemplos em que o Judiciário Federal agiu com independência e bravura, muitas vezes contra interesses de setores poderosos da sociedade e do governo central. Também são frequentes as situações em que a Justiça Federal exerceu papel preponderante na definição de políticas públicas e na concretização de direitos fundamentais, antecipando-se ao legislador e até mesmo influenciando a elaboração de novas leis de forte conteúdo social.

Na última parte do trabalho, serão feitas algumas considerações acerca das perspectivas e dos problemas a serem enfrentados pela Justiça Federal da-

² FREITAS, Vladimir Passos de. O Perfil do Juiz Federal, p. 45. In: Revista da Associação dos Juízes Federais, n. 50, Brasília: AJUFE, 1996, pp. 45/49

³ FREITAS, Vladimir Passos de. Justiça Federal – Histórico e Evolução no Brasil. Curitiba: Juruá, 2003.

qui para frente. São projeções sobre como será a Justiça Federal do III Milênio. A iminente reforma do Judiciário, as recentes leis aprovadas tratando da Justiça Federal e os vários projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional permitirão uma análise prospectiva.

Para concluir esta introdução, só resta congratular o Tribunal Regional Federal da 5ª Região pela iniciativa de operacionalizar esse concurso de monografia tratando do papel social da Justiça Federal. Nestes momentos de crise de imagem institucional, é importante fazer com que se reflita construtivamente sobre a missão do Judiciário, enaltecendo os pontos positivos e buscando corrigir os aspectos negativos. Sem a reflexão não é possível perceber os erros. Sem perceber os erros não é possível mudar. Sem mudar não é possível melhorar. E sem melhorar não é possível receber o tão almejado reconhecimento da sociedade.

2. UMA BREVE HISTÓRIA DA JUSTIÇA FEDERAL⁴

2.1. A JUSTIÇA FEDERAL NA SUA PRIMEIRA FASE (1890-1937)

O objetivo deste tópico é conhecer um pouco a história da Justiça Federal desde a sua criação até o ano de 1937, data em que o governo anti-democrático de Vargas extinguiu a Justiça Federal de primeira instância. Antes, porém, uma prévia explicação.

Desde a sua origem, a Justiça Federal é composta pelos juízes de primeiro grau (chamados de juízes federais ou juízes seccionais) e pelo Supremo Tribunal Federal. Não havia um tribunal federal intermediário até 1946, data em que foi criado o Tribunal Federal de Recursos.

⁴ Para uma compreensão mais completa da história da Justiça Federal, recomenda-se a leitura do livro: FREITAS, Vladimir Passos de. *Justiça Federal – Evolução e Histórico no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2003, bem como dos seguintes artigos: DOMINGUES, Paulo Sérgio. *A Evolução da Justiça e do Papel dos Juízes no Brasil*. In: *Revista Direito Federal* n. 67, Brasília: AJUFE, 2001, pp. 321/327; DOBROWOLSKI, Sívio. *A Dinâmica da Justiça Federal*. In: *Revista da Associação dos Juízes Federais*, n. 3, Brasília: AJUFE, 1982; DUARTE, Adão de Assunção. *A Justiça Federal e sua Importância*. In: *Revista da Associação dos Juízes Federais*, n. 50, Brasília: AJUFE, 1996, pp. 20/24; FREITAS, Vladimir Passos de. *O Perfil do Juiz Federal*. In: *Revista da Associação dos Juízes Federais*, n. 50, Brasília: AJUFE, 1996, pp. 45/49; JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S. & NASCIMENTO, Sérgio. *A Justiça Federal no Brasil*. In: *Revista da Associação dos Juízes Federais*, n. 50, Brasília: AJUFE, 1996, pp. 16/18; OLIVEIRA, Alexandre Vidigal de. *Justiça Federal – Evolução Histórico-Legislativa*. In: *Revista da Associação dos Juízes Federais*, n. 50, Brasília: AJUFE, 1996, pp. 9/14; SILVEIRA, Néri da. *A Justiça Federal Brasileira*. In: *Revista da Associação dos Juízes Federais*, n. 2, Brasília: AJUFE, 1982.

Assim, a história da Justiça Federal deveria, forçosamente, incluir a história do Supremo Tribunal Federal, que é e foi o órgão máximo do chamado Judiciário da União.

Optou-se, contudo, por fazer uma análise que excluísse os julgamentos originários do Supremo Tribunal Federal. Os exemplos que serão citados a seguir são casos que foram julgados por juízes federais de primeiro grau e apenas eventualmente foram julgados, em grau de recurso, pelo Supremo Tribunal Federal, que funcionava também como a segunda e última instância da Justiça Federal, antes de ser criado, em 1946, o Tribunal Federal de Recursos, e, em 1988, os Tribunais Regionais Federais.

Em vários momentos, o termo “Justiça Federal” é utilizado para se referir tão-somente aos juízes de primeiro grau, embora o Supremo Tribunal Federal também seja um órgão da Justiça Federal. A opção deveu-se ao objetivo do trabalho, que é analisar o papel social da Justiça Federal (juízes federais e, atualmente, tribunais regionais federais) e sua atuação em favor da cidadania.

2.1.1. O DECRETO 848/1890: A CRIAÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL

Antes mesmo de ser promulgada a Constituição de 1891, a primeira do recém-instaurado regime republicano, o Governo Provisório instituiu a Justiça Federal, através do Decreto 848/1890.

A magistratura federal nasceu, portanto, juntamente com a República e com a Federação, espelhando-se no modelo norte-americano.

Lá nos Estados Unidos da América o Judiciário já gozava de grande prestígio, graças em grande parte à doutrina do controle judicial de constitucionalidade (*judicial review*). Como se sabe, desde 1803, no famoso caso *Marbury vs. Madison*, a Suprema Corte norte-americana reconheceu que os órgãos judiciais detinham a missão de fiscalizar a compatibilidade dos atos públicos com a Constituição Federal, podendo negar aplicação a leis ou atos que fossem incompatíveis com os princípios traçados na Lei Fundamental.

E foi com esse espírito que a Justiça Federal foi criada no Brasil, com a diferença de que lá nos Estados Unidos o *judicial review* foi uma construção jurisprudencial e doutrinária, enquanto aqui a possibilidade de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário era prevista expressamente pela Constituição Federal de 1891 e pelo Decreto 848/1890.

A Exposição de Motivos do referido Decreto 848/1890, apresentada pelo então Ministro Campos Salles, confirma a índole fiscalizadora da Justiça

Federal. Eis um trecho da Exposição que ressalta qual seria o papel da magistratura federal no novo regime (o vernáculo não foi atualizado, a fim de manter a originalidade do texto):

Cabendo ao ministerio que me foi confiado a importante tarefa de organizar um dos poderes da União, e consultando os grandes interesses confiados à suprema direcção do Governo Provisório, pareceu-me necessário submitter desde já à vossa approvaçãõ e assignatura o decreto que institue a Justiça Federal, de conformidade com o disposto na Constituição da Republica.

A proximidade da installaçãõ do Congresso constituinte, que poderia parecer em outras circumstancias um plausivel motivo de adiamento, afim de que lhe fosse submettido o exame de uma questãõ de tal magnitude, torna-se, entretanto, nesta situaçãõ, que é profundamente anormal, uma poderosa razãõ de urgencia a aconselhar a adopçãõ desta medida.

O principal, sinãõ o unico intuito do Congresso na sua primeira reuniãõ, consiste sem duvida em collocar o poder publico dentro da legalidade. Mas esta missãõ ficaria certamente incompleta si, adoptando a Constituiçãõ e elegendo os depositarios do poder executivo, nãõ estivesse todavia previamente organizada a Justiça Federal, pois que só assim poderãõ ficar a um tempo e em definitiva constituídos os tres principaes orgãõs da soberania nacional. Trata-se, portanto, com este acto, de adoptar o processo mais rapido para a execuçãõ do programma do Governo Provisorio no seu ponto culminante – a terminaçãõ do período dictatorial.

Mas, o que principalmente deve caracterisar a necessidade da immediata organizaçãõ da Justiça Federal é o papel de alta preponderãncia que ella se destina a representar, como orgãõ de um poder, no corpo social.

Nãõ se trata de tribuanes ordinarios de justiça, com uma jurisdicçãõ pura e simplesmente restricta à applicaçãõ das leis nas multiplas relações do direito privado. A magistratura que agora se instala no paiz, graças ao regimen republicano, nãõ é um instrumento cego ou mero interprete na execuçãõ dos actos do poder legislativo. Antes de applicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sancçãõ, si ella lhe parecer conforme ou contraria à lei organica⁵.

⁵ CJF – Conselho da Justiça Federal. Justiça Federal – Legislaçãõ. Brasíliã: CJF, 1993.

Como se observa, a Justiça Federal fora criada com um objetivo bastante nobre e difícil, qual seja, controlar a validade dos atos do executivo e do legislativo em face da Constituição. Lembra-se que, no regime imperial, o controle de constitucionalidade era uma atribuição do chamado “Poder Moderador”. O próprio Imperador era responsável pela fiscalização da constitucionalidade dos seus atos e dos atos do legislativo, tendo absoluto controle sobre o Judiciário, cuja missão restringia-se a solucionar os conflitos entre particulares.

Já no novo modelo, sugerido pelo Decreto 848/1890 e confirmado pela Constituição de 1891, o sistema judiciário seria dual, em que a Justiça Federal deveria conviver com as Justiças locais (Estaduais): os juízes estaduais seriam responsáveis pela solução dos conflitos privados, enquanto à magistratura federal caberia o julgamento das causas de direito público-constitucional, especialmente as que tivessem origem em atos administrativos do Governo Federal, conforme determinava o art. 60 da Constituição de 1891, o art. 15 do Decreto 848 de 1890 e o art. 13 da Lei 221, de 1894, que eram os principais instrumentos normativos que dispunham acerca da competência da Justiça Federal.

Assim, pelo menos no papel, havia uma crença de que a Justiça Federal seria capaz de exercer a fiscalização dos demais poderes, servindo como guardião da Constituição dentro do sistema de freios e contrapesos que se pretendia implementar. Restava saber se na prática o controle seria eficaz, já que a fiscalização judicial da constitucionalidade das leis ainda não fazia parte de nossa tradição jurídica.

2.1.2. O PRIMEIRO CASO DE GRANDE RELEVÂNCIA

Em 1893, Rui Barbosa publicou um texto denominado “*Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*”, onde traçou as primeiras linhas do que viria a ser o controle judicial de constitucionalidade no Brasil.

O texto não é propriamente uma obra acadêmica, mas a consolidação de trabalhos forenses envolvendo um mesmo tema: as ações civis dos militares reformados pelos Decretos de abril de 1892 assinados pelo governo ditatorial do Marechal Floriano Peixoto, o Marechal de Ferro.

Rui Barbosa, na qualidade de advogado, ingressou com diversas ações civis perante a recém-criada Justiça Federal, visando anular judicialmente os atos de reforma dos militares que se opuseram ao golpe de Floriano⁶.

⁶ A famosa carta-manifesto dos treze generais dirigida a Floriano Peixoto, exigindo nova eleição presidencial pode ser lida em: AMARAL, Roberto; BONAVIDES, Paulo. Textos Políticos da História do Brasil. 3ª ed. vol. 2, Brasília: Senado Federal, 2002, p. 333.

A Justiça Federal estava dando seus primeiros passos e, portanto, ainda não havia um sentimento *constitucional* no país. Soava, no mínimo, estranho dizer que um juiz federal – de primeiro grau, diga-se de passagem – teria tamanho poder, a ponto de decretar a nulidade de um ato da mais alta autoridade do executivo, especialmente provinda de um regime autoritário.

Ninguém imaginaria que um magistrado de primeira instância agiria com a coragem suficiente para enfrentar o Executivo no caso dos militares reformados pelo Marechal Floriano. Afinal, aquele era um período em que, por muito pouco, prendiam-se parlamentares e jornalistas, demitiam-se professores e servidores públicos, reformavam-se militares, aposentavam-se juízes compulsoriamente e fuzilavam-se os que fossem contra o regime. Além disso, os juízes federais, embora vitalícios, ainda não tinham a garantia de inamovibilidade, de tal modo que um juiz no Rio de Janeiro poderia ser removido para os mais longínquos rincões do país com uma simples penada – e se desse por satisfeito por ainda estar vivo!

Para se ter uma noção de como ainda era frágil a aceitação da tese de que os magistrados detinham o poder de controlar a validade dos atos do Executivo e do Legislativo, alguns juízes que, naquele período, se negaram a aplicar leis, sob o fundamento de inconstitucionalidade, chegaram a ser acusados por crime de responsabilidade ou de prevaricação, o que levou Rui Barbosa a escrever uma obra memorável sob o tema, em defesa da liberdade de consciência do juiz, intitulada “*Defesa do Dr. Alcides de Mendonça Lima no Recurso de Revisão contra a Sentença do Superior Tribunal do Rio Grande do Sul*”, que serviu de fundamento à defesa de um magistrado que havia sido condenado à pena de 9 meses de suspensão do emprego por haver declarado a inconstitucionalidade da Lei de Organização Judiciária do Rio Grande do Sul!⁷

O certo é que, para surpresa geral, o Juiz Federal Henrique Vaz Pinto Coelho, em 1895, julgou a favor dos militares reformados, garantindo aos autores das ações o direito de receberem os vencimentos dos cargos/patentes como se não tivessem sido reformados.

As referidas sentenças foram uma surpresa até para Rui Barbosa, conforme se pode observar no seguinte trecho de uma carta escrita por ele à época, durante exílio que estava vivendo em Londres:

⁷ Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Tomo I/1891-1898. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 84. O Supremo Tribunal Federal acabou firmando o entendimento de que faz parte da função jurisdicional o controle de constitucionalidade das leis, razão pela qual os juízes não poderiam ser responsabilizados por se negarem aplicação a leis que reputeem inconstitucionais.

Ontem recebi do Rio um telegrama anônimo nesses termos – ‘Vitória. Juiz seccional reformas militares. Hurra maior campeão liberdades civis militares tempo legalidade’. Quer isso dizer que o juiz federal sentenciou a favor dos meus clientes na famosa questão? É um triunfo, que eu não esperava, descrente que estou das qualidades morais da nossa magistratura. (...)

Vejo que venci a questão dos generais e lentes demitidos, perante a justiça federal. É um triunfo, que me surpreendeu, ante a desmoralização geral do país. Noutra terra esse arresto seria recebido como a primeira conquista para a liberdade constitucional. No Brasil não sei se ele terá merecido as honras dos comentários⁸.

A decisão foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, que adotou o entendimento de que “*é nulo o ato do Poder Executivo que reforma forçadamente um oficial militar, fora dos casos previstos em lei*”.

Logo após a decisão do STF, o Governo anulou os decretos de abril de 1892, tendo os militares favorecidos pela decisão sido anistiados e reintegrados aos cargos que ocupavam.

O caso é exemplar. Foi a primeira vez no Brasil que se sustentou, perante a Justiça Federal, a inconstitucionalidade de um ato do executivo. Tratava-se, como disse o próprio Rui Barbosa, de uma “novidade de um regime inteiramente sem passado entre nós”. Aliás, novidade essa que fora recebida “muito desfavoravelmente pelos amigos do ex-Presidente Marechal Peixoto”, conforme noticiou o jornal *The Standard* e *The Finantial News*⁹.

A sentença, escrita com objetividade, mas com profunda noção do seu papel simbólico, contém alguns aspectos dignos de nota, que ressaltam a função que seria desempenhada pela Justiça Federal dentro do Estado Republicano e Federativo que acabara de surgir:

(...) É manifesta a competência do Poder Judiciário para dizer em espécie de ofensas ao poder político contra os direitos individuais com preterição das leis e da Constituição (...). Pelas opiniões da corrente geral dos constitucionalistas, firmando de modo claro e positivo que ao Poder Judiciá-

⁸ BARBOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa*. Vol. XX, 1893, Tomo V, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1958, p. XXXVI (introdução).

⁹ Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I/1891-1898. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 63.

rio, no régimen americano (que é o da nossa Constituição) cabe a suprema missão de garantir a verdade constitucional e legal e proteger os direitos individuais contra as exorbitâncias do Executivo e Legislativo. (...) O Poder Judiciário se acha que a lei do congresso viola a Constituição, pronuncia-se por esta. Mister, porém, é que haja controvérsia entre as partes acêrca de algum caso sujeito. Dá-se aos cidadãos o meio de tornar efetivos os direitos individuais quando violados por lei contrária a êles; mas ainda que o Tribunal Supremo declare que a aplicação dela no caso debatido é inconstitucional, de nenhum valor nem efeito, não deixa por isso a lei de continuar em vigor. Continua a ser obrigatória para todos, mas cada qual quando lhe chega a vez em caso submetido à justiça, tem o mesmo recurso acima indicado para evitar-lhe a aplicação. (Florentino Gonzales – *Lição de Dir. Const.*). É manifesto, pois, lei ou ato administrativo que ataque um direito subjetivo, o lesado pode recorrer ao departamento judiciário e êste tem competência. (...) Não há poderes, quer legislativos, quer executivos, com exercício legal, senão dentro das normas constitucionais, lei suprema que domina e avassala tôdas as outras leis, atos administrativos, decisões judiciárias, desde que a violem. (...) Não há onipotência no Congresso, como não há no Executivo – têm atribuições constitucionais e legais e fora delas são exorbitantes e seus atos nulos¹⁰.

Eis aí, nessa formidável decisão, o marco inicial da atuação da Justiça Federal em prol da democracia.

E que bela lição foi-nos deixada pelo julgado: não há poderes, quer legislativos, quer executivos, senão dentro das normas constitucionais, lei suprema que avassala todas as outras leis, atos administrativos, decisões judiciárias, desde que a violem...

2.1.3. OUTROS CASOS IMPORTANTES

Não é fácil colher material sobre a Justiça Federal na sua primeira fase de existência.

¹⁰ Extraído do livro: BARBOSA, Rui. Obras Completas de Rui Barbosa. Vol. XX, 1893, Tomo V, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1958, pp. 219/223.

Para se ter uma idéia da dificuldade não existe sequer uma relação nominal de todos os juízes federais que atuaram no período¹¹.

De qualquer modo, alguns exemplos podem ser apresentados, sobretudo porque a Justiça Federal teve que se manifestar sobre episódios bastante conhecidos na história brasileira, já que era competente para julgar os crimes políticos e os assuntos constitucionais de maior relevância. E nesse ponto, as obras referentes à história do Supremo Tribunal Federal servem de ótima fonte de pesquisa, já que muitos julgamentos de relevo partiram de decisões de primeira instância, chegando ao STF apenas em grau de recurso¹².

É óbvio que não é possível dimensionar o grau de aceitação social das decisões que serão citadas a seguir. As fontes nem sempre são confiáveis, até pelo forte conteúdo político dos julgados.

2.1.3.1. ANISTIA INVERSA

O primeiro exemplo selecionado é, de certo modo, uma continuação do caso da reforma dos militares pelos decretos de abril de 1892, e também faz parte do rol de trabalhos jurídicos de Rui Barbosa, tendo sido por ele denominado de “*Anistia Inversa – Caso de Teratologia Jurídica – Defesa perante o Juízo Seccional dos Condenados pela Anistia de 1895*”¹³.

Os militares afastados durante o período ditatorial comandado pelo Marechal Floriano Peixoto foram anistiados pelo Decreto Legislativo n. 310/1895.

A anistia, contudo, foi bastante restritiva na medida em que determinava que os oficiais então anistiados não poderiam voltar ao serviço ativo antes de decorridos dois anos, contados da data em que se apresentassem às autoridades competentes, e ainda se a tanto anuísse o Poder Executivo.

¹¹ Essas e outras dificuldades são ressaltadas por FREITAS, Vladimir Passos de. *Justiça Federal – Evolução e Histórico no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2003. A respeito da relação nominal dos juízes federais, o Conselho da Justiça Federal elaborou um Repertório Bibliográfico da Justiça Federal: CJF – Conselho da Justiça Federal. Repertório Bibliográfico da Justiça Federal. Brasília: CJF, 2000. Esse repertório, contudo, é incompleto, deixando de mencionar, por exemplo, o próprio Juiz Federal Henrique Vaz Pinto Coelho.

¹² De se destacar os quatro tomos da obra *A História do Supremo Tribunal*, de Lêda Boechat Rodrigues, especialmente os dois primeiros.

¹³ BARBOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa*. Vol. XXIV, 1897, Tomo III, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1955.

Rui Babosa foi, então, constituído advogado dos oficiais descontentes e ingressou, em fevereiro de 1896, com uma ação sumária contra a União representado quase cinquenta militares insatisfeitos.

Digno de nota nas alegações de Rui Barbosa é a defesa que se faz do controle judicial de constitucionalidade exercido pela Justiça Federal, invocando o precedente da reforma dos militares:

Graças a Deus, já não invoco um princípio contestável neste país, afirmando a prerrogativa bendita da justiça na verificação da constitucionalidade dos atos dos outros poderes, como me sucedia, quando, há três anos, assumi a iniciativa de sustentá-la ante este mesmo tribunal. As decisões judiciárias na questão, que levantei, da nulidade da reforma dos militares espoliados pelos decretos ditatórios de abril de 1892, decisões a que dignamente se inclinou o chefe do Estado, põem termo à controvérsia, hoje morta.

Verdade seja que então a resistência se opunha a atos inconstitucionais do poder executivo. Mas as razões, que cortaram a dúvida no tocante aos decretos da administração, de todo em todo a dissipam no que respeita aos do congresso. Era em nome da independência dos poderes, do direito, inerente a cada um deles, de interpretar, no ofício de suas funções, as cláusulas da lei fundamental a elas correspondentes, que se me qualificava de anarquizadora e tumultuária a doutrina aliás bebida por mim nas águas tranqüilas da jurisprudência americana. Em resposta ficou demonstrado pela minha argumentação que a justiça federal é a intérprete suprema da constituição republicana¹⁴.

Com rápida tramitação, o processo foi julgado pelo Juiz Seccional Aureliano Campos, que proferiu sentença em 27 de julho de 1896, julgando os pedidos procedentes para o fim de considerar os autores livres das restrições legislativas, condenando a União a pagar-lhes o soldo e demais vencimentos que lhes coubessem em virtude das leis vigentes, como se estivessem isentos de culpa¹⁵.

¹⁴ BARBOSA, Rui. Obras Completas de Rui Barbosa. Vol. XXIV, 1897, Tomo III, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1955, pp. 13/14.

¹⁵ CF. BARBOSA, Rui. Obras Completas de Rui Barbosa. Vol. XXIV, 1897, Tomo III, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1955, p. 8. A sentença encontra-se nas páginas 167/171 da referida obra.

O Supremo Tribunal Federal, porém, em polêmico acórdão, reformou a sentença, julgando os autores carecedores da ação, aceitando o argumento da União de que a anistia é uma faculdade do Legislativo, que a concede com as condições que entender devidas, não cabendo ao Judiciário modificá-las¹⁶.

Em 7 de dezembro de 1898, foi promulgada a Lei n. 533, que suprimiu as restrições contidas no decreto 310, embora mantendo algumas limitações concernentes a vencimentos e promoções já decretadas.

2.1.3.2. CONSPIRAÇÃO MILITAR DE 1904

Durante o Governo de Rodrigues Alves, houve diversos momentos de instabilidade social, causados principalmente por medidas sanitárias que desagradaram a opinião pública, como a instituição da vacina obrigatória, levada a cabo pelo famoso médico sanitarista Osvaldo Cruz.

Nesse contexto de intranqüilidade social e descontentamento com o Governo, um grupo de militares tramou a deposição do Presidente da República, visando à instauração de uma ditadura militar, que prepararia a restauração da Monarquia.

O movimento, obviamente, não obteve sucesso, tendo sido presos alguns de seus mentores, civis e militares.

Em 3 de janeiro de 1905, foi oferecida denúncia contra os civis implicados no movimento.

No mesmo dia, o Juiz Federal Pires e Albuquerque, que viria a ser Ministro do Supremo Tribunal Federal, despachou o processo, declarando não poder receber a denúncia, já que o crime de conspiração exigia a participação de vinte ou mais pessoas e apenas quatro pessoas eram denunciadas, além de não ser possível desmembrar o feito entre civis e militares, tendo em vista a unidade do delito, devendo tanto os civis quanto os militares serem julgados pela Justiça Federal¹⁷.

O Supremo Tribunal Federal, posteriormente, reformou o entendimento e determinou que o juiz recebesse a denúncia nos termos em que estava concebida contra os denunciados civis, deixando que os militares fossem processados e julgados no foro militar.

¹⁶ O acórdão encontra-se nas páginas 177/181 da obra já citada. Um relato sobre as circunstância em que foi proferida a decisão pode ser encontrado em RODRIGUES, Lêda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Tomo I/1891-1898. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 70.

¹⁷ RODRIGUES, Lêda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Tomo II/1809-1910. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 73.

Apesar da decisão do STF, o caso serve para demonstrar que a Justiça Federal podia agir com certa independência, mesmo diante de uma situação crítica de tentativa de derrubada do Presidente da República.

2.1.3.3. HABEAS CORPUS CONTRA A EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS

Em princípios de 1907, o Governo Federal decretou inúmeras expulsões de estrangeiros, com base na Lei 1.641/1907, sendo uma das primeiras a do médico português Dr. Urbino de Freitas¹⁸.

Ingressando na Justiça Federal contra a medida, o médico obteve *habeas-corpus*, concedido pelo Juiz Seccional Pires e Albuquerque, em processo de muita repercussão. A decisão foi confirmada posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal.

O caso é importante, pois foi uma das primeiras vezes em que o Judiciário brasileiro atuou em defesa da liberdade de estrangeiros, atuando nitidamente em prol dos direitos humanos.

Recentemente, em caso de grande repercussão, o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de conceder *habeas-corpus* a um jornalista estrangeiro do *New York Times* que publicou matéria que desagradou o Presidente da República, demonstrando que, em alguns momentos, a história parece ser cíclica.

2.1.3.4. RESPONSABILIDADE CIVIL DA UNIÃO

A Justiça Federal também teve que julgar importantes casos de responsabilidade civil da União, como o famoso episódio do “Bombardeio da Bahia” por tropas federais e a não menos famosa revolta de Juazeiro, ocorrida no Ceará e comandada pelo popular Padre Cícero.

No caso do Bombardeio da Bahia, ocorrido em 1912, a Justiça Federal teve uma participação inicialmente criticável, já que o bombardeio ocorreu a pretexto de dar cumprimento a uma ordem de *habeas corpus* concedida pelo juiz seccional Paulo Fortes, em favor de deputados daquele Estado que estavam impedidos de exercerem seus mandatos por proibição do Governador Aurélio Viana.

¹⁸ Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Tomo II/1899-1910. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 45.

Concedido o *habeas corpus*, as Forças Armadas, a pretexto de fazê-lo cumprir à força, atirou bombas na Praça do Palácio, atingindo o Palácio do Governo e vários edifícios próximos, inclusive a famosa Biblioteca Pública do Estado, que foi reduzida a cinzas.

O ato gerou descontentamento dentro do próprio Poder Executivo Federal, tendo o então Ministro da Marinha, Joaquim Marques Batista Leão, escrito, em 11 de janeiro de 1912, uma carta de demissão ao Presidente da República, Hermes da Fonseca, que ficou famosa.

Eis um trecho que ressalta a sua revolta diante dos acontecimentos:

O bombardeio da capital do Estado da Bahia, pelas fortalezas guarnecidas por forças federais, é uma iniquidade que atenta menos contra a Constituição brasileira do que contra a civilização e a dignidade humana. Ele constituirá uma nódoa indelével em nossa História, um opróbrio para os seus responsáveis, a percussão de uma crise, cuja gravidade ninguém poderia precisar, mas acredito será funesta aos que a provocaram. O bombardeio da capital da Bahia talvez seja julgado um ato constitucional defensável. O Senador estadual Arlindo Leone e outros companheiros obtiveram um mandado de *habeas corpus* do juiz federal, e este magistrado, de acordo com o disposto no art. 6º, Nº 4, da Constituição Federal, requisitou força para a sua execução. Não há dúvida que o acatamento às decisões do Poder Judiciário é um dos principais fundamentos do nosso sistema constitucional. Mas, se alguma vez, Sr. Presidente da República, eu fosse capaz de vos aconselhar desobediência ostensiva a um aresto do Poder Judiciário, certamente seria quando um juiz quisesse bombardear uma cidade comercial de um país livre, para executar um *habeas corpus*¹⁹.

Acalmados os ânimos – e após muitos discursos de revolta contra a atitude das forças federais por parte do então Senador baiano Rui Barbosa -, foi interposta ação civil visando o reconhecimento da responsabilidade da União e a conseqüente reparação dos danos ocasionados em razão do bombardeio. A sentença condenatória proferida pela Justiça Federal de primeiro grau foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal na Apelação Cível 4.967 em 1928, após

¹⁹ A referida carta pode ser lida em AMARAL, Roberto; BONAVIDES, Paulo. Textos Políticos da História do Brasil. 3ª ed. vol. 3, Brasília: Senado Federal, 2002, p. 674/675.

dezesseis anos do episódio. Firmou-se o entendimento de que “a União é civilmente responsável pelos prejuízos decorrentes do bombardeio da Bahia, em 1912”²⁰.

No caso do Ceará, ocorrido entre os anos de 1913 e 1914, aconteceu algo semelhante.

A disputa pelo poder estadual levou deputados oposicionistas a se unirem a Padre Cícero e aos famosos cangaceiros, que atacaram e venceram as tropas governistas estaduais desde Juazeiro até chegarem à orla de Fortaleza, capital do Estado.

Após o término do conflito, vários particulares que tiveram bens destruídos com a revolta de Juazeiro ingressaram com ações de indenização contra a União. Argumentou-se que o Governo Federal compactuou com os revoltosos, permitindo que armas e suprimentos chegassem aos cangaceiros através das estradas de ferro pertencentes à União, além de não terem sido enviadas tropas federais para debelar os revoltosos.

O Juiz Seccional acolheu o pedido, condenando a União a pagar a importância dos prejuízos, liquidáveis em execução de sentença.

Em outubro de 1921, oito anos após os acontecimentos, a sentença foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal que decidiu, na Apelação Cível 3283, o seguinte:

É indiscutível a competência da Justiça para amparar os direitos individuais lesados em consequência de atos do Governo Federal quando, contrariando a missão que lhe cumpria desempenhar num Estado em que havia perturbação da ordem pública, exagerou e praticou uma série de atos com manifesto desígnio de fazer triunfar a sedição existente, de alterar a situação política regularmente estabelecida; e a União Federal é responsável pelos atentados à propriedade particular então cometidos em consequência dessa sua irregular intervenção²¹.

Vale ressaltar que, mesmo antes dos referidos julgados, as ações indenizatórias proferidas contra a União não eram muito bem recebidas pelo Poder

²⁰ RODRIGUES, Lêda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Tomo III/1910-1926. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 73.

²¹ Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Tomo III/1910-1926. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 82.

Executivo, como era de se esperar. Tanto é assim que, em mensagem ao Congresso Nacional no ano de 1900, o Poder Executivo aponta como causa principal do desequilíbrio financeiro do país as sentenças indenizatórias proferidas pela Justiça Federal²².

Não é de hoje, portanto, que o Governo Federal, ao invés de respeitar a Constituição e as leis para evitar as condenações judiciais, tenta inibir a ação do Judiciário através de argumentos “*ad terrorem*”, tentando culpar a Justiça Federal pelos mais diversos problemas financeiros.

2.1.3.5. A DEFESA DAS LIBERDADES CIVIS E DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

No tomo III de sua famosa *História do Supremo Tribunal Federal*, a historiadora Lêda Boechat Rodrigues dedica sua pesquisa à formação da doutrina brasileira do *habeas corpus*, ressaltando os casos julgados no período de 1910 a 1926.

Embora seja uma obra dedicada ao Supremo Tribunal Federal, é possível localizar diversos casos em que a Justiça Federal de primeiro grau contribuiu para a proteção de liberdades civis e, conseqüentemente, para a consolidação da doutrina brasileira do *habeas corpus*, através da qual esse instrumento poderia ser utilizado para proteger qualquer espécie de direito individual violado e não apenas a liberdade de locomoção²³.

Houve casos em que os juízes federais concederam *habeas corpus* para a proteger a liberdade de imprensa (livre circulação de jornais), inclusive garantindo o direito de indenização pelos prejuízos decorrentes da censura em jornais durante o estado de sítio²⁴.

Houve, também, casos em que a Justiça Federal concedeu *habeas corpus* para garantir o exercício de direitos políticos (direito de voto), já que ainda

²² Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo II/1809-1910. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 16.

²³ Com a Reforma Constitucional de 1926, a abrangência do *habeas corpus* foi limitado à proteção da liberdade de locomoção. Posteriormente, foi criado o mandado de segurança.

²⁴ “Ementa: A suspensão de jornais, na vigência de estado de sítio. A União responde pelos prejuízos decorrentes desse ato, que somente para casos extremos e devidamente justificados poderia ser tolerado” (Apelação Cível 3662, julgada em 12/9/1930, Rel. Min. Soriano de Souza). Mais tarde, pacificou-se o entendimento de que, cessado o estado de sítio decretado pelo Governo Federal, e conseqüentemente restaurada em toda sua plenitude a ação do Poder Judiciário, é possível condenar a União pelos danos causados ao patrimônio particular pelos excessos praticados pelos seus representantes e prepostos durante o regime de exceção.

não existia a Justiça Eleitoral. Exemplo disso ocorreu no *habeas corpus* requerido em favor de Albano Augusto de Souza França e outros, concedido pelo juiz seccional Octavio Kelly, em 19 de janeiro de 1910, garantindo os impetrantes de usar livremente os direitos políticos na Barra do Piraí²⁵.

O mesmo juiz federal, que futuramente viria ser Ministro do Supremo Tribunal Federal, proferiu memorável sentença em favor de Edmundo Bittencourt, dono do jornal *Correio da Manhã*, garantindo-lhe a manutenção de posse daquele matutino em pleno estado de sítio, em maio de 1925. É de se destacar trechos da referida sentença, especialmente quando o magistrado, numa visão de efetividade processual bem avançada para época, comina “multas em que incorrerá a autoridade pública que cercear a livre publicação do mesmo”, bem como prevê a reparação dos danos decorrentes da “grave e violenta injustiça praticada pelos poderes públicos contra a propriedade do Sr. Edmundo Bittencourt”²⁶. E, efetivamente, quando cessou o estado de sítio, o Dr. Edmundo Bittencourt ingressou com ação indenizatória contra a União, em razão dos prejuízos causados pelo fechamento do *Correio da Manhã*, tendo o Supremo Tribunal Federal confirmado a decisão de primeiro grau e reconhecido a responsabilidade civil da União no referido caso²⁷.

Vale citar, do mesmo modo, alguns casos isolados em que a Justiça Federal garantiu o direito de reunião de operários (*meetings*), embora a regra tenha sido a repressão a grupos sociais, especialmente os anarquistas e socialistas, que eram vistos como nocivos à sociedade²⁸. O posicionamento refletia a mentalidade da época de que os movimentos operários eram “casos de polícia” e deveriam ser reprimidos a todo custo.

De qualquer modo, apesar de todo o preconceito burguês em torno dos anarquistas e socialistas, é de se registrar uma atuação firme da Justiça Federal contra a expulsão arbitrária de estrangeiros residentes e até de brasileiros que foram considerados nocivos à sociedade por pregarem doutrinas contra o capi-

²⁵ Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Tomo III/1910-1926. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 199.

²⁶ RODRIGUES, Lêda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Tomo III/1910-1926. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 199.

²⁷ Apelação Cível 3267, j. 8/10/1929, rel. Min. Soriano de Souza, RF 55/215.

²⁸ Ver a respeito o Capítulo 15 (Poder de Polícia), de RODRIGUES, Lêda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Tomo III/1910-1926. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, pp. 251/260.

talismo. Nesse sentido, o Capítulo 14 da referida obra de Lêda Boechat Rodrigues apresenta inúmeros exemplos em que se considerou possível o controle judicial dos decretos de expulsão, especialmente quando são violadas regras básicas da Constituição Federal²⁹.

2.1.3.6. A REVOLTA DOS 18 DE FORTE DE COPACABANA DE 1922

Outro processo de grande repercussão e relevância histórica foi o referente ao movimento revolucionário de 5 de julho de 1922 (revolta dos “18 do Forte de Copacabana”).

Alguns militares, descontentes com medidas governamentais, rebelaram-se contra as autoridades constituídas, objetivando substituir o governo existente por uma Junta Governativa. Fracassado o movimento, os militares revoltosos foram denunciados perante a Justiça Federal.

O Juiz Federal absolveu vários acusados e, quanto aos condenados, classificou o delito no art. 111 do Código Penal e não no art. 107, que teria uma pena maior. Houve recurso para o Supremo Tribunal Federal que reformou parcialmente a sentença, tão somente para condenar alguns acusados que haviam sido absolvidos pelo Juiz Federal.

2.1.3.7. O MOVIMENTO REVOLUCIONÁRIO PAULISTA DE JULHO DE 1924

Fato semelhante ocorreu em 5 de julho de 1924, em São Paulo, no episódio de ficou conhecido como Revolução Paulista.

O processo foi julgado em primeira instância pelo juiz federal de São Paulo, Dr. Washington de Oliveira, que, no futuro, viria a ser Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Para se ter uma idéia da dificuldade que deve ter sido julgar o referido processo, basta dizer que os autos formavam 167 volumes e haviam sido denunciadas 688 pessoas – isso sem falar na pressão política que recaía sobre o caso.

O Procurador Geral da República pretendia a condenação dos revolucionários no grau máximo, que seria a pena prevista no artigo 107 do Código Penal.

²⁹ RODRIGUES, Lêda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Tomo III/1910-1926. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, pp. 223/249.

O Juiz Federal, porém, desclassificou o delito do artigo 107 para o artigo 111, que resultava em uma pena mais branda.

De acordo com o Jornal Folha da Manhã, de 17 de novembro de 1927, a sentença teria sido bem recebida pelos revolucionários e representava, de certo modo, a aspiração geral da sociedade (o texto está com a grafia original):

Duas correntes se formam nos debates. Uma favorável a confirmação da sentença exarada no processo, pelo integro juiz dr. Washington de Oliveira. A outra, favorável da sentença appellada e de accordo com a reforma da mesma, do artigo III para o artigo 107 do Codigo Penal, conforme pleteia o ministro procurador Pires e Albuquerque. Os votos ainda não são conhecidos. Mas é aspiração geral, em todos os circulos, que a decisão da nossa mais alta Corte de Justiça seja para confirmar a sentença do notavel juiz, dr. Washington de Oliveira, já acceita pelos revolucionarios e não nas duras penas do artigo 107 e sua consequente exclusão do Exercito Nacional de tantos officiaes envolvidos no movimento de 5 de Julho.

Prevaleceu, contudo, a opinião do Procurador Geral da República, Ministro Pires e Albuquerque, que defendia ardorosamente a punição máxima dos revolucionários. Em sessão secreta, o Supremo Tribunal Federal deu provimento parcial ao recurso do Procurador Criminal (RCr 536).

Um fato curioso cerca o processo.

Os mesmos militares então condenados, que tiveram no Ministro Pires e Albuquerque a figura do acusador implacável, foram, por ironia do destino, vitoriosos na Revolução de 1930 e, como o próprio Ministro Pires e Albuquerque declarou, “os ontem condenados, agora vitoriosos, poderiam nutrir o humaníssimo sentimento de vingança”³⁰. E, de fato, a vingança não tardou...

Através do Decreto n. 19.656/1931, vários Ministros do Supremo Tribunal Federal que condenaram as revoltas de 1922, 1924 e 1927, entre eles o Min. Pires e Albuquerque, foram compulsoriamente aposentados³¹.

2.1.4. CONCLUSÃO

Como se observa, a Justiça Federal participou de diversos episódios da história republicana brasileira. Em muitos casos, a magistratura federal de pri-

³⁰ Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Tomo IV/1930-1963. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, pp. 31/32.

³¹ Sobre esse fato e suas repercussões, veja-se RODRIGUES, Lêda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Tomo IV/1930-1963. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

meira instância tomou posturas corajosas, afrontando abertamente o poder central.

Não é possível, contudo, afirmar com precisão, diante da ausência de registros históricos confiáveis, se a Justiça Federal cumpriu adequadamente seu papel institucional dentro desse período compreendido entre 1891 até 1937, aqui chamado de primeira fase da Justiça Federal.

As limitações impostas pelo contexto histórico e a estrutura ainda precária não eram favoráveis a uma atuação de destaque da Justiça Federal.

Além disso, os Juízes Federais eram indicados pelo Presidente da República, o que dava um caráter quase sempre político (leia-se: politiqueiro) às nomeações, conforme bem anotou Andrei Koerner em interessante estudo sobre o período:

Os juízes seccionais eram nomeados pelo presidente da República a partir de lista tríplice elaborada pelo STF. O processo de nomeação dos juízes seccionais abria um campo de negociação entre as oligarquias estaduais, o presidente da República e os ministros do STF. A escolha do candidato pelo presidente era parte do compromisso da Política dos Governadores, pela qual a oligarquia dominante no estado controlava os cargos federais. (...) Após a entrada em vigor da Constituição, os juízes seccionais passaram a ser nomeados pelo presidente da República a partir de lista tríplice elaborada pelo STF. O processo de nomeação era basicamente o seguinte: aberta a vaga, o presidente da República comunicava ao presidente do STF, que publicava edital nos principais jornais do país. O prazo para as inscrições era de trinta dias, a partir dos quais era sorteada uma comissão de três ministros para examinar os documentos e classificar os candidatos. A classificação era votada secretamente no STF e o presidente do STF encaminhava a lista com os nomes dos três candidatos mais votados para o presidente da República, que nomearia um deles. As listas elaboradas pelo STF eram criticadas pela imprensa, porque eram colocados os dois candidatos mais qualificados, mas também o candidato indicado pela oligarquia dominante do estado, o qual era nomeado. (...) Ao controle das nomeações pelas oligarquias estaduais, como parte da Política dos Governadores, somavam-se a organização bastante precária dos juízes seccionais e restrições impostas legalmente ao seu papel de servirem de garantia aos direitos políticos, enquanto intérpretes da Constituição. Assim, se algum juiz seccional tivesse a veleidade de afrontar alguma das oligarquias estaduais sem o apoio de outra, ou do governo federal, sua ação seria inútil, devido à ausência de meios materiais com que pudesse contar para efetivá-la. Além disso, os seus suplentes, leigos e sem remuneração, eram nomeados pelo presidente, a partir da indicação

das próprias oligarquias, o que garantia a ineficácia da ação da Justiça Federal no interior do país³².

Diga-se, ainda, que, praticamente em todos os casos em que o juiz federal de primeira instância confrontou abertamente o poder central, a decisão, no final das contas, acabou sendo reformada, em grau de recurso, pelo Supremo Tribunal Federal, o que, de certo modo, esvaziou a importância das sentenças monocráticas³³.

Mesmo assim, apesar de todas as dificuldades citadas, Rui Barbosa, em um texto da época, chegou a reconhecer “o papel extraordinário da Justiça Federal” ao criar obstáculos ao surgimento de uma ditadura por parte do poder central³⁴, o que demonstra que a Justiça Federal teve uma atuação, até certo ponto, positiva no período.

É paralelamente ao aspecto político-social, é inegável a importância da Justiça Federal para a consagração de, hoje conhecidos, princípios e institutos de direito público, como o controle difuso de constitucionalidade, a possibilidade de anulação de atos públicos eivados de ilegalidade (controle dos atos administrativos), o direito à indenização no caso de desapropriação, o direito de reintegração na hipótese de demissões irregulares, a consagração e evolução da teoria da responsabilidade civil do Estado e o desenvolvimento da doutrina brasileira do *habeas corpus*, que antecedeu o surgimento do mandado de segurança no controle dos atos públicos que violassem qualquer liberdade individual e

³² KOERNER, Andrei. O Poder Judiciário no Sistema Político da Primeira República. In: Revista da USP n. 21, São Paulo: USP, 1994, pp. 58/69. O mesmo artigo foi publicado na Revista da AJUFE n. 74/2004. Sobre o mesmo assunto, v. FREITAS, Vladimir Passos de. Justiça Federal – Evolução e Histórico no Brasil. Curitiba: Juruá, 2003, pp. 27/34.

³³ É por essas e outras que João Mangabeira disse que “o órgão que, desde 1892 a 1937, mais faltou à República não foi o Congresso, foi o Supremo Tribunal Federal” (cf. BALEEIRO, Aliomar. O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 69). A crítica não é de todo procedente, diante de alguns posicionamentos firmes adotados pelo STF no período. Porém, sem dúvida, o órgão máximo da Justiça brasileira falhou em diversos momentos, adotando posicionamentos nitidamente covardes diante de violações graves à Constituição pelo Poder Executivo. E isso foi bem mais nítido após a Constituição de 1934 e, mais nítido ainda, após a Constituição de 1988.

³⁴ Eis a citação: “Na forma política onde se moldou a Constituição Brasileira, todos os grandes pensadores, todos os observadores de valor são unânimes em reconhecer e temer o poder dos presidentes. Dos freios e contrapesos, a que o regímen parlamentar submete a coroa dos monarcas, a república presidencial exonerou a autoridade do chefe do Poder Executivo. Todo esse ramo da energia constitucional absorve-se numa só individualidade, sobre a qual nenhuma ação tem os ministros e o Congresso. Em vez de ser governado por uma comissão do Parlamento, o país é regido pela discricção de um homem, cuja força igualaria a do Tzar, ou a do Sultão, se o curto período do seu ascendente o não desarmasse, a descentralização federativa o não circunscrevesse, e o papel extraordinário da justiça federal lhe não criasse obstáculos à ditadura (Trecho do artigo “O Estado de Sítio”, Obras Completas de Rui Barbosa. v. 25, t. 1, 1898. p. 94).

não apenas a liberdade de locomoção, representando um grande avanço na proteção dos direitos fundamentais.

2.2. A JUSTIÇA FEDERAL NO ESTADO NOVO (1937-1945)

Em 1937, com o surgimento do Estado Novo de Getúlio Vargas, houve uma grande reviravolta na história da Justiça Federal, pois a Constituição de 1937, considerada a mais autoritária que o Brasil já teve, extinguiu a Justiça Federal.

Os juízes federais que estavam na ativa foram aposentados ou foram colocados em disponibilidade, com vencimentos proporcionais, caso ainda não tivessem trinta anos de serviço, nos termos dos artigos 177³⁵ e 182³⁶, da Constituição de 1937, bem como da Lei Constitucional n. 8, de 1942³⁷.

Segundo Vladimir Passos de Freitas, alguns desses juízes federais foram aproveitados na Justiça de seus Estados³⁸, mas a verdade é que poucos são os comentários sobre a extinção da Justiça Federal nesse período, “*certamente porque o regime político então vigente não recomendava opiniões divergentes ou críticas. Paira a respeito um quase absoluto silêncio*”³⁹.

O pior é que o autoritarismo atingiu também o próprio Supremo Tribunal Federal, cuja missão deveria ser a de tentar barrar um pouco os arbítrios governamentais e defender a Constituição. Porém, não foi isso que ocorreu.

³⁵ “art.177 - Dentro do prazo de sessenta dias, a contar da data desta Constituição, poderão ser aposentados ou reformados de acordo com a legislação em vigor os funcionários civis e militares cujo afastamento se impuser, a juízo exclusivo do Governo, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime”.

³⁶ “art.182 - Os funcionários da Justiça Federal, não admitidos na nova organização judiciária e que gozavam da garantia da vitaliciedade, serão aposentados com todos os vencimentos se contarem mais de trinta anos de serviço, e se contarem menos ficarão em disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço até serem aproveitados em cargos de vantagens equivalentes”.

³⁷ “artigo único – os juízes postos em disponibilidade ou aposentados na forma dos artigos 182 e 177 da Constituição de 10 de novembro de 1937 e da Lei Constitucional n. 2, de 16 de maio de 1938, perceberão vencimentos proporcionais a partir do ato da disponibilidade ou aposentadoria, salvo se contarem com mais de 30 anos de serviço”.

³⁸ FREITAS, Vladimir Passos de. Justiça Federal – Evolução e Histórico no Brasil. Curitiba: Juruá, 2003, p. 36.

³⁹ FREITAS, Vladimir Passos de. Justiça Federal – Evolução e Histórico no Brasil. Curitiba: Juruá, 2003, p. 36. Acerca desse período, vale uma leitura dos Anais do Seminário – O Supremo Tribunal Federal na História da República, especialmente a palestra “O Supremo Tribunal Federal ontem e hoje”, proferida pelo grande jurista Evandro Lins e Silva, que foi advogado no período, cf. AJUFE – Associação dos Juízes Federais. Anais do Seminário – O Supremo Tribunal Federal na História da República. Brasília: AJUFE, 2002, pp. 588/644.

Na verdade, no período Vargas, a postura do STF foi de submissão, chegando ao ponto de o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, logo após a instauração do governo provisório instaurado em 1930, haver transmitido a Getúlio Vargas os “melhores votos para o governo de fato que se instalara”⁴⁰.

Já durante o Estado Novo, o Supremo Tribunal Federal praticamente se apaga como órgão de controle dos atos do Executivo. Aposentadoria compulsória de Ministros, exclusão das chamadas questões políticas da esfera de competência do Supremo, criação do odioso Tribunal de Segurança Nacional, possibilidade de revogação de decisões judiciais por meros atos presidenciais, retirando do STF o poder de dizer a última palavra sobre a constitucionalidade de leis, foram uma realidade no período compreendido entre 1937 a 1945.

Os fatos do período demonstram mais uma vez a veracidade da afirmação de que sem Justiça não há democracia e vice-versa.

2.3. A JUSTIÇA FEDERAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1946

A Constituição de 1946, que restabeleceu a democracia suprimida no Estado Novo, curiosamente não reinstalou a Justiça Federal de 1º grau, embora tenha recriado o Judiciário da União, formado pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Tribunal Federal de Recursos, pelos Juízes e Tribunais Militares, pelos Juízes e Tribunais Eleitorais e pelos Juízes e Tribunais do Trabalho.

A novidade, portanto, foi a criação do Tribunal Federal de Recursos, cuja competência seria basicamente a de julgar os recursos cíveis e criminais em casos de interesse da União e entidades federais.

Sobre o Tribunal Federal de Recursos assim comenta Vladimir Passos de Freitas:

Não é fácil concluir sobre a importância do Tribunal Federal de Recursos nos anos de sua existência. Como já se disse, são quase inexistentes estudos a respeito. No entanto, é possível dizer que ele teve um papel muito importante na afirmação do Direito Administrativo, atuando nos moldes do Conselho de Estado da França. Seus Ministros eram respeitados, ainda que não tivessem o reconhecimento dado aos que pertenciam ao Supremo Tribunal Federal⁴¹.

⁴⁰ Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal – jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 75.

⁴¹ FREITAS, Vladimir Passos de. Justiça Federal – Evolução e Histórico no Brasil. Curitiba: Juruá, 2003, p. 49.

As causas que seriam tradicionalmente da Justiça Federal de primeira instância continuariam a ser julgadas por varas especializadas nas capitais dos Estados (chamadas de Varas da Fazenda Nacional), o que causava muitos constrangimentos e dificuldades para os jurisdicionados, especialmente os que não viviam na capital, já que deveriam se dirigir ao Distrito Federal para poderem acompanhar as ações contra a União, uma vez que o Tribunal Federal de Recursos, órgão revisor, estava localizado na Capital da República (Rio de Janeiro e, posteriormente, Brasília).

2.4. A JUSTIÇA FEDERAL NO REGIME MILITAR (1964-1988)

Somente em 27 de outubro de 1965, em pleno regime militar, foi recriada a Justiça Federal de 1ª instância, através do Ato Institucional nº 2.

Pelo mesmo Ato, as garantias de vitaliciedade e inamovibilidade dos Juízes foram suspensas. Além disso, os primeiros Juízes Federais seriam nomeados pelo Presidente da República, com a aprovação do Senado, o que demonstra que não havia a intenção de se construir, naquele momento, um Judiciário Federal independente; afinal, como já foi frisado, regimes ditatoriais não desejam uma Justiça forte, sobretudo quando o papel desse órgão é precisamente controlar a validade constitucional dos atos emanados do poder público.

Em 30 de maio de 1966, foi editada a Lei 5.010, ainda hoje parcialmente em vigor, tratando exclusivamente da Justiça Federal e, por isso, chamada de Lei Orgânica da Justiça Federal. A partir daí, a estrutura da Justiça Federal começa a ganhar os contornos que se conhece atualmente.

Durante esse período histórico, caracterizado pela ausência de liberdade, pela tortura institucionalizada, pela censura na imprensa e pelas ameaças previstas no Ato Institucional nº 5, não se pode dizer que a atuação da Justiça Federal foi marcante. Na verdade, é forçoso reconhecer que o Poder Judiciário como um todo, salvo raras manifestações de coragem, ficou de mãos atadas diante das arbitrariedades cometidas pelos militares.

O próprio Supremo Tribunal Federal, que talvez fosse o único órgão do Judiciário com força suficiente para defender a democracia e, portanto, para condenar os atos ditatoriais, foi silenciado quando tentou cumprir sua missão constitucional. Através dos atos institucionais, especialmente o segundo e o quinto, a importância do STF foi bastante diminuída. Os ministros com posicionamentos contrários ao regime foram compulsoriamente aposentados, e, por força do

AI 5, tornou-se expressamente proibida a interferência judicial nos assuntos políticos, ainda que fossem violados direitos fundamentais⁴².

Quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal teve que apreciar a validade do Decreto-Lei 1.077/70, que previa a censura prévia em manifestações artísticas (livros, filmes, peças teatrais, músicas etc.), o então Presidente Médici divulgou um ato governamental informando que a censura baseava-se no AI-5 e, portanto, qualquer decisão do STF pouco valeria, já que não podia haver interferência judicial dos atos que se fundamentavam no AI-5, conforme determinava o artigo 11 do referido Ato. A partir daí, o STF deixou de conhecer todos os mandados de segurança impetrados contra a censura governamental⁴³.

Além desses problemas de índole político-institucional, que impediam uma atuação mais firme do Judiciário contra as manifestações ditatoriais, a estrutura que foi dada à Justiça Federal não permitia uma resposta eficiente aos proble-

⁴² Acerca do papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal durante o regime militar, confira-se: VALE, Osvaldo Trigueiro. O Supremo Tribunal Federal e a Instabilidade Político Institucional. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

⁴³ Entre outros: MS 20146, rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 15/12/1978; MS 20149, rel. Min. Soares Munhoz, j. 13/9/1978; MS 20075, rel. Min. Thompson Flores, j. 27/8/1975. Veja-se, a propósito da censura no regime militar, o seguinte comentário do historiador Carlos Fico: “Em 1973 o jornal Opinião publicou uma edição que acabaria confiscada. As matérias tinham sido anteriormente encaminhadas à censura, mas não foram devolvidas no prazo combinado. Posteriormente, com a autorização dos censores, foi publicado o número seguinte de Opinião, somente com o material autorizado. Esta foi a estratégia usada pelo jornal para provar a existência da censura da imprensa: uma edição sem censura e outra censurada. O material serviu para que se impetrasse um mandado de segurança contra o governo, sendo advogado do jornal o ex-presidente da Câmara dos Deputados e ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Adauto Lúcio Cardoso, que havia renunciado ao cargo de ministro do STF justamente quando, dois anos antes, foi o único a votar favoravelmente pela representação do MDB contra o Decreto-lei n. 1.077, de 26 de janeiro de 1970, que instituiu a censura prévia de publicações contrárias à moral e aos bons costumes. O principal argumento de Adauto era, no caso do Opinião, a ilegalidade da censura da imprensa. Durante o julgamento, o advogado do governo anunciou que tinha uma carta do ministro da Justiça informando que tal censura era feita com base no AI-5 e não no Decreto-lei. Mas a votação já havia começado e Opinião venceu por 6 votos a 5. No dia seguinte, porém, o presidente Médici divulgou um despacho anulando a decisão do STF e confirmando que a censura baseava-se no AI-5 (decisões decorrentes do Ato não podiam ser contestadas pela Justiça). Neste despacho, Médici fazia menção a um outro, de 1971, através do qual a censura da imprensa teria sido adotada com base em artigo do AI-5 que permitia ao presidente da República adotar medidas próprias ao Estado de Sítio, conforme estabelecia a Constituição então vigente, notadamente a censura da imprensa. Tudo indica que o documento foi antedatado, tendo sido forjado apenas para justificar o episódio envolvendo Opinião, o que transparece seja por detalhes de sua numeração, seja pela menção que faz, em seus consideranda, à “teatral renúncia de um ministro do Supremo Tribunal Federal”, precisamente o advogado de Opinião” (In: “Prezada Censura”: cartas ao regime militar. Disponível on-line: <http://www.bb.com.br/appbb/portal/bb/ctr/art/index.jsp>

mas que ela tinha que enfrentar⁴⁴, além de haver sido transferida para a Justiça Militar, por força do AI n. 2, a competência para julgar os crimes políticos baseados na “Lei de Segurança Nacional”⁴⁵.

Mesmo assim, ainda é possível encontrar alguns posicionamentos mais firmes da Justiça Federal nesse período de tristes memórias.

Nesse sentido, pode-se citar a célebre sentença condenando a União a reparar os danos decorrentes da morte do jornalista Vladimir Herzog nas dependências do DOI/CODI, no ano de 1978, quando o AI 5 estava em pleno vigor. O Juiz Federal Márcio Moraes, não aceitando a versão oficial de que teria havido um suicídio, reconheceu que a morte do referido jornalista teria sido causada por torturas praticadas pelos militares e, em razão disso, determinou que a União indenizasse a viúva e os filhos do jornalista⁴⁶.

Comentando o caso, assim se manifestou Vladimir Passos de Freitas:

A sentença, noticiada pelos principais jornais do país, teve uma intensa e surda repercussão. Intensa porque era um gesto de ousadia condenar a União pela prática de um fato decorrente de investigações políticas. Afinal, jamais havia sido proferida sentença reconhecendo a responsabilidade do regime. Ademais, vivia-se sob a vigência do Ato Institucional n. 5 e, sem motivação, poderia o magistrado ser cassado. A repercussão foi de generalizado número de delações e represálias. O Juiz Márcio Moraes foi de coragem ímpar e discrição absoluta, recusando-se a dar entrevistas ou a ser fotografado⁴⁷.

O próprio Juiz Federal Márcio Moraes, atualmente Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, contou, em programa para a

⁴⁴ Sobre as dificuldades vividas pela Justiça Federal nos primeiros anos de sua reinstalação, vale conferir a entrevista concedida pelo Desembargador Federal do TRF 5ª Região Rivalvo Costa, publicada no Informativo da AJUFE, n. 3. Nessa entrevista, o Desembargador ressalta que, apesar de todas as dificuldades, a Justiça Federal era respeitada pelos militares. Ver também: FREITAS, Vladimir Passos de. *Justiça Federal – Evolução e Histórico no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2003.

⁴⁵ E o resultado dessa transferência de competência já é conhecido: basta uma simples leitura do livro “Brasil: Nunca Mais” para perceber como a Justiça Militar foi inerte no combate à tortura e preconceituosa com os réus, chamados “subversivos”.

⁴⁶ A célebre sentença pode ser encontrada na Revista Direito Federal n. 98.

⁴⁷ FREITAS, Vladimir Passos de. *Justiça Federal – Evolução e Histórico no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 82.

TV Justiça gravado neste ano (2004), como foi aquele processo:

Recebi um telefonema ‘aconselhando’ que, qualquer que fosse minha decisão, não deveria divulgá-la antes do final da vigência do AI-5, em janeiro de 1979. Foi aí que percebi o quanto seria importante sentenciar o processo antes dessa data e proferi minha decisão em agosto de 1978⁴⁸.

Márcio Moraes explicou ainda que foi a primeira oportunidade oficial que o Judiciário teve de reconhecer que o Executivo torturava e matava seus presos. Afirmou que a atuação da Justiça Federal no período da ditadura começou muito mais pelo aspecto econômico do que pelo aspecto político, especialmente com o controle judicial do poder de tributar⁴⁹.

Houve, posteriormente, uma sentença do Juiz Federal Luiz Rondon Teixeira de Magalhães que condenou a União a ressarcir os danos causados aos jornais o Estado de São Paulo e Jornal da Tarde pela censura em suas edições⁵⁰.

Vale destacar também a sentença proferida pela Justiça Federal carioca no caso do jornalista Mário Alves de Souza Vieira, conforme narra Vladimir Passos de Freitas:

O jornalista Mário Alves, residente no Rio de Janeiro, saiu de sua casa no dia 16/1/1970 e nunca mais voltou. Os familiares foram à sua procura e obtiveram informações extra-oficiais de que ele teria sido levado para o Primeiro Batalhão de Polícia do Exército – DOI/CODI, na rua Barão de Mesquita, e de lá, após ter sido torturado, teria sido encaminhado ao Hospital do Exército, desaparecendo no trajeto. Não havia registro de prisão em flagrante e nem ordem de prisão emitida por qualquer autoridade policial, militar ou judiciária. Inconformadas, a esposa Dilma Borges Vieira e a filha Lúcia Vieira Caldas ingressaram com ação declaratória na Justiça Federal no Rio de Janeiro que, distribuída à 1ª Vara Federal, recebeu o n. 2678420. postulavam a declaração de responsabilidade da União

⁴⁸ Reproduzido no Informativo de abril de 2004 da AJUFE.

⁴⁹ Cf. Informativo da AJUFE de abril de 2004, p. 12.

⁵⁰ Cf. FERREIRA, Manoel Alceu Affonso. Iconoclastia Jurídica. In: Revista da Associação dos Juizes Federal n. 18, Brasília: AJUFE, 1987.

pela morte presumida do jornalista e a devolução de seu corpo. Contestada a ação, negada enfaticamente a prisão, atribuiu-se ao desaparecimento o fato de participar de atividades subversivas, inclusive com a sua condenação à pena de 03 anos de reclusão, por ter atentado contra a Lei de Segurança Nacional. Todavia, a negativa foi afastada com base na colheita de provas de vários testemunhos, tendo a Juíza Federal Tânia de Melo Bastos Heine proferido sentença em 19.10.1981, declarando a responsabilidade da Ré pelo pagamento de uma indenização, inclusive por danos morais, restando inviável a entrega do corpo. A relevância da sentença é manifesta, pois reconheceu a responsabilidade da União pelo desaparecimento do jornalista preso⁵¹.

De qualquer modo, afora alguns exemplos pontuais, a magistratura pouco pôde fazer para combater a ditadura, até porque era expressamente vedada a interferência do Judiciário nos assuntos mais delicados. Além disso, as garantias de independência da magistratura previstas constitucionalmente estavam suspensas⁵².

Isso não significa dizer que os juízes federais compactuaram com o regime militar ou mesmo que a Justiça Federal seria um instrumento da ditadura. Nada mais absurdo.

Tanto é assim que, tão logo ocorreu a abertura democrática, a Justiça Federal foi enérgica ao censurar vários atos abusivos cometidos durante o período do regime ditatorial. E são vários os exemplos disso.

Houve, a título ilustrativo, a memorável sentença proferida pela Juíza Federal Marisa Ferreira dos Santos, de São Paulo, no “caso Lamarca”.

Na referida sentença, foi reconhecida à viúva do famoso ex-capitão do Exército, Carlos Lamarca, o direito de obter da União uma pensão militar. Relembre-se que Carlos Lamarca, a despeito de sua condição de oficial das forças armadas, lutou bravamente contra o regime militar, tendo sido morto em combate em 13/9/1971, no Município de Brotas de Bacauá, Bahia⁵³.

⁵¹ FREITAS, Vladimir Passos de. *Justiça Federal – Evolução e Histórico no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 83.

⁵² No artigo “O Judiciário de Rondônia no Período Militar”, a historiadora Nilza Menezes narra a história de dois juízes federais do então Território Federal de Rondônia que foram cassados, com base no AI n. 5, porque proferiram decisões que desagradaram o poder central (MENEZES, Nilza. *O Judiciário de Rondônia no Período Militar*. In: *Revista Justiça & História*, n. 5, TJRS: Rio Grande do Sul, 2003).

⁵³ Referida sentença pode ser lida na *Revista Direito Federal* n. 62, de 1999.

Digno de nota, igualmente, foi a decisão proferida no chamado “motim dos marinheiros”, como bem narrou Vladimir Passos de Freitas:

Os autores, praças, cabos, marinheiros de 1ª e 2ª classes, grumetes ou fuzileiros navais da Marinha de Guerra, foram acusados de participar do chamado “motim dos marinheiros”, nos dias 25, 26 e 27 de março de 1964. Após a Revolução de 31 de março daquele ano, deposto o Presidente da República João Goulart, responderam a Inquérito Policial-Militar e acabaram sendo expulsos ou licenciados *ex officio*, com base no Decreto-lei 9.698, de 12.09.1946. Em 18.08.1979 foi editada a Lei 6.683, que concedia anistia aos autores de crimes políticos. No entanto, os autores não foram beneficiados por ela, porque suas transgressões foram de natureza administrativa e não criminal. A ação, que tinha por objetivo incluí-los nos benefícios da Lei da Anistia, foi proposta na Seção Judiciária da Bahia, sendo distribuída à 2ª Vara, processo 24.874/80. Processada regularmente, o pedido foi objeto de sentença em 08.09.1981, da lavra da Juíza Federal Eliana Calmon Alves da Cunha, que deu ao artigo 1º da Lei 9.698, de 18.08.1979, interpretação sistemática, afirmando que a anistia não pode beneficiar apenas os punidos por Atos Institucionais ou Complementares, não deve ter por pressuposto fatos ou pessoas e, reconhecendo o “Motim dos Marinheiros” como um fato político, deferiu aos autores o direito de serem reintegrados aos quadros da Marinha. A decisão foi muito importante porque corrigiu injustiça flagrante e acabou por originar diplomas legislativos favoráveis aos desaparecidos, ou seja, a Lei 9.140, de 1995, e a Medida Provisória 2.151-2, de 24.08.2001⁵⁴.

Vale citar, no mesmo sentido, a sentença proferida pelo Juiz Federal Eduardo Appio, de Cascavel (PR), que condenou a União a indenizar por danos morais uma senhora que teria sido violentada sexualmente por um soldado do Exército às vésperas do golpe militar de 1964. Segundo o Juiz, a prova testemunhal uníssona da comunidade sobre o estupro seria suficiente para comprovar o crime, mesmo já tendo passados 40 anos, e a condenação da União seria capaz de reparar minimamente o dano causado por um de seus agentes, cabendo ao Ministério Público Federal e à própria União buscar a autoria efetiva do estupro para fins de responsabilidade regressiva⁵⁵.

Merece destaque também a decisão proferida pela Justiça Federal do Distrito Federal e de Marabá, que permitiu a apreensão de documentos (arqui-

⁵⁴ FREITAS, Vladimir Passos de. *Justiça Federal – Evolução e Histórico no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 86.

⁵⁵ Conforme noticiado no informativo da AJUFE de fevereiro de 2004.

vos secretos do Exército) referentes à guerrilha do Araguaia, no intuito de tentar localizar os corpos dos desaparecidos nos confrontos ocorridos durante o regime militar.

Por fim, há de se mencionar os inúmeros casos em que a Justiça Federal garantiu àqueles que lutaram contra o regime militar o direito a receberem aposentadorias como anistiados políticos, na forma do artigo 8º, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias⁵⁶, mantendo viva a esperança de que os abusos do poder, mesmo quando não corrigidos nos momentos de exceção, poderão ser reparados quando restaurado o regime democrático.

2.5. A JUSTIÇA FEDERAL NOS DEBATES CONSTITUINTES

Durante os debates constituintes, chegou-se a propor a extinção da Justiça Federal. Diziam, sem conhecimento de causa, que não teria sentido a sua existência em regimes democráticos⁵⁷.

No entanto, ao invés de acolher a proposta de extinção, o constituinte deu um voto de confiança à Justiça Federal, optando por fortalecê-la, ampliando sua competência e dando-lhe uma melhor estrutura.

A partir de então, já com as garantias de independência restabelecidas e com a sua competência ampliada, a história da Justiça Federal passa a se confundir com a história da luta dos cidadãos contra os arbítrios do poder público federal e contra a violação de direitos fundamentais. É o que se verá nos próximos tópicos.

3. A JUSTIÇA FEDERAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988⁵⁸

A Justiça Federal, após a Constituição de 1988, passou a ocupar uma posição privilegiada dentro do quadro institucional brasileiro. Sua competência

⁵⁶ “Art. 8º - É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos”.

⁵⁷ Veja, a propósito, artigo intitulado “Ataques à Justiça Federal”, publicado na Revista da Ajufe n. 18, de 1987.

⁵⁸ Sobre a competência da Justiça Federal, recomendam-se as seguintes obras: CARVALHO, Vladimir Souza. Competência da Justiça Federal. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2000; PERRINI, Raquel Fernandes. Competências da Justiça Federal Comum. São Paulo: Saraiva, 2001.

foi bastante alargada tanto na área cível quanto na área penal, especialmente porque foram revogadas as medidas de exceção que retiravam a independência da magistratura e proibiam os juízes de se pronunciarem sobre os assuntos político-sociais mais delicados. Além disso, foi dada uma maior autonomia financeiro-orçamentária ao Judiciário, o que certamente fortaleceu a independência da magistratura como um todo.

Houve, ainda, a extinção do Tribunal Federal de Recursos, que deu lugar ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, permitindo a descentralização (regionalização) das instâncias recursais e, conseqüentemente, mais agilidade e transparência no julgamento dos recursos interpostos contra as decisões dos juízes de primeiro grau⁵⁹.

No que se refere à competência dos juízes federais de primeira instância, o assunto foi exaustivamente tratado no art. 109, da CF/88, com seus onze incisos e quatro parágrafos.

Em breves palavras, pode-se dizer que a competência da Justiça Federal em matéria cível cinge-se às causas em que atuem entidades federais (União, autarquias⁶⁰ ou empresas públicas federais⁶¹), exceto às de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho, além das causas previstas no inc. II⁶², III⁶³ e XI⁶⁴, que são mais raras. Na prática, isso significa que, salvo poucas exceções, a magistratura federal dirimirá conflitos versando sobre direito constitucional, direito tributário, direito internacional, direito

⁵⁹ Atualmente, existem cinco Tribunais Regionais Federais, com jurisdição nos seguintes Estados: TRF 1ª Região: Brasília (sede), Minas Gerais, Goiás, Bahia, Tocantins, Piauí, Mato Grosso, Rondônia, Amapá, Pará, Roraima, Acre, Maranhão, Amazonas; TRF 2ª Região: Rio de Janeiro (sede) e Espírito Santo; TRF 4ª Região: Rio Grande do Sul (sede), Paraná e Santa Catarina; TRF 5ª Região: Pernambuco (sede), Ceará, Sergipe, Rio Grande do Norte, Paraíba e Alagoas. Há algumas propostas de emenda constitucional para que esse número de Tribunais Regionais Federais seja ampliado.

⁶⁰ São exemplos de entidades autárquicas federais: IBAMA, Banco Central do Brasil, INCRA, DNER, SUDENE, DNOCS, INSS, FUNAI, Fundação Nacional de Saúde, IPEA, IBGE, várias Universidade Federais e as agências reguladoras (ANATEL, ANP, ANA, ANEEL etc.).

⁶¹ São exemplos de empresas públicas federais: BNDES, SERPRO, INFRAERO, Caixa Econômica Federal, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos etc.

⁶² “as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País”.

⁶³ “as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional”.

⁶⁴ “a disputa sobre direitos indígenas”.

previdenciário, direito ambiental, direito administrativo e outras causas de direito público, quando estiverem em jogo os interesses de entidades federais. Raramente, a Justiça Federal julga processos envolvendo direitos privados.

Em matéria criminal, a competência envolve basicamente as infrações penais de interesse da União, autarquias ou empresas públicas federais, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e Eleitoral.

A Justiça Federal é também competente para julgar os crimes políticos, os crimes previstos em tratados internacionais e os crimes contra a organização do trabalho, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, e, finalmente, os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro.

As causas criminais que se repetem com maior frequência no âmbito da Justiça Federal são as envolvendo fraude à previdência social e à Fazenda Nacional, contrabando e descaminho, uso de moeda falsa, roubos às agências da Caixa Econômica Federal e à Empresa de Correios e Telégrafos, tráfico internacional de entorpecentes, malversação de dinheiro público federal, crimes contra a administração pública, crimes ambientais, lavagem de dinheiro, entre outros⁶⁵.

Ao lado das ações de conhecimento, foram previstas competências para o julgamento de ações tipicamente de controle dos poderes públicos, como o *habeas corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição, e os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais. Somem-se a isso as ações de controle cuja competência decorre do art. 109, inc. I, da CF/88: ações populares e ações civis públicas envolvendo interesses de âmbito federal, ações de improbidade administrativa envolvendo servidores federais ou relativas ao desvio de verbas federais, entre outras.

Percebe-se, portanto, que houve efetivamente uma vontade constitucional de dar à Justiça Federal um papel de relevância dentro do sistema de freios e contrapesos.

4. A ATUAÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL EM PROL DA CIDADANIA

O prestígio depositado pelos constituintes na Justiça Federal deixou os juízes federais em posição delicada. É que, durante o regime ditatorial, a magistratura pouco pôde fazer para enfrentar, com independência e imparcialidade,

⁶⁵ Para uma análise da atuação da Justiça Federal na esfera criminal, veja-se: Conselho de Justiça Federal – CJF. A Atuação da Justiça Federal na Esfera Criminal. Série Pesquisas do CEJ – Centro de Estudos Judiciários: Brasília, 2000.

os desmandos arbitrários do Executivo Federal, já que ficaram com as mãos atadas diante do poderio das armas e dos atos institucionais. Desse modo, ainda não havia por parte da magistratura uma consciência de seu papel institucional em um regime democrático.

Mesmo assim, os juízes captaram rapidamente o espírito da Constituição de 1988 e, já nos primeiros anos da democracia restaurada, conseguiram se firmar como instituição independente e necessária ao controle dos atos públicos federais.

Vale conferir alguns casos paradigmáticos que reforçam o papel social desempenhado pela Justiça Federal na história recente do país.

4.1. DESBLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS NO PLANO COLLOR I

O primeiro exemplo de atuação destemida da Justiça Federal de 1ª e 2ª instâncias ocorreu com o famoso caso do “bloqueio dos cruzados” por ocasião do Plano Collor I.

Muitos cidadãos bateram às portas do Judiciário buscando a liberação das contas bloqueadas. Vários juízes de primeiro grau declararam a inconstitucionalidade da Medida Provisória 168, de 15.3.90, que instituiu o referido plano econômico, e concederam liminares autorizando a liberação dos ativos financeiros⁶⁶.

A atitude dos juízes federais levou o Governo Federal a editar a Medida Provisória 173, de 18.3.90, segundo a qual ficava proibida a concessão de medida liminar que importasse em violação ao Plano Collor I.

Mesmo assim, o Judiciário Federal, declarando a inconstitucionalidade dessa limitação ao poder geral de cautela, continuou, em grande parte, a conceder medidas liminares contra os interesses do Governo Collor.

O curioso é que todos os cinco Tribunais Regionais Federais acolheram a tese contrária ao Governo, permitindo a liberação dos ativos financeiros, especialmente quando estava em jogo a vida ou a saúde do cidadão ou de seus familiares⁶⁷.

⁶⁶ A título ilustrativo, vale conferir “a primeira sentença prolatada para o desbloqueio de poupança no plano Collor”, prolatada em 22 de maio de 1990, em favor do jurista Fábio Konder Comparatto, na Revista Direito Federal, n. 59, da Associação dos Juizes Federais do Brasil.

⁶⁷ Entre outros precedentes, citam-se: TRF 1ª: AC nº 93.01.26376-9/MG, Rel. Juíza Assusete Magalhães, DJU/II de 28.3.94; TRF 2ª: AG 9102133300/RJ, Rel. Juíza Tânia Heine, DJU 17/9/1991; TRF 3ª: MS 90030388628/SP, Rel. Juiz Américo Lacombe, DJU 15/4/1991; TRF 4ª: AGAMS 9104088654/RS, Rel. Juiz Teori Albino Zavascki, DJU 14/8/1991; TRF 5ª: MS 9005066091/AL, Rel. Juiz Hugo de Brito Machado, DJU 12/4/1991.

Vale observar que a postura da magistratura federal ocorreu mesmo sem o apoio direto do Supremo Tribunal Federal, que se esquivou de dar uma resposta jurisdicional com efeito geral e contra todos (*erga omnes*), na medida em que não apreciou o mérito das ações diretas de inconstitucionalidade interpostas contra as citadas medidas provisórias⁶⁸.

4.2. CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE⁶⁹

Outro exemplo paradigmático da atuação da Justiça Federal foi no reconhecimento do dever da União de prestar assistência médico-farmacêutica aos portadores do vírus HIV, dando efetividade ao art. 196 da Constituição Federal⁷⁰.

No início dos anos 90, vários juízes de primeiro grau concederam liminares em favor de pacientes com SIDA (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida), obrigando o poder público a fornecer o “coquetel” de medicamentos inibidores da protease, capazes de impedir o HIV de se reproduzir.

Quando a matéria já estava praticamente pacificada nos Tribunais, havendo inúmeras decisões em favor dos pacientes, o Governo Federal finalmente reconheceu seu dever de fornecer medicamentos a pessoas carentes portadores do HIV e, em 1996, foi sancionada a Lei 9.313/96, que expressamente obriga o poder público, em suas três esferas de atuação (municipal, estadual e federal), a prestar a assistência farmacêutica e médico-hospitalar aos portadores desse vírus.

Interessante é que o programa brasileiro de combate e prevenção à SIDA foi reconhecido e premiado por diversas entidades internacionais como um dos mais humanitários e eficientes do mundo, graças à distribuição gratuita de medi-

⁶⁸ Para uma crítica afiada sobre o papel do Supremo Tribunal Federal no caso dos bloqueios da poupança no Plano Collor e em outras situações politicamente delicadas da história recente do Brasil, vale conferir a seguinte obra: LIMA, Francisco Gerson Marques de. O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira. Fortaleza: ABC Editora, 2001. Um panorama geral do caso também é dado por VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 103/105.

⁶⁹ Sobre o tema, confira-se: LIMA, George Marmelstein. Efetivação do Direito Fundamental à Saúde pelo Poder Judiciário. Fortaleza: Tese de Especialização, 2003.

⁷⁰ Art. 196, da CF/88: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

camentos. Poucos, porém, perceberam que o Judiciário é, em grande parte, responsável pelo sucesso desse programa.

Merece ser citada, igualmente, outra decisão de grande repercussão na área da saúde: a proibição de fumar em áreas públicas e em aeronaves. Essa proibição, atualmente prevista em lei (Lei 9.294/96), originou-se de decisões judiciais que proibiram, com base no direito à saúde e ao meio ambiente sadio, a utilização de cigarros em ambientes coletivos. Aliás, ainda hoje é proibido fumar em aeronaves, seja qual for a duração do vôo, em razão de decisões judiciais proferidas por magistrados federais.

Do mesmo modo, como medida tendente a concretizar o direito fundamental à saúde, tem-se ampliado o rol de patologias que autorizam o saque dos recursos depositados na conta do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço) do trabalhador⁷¹. O entendimento é de que a movimentação da conta vinculada deve ser admitida quando seu titular, ou algum de seus dependentes, está sofrendo doença grave, “*mesmo que a nomenclatura de tal enfermidade não esteja elencada, expressamente, na Lei 8.036/90*”⁷². O mesmo entendimento tem sido adotado quanto ao levantamento do saldo na conta do PIS⁷³.

4.3. PROTEÇÃO DE MINORIAS (HOMOSSEXUAIS, PORTADORES DE DEFICIÊNCIA, ÍNDIOS, NEGROS ETC)

Um dos pontos mais sensíveis de uma democracia é a proteção das minorias, já que o regime democrático é, por definição, o governo da maioria. Daí porque o Judiciário deve exercer uma função ativa na defesa de grupos minoritários, uma vez que os interesses da maioria, por mais nobres que sejam, não podem esmagar os direitos das minorias. E nesse ponto, é possível afirmar que a Justiça Federal tem feito a sua parte.

⁷¹ Entre outros, citam-se: STJ, 1ª Turma, RESP 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJU 26/6/2000, p. 138; RESP 240.920/PR, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 27/3/2000, p. 78. Os Tribunais Regionais Federais também se posicionam no mesmo sentido, por exemplo: TRF 1ª Região, AG 01000037179/MG, DJ: 14/10/2002, p. 453; TRF 2ª Região: AC 228788/RJ, DJU:17/10/2000; TRF 3ª Região: AC 96030214086/SP, DJ 28/01/1997, p.: 3022; TRF 4ª Região: AC 383453/SC, DJ 11/4/2001, 230; TRF 5ª Região: AC 233891, DJ 26/1/2001, p. 579.

⁷² TRF 5ª Região, AC 240419/AL, rel. Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Farias, DJU 13/6/2002, p. 916.

⁷³ Nesse sentido: STJ, RESP 387.846/RS, DJU 12/8/2002, p. 117; RESP 380.506/RS, DJU 8/4/2002, p. 152.

4.3.1. COMBATE AO PRECONCEITO SEXUAL

De modo inovador, por exemplo, tem sido reconhecido, em prol de companheiros homossexuais, o direito de receberem benefícios previdenciários, com base no princípio constitucional da isonomia.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região possui uma decisão paradigmática, relatada pela Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, onde reconhece que

a Constituição Federal erigiu o princípio da igualdade como postulado fundamental, com aplicação específica em relação à proteção referente a discriminações quanto ao gênero, consoante o disposto nos artigos 3º, inciso V, 5º, inciso I, e 7º, inciso XXX, todos da Carta Magna, sendo, por isso, vedadas distinções de qualquer natureza, em razão de opção sexual do indivíduo⁷⁴.

Em sentido semelhante, reconheceu-se o direito à inclusão de companheiro homossexual em plano de seguro de saúde, na condição de dependente, com base no princípio da isonomia⁷⁵.

Ainda com relação à proteção dos homossexuais, a Justiça Federal já teve a oportunidade de censurar a postura da Administração Pública que excluiu do curso de formação de Agente de Polícia Federal um candidato por ser ele homossexual, determinando, por conseqüência, a sua reintegração ao referido curso⁷⁶, bem como a postura do Exército que excluiu indevidamente dos seus quadros um militar homossexual⁷⁷.

⁷⁴ TRF 5ª Região, AC 238.842-RN, Rel. Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, julgado em 30 de agosto de 2001, por unanimidade. No mesmo sentido, citam-se os seguintes acórdãos: TRF 2ª Região, AC 323577, rel. Juíza Tânia Heine, j. 3/6/2003; TRF 4ª Região AC 412151, rel. Juiz Edgar A. Lippmann Júnior, j. 21/11/2000; TRF 4ª Região AC 349785, rel. Juiz Nylson Paim de Abreu, j. 21/11/2000; TRF 4ª Região, AG 59429, rel. Juiz Luiz Carlos de Castro Lugon, j. 26/7/2000.

⁷⁵ TRF 4ª Região, AC 163911/RS, rel. Juíza Federal Marga Inge Barth Tessler, j. 16/9/1999.

⁷⁶ TRF 1ª Região, rel. Juiz Julier Sebastião da Silva, j. 26/9/2001.

⁷⁷ TRF 1ª Região, rel. Jirair Aram Meguerian, j. 16/11/1999. Nesse caso, porém, não se determinou a reintegração, uma vez que o militar já havia falecido. Reconheceu-se, porém, o direito à reintegração, possibilitando aos dependentes do militar obter os benefícios previdenciários (pensão por morte) daí decorrentes.

4.3.2. DEFESA DOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA

Outro grupo minoritário que bateu às portas da Justiça Federal e recebeu proteção judicial foi o de portadores de deficiências. Aliás, a própria Constituição Federal é impregnada de normas que valorizam a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária⁷⁸.

Há vários exemplos de decisões que obrigaram o poder público a cumprir o comando constitucional (art. 37, inc. VIII⁷⁹) que impõe a reserva de vagas no serviço público a portadores de deficiência⁸⁰, bem como que controlam eventuais abusos cometidos pelas comissões de concurso público contra deficientes.

Do mesmo modo, há inúmeros julgados obrigando o poder público a construir espaços acessíveis a pessoas portadoras de deficiência, eliminando barreiras físicas, naturais ou de comunicação, em qualquer ambiente, edifício ou mobiliário, especialmente em áreas públicas⁸¹.

Por fim, houve e ainda há uma efetiva proteção judicial aos portadores de deficiência na concessão ou restabelecimento de benefícios assistenciais, tal como previsto no art. 203, inc. V⁸², inclusive para afastar a restrição legal que obriga que o portador de deficiência comprove que possui renda familiar *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo (art. 20, §3º, da Lei 8742/93) para que possa obter o benefício. A esse propósito, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido, confirmando as decisões judiciais de primeiro grau no mesmo sentido, que a impossibilidade da própria manutenção, por parte dos portadores de deficiência e dos idosos, que autoriza e determina o benefício assistencial de prestação continuada, não se restringe à hipótese da renda familiar *per capita* mensal in-

⁷⁸ Por exemplo, o art. 37, inc. VII; art. 203, inc. III e V; art. 227, §1º, inc. II e §2º, entre outros.

⁷⁹ “art. 37, inc. VIII: a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadores de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

⁸⁰ Vejam-se nesse sentido, entre outros: STJ, ROMS 3113/DF, rel. Min. Pedro Aciole, j. 6/12/1994; STJ, ROMS 5524/PR, rel. Min. Jesus Costa Lima, j. 4/9/1995.

⁸¹ Por exemplo, STJ, RMS 9.613, rel. Min. José Delgado, j. 11.5.99.

⁸² “art. 203, inc. V: A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

⁸³ Entre outros: STJ, AGA 521467, rel. Min. Paulo Medina, j. 18.11.2003.

ferior a 1/4 do salário mínimo, podendo caracterizar-se por concretas circunstâncias outras, que devem ser demonstradas ao longo do processo⁸³.

4.3.3. DEFESA DOS ÍNDIOS

A Justiça Federal também tem atuado em defesa de outra minoria: os índios. Relembre-se que a Constituição Federal estabelece que os juízes federais são competentes para processar e julgar as disputas sobre direitos indígenas (art. 109, inc. XI), até porque a FUNAI, que é a entidade responsável pela tutela dos índios, é uma fundação pública federal equiparada a uma autarquia, o que atrairia a competência da Justiça Federal por força do inc. I, do art. 109. Assim, a Justiça Federal tem se destacado no difícil papel de dirimir disputas sobre direitos indígenas, especialmente em ações visando à demarcação de terras⁸⁴.

Merece também ser enaltecida a sentença proferida pela Justiça Federal de Roraima que resultou na condenação de garimpeiros pelo genocídio cometido contra os índios YANOMAMI, no chamado “Massacre de Haximú”, que resultou na morte de vários índios, inclusive mulheres, crianças e idosos⁸⁵. Referida decisão foi elogiada por diversas entidades internacionais de direitos humanos e tem grande importância jurídica, já que firmou a competência do Juiz Federal singular para julgar o crime de genocídio, em detrimento da competência do tribunal do júri.

4.3.4. COMBATE AO RACISMO

Nesse mesmo contexto de proteção a minorias, a Justiça Federal tem dado manifestações contundentes de repulsa ao preconceito racial.

Condenou-se, por exemplo, a União Federal a pagar indenização por dano moral a militar que teria sofrido ofensas raciais proferidas em público por superior hierárquico em formatura militar⁸⁶.

⁸³ Entre outros: STJ, AGA 521467, rel. Min. Paulo Medina, j. 18.11.2003.

⁸⁴ Sobre esse tema, confira-se: BARRETO, Helder Girão. Direitos Indígenas – Vetores Constitucionais. São Paulo: Juruá, 2003.

⁸⁵ A sentença foi confirmada pelo STJ, tendo sido reconhecida a competência do juiz federal singular para julgar o crime de genocídio, em detrimento da competência do tribunal do júri: STJ, RESP 222653/RR, rel. Jorge Scartezini, j. 12/9/2000.

⁸⁶ TRF 4ª Região, AC 520012/SC, rel. Juiz Edgard Lippmann Júnior, j. 16/10/2002.

Do mesmo modo, condenou-se a Caixa Economia Federal a pagar indenização a cliente negro, ao fazer abordagem e revista em pessoas que “têm em comum a cor preta da pele, o que evidencia a ocorrência da discriminação racial”⁸⁷.

Por fim, concluindo este tópico, vale uma menção às decisões judiciais que, em meio à polêmica, determinaram que Universidades reservassem percentual de vagas para estudantes de escolas públicas ou de descendência negra, acirrando, de modo saudável, o debate acerca das chamadas ações afirmativas e possibilitando uma reflexão em torno da qualidade do ensino público e da injustiça racial em nosso país⁸⁸.

4.4. PROTEÇÃO DOS APOSENTADOS E PENSIONISTAS⁸⁹

Já antes da Constituição de 1988, a Justiça Federal vinha atuando em defesa dos aposentados e pensionistas do então INPS – Instituto Nacional de Previdência Social.

Um caso interessante é narrado por Vladimir Passos de Freitas:

Em 1978 o casal Bauermann acionou o Instituto Nacional de Previdência Social, atual INSS, dizendo serem aposentados pela autarquia previdenciária e que os cálculos foram feitos incorretamente, variando os percentuais de aumento em razão do mês da implementação da aposentadoria. A ação ordinária foi distribuída à 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, recebendo o processo o n. 056.345. Contestada pelo Réu e juntada cópia do processo administrativo, foram os autos conclusos ao Juiz Federal para julgamento antecipado. Em 17.11.1980, o Juiz Jirair Aram Meguerian proferiu sentença julgando a ação procedente e condenando o INPS a reajustar o benefício, independentemente do mês de sua concessão.

A singeleza dos fatos e o tamanho da sentença, com apenas três laudas,

⁸⁷ TRF 4ª Região, AC 511108, rel. Juiz Edgard Lippman Júnior, j. 16/10/2002.

⁸⁸ Foram concedidas liminares em diversos Estados da Federação, tendo sido todas cassadas em segundo grau.

⁸⁹ Acerca da Jurisprudência Federal em matéria previdenciária, vale a leitura da seguinte obra: LEIRIA, Maria Lúcia Luz. Direito Previdenciário e Estado Democrático de Direito – uma (re)discussão à luz da hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

não retratam a importância do precedente. A partir daquela decisão, confirmada pelo Tribunal Federal de Recursos, centenas de milhares de ações foram propostas em todo o Brasil. No âmbito do Tribunal Federal de Recursos, a jurisprudência consolidou-se na súmula 260. A sentença do Juiz Meguerian teve elevado alcance social e corrigiu situação de injustiça flagrante que atingia uma incalculável quantidade de aposentados, de Sul ao Norte do Brasil⁹⁰.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a ampliação da assistência e da previdência sociais tornou o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS um dos principais “clientes” da Justiça Federal.

Essa autarquia federal, ao longo da década de 90, não conseguiu cumprir a contento seu importante papel social e, por ingerência administrativa e ausência de recursos, acabou cometendo inúmeras arbitrariedades contra os segurados, especialmente os aposentados e pensionistas. Os abusos iam desde o achatamento do valor real das aposentadorias e pensões até a suspensão e o cancelamento sumário de benefícios, sem observância do devido processo legal.

A primeira grande vitória dos aposentados e pensionistas ocorreu com o reconhecimento do direito à revisão dos benefícios em 147,06%, em agosto de 1991, que estava sendo negado pela previdência social⁹¹.

Houve também o reconhecimento da auto-aplicabilidade do art. 201, § 5º (equivalente ao atual §2º do mesmo artigo, por força da Emenda Constitucional n. 20/98), da Constituição Federal, que garante que nenhum benefício tenha valor mensal inferior a um salário mínimo. Inúmeros segurados ingressaram na Justiça Federal e obtiveram a atualização de seus benefícios que estavam sendo recebidos em valor inferior ao salário mínimo⁹².

Nesse ponto, os trabalhadores rurais e os pescadores artesanais foram bastante beneficiados, sobretudo porque encontraram na Justiça Federal um

⁹⁰ FREITAS, Vladimir Passos de. Justiça Federal – Histórico e Evolução no Brasil. Curitiba: Juruá, 2003, p. 84.

⁹¹ STF, RE 147684/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 26/6/1992.

⁹² Decisões nesse sentido: STF, RE nº 166.363-4, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 28.09.93; STF, RE nº 151.082-1 (AgRg), Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU de 20.08.93; STF, Ag. nº 149.953-3 (AgRg), Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJU de 01.07.93; STF, Ag. nº 152.407-4 (AgRg), Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJU de 10.09.93; STF, RE nº 158.830-6 (AgRg), Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJU de 30.04.93; STF, RE nº 159.413-6 (DJU, 28.09.93), rel. MOREIRA ALVES.

ambiente propício para rever a postura do INSS que, reiteradamente, negava o direito à aposentadoria rural por idade ou por tempo de serviço garantido na Constituição (atual art.201, §7º⁹³), sob o argumento de ausência de provas da atividade agrícola ou pesqueira. No caso, a Justiça Federal sensibilizou-se diante da dificuldade de se obter provas documentais da atividade especial e, com uma interpretação pró-segurado, acabou amenizando os rigores da legislação previdenciária acerca do conceito de indício de prova material.

Do mesmo modo, inúmeros são os exemplos em que a Justiça Federal anulou atos do INSS que suspenderam ou cancelaram benefícios previdenciários e assistenciais sem o devido processo legal⁹⁴. Aliás, durante muito tempo, foi uma prática comum na Previdência suspender benefícios quando havia mero indício de fraude na sua concessão, sem dar ao segurado a chance de se defender e sem o comunicar previamente do cancelamento. Atualmente, graças às censuras judiciais, o INSS tem sido mais cauteloso na suspensão e cancelamento de benefícios, embora ainda seja possível verificar abusos pontuais, como ocorreu, por exemplo, com o recente e lamentável episódio em que o INSS suspendeu o benefício de todos os segurados com mais de 90 anos até que eles provassem que estavam vivos, numa odiosa afronta ao devido processo. Felizmente, em razão da divulgação dos constrangimentos sofridos pelos velinhos nas filas do INSS, a autarquia previdenciária voltou atrás e revogou a medida.

Mais recentemente, assistimos a outro lamentável episódio de velinhos formando filas quilométricas nas portas dos Juizados Especiais Federais de todo o país, em busca de um direito (revisão de benefícios previdenciários com base no IRSM⁹⁵) já reconhecido pelas instâncias superiores, mas sistematicamente negado pelo INSS.

⁹³ “Art. 201. (...) § 7º - É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal”.

⁹⁴ STJ, RESP 279.369/SP, rel. Ministro Felix Fischer, DJ 29/04/2002; STJ, RESP 172.869/SP, rel. Ministro Jorge Scartezzini, DJ 20/08/2001; STJ, RESP 210.464/SP, rel. Ministro Edson Vidigal, DJ 18/10/1999; TRF1, AC 95.01.23853-9/MG, rel. Juiz João Carlos Mayer, entre inúmeros outros. A propósito, esse entendimento já era dominante no tempo do extinto Tribunal Federal de Recursos que havia sumulado a orientação na súmula 160: “a suspeita de fraude na concessão de benefício previdenciário não enseja, de plano, a sua suspensão ou cancelamento, mas dependerá de apuração em procedimento administrativo”. Soares, DJ 12/12/2002

⁹⁵ Entre outros: STJ, RESP 411.345/SC, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU 15.09.2003.

O episódio demonstra que a Justiça Federal ainda é um dos últimos redutos de defesa dos cidadãos e, ao mesmo tempo, nos faz refletir sobre a ausência de lógica do modelo processual atual, que dificulta uma solução coletiva para problemas da espécie, forçando os interessados a ingressarem, individualmente, na Justiça. Com uma infinidade de processos individuais, fica praticamente impossível conseguir obter uma prestação jurisdicional célere e de qualidade, sobretudo quando a estruturação do Judiciário, tanto de material quanto de pessoal, não acompanha o aumento da demanda.

4.5. ATUALIZAÇÃO DAS CONTAS DO FGTS DOS TRABALHADORES

Os trabalhadores também foram outro grupo que recebeu a proteção judicial da Justiça Federal.

Com os sucessivos e fracassados planos econômicos (Plano Bresser, Plano Verão, Plano Collor I e Plano Collor II), os trabalhadores que possuíam conta do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) tiveram grande prejuízo, pois os índices oficiais utilizados pelo Governo Federal para remunerar as referidas contas eram bem menores do que os índices reais de inflação.

Em razão disso, vários trabalhadores ingressaram na Justiça Federal contra a Caixa Econômica Federal, que é a gestora do FGTS, para obter a atualização dos valores com base nos índices de inflação que foram expurgados, ou seja: os trabalhadores pretendiam substituir os índices oficiais pelos índices reais de inflação.

Os juízes federais de primeiro grau, os Tribunais Regionais Federais e o Superior Tribunal de Justiça acolheram totalmente os pedidos dos trabalhadores, reconhecendo o direito de atualizar as contas com base nos índices reais de inflação, em relação aos Planos Bresser (julho/87), Verão (janeiro/89), Collor I (abril/90, maio/90) e Collor II (fevereiro/91).

O Supremo Tribunal Federal, porém, reformou parcialmente o entendimento que havia sido pacificado no STJ para excluir da condenação as atualizações dos saldos do FGTS no tocante aos Planos Bresser (julho/87), Collor I (apenas quanto à atualização no mês de maio/90) e Collor II (fevereiro/91), permitindo a correção das contas do FGTS apenas em relação ao Plano Verão (janeiro/89) e ao Plano Collor I (abril/90)⁹⁶.

⁹⁶ STF, RE 226885/RS, rel. Min. Moreira Alves, j. 31/8/2000.

O certo é que, apesar da decisão do STF, a Justiça Federal desempenhou um papel fundamental na proteção dos trabalhadores, deixando aos governantes a lição de que os planos econômicos, por mais bem intencionados que sejam, não podem ferir direitos nem atropelar as normas constitucionais.

4.6. PROTEÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS

Estigmatizados pela sociedade, os servidores públicos foram um dos grupos sociais mais injustiçados na última década. Arrochos salariais, pressão psicológica para aderirem a planos de demissão voluntária, fim da estabilidade e extinção de vários direitos foram uma constante na vida dos servidores públicos nos anos 90.

Os servidores públicos federais, no entanto, bateram às portas da Justiça Federal e obtiveram vitórias relevantes para minorar um pouco o sofrimento decorrente da campanha massacrante levada a cabo pelo Governo Federal.

Conseguiram, por exemplo, o reajuste de 28,86% em suas remunerações, idêntico ao concedido pela Lei 8.627/93 a servidores militares. Interessante, nesse ponto, é que o Supremo Tribunal Federal, depois de reiteradas decisões dos juízes federais de primeiro e segundo graus, reconheceu o direito dos servidores⁹⁷, apesar de a súmula 339 daquele tribunal determinar que “*não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia*”.

Outra importante participação da Justiça Federal na defesa dos direitos constitucionais dos servidores públicos ocorreu com a declaração de inconstitucionalidade da Lei 9.783/99, na parte em que instituiu a contribuição dos inativos e aumentou a alíquota da contribuição previdenciária dos servidores públicos federais. O Supremo Tribunal Federal, na ADInMC 2.010-DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 29.9.99, veio a confirmar o entendimento que já estava sendo firmado no âmbito das instâncias inferiores, declarando, com efeito *erga omnes*, a inconstitucionalidade da referida norma.

Mais recentemente, a luta dos servidores públicos gira em torno do cumprimento do comando previsto no art. 37, inc. X, da CF/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98, que garante aos servidores públicos o direito à revisão geral anual de suas remunerações, cuja concretização não está sendo possível porque o Governo Federal não envia ao Congresso o projeto de lei concedendo a revisão geral de que trata o dispositivo.

⁹⁷ STF, RMS 22.307-DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 19.2.97.

Vários juízes federais têm reconhecido o direito dos servidores à indenização em razão da omissão legislativa, até porque o Supremo Tribunal Federal, na ADIN 2.061-DF, reconheceu e declarou formalmente a inconstitucionalidade por omissão decorrente da mora legislativa nesse específico caso. O TRF 4ª Região, inclusive, já possui decisões em favor dos servidores públicos, reconhecendo a responsabilidade civil da União pela mora legislativa⁹⁸.

4.7. PROTEÇÃO DOS MUTUÁRIOS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO⁹⁹

Os mutuários do Sistema Financeiro da Habitação, especialmente os que firmaram contratos de financiamento com a Caixa Econômica Federal, conseguiram, graças à Justiça Federal, eliminar vários abusos cometidos pela instituição financeira.

São comuns as decisões obrigando a CEF adequar o valor da prestação ao Plano de Equivalência Salarial e ao Plano de Comprometimento de Renda, evitando aumentos incompatíveis com a evolução da renda mensal do mutuário.

Vários mutuários também conseguiram afastar a aplicação da TR – Taxa Referencial, na correção do saldo devedor, substituindo-a por outro índice mais favorável, especialmente para os contratos anteriores à Lei 8.177, de 1/3/1991, havendo decisões que reconhecem o direito à correção do saldo devedor pelo mesmo índice de aumento da categoria profissional do mutuário¹⁰⁰.

Também se tem conseguido afastar a chamada “série em gradiente”, forçando a instituição financeira a respeitar, no reajuste do valor da prestação, o limite de comprometimento de renda pactuado no início do contrato¹⁰¹.

Há também inúmeras decisões eliminando a grande distorção causada pela Tabela Price, qual seja, o fenômeno da “amortização negativa”, que ocorre

⁹⁸ TRF 4ª Região, AC 534578/RS, rel. Juiz Edgard Lippmann Júnior, j. 29/1/2003; TRF 4ª Região, AC 584783/RS, Rel. Juiz Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 7/10/2003; TRF 4ª Região, AC 533945/RS, rel. Juíza Maria de Fátima Freitas Labarrère, j. 6/5/2003.

⁹⁹ Acerca do tema, vale conferir o seguinte texto: AJUFE – Associação dos Juízes Federais. Seminário Sistema Financeiro da Habitação – anais. Brasília: AJUFE, 2000.

¹⁰⁰ STJ, RESP 157841/SP, rel. Min. José Delgado, DJ 27/04/1998, p. 107.

¹⁰¹ TRF 4ª Região, AC 392564, PR, rel. Juíza Vivian Josete Pataleão caminha, DJ 12/6/2001; TRF 5ª Região, AC 247423, SE, DJ 5/11/2002, rel. Juiz Edilson Nobre.

quando o pagamento mensal efetuado pelo mutuário não é suficiente sequer para pagar o valor cobrado a título de juros, especialmente porque, quando isso ocorre, a instituição financeira incorpora o juro devido e não pago ao saldo devedor, ocasionando o crescimento do saldo devedor e, conseqüentemente, a perpetuação da dívida. Por essa razão, há vários julgados determinando que as prestações pagas pelo mutuário sejam utilizadas, principalmente, para a amortização da dívida e não para o pagamento de juros¹⁰².

Da mesma forma, a Justiça Federal, em um primeiro momento, foi enérgica ao declarar a inconstitucionalidade do Decreto-Lei 70/66, que prevê a modalidade de execução extrajudicial para os contratos de financiamento. Apesar de o referido Decreto-lei favorecer sobremaneira as instituições financeiras em detrimento das garantias processuais e judiciais dos mutuários, o Supremo Tribunal Federal tem sinalizado pela sua constitucionalidade¹⁰³, e, em respeito à orientação firmada pela Corte Suprema, os Juízes Federais têm sido mais cautelosos ao decretarem a nulidade das execuções extrajudiciais fundadas na citada norma, apenas o fazendo quando não são obedecidas as formalidades exigidas pelo próprio DL 70/66.

Tem sido ainda reconhecido o direito do mutuário à posse no imóvel, bem como a exclusão de seu nome de cadastros de inadimplentes, enquanto se discute a dívida, a fim de garantir a isonomia (“paridade de armas”) dentro do processo¹⁰⁴.

Atualmente, a Justiça Federal tem-se destacado na realização de audiências de conciliação para tentar solucionar amigavelmente as lides envolvendo contratos de financiamento habitacional. Várias experiências de sucesso pelo país afora têm conseguido pôr fim a litígios que se arrastavam durante anos nos fóruns federais.

Por fim, é de se destacar que, muito antes de o Governo Federal cogitar a hipótese de liberação de verbas do FGTS para cobrir despesas decorrentes de enchentes¹⁰⁵, a Justiça Federal já havia reconhecido essa possibilidade, com

¹⁰² Cf. sentença proferida pelo Juiz Federal Márcio Antônio Rocha, nos autos Ação Ordinária 2000.70.00.003973-7, que se encontra disponível no site da AJUFE (<http://www.ajufer.org.br>).

¹⁰³ STF, 223.075-1, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 6.11.1998.

¹⁰⁴ STJ, RESP 212641-SP, j. 19/09/2000; STJ, RESP 255903 SE, j. 31/08/2000; STJ, RESP 228790 SP, j. 29/06/2000; STJ, RESP 163187 RO, j. 24/10/2000, entre inúmeros outros.

¹⁰⁵ Os noticiários informam que o Governo Federal pretende editar medida provisória prevendo a possibilidade de liberação dos valores depositados no FGTS para minimizar os danos causados pelas recentes chuvas, especialmente no Nordeste do País.

base na dimensão social do Fundo de Garantia, no direito fundamental à moradia e no princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰⁶.

4.8. DEFESA DO MEIO-AMBIENTE¹⁰⁷

A Constituição Federal de 1988, afinada com os mais recentes tratados internacionais de direitos humanos, conferiu ao meio-ambiente sadio e equilibrado o *status* de direito fundamental, na forma do art. 225¹⁰⁸.

Obviamente, a preocupação constitucional com o meio-ambiente acarretou o aumento de demandas envolvendo esse tema, sobretudo tratando da recomposição e da prevenção de danos, bem como da apuração de crimes ambientais.

Tornou-se comum que as discussões ambientais mais importantes acabassem sendo dirimidas no âmbito judicial.

Exemplo disso foi o debate em torno dos produtos geneticamente modificados (transgênicos).

Quando o governo federal (FHC) deu a entender que iria se curvar ao poderoso *lobby* das empresas favoráveis à comercialização dos transgênicos, a Justiça Federal antecipou-se e, com base no princípio da precaução, proibiu a comercialização ou plantio de sementes geneticamente modificadas antes de serem feitos os estudos de impactos ambientais que demonstrassem que referidos produtos não causariam danos à saúde da população ou ao meio-ambiente¹⁰⁹.

Recentemente, foi aprovada a Lei de Biossegurança, que condicionou a liberação da pesquisa e da comercialização de produtos geneticamente modificados a um longo procedimento administrativo que analisará os possíveis impactos ambientais que poderão advir do uso de referidos produtos. Parece ób-

¹⁰⁶ TRF 4ª Região, AC 570401-SC, rel. Juiz Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 30/3/2000; TRF 4ª Região, AC 257202-SC, rel. Juiz Paulo Afonso Brum Vaz, j. 3/5/2000.

¹⁰⁷ Sobre o assunto, vale a leitura do seguinte livro: FREITAS, Vladimir Passos de. A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

¹⁰⁸ “art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

¹⁰⁹ A decisão liminar e a sentença foram proferidas pelo Juiz Federal Antônio Souza Prudente, do Distrito Federal, nos autos da Ação Civil Pública 1998.34.00.027681-8. A decisão foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na AC 1000146611/DF, rel. Juíza Assusete Magalhães, 8/8/2000.

vio que a citada lei foi bastante influenciada pela decisão judicial antes mencionada, bem como pelos debates que dela decorreram.

Em muitos outros casos, a Justiça Federal brasileira tem adotado uma postura de vanguarda na defesa do meio-ambiente. Assim, por exemplo, tem-se entendido que, em matéria ambiental, a responsabilidade é objetiva, ou seja, o poluidor é obrigado a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade, independentemente da demonstração de culpa, com base no princípio do poluidor-pagador¹¹⁰.

Também já vem sendo pacificado o entendimento de que a responsabilidade ambiental é solidária e imprescritível. Assim, a reparação do dano ambiental pode ser exigida de qualquer um dos potenciais poluidores e a qualquer tempo¹¹¹.

Inovadoras, igualmente, foram as decisões reconhecendo a responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes cometidos contra o meio ambiente, com base no art. 225, §3º, da CF/88, bem como no art. 3º, da Lei 9.605/98¹¹².

4.9. COMBATE À CORRUPÇÃO E AO CRIME ORGANIZADO

Uma das atividades mais delicadas a ser exercida pelo juiz federal é o combate à corrupção e ao crime organizado. É uma tarefa difícil que exige, por parte do juiz, coragem e desprendimento, pois a atuação nessas áreas pode pôr em risco a própria vida do magistrado e de seus familiares.

Mesmo assim, é de se louvar o papel que a Justiça Federal vem exercendo nessa seara.

Em Mato Grosso, por exemplo, a Justiça Federal teve um desempenho importantíssimo no desmantelamento da quadrilha comandada por João Arcanjo Ribeiro, conhecido como “*Comendador*”, que já havia se infiltrado em várias ramificações do poder oficial, como a Assembléia Legislativa daquele Estado. Atualmente, João Arcanjo está preso e foi condenado em primeira instância

¹¹⁰ STJ, RESP 20401/SP, rel. Hélio Mosimann, DJ 21/3/1994; TRF 3º, AC 401518/SP, rel. Juíza Salette Nascimento, j. 23/5/2001.

¹¹¹ Sobre a responsabilidade solidária: TRF 4ª Região, AC 9604633430/SC, rel. Juíza Vivian Josete Pantaleão Caminha, j. 5/8/1999. Sobre a imprescritibilidade da ação de reparação do dano ambiental: TRF 4ª Região, AC 428322/SC, rel. Juiz Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 6/8/2002.

¹¹² TRF 4ª, MS 4992/SC, rel. Juiz Vladimir Freitas, j. 25/2/2003; TRF 4ª, ACR 10177/SC, rel. Juiz Élcio Pinheiro de Castro, j. 6/8/2003.

pelo Juiz Federal Julier Sebastião da Silva a cumprir 37 anos de prisão em regime fechado, por operar instituição financeira sem autorização do Banco Central, por formação de organização criminosa, por manter depósito no exterior sem conhecimento de autoridades brasileiras e por lavagem de dinheiro. Na sentença, o juiz decretou ainda a perda de bens, dinheiro, ações, avião, imóveis, carros e jóias avaliados em cerca de meio bilhão de dólares, sendo considerada uma das mais elevadas repatriações de valores pecuniários previstos em uma sentença judicial¹¹³.

Fato semelhante ocorreu no Acre, onde os Juízes Federais Pedro Francisco da Silva e Jair Fernandes tiveram uma importância fundamental no desmonte do crime organizado naquele Estado, especialmente em razão da condenação do ex-Deputado Federal Hidelbrando Pascoal. O ex-parlamentar ficou famoso pelo poder que detinha no Acre e pelas crueldades que praticava, como por exemplo, o esquartejamento de suas vítimas utilizando motosserras. Atualmente, Hidelbrando Pascoal encontra-se preso, já tendo sido condenado, juntamente com mais 36 compassas (a maioria policiais), por tráfico de drogas, sonegação fiscal, crime contra o sistema financeiro e corrupção eleitoral, e aguarda o julgamento por vários crimes de homicídio¹¹⁴.

Antes desses episódios, houve a histórica condenação e prisão de Paulo César (PC) Farias, que atuou como assessor do ex-Presidente da República Fernando Collor de Mello e foi responsável por um dos maiores escândalos da política nacional. A condenação decorreu de decisão proferida pela Justiça Federal de Brasília e foi um marco na história brasileira, já que, tradicionalmente, vigorava um sentimento de impunidade quando as denúncias envolviam membros do alto escalão do governo.

¹¹³ A referida sentença, proferida nos autos 2003.36.00.008505-4, pode ser lida, na íntegra, no endereço eletrônico que se segue: <http://conjur.uol.com.br/textos/23524/pag4>

¹¹⁴ A coragem dos referidos Juízes Federais foi reconhecida até por quem não é do meio jurídico, como o escritor Zuenir Ventura: “O que melhora um país, acima de tudo, são as pessoas exemplares. Conheci dois meninos, dois estudantes de Direito, que na época foram assistir ao julgamento dos assassinos do Chico Mendes. Pedro Francisco da Silva e Jair Fernandes foram assistir ao juiz Adair, porque eles queriam seguir os seus passos. Pois bem, esses dois rapazes, anos depois, tiveram um papel fundamental no desmonte do crime organizado no Acre. Eles assumiram a Justiça Federal do Acre. Eles foram fundamentais na condenação à cadeia do então deputado Hildebrando Pascoal, que ficou famoso no estado na década de 90 pelo poder que detinha e pela crueldade: cortava as suas vítimas ainda vivas com uma motosserra. Pois bem, esses dois rapazes advogados são exemplares. São pessoas assim que mudam um país. O Adair foi um exemplo para eles, foi um exemplo para o Brasil. E certamente eles vão ser exemplos para outros jovens, que também seguirão os seus passos” (<http://www.bmsr.com.br/entrevista/textos/entrevista%20zuenir.htm>).

Outro caso repercussão nacional foi a descoberta de uma quadrilha composta por advogados, juízes e procuradores que fraudaram o instituto de previdência (INSS), entre os anos de 1988 e 1989, o que resultou em um prejuízo de aproximadamente seiscentos milhões de dólares para os cofres públicos. Os principais envolvidos no esquema (Ilson Escóssia da Veiga e Jorgina de Freitas, ambos advogados, e o ex-juiz estadual Nestor José do Nascimento) foram condenados e presos, tendo sido recuperada boa parte do dinheiro desviado.

O combate à lavagem de dinheiro também tem sido uma luta constante da Justiça Federal. Recentemente, houve um mega-escândalo envolvendo a remessa de valores através das chamadas contas CC5, especialmente por via do Banestado de Santa Catarina. Diversas contas CC5 foram abertas para que empresas multinacionais ou estrangeiras estabelecidas no País pudessem remeter dinheiro para o exterior. No entanto, as referidas contas acabaram servindo como canal de lavagem de dinheiro, tendo sido remetidos centenas de bilhões de dólares – legais e ilegais – entre os anos de 1992 a 1998.

Apesar de toda a dificuldade de investigação do caso, até porque envolve a cooperação internacional em matéria processual penal e um complexo conhecimento dos meandros das atividades financeiras internacionais, a Justiça Federal, em âmbito nacional, tem lutado para conseguir descobrir as operações irregulares, tendo sido, inclusive, criadas varas especializadas em lavagem de dinheiro para esse fim.

Também não se pode esquecer, reforçando uma idéia que já foi citada anteriormente, o papel desempenhado pela Justiça Federal nos recentes episódios denominados “Operação Anaconda”, “Operação Diamante”, “Operação Gafanhoto” e “Operação Praga do Egito”. O sucesso dessas operações somente tem sido possível em razão da ação firme de magistrados federais que, bravamente, autorizaram as escutas telefônicas, as quebras de sigilo bancário, as buscas e apreensões, enfim, todas as medidas investigatórias que proporcionaram o êxito das operações.

4.10. PROTEÇÃO AOS CONTRIBUINTE

É de todos conhecida a voracidade do fisco de arrecadar tributos, violando, muitas vezes, as garantias constitucionais dos contribuintes.

Nos últimos anos, o Fisco Federal foi alvo de inúmeras censuras judiciais em razão da criação ou aumento de tributos sem que se respeitassem os princípios constitucionais tributários.

Vários foram os casos em que a Justiça Federal declarou a inconstitucionalidade de normas tributárias, protegendo o contribuinte contra a fome arrecadatória da Fazenda Nacional.

Houve, por exemplo, o reconhecimento da inconstitucionalidade do empréstimo compulsório sobre combustíveis, previsto no Decreto-Lei n. 2.288, de 23/7/1986¹¹⁵, do aumento do PIS, previsto nos Decretos-Leis 2.445/88 e 2.449/88¹¹⁶, do aumento do FINSOCIAL, previsto nas Leis n.ºs. 7.689/88, 7.787/89, 7.984/89 e 8.174/90¹¹⁷, da instituição da contribuição sobre a folha de salários (pró-labore) dos administradores, autônomos e avulsos, previsto na Lei n.º 7.787/89 e na Lei 8.212/91¹¹⁸, além de vários outros.

Deve ser destacado também o reconhecimento da inconstitucionalidade da incidência do imposto de renda sobre verbas indenizatórias, como a licença-prêmio¹¹⁹ e férias não-gozadas¹²⁰ e as decorrentes de planos de incentivo à demissão voluntária¹²¹.

Por fim, também merece atenção o posicionamento adotado pela Justiça Federal, com respaldo do Superior Tribunal de Justiça¹²², no sentido de determinar a correção monetária de valores decorrentes de condenação judicial com base em índices que recuperem o valor integral da moeda, substituindo os índices oficiais que foram expurgados pelo Governo Federal pelo IPC/FGV integral, que melhor representou a desvalorização da moeda, evitando, com isso, o

¹¹⁵ Veja, por exemplo, a súmula n.º 12 do Tribunal Regional Federal da 5ª Região: “é inconstitucional o empréstimo compulsório instituído pelo decreto-lei n.º 2.288/86. legitimidade passiva da União para a causa.”.

¹¹⁶ STF, RE n.º 148.754-2/RJ, rel. Min. Francisco Resek, j. 24.06.93.

¹¹⁷ STF, RE n.º 150.764-1/PE.

¹¹⁸ STF, RE n.º 166.772 RS, Relator Ministro Marco Aurélio. Relativamente ao art. 22, I, da Lei n.º 8.212/91, o próprio STF concedeu liminar na ADIN n.º 1.102-I-600, com o fito de suspender sua eficácia.

¹¹⁹ Súmula 136, do STJ: “O pagamento de licença-prêmio não gozada por necessidade do serviço não está sujeito ao imposto de renda”

¹²⁰ Súmula 125 do STJ: “O pagamento de férias não gozadas por necessidade do serviço não está sujeito à incidência do Imposto de Renda”

¹²¹ Súmula 215 do STJ: “A indenização recebida pela adesão a programa de incentivo à demissão voluntária não está sujeita à incidência do imposto de renda”.

¹²² STJ, REsp. 70.577/SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 06.11.95.

enriquecimento sem causa do devedor público. Afinal, de nada adiantaria um posicionamento enérgico do Poder Judiciário em defesa da Constituição, se o Poder Público pudesse se aproveitar da corrosão inflacionária da moeda, agravada pela demora processual, para devolver o que recebeu indevidamente em valores não condizentes com a realidade.

4.11. OUTROS CASOS

Os exemplos acima citados não esgotam, por óbvio, todos os casos de atuação da Justiça Federal em prol da cidadania nesses quinze anos da Constituição Federal de 1988.

Muitos outros exemplos poderiam ser lembrados, como o combate ao trabalho escravo, a luta contra a tortura, a preservação do patrimônio nacional (histórico, cultural, artístico e econômico), a defesa da moralidade pública, a proteção dos consumidores, a censura ao nepotismo, a solução de conflitos agrários, o combate à sonegação fiscal, o combate ao tráfico de drogas e ao tráfico de pessoas, entre inúmeros outros.

Gostaria, contudo, de finalizar este capítulo mencionando uma recente decisão que teve enorme repercussão, inclusive internacional, e que serviu, apesar de sua curta vigência, para o fortalecimento do orgulho brasileiro que já anda tão debilitado.

Trata-se da decisão liminar proferida pelo Juiz Federal Julier Sebastião da Silva que obrigou a União a adotar, nas relações internacionais com os Estados Unidos da América, o princípio da reciprocidade, dando aos norte-americanos que aqui desembarcam o mesmo tratamento que os brasileiros recebem quando desembarcam naquele país, o que, na prática, impôs às autoridades brasileiras o dever de proceder à identificação digital e fotográfica dos cidadãos norte-americanos¹²³.

A medida judicial, embora tenha sido cassada após poucos dias de vigência, acabou sendo adotada administrativamente pelo Governo Federal e, como afirmou o próprio Vice-Presidente da República, engrandeceu nossa democracia. São decisões desse teor que fazem com que a Justiça Federal tenha o reconhecimento social que tanto se deseja.

¹²³ Referida decisão pode ser lida no seguinte site: <http://conjur.uol.com.br/textos/23718/>

5. PERSPECTIVAS E PROBLEMAS A SEREM ENFRENTADOS

5.1. MUDANÇA DE PARADIGMA: A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Pelos exemplos citados, não é difícil perceber que a Justiça Federal, a partir de 1988, tem chamado para si a responsabilidade de enfrentar e tentar solucionar diversos problemas sócio-políticos de grande repercussão.

Nota-se, claramente, que o magistrado deixou de ser o *juiz-pacificador dos conflitos* para se transformar em *juiz-agente transformador* do Direito para a realização da justiça material concreta¹²⁴.

A era do Juiz politicamente neutro – explica Comparatto – já foi superada. Os juízes deixaram de ser “*árbitros distantes e indiferentes de conflitos privados, ou de litígios entre indivíduos e Estado*”, para “*realizar, no seu campo de atividade, os grandes objetivos sócio-econômicos da organização constitucional*”¹²⁵.

O Judiciário vai deixando de ser aquele “poder de segunda categoria” imaginado por Montesquieu, para quem “*os juízes não devem ser mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor das leis*” e onde “*o poder de julgar é de algum modo nulo*”¹²⁶, passando a exercer um papel político relevante nas questões mais sensíveis da sociedade.

Várias decisões judiciais foram responsáveis pelo direcionamento de políticas públicas de grande relevância social, como a obrigatoriedade de fornecimento gratuito de medicamentos a pessoas carentes, a proibição de fumo em lugares públicos e em vôos no território nacional, a exigência de estudos de prévio impacto ambiental para a liberação de produtos geneticamente modificados, o reconhecimento de direitos previdenciários a companheiros homossexuais, a obrigatoriedade de revisão geral anual nos proventos de servidores públicos, a possibilidade de levantamento de valores do FGTS para custeio do tratamento de doenças e em caso de enchentes, entre inúmeras outras.

¹²⁴ Cf. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. A Atuação do Judiciário no Cenário Sócio-Político Nacional. Série Cadernos do CEJ – Centro de Estudos Judiciários, v. 11: Brasília, 1996, pp. 63.

¹²⁵ COMPARATTO, Fábio Konder. As novas funções judiciais do Estado moderno. In: Revista da Ajuris 37, Porto Alegre: AJURIS, 1987, p. 202.

¹²⁶ MONTESQUIEU, Barão de La Bréde e de. Do Espírito das Leis. Vol. 1, coleção Os Pensadores, São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 203.

Ao adotar uma postura mais ativa, a Justiça Federal tem atuado como uma espécie de *catalisadora* da vontade constitucional, antecipando-se muitas vezes ao legislador e ao administrador na busca da concretização máxima dos objetivos traçados na Constituição Federal.

Esse fenômeno é o que alguns estudiosos estão chamando de *judicialização da política*. Aliás, “*A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*” é o objeto de uma pesquisa realizada por famosos sociólogos brasileiros, onde se demonstra o novo papel do Judiciário:

o Judiciário, antes um Poder periférico, encapsulado em uma lógica com pretensões autopoiéticas inacessíveis aos leigos, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais, se mostra uma instituição central à democracia brasileira, quer no que se refere à sua expressão propriamente política, quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social¹²⁷.

Nem se pense que esse novo perfil do Judiciário viola o princípio da separação dos poderes. Na verdade, a judicialização da política é um fenômeno mundial, que reflete o papel do Direito e do Estado na moderna “sociedade do Bem-Estar”¹²⁸. É que, a partir do momento em que o texto constitucional passa a contemplar não só garantias (liberdades públicas), mas também promessas sociais a serem implementadas, é necessária, para o efetivo controle judicial, uma atuação diferenciada do juiz responsável pela concretização constitucional, habilitando-o a obrigar o poder político a agir ou a, ele mesmo, desenvolver, em caráter substitutivo e de alguma forma, as normas constitucionais¹²⁹. Não fosse assim de nada adiantaria dizer que o Judiciário é o guardião da Constituição.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, através do Min. Celso de Mello, recentemente, sinalizou nessa direção ao decidir que

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constitui-

¹²⁷ VIANNA, Luiz Werneck e outros. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 9.

¹²⁸ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

¹²⁹ Cf. MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. Curitiba: Tese de Doutorado, 2003, p. 71.

ção Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático¹³⁰.

Por outro lado, é lógico que, ao chamar para si tamanha responsabilidade, o Judiciário pode vir a cometer erros e injustiças, especialmente porque não é de nossa tradição jurídica levar as discussões sócio-políticas para a esfera judicial, ao contrário do que ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos e em outros países de maior maturidade democrática, nas quais o papel político do Judiciário, há bastante tempo, já é reconhecido e estimulado.

Além disso, é inegável que o Judiciário, no Brasil, sofre de um certo *déficit de legitimidade*, na medida em que seus membros não são eleitos pela população, nem passam por uma constante e efetiva avaliação popular – afora outros problemas de índole estrutural e processual que dificultam uma atuação judicial de maior qualidade.

Daí porque é fundamental que a magistratura tenha humildade para ter consciência de suas limitações e fraquezas. Afinal, o juiz não é superior a qualquer outro cidadão e, por isso, não pode querer ser, isoladamente, uma espécie de “super-herói constitucional”, capaz de salvar todas as normas da Constituição com sua “caneta mágica”. Estar consciente de suas limitações é um ponto fundamental para legitimar a atuação do juiz nesse novo cenário que se desenha, especialmente porque o papel político que hoje desempenha o Judiciário exige do juiz uma sensibilidade social e um leque de conhecimentos muito maior do que se exigia dele em outros tempos.

5.2. A EXPLOÇÃO DE LITIGIOSIDADE E O COLAPSO DA JUSTIÇA FEDERAL

Urge, também, repensar a estrutura processual e administrativa da Justiça Federal.

Como se viu, muitos casos que são resolvidos pela Justiça Federal englobam os chamados “conflitos de massa”. Ou seja, são conflitos relativos a inte-

¹³⁰ ADPF 45 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 29 de abril de 2004.

resses individuais homogêneos, em que a discussão jurídica se aplica a uma enorme quantidade de pessoas na mesma situação fática.

Como não existe ainda um tratamento legislativo especial para esse tipo de conflito, já que cada um dos processos levado ao Judiciário é tratado autonomamente, exigindo um impulso individual com a repetição dos expedientes forenses, ocorreu um fenômeno que praticamente inviabilizou a Justiça Federal: a “explosão de litigiosidade”. Em outras palavras, a demanda aumentou enormemente sem que tenha havido, concomitantemente, um aparelhamento adequado dos órgãos judiciais.

Assim, com uma estrutura deficitária, com poucos juízes e servidores, com um sistema processual formalista e arcaico, tornou-se bastante difícil conseguir dar uma resposta jurisdicional em tempo razoável e de qualidade diante do grande número de ações que foram interpostas na Justiça Federal¹³¹.

A Justiça Federal tornou-se uma vítima de seu próprio sucesso. E hoje, em função dessa explosão de litigiosidade, a Justiça Federal está à beira de um colapso. O já citado episódio dos velinhos nas filas quilométricas dos Juizados Especiais Federais para protocolizarem suas ações revisionais demonstra que é preciso repensar a estrutura processual e administrativa do Judiciário Federal, sob pena de inviabilizar por completo o funcionamento desse órgão judicial.

O mais triste de tudo isso é que a culpa pela explosão de litigiosidade é, em grande parte, do próprio Poder Público (leia-se: Executivo), que adota medidas inconstitucionais “a rodo”, preferindo correr o risco de enfrentar um demorado processo e ser censurado pelo Judiciário do que adotar medidas preventivas, capazes de evitar o litígio. E o pior é que, nesse ponto, a demora do Judiciário favorece tremendamente o devedor-público em detrimento do credor-cidadão. Prazos elastecidos, recursos protelatórios, fase executiva diferenciada, tornam a luta judicial contra o Poder Público um grande tormento para o cidadão e uma grande comodidade para o Estado, que, quando percebe que não tem mais chance mesmo de ganhar a demanda, oferece acordos totalmente prejudiciais ao cidadão, que, não vendo outra alternativa, acaba renunciando à ação judicial, preferindo obter parte de seu direito em várias parcelas do que esperar pelo fim do processo.

Embora não seja o objeto do presente estudo oferecer soluções para os problemas do Judiciário brasileiro, serão demonstradas, no tópico seguinte, al-

¹³¹ Para uma análise detalhada dos problemas que afligem a Justiça Federal brasileira, vale uma leitura da seguinte obra: CJF – Conselho da Justiça Federal. A Justiça Federal através de Documentos – Análise Documental. Série Pesquisas do CEJ – Centro de Estudos Judiciários: Brasília, 1994.

gumas medidas que já estão sendo adotadas no intuito de possibilitar uma melhora significativa de eficiência da Justiça Federal e de modificar um pouco o quadro acima desenhado.

5.3. O FUTURO DA JUSTIÇA FEDERAL OU A JUSTIÇA DO FUTURO

Muito tem sido feito ou proposto para melhorar, ainda que paliativamente, a eficiência da Justiça Federal. Exemplo disso foi a aprovação da Lei dos Juizados Especiais Federais, que simplificou bastante o sistema processual.

Embora os juizados especiais federais tenham sido criados sem um suporte administrativo compatível com a sua importância, devem ser depositadas neles todas as esperanças. Os JEFs representam um modelo ideal de justiça: célere, barata, ágil, simples, efetiva e democrática. Deve, portanto, ser estimulada a “generalização” do procedimento previsto na Lei dos Juizados Especiais Federais, tornando o rito especial a regra e não a exceção.

Outra medida que tem conseguido melhorar a imagem e a eficiência do Judiciário é a adoção dos chamados juizados itinerantes¹³², que permitem uma maior aproximação da Justiça com o povo. E é essa Justiça democrática e popular que se deseja no futuro.

Conforme explica Francisco Gérson Marques de Lima, a aproximação da Justiça com o povo seria espetacular para o jurisdicionado, porque encontraria na magistratura uma aliada contra o abuso do poder público central; e, no reverso da moeda, a magistratura encontraria no povo a legitimidade que tanto lhe tem sido doutrinária e politicamente discutida¹³³.

¹³² A Justiça “móvel” ou “itinerante”, em que uma pequena estrutura cartorária é montada em carros ou até mesmo barcos, tem se mostrado uma boa solução para aproximar a justiça do povo, melhorando bastante a imagem institucional do Judiciário. Confira-se, a título de exemplo, o que já foi implantado na Justiça do Amapá: “O Poder Judiciário do Amapá encontrou um jeito rápido e simples de resolver, com eficiência, os pequenos problemas da população. Com a Justiça Itinerante inverteu o processo tradicional: ao invés de esperar pelo cidadão, vai ao encontro dele para prestar assistência jurídica. Isto é particularmente importante para as comunidades rurais que vivem em áreas isoladas. Com uma embarcação tipicamente regional, a Justiça Fluvial, sempre na primeira semana de cada mês, viaja pelo rio Amazonas até o Arquipélago de Bailique. O Juiz de Direito, Promotor de Justiça e Defensor Público, acompanhados por um enfermeiro que presta primeiros socorros, visitam cada vila ribeirinha. Este trabalho é realizado com a cooperação da prefeitura, governo do Estado, exército, marinha e outras instituições. A Justiça Terrestre adaptou um ônibus para fazer o mesmo trabalho. Ele é equipado com computadores, duas salas de audiência, gerador de energia e cozinha. A equipe do Judiciário percorre todos os distritos e municípios seguindo a programação dos Juizados Especiais Centrais para atender o maior número de pessoas”(http://www.amapa.gov.br/Amapa/justica.htm).

¹³³ O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira. Fortaleza: ABC Editora, 2001, p. 157.

Outro fenômeno que tem sido observado é a interiorização da Justiça Federal. A recente Lei 10.772/2003, que criou 183 novas varas federais, foi promulgada com esse espírito de levar a Justiça Federal para o interior do país.

A interiorização, somada a uma melhor estruturação da Defensoria Pública da União, certamente será capaz de facilitar bastante o acesso à Justiça para aqueles que mais necessitam. E o foco agora é precisamente levar a Justiça à camada mais pobre da população, foco este que reflete o grande paradoxo do acesso à Justiça: justamente aqueles que mais necessitariam do Judiciário, por estarem em um patamar muito baixo de pobreza, são os que menos condições possuem de acessar a Justiça, por lhes faltar consciência de seus direitos, por não possuírem uma assistência judiciária minimamente satisfatória, por não acreditarem no Judiciário, nem nas instituições estatais como um todo. A hora, pois, é de vencer esse paradoxo.

A informatização é outra tendência que já vem sendo posta em prática há alguns anos. Já existem experiências valiosas de unidades judiciárias que adotaram, com êxito, o processo virtual, abolindo completamente a necessidade de papel.

A especialização de Varas também tem sido uma solução interessante, já que permite uma maior eficiência baseada na padronização dos expedientes forenses. Têm sido criadas Varas especializadas em lides do Sistema Financeiro da Habitação, em matéria previdenciária, agrária, ambiental etc. Para conseguir combater o crime organizado, foram criadas Varas especializadas em lavagem de dinheiro, conforme já mencionado anteriormente.

A mudança das leis processuais com vistas à efetividade e celeridade do processo judicial também tem sido uma constante nos últimos anos¹³⁴.

No âmbito da reforma do Judiciário, estão sendo discutidas algumas medidas visando ampliar a competência da Justiça Federal, especialmente para

¹³⁴ Nesse contexto, vale mencionar o documento intitulado “Elementos para Reforma do Código de Processo Civil – sugestões dos juízes federais”, elaborado pela AJUFE¹³⁴. Referido documento contém soluções bastante interessantes para a melhora das leis processuais, entre as quais se destacam (a) as que objetivam racionalizar os chamados feitos “de massa”, (b) as que visam desestimular a interposição de recursos, sobretudo quando a decisão recorrida estiver de acordo com a jurisprudência remansosa dos tribunais superiores e do STF, (c) a que propõe o fim do processo cautelar autônomo nos casos em que não há necessidade de instrução processual específica, (d) a que permite o recurso “per saltum”, (e) a que pretende suprimir os “penduricalhos” processuais, permitindo que exceções e impugnações diversas sejam manejadas no corpo da própria contestação, (f) as que visam a democratização do processo, com a ampliação do instituto da assistência, para admissão de quem dispuser de interesse não essencialmente jurídico, (g) as que objetivam positivar e incentivar o processamento eletrônico de dados processuais, entre inúmeras outras.

englobar o julgamento dos ilícitos contra os direitos humanos e ampliar a participação dos juízes federais na Justiça Eleitoral. A propósito, merece elogio especial a atuação dos juízes federais que atuam nos Tribunais Regionais Eleitorais.

Estão sendo desenvolvidos, também, canais de comunicação da Justiça Federal com a população. A implantação da TV Justiça, a contratação de assessorias de imprensa para os tribunais e a realização de seminários enfocando a relação do Judiciário com a imprensa são exemplos de medidas que estão sendo tomadas para facilitar esse intercâmbio de idéias. Afinal, é importantíssimo que o Judiciário saiba se comunicar com o povo.

Observa-se também uma abertura dos magistrados para aceitarem as idéias gerenciais oferecidas pelos administradores de empresas. Há cada vez mais, dentro do Judiciário, um reconhecimento da importância da gestão organizacional para otimizar a eficiência das rotinas e dos expedientes forenses. Planejamento estratégico, Programa de Qualidade Total, Reengenharia, *Benchmarking*, são apenas alguns exemplos de termos utilizados pela chamada administração científica que estão passando a fazer parte do dia a dia dos juízes e servidores.

São essas algumas tendências que se observam.

A partir daí, é possível fazer uma projeção de como será a Justiça Federal no futuro: a) será uma Justiça que tentará buscar da sociedade a tão necessária legitimação para continuar atuando em prol da democracia; b) será uma Justiça que se aproximará cada vez mais do povo, especialmente a parcela mais carente da população; c) será uma Justiça mais simples e célere, sobretudo com a ampliação da competência e estruturação dos Juizados Especiais Federais; d) será uma Justiça mais moderna, com a introdução e desenvolvimento de novas tecnologias no âmbito processual; e) será uma Justiça mais humana, na medida em que ficará responsável pelo julgamento dos ilícitos cometidos contra os direitos humanos; f) será uma Justiça mais acessível, seja por causa da estruturação das Defensorias Públicas da União, seja pela simplificação da linguagem, seja pela criação de novos Juizados Especiais Federais; h) por fim, será uma Justiça mais bem compreendida pela sociedade, em razão da abertura dos canais de comunicação com o povo e com a imprensa.

6. CONCLUSÃO: UMA JUSTIÇA EM DEVIR

Sem a Justiça Federal a democracia é uma burla. Sem a Justiça Federal o regime constitucional é uma falsificação. Sem a Justiça Federal a separação de

poderes é um estelionato. Sem a Justiça Federal a federação é um roubo. Sem a Justiça Federal a república é a mais indigna das formas de governo.

Com esse trecho adaptado de um discurso proferido por Rui Barbosa (Obras Completas, v. 41, t. 3, Senado Federal, Rio de Janeiro – DF, 1914, p. 257¹³⁵), é possível iniciar uma conclusão de tudo o que foi exposto.

A Justiça Federal foi instituída com um espírito de luta e de esperança, a teor da Exposição de Motivos do Decreto 848/1890. Luta contra o arbítrio e contra os abusos do poder público; e esperança de que a democracia seria restaurada e de que a Constituição seria cumprida.

O mesmo espírito de luta e de esperança contido na Exposição de Motivos do Decreto 848/1890 que organizou pela primeira vez a Justiça Federal no Brasil foi renovado com a promulgação da Constituição de 1988.

No início do período republicano, a Justiça Federal fora criada para tentar “*colocar o poder público dentro da legalidade*”; com a Constituição de 1988, cabe à Justiça Federal colocar o poder público não apenas dentro da legalidade, mas sobretudo dentro da *constitucionalidade*, que havia sido suprimida com os atos institucionais na época do regime militar.

Acreditava-se que a Justiça Federal teria um *papel de alta preponderância, como órgão de um poder, no corpo social*; com a Constituição de 1988, a Justiça Federal demonstrou que é capaz de exercer esse papel.

Dizia-se que a Justiça Federal não seria um *instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do poder público*, pois lhe caberia o *direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção em caso de inconstitucionalidade*. Hoje, com a Constituição de 1988, a Justiça Federal não apenas tem a função de controlar as inconstitucionalidades (por ação) dos atos do poder público, mas também a inconstitucionalidades das omissões do legislativo e do executivo, contribuindo de forma positiva para que os objetivos constitucionais sejam alcançados efetivamente.

Enfim, a Justiça Federal, a cada dia que passa, vem demonstrando sua importância em um regime democrático.

¹³⁵ Eis a íntegra da citação: “A Justiça, como a nossa Constituição a criou no art. 59, é quem traça definitivamente os dois poderes políticos as suas órbitas respectivas. O nosso Governo, porém, que não se acomoda ao verdadeiro espírito republicano é o espírito da responsabilidade, é o espírito da publicidade, é o espírito da sujeição constante à fiscalização pública, os nossos governos, já não podendo aturar os freios do Tribunal de Contas, contra o qual se embatem constantemente, em revoltas sucessivas, pretendem agora aluir também a Justiça Federal, sem a qual este sistema é uma burla, sem a qual este sistema é uma falsificação, sem a qual este sistema é um estelionato, sem a qual este sistema é um roubo, sem a qual este sistema é a mais indigna das formas de governo” (Referida citação pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: <http://www.casaruibarbosa.gov.br>).

Pois bem. É chegada a hora de concluir. À conclusão, portanto.

O objetivo do presente trabalho foi analisar o papel social da Justiça Federal como garantia da cidadania.

Foram vistos vários exemplos em que a Justiça Federal desempenhou um papel importante para a consolidação da democracia e para a efetivação dos direitos fundamentais.

É possível afirmar, diante de todos os exemplos citados, que a Justiça Federal está cumprindo, na medida de suas possibilidades, sua missão constitucional. Há necessidade de melhorar em diversos pontos, sem dúvida. Mas também há muitos pontos que precisam ser elogiados – e este foi o principal o objetivo do presente trabalho.

Para finalizar, tomo a liberdade para transcrever um trecho de uma entrevista dada pela Profa. Cármen Lúcia Antunes Rocha, que serve de síntese a tudo o que foi exposto e demonstra que a opinião positiva acerca da Justiça Federal não é compartilhada somente pelos que a integram.

Vale ressaltar, antes de transcrever a citação, que Cármen Rocha é Procuradora-Geral do Estado de Minas Gerais e é uma das personalidades do meio jurídico mais respeitadas na atualidade, tendo seu nome sido diversas vezes cogitado para ocupar uma cadeira no Supremo Tribunal Federal.

Eis, portanto, suas palavras sobre o Poder Judiciário Federal no Brasil:

O Poder Judiciário é o ponto central do ordenamento constitucional do Estado contemporâneo. Passada a etapa inicial do Estado moderno, no qual se deu ênfase ao Legislativo e à sua criação legislativa; superada a etapa subsequente, de realce do Executivo, do qual se dependia a prestação dos serviços públicos e a garantia da segurança dos Estados, sobrevém, agora, a fase que considero de maior importância atribuída ao Poder Judiciário. É que se concluiu que a legislação é necessária, mas não é suficiente. Mesmo a Constituição depende da existência de um Poder Judiciário forte para que ela possa vir a ser plenamente efetivada. O Estado Constitucional não prospera sem um Poder Judiciário dotado de plenas condições de atendimento do jurisdicionado. Sem o Poder Judiciário, eficaz, eficiente, os direitos humanos tornam-se vulneráveis, passíveis de serem afrontados sem que os injustiçados tenham a quem recorrer, em quem acreditar. O Poder Judiciário, no Estado contemporâneo, encarrega-se de dar vida à Constituição, aos direitos constitucionalizados. (...) A Justiça Federal vem desempenhando um papel impressionantemente

inovador e essencial para os cidadãos brasileiros. (...) Inovador nas teses que acolhe, muito aberto em relação aos direitos fundamentais, independente a demonstrar um vigor que traz confiança ao jurisdicionado, a Justiça Federal parece-me o modelo de Brasil Constitucional que dá certo¹³⁶.

Post Scriptum: o sub-título desta conclusão é “*uma Justiça em devir*”. *Devir* é um termo utilizado nas ciências humanas para representar a constante necessidade de transformação - transformação para melhor, vale ressaltar. E é justamente isto que se deseja: que a Justiça Federal esteja sempre se aperfeiçoando, sempre melhorando, sempre se desenvolvendo, enfim: sempre em devir...

DEDICATÓRIA PÓSTUMA

“Mais servira, se não fora para tão longo amor tão curta a vida”, Camões.

Assim que terminei a revisão final do presente texto, abri minha caixa de *e-mail* para ler as mensagens no correio eletrônico. Como sempre, havia várias mensagens da lista da AJUFE – Associação dos Juízes Federais. Entre elas, uma causou-me um frio na espinha: era uma informação de que a nossa colega juíza federal Fabíola Bernardi estava a bordo da aeronave que acabara de cair em Manaus, na madrugada do dia 15 de maio de 2004. O choque inicial foi seguido por uma tristeza muito grande e um vazio inexplicável ao ser confirmado seu falecimento.

O curioso é que não conheci a Fabíola pessoalmente. Troquei com ela algumas mensagens eletrônicas, mas nada que nos fizesse grandes amigos.

Apesar disso, descobri que sentia por ela uma admiração extraordinária. Mesmo de longe, através de suas mensagens, era possível perceber que Fabíola tinha uma luz toda especial. A energia positiva que ela transmitia ultrapassava as barreiras do contato pessoal. Seu compromisso com a magistratura contagiava a todos. Ela era certamente a mais entusiasmada com a criação dos Juizados Especiais Federais e com a interiorização da Justiça Federal. Era difícil imaginar que uma pessoa com tão pouco tempo de magistratura tivesse tanto amor pela Justiça. Não havia uma só mensagem em que ela não deixasse transparecer sua clara opção pelos mais carentes. Era uma mulher de ação e de luta. Largou uma

¹³⁶ Entrevista publicada no Informativo da AJUFE, de fevereiro de 2004, p. 8/9.

confortável vida na capital federal para instalar a primeira vara da Justiça Federal em Tabatinga. E estava feliz assim!

Por tudo isso, o mínimo que posso fazer pela colega virtual é dedicar este trabalho à sua memória. Afinal, a juíza Fabíola Bernardi representa, melhor do que ninguém, a Justiça Federal que se deseja construir: mais simples, mais comprometida com o povo, mais alegre, mais viva, mais solidária, mais espontânea, mais humana. Por isso, Fabíola, onde você estiver, receba este carinho singelo de alguém que, mesmo virtualmente, sempre a admirou.

BIBLIOGRAFIA

ACHÔA, Fauzi. *A História da Justiça Federal – a primeira sentença prolatada para o desbloqueio de poupança no plano Collor*. In: Revista Direito Federal, n. 59, Brasília: AJUFE, 1998.

AJUFE – Associação dos Juízes Federais. **Seminário Sistema Financeiro da Habitação – anais**. Brasília: AJUFE, 2000.

_____. **Anais do Seminário – O Supremo Tribunal Federal na História Republicana**. Brasília: AJUFE, 2002.

AMARAL, Roberto; BONAVIDES, Paulo. **Textos Políticos da História do Brasil**. 3ª ed. vol. 2 e 3, Brasília: Senado Federal, 2002.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre o problema da efetividade do processo*. In: Revista da Ajuris 29, Porto Alegre: AJURIS, nov. 1983.

_____. *Sobre a Participação do Juiz no Processo Civil*. In: Participação e Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**. Vol. XX, 1893, Tomo V, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1958.

_____. **Obras Completas de Rui Barbosa**. Vol. XXIV, 1897, Tomo III, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1955

BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas – Vetores Constitucionais**. São Paulo: Juruá, 2003.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, BRYANT. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, Amilton Bueno. *A Lei. O Juiz. O Justo*. In: Revista da Ajuris, n. 39, Porto Alegre: AJURIS, 1987.

_____. *Jurista Orgânico: uma Contribuição*. Revista da Ajuris, n. 42, Porto Alegre: AJURIS, 1988.

_____. *Magistratura e Mudança Social: Visão de um Juiz de Primeira Instância*. Revista da Ajuris, n. 49, Porto Alegre: AJURIS, 1990.

_____. *O Papel dos Juízes na Democracia*. Revista da Ajuris, n. 70, Porto Alegre: AJURIS, 1997.

CARVALHO, Vladimir Souza. **Competência da Justiça Federal**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2000.

CJF – Conselho da Justiça Federal. **Justiça Federal – Legislação**. Brasília: CJF, 1993

_____. **A Justiça Federal através de Documentos – Análise Documental**. Série Pesquisas do CEJ – Centro de Estudos Judiciários: Brasília, 1994.

_____. **A Imagem da Justiça Federal na Imprensa Escrita**. Série Pesquisas do CEJ – Centro de Estudos Judiciários: Brasília, 1995.

_____. **A Visão Interna da Justiça Federal**. Série Pesquisas do CEJ – Centro de Estudos Judiciários: Brasília, 1995.

_____. **A Atuação da Justiça Federal na Esfera Criminal**. Série Pesquisas do CEJ – Centro de Estudos Judiciários: Brasília, 2000.

_____. **Repertório Bibliográfico da Justiça Federal**. Brasília: CJF, 2000.

_____. **Diagnóstico de Funcionamento dos Juizados Especiais Federais**. Série Pesquisas do CEJ – Centro de Estudos Judiciários: Brasília, 2003.

- COMPARATTO, Fábio Konder. *As novas funções judiciais do Estado moderno*. In: Revista da Ajuris n. 37, Porto Alegre: AJURIS, 1987.
- DALLARI, Dalmo. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DOMINGUES, Paulo Sérgio. *A Evolução da Justiça e do Papel dos Juízes no Brasil*. In: Revista Direito Federal n. 67, Brasília: AJUFE, 2001, pp. 321/327
- DUARTE, Adão de Assunção. *A Justiça Federal e sua Importância*. In: Revista da Associação dos Juízes Federais, n. 50, Brasília: AJUFE, 1996, pp. 20/24.
- FARIA, José Eduardo. *A Atuação do Judiciário no Cenário Sócio-Político Nacional*. Série Cadernos do CEJ – Centro de Estudos Judiciários, v. 11: Brasília, 1996, pp. 73/80.
- FERREIRA, Manoel Alceu Affonso. *Iconoclastia Jurídica*. In: Revista da Associação dos Juízes Federal n. 18, Brasília: AJUFE, 1987.
- FREITAS, Vladimir Passos de. *O Perfil do Juiz Federal*. In: Revista da Associação dos Juízes Federais, n. 50, Brasília: AJUFE, 1996, pp. 45/49.
- _____. **A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000
- JUCOVSKY, Vera Lúcia Rocha Souza. **Justiça Federal nos países que a adotam**. Série Monografias do CEJ – Centro de Estudos Judiciários: Brasília, 1997.
- JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S. & NASCIMENTO, Sérgio. *A Justiça Federal no Brasil*. In: Revista da Associação dos Juízes Federais, n. 50, Brasília: AJUFE, 1996, pp. 16/18.
- KOERNER, Andrei. *O Poder Judiciário no Sistema Político da Primeira República*. In: Revista da USP n. 21, São Paulo: USP, 1994, pp. 58/69.
- LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Direito Previdenciário e Estado Democrático de Direito – uma (re)discussão à luz da hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira**. Fortaleza: ABC Editora, 2001.
- LIMA, George Marmelstein. **Efetivação do Direito Fundamental à Saúde pelo Poder Judiciário**. Fortaleza: Tese de Especialização, 2003.

- MATTA, José Eduardo Nobre. *Rui, os Direitos Fundamentais e o Poder Judiciário*, p. 24. In: Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, n. 11: Rio de Janeiro, 2003, pp. 19/48.
- MENEZES, Nilza. *O Judiciário de Rondônia no Período Militar*. In: Revista Justiça & História, n. 5, TJRS: Rio Grande do Sul, 2003.
- MONTESQUIEU, Barão de La Bréde e de. **Do Espírito das Leis**. Vol. 1, coleção Os Pensadores, São Paulo: Nova Cultural, 1997
- MORAES, Márcio. *História da Justiça Federal: “o caso Herzog”*. Revista da Associação dos Juizes Federal, n. 58, Brasília: AJUFE, 1998.
- MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. Curitiba: Tese de Doutorado, 2002.
- NALINI, José Renato. *Dez recados ao juiz do III milênio*. In: Revista CEJ nº 7, Brasília: CJF, 1998.
- _____. *O Artífice do Povir*. In: RePro, São Paulo: RT, junho-2000.
- _____. *Novas Perspectivas no acesso à Justiça*. In: Revista CEJ nº 3, Brasília: CJF, 1997
- _____. *O Juiz Rebelde*. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo: IASP, 1999
- _____. *Reengenharia do Judiciário*. Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo 43, São Paulo: PGE, junho-1995.
- NASCIMENTO, Elimar Pinheiro; NUNES, Ivônio Barros. **A opinião da sociedade civil organizada a respeito da Justiça Federal**. Série Pesquisas do CEJ – Centro de Estudos Judiciários: Brasília, 1995.
- OLIVEIRA, Alexandre Vidigal de. *Justiça Federal – Evolução Histórico-Legislativa*. In: Revista da Associação dos Juizes Federais, n. 50, Brasília: AJUFE, 1996, pp. 9/14.
- PAULSEN, Leandro. *A Justiça Federal: uma proposta para o futuro*. Série Monografias do CEJ – Centro de Estudos Judiciários, vol. 2: Brasília, 1995, pp. 9/76.
- PERRINI, Raquel Fernandes. **Competências da Justiça Federal Comum**. São Paulo: Saraiva, 2001.

- PROJETO BRASIL: NUNCA MAIS. **Brasil: Nunca Mais**. 32ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *A Atuação do Judiciário no Cenário Sócio-Político Nacional*. Série Cadernos do CEJ – Centro de Estudos Judiciários, v. 11: Brasília, 1996, pp. 61/72.
- ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I – Defesa das Liberdades Civis - 1891-1898. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991
-
- _____. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo II – Defesa do Federalismo -1809-1910. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991
-
- _____. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo III – Doutrina Brasileira do *Habeas-Corpus* - 1910-1926. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991
-
- _____. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo IV/1930-1963. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002
- SANTOS, Marisa Ferreira dos. *A História da Justiça Federal – o Caso Lamarca*. In: Revista Direito Federal, n. 62, Brasília: AJUFE, 1999.
- SANTOS, Willian Douglas Resinente dos. *A Justiça Federal: uma proposta para o futuro*. Série Monografias do CEJ – Centro de Estudos Judiciários, vol. 2: Brasília, 1995, pp.151/185.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Juizados Especiais na Justiça Federal*. In: Revista da Associação dos Juizes Federais, n. 50, Brasília: AJUFE, 1996, pp. 35/40.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *A Justiça Federal: uma proposta para o futuro*. Série Monografias do CEJ – Centro de Estudos Judiciários, vol. 2: Brasília, 1995, pp.77/150.
- VALE, Osvaldo Trigueiro do. **O Supremo Tribunal Federal e a Instabilidade Política-Institucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.
- VIANNA, Luiz Werneck e outros. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994

SÍTIOS CONSULTADOS

Associação dos Juízes Federais do Brasil: <http://www.ajufe.org.br>

Associação dos Magistrados do Brasil: <http://www.amb.com.br>

Conselho da Justiça Federal: <http://www.cjf.gov.br>

Consultor Jurídico: <http://www.conjur.com.br>

DHNet: <http://www.dhnet.org.br>

Fundação Casa Rui Barbosa: <http://www.casaruibarbosa.gov.br>

George Marmelstein Lima: <http://www.georgemlima.hpg.com.br>

Google: <http://www.google.com.br>

Jus Navigandi: <http://www.jus.com.br>

Senado Federal: <http://www.senado.gov.br>

Superior Tribunal de Justiça: <http://www.stj.gov.br>

Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.gov.br>

STF – Julgamentos Históricos: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/julghistoricos/>

Tribunal Regional Federal da 5ª Região: <http://www.trf5.gov.br>

**A TEORIA CONSTITUCIONAL E A
FUNÇÃO SOCIAL DA JUSTIÇA FEDERAL:
ELEMENTOS PARA A EFETIVAÇÃO DA
CIDADANIA**

Categoria: Estudante

Paulo Roberto Brasil Teles de Menezes

A TEORIA CONSTITUCIONAL E A FUNÇÃO SOCIAL DA JUSTIÇA FEDERAL: ELEMENTOS PARA A EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA *

“Como realizar um diálogo multicultural quando algumas culturas foram reduzidas ao silêncio e as suas formas de ver e conhecer o mundo se tornaram impronunciáveis? (...) Como fazer falar o silêncio sem que ele fale necessariamente a linguagem hegemônica que o pretende fazer falar? Estas perguntas constituem um grande desafio ao diálogo multicultural” (SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente**: contra o desperdício da experiência. Porto: Afrontamento, 2000. p. 30)

1. INTRODUÇÃO

Um dos debates mais candentes da seara jurídica refere-se ao estabelecimento de um sentido coerente ao corpo normativo. Tal objetivo tem adquirido proporções bastante complexas, principalmente quando se discute sobre a existência dos signos na linguagem jurídica.

A linguagem jurídica, marcada pela dialética, caracteriza-se como uma conjugação coordenada de signos capazes de expressar uma afluência de valores que, devido à sua relevância, devem ser filtrados à luz de uma teoria constitucional moderna, a fim de que eles – os signos lingüísticos – tornem-se razoáveis e democráticos face às questões sociais. Com isso, verifica-se que os signos possuem interdependências, além de conceder um sentido ao sistema jurídico-normativo. São, portanto, conceitos teóricos responsáveis por promover uma relação inseparável entre os aspectos consubstancial e formal presentes no texto jurídico.¹

* A proposta do tema é utilizar as noções da teoria constitucional como instrumento de concretização do direito, a fim de que, com isso, possa-se propiciar mudanças na postura tradicional do juiz perante a lei, proporcionando a ascensão do papel social da justiça (Justiça Federal) e a realização de uma cidadania justa, sempre com o fito de se obter, na medida do possível, decisões eivadas pela ética e pela participação social. Nesse contexto, faz-se alusão à teoria constitucional não somente como forma de concretizar direitos, mas, acima de tudo, como instrumento de participação e de informação social, aspectos essenciais para a (re)construção da função social do direito. Ela, portanto, caracteriza-se por ser um amparo do direito face às questões sociais.

¹ WARAT, Luis Alberto. O Direito e sua Linguagem. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 25.

Tendo como parâmetro essas breves considerações, pode-se afirmar que a linguagem e a teoria constitucional estão intimamente ligadas por um elo de dependência, uma vez que ambas não existem de forma isolada, mas integradas em um sistema de conhecer, criar e aplicar o sentido normativo previsto nas normas jurídicas, com a ajuda da participação social.² Assim sendo, intenta-se saber se a verdade estimada pela atividade interpretativa é una, ou se, a cada exercício de buscar o sentido dos signos lingüísticos, alcança-se uma verdade criadora. Tal questão é base de toda uma problemática de saber qual a melhor interpretação cabível a cada caso concreto.

Ao cabo desses comentários, pode-se articular, ainda que perfunctoriamente, que a sociedade tem buscado soluções para os seus problemas. Os riscos sociais vividos pela sociedade excluída precisam ser resolvidos. Assim, urge-se por uma esperança que pode ser encontrada na teoria constitucional, mormente na compreensão do conhecimento, das teorias de justiça, do discurso jurídico, da hermenêutica constitucional, da concretização de direitos, elementos capazes de promover a tão sonhada cidadania.

Tendo em vista que o ideal jurídico-humano a ser perseguido é a justiça, a história da humanidade tem-se caracterizado por uma busca incessante desta, já que a sua consolidação nos anseios da população produz um maior conforto e felicidade para a sociedade. É em vistas a esse desiderato que a teoria da Constituição tem proporcionado um desenvolvimento na atividade interpretativa, propiciando, assim, uma maior segurança ao interpretar as normas jurídicas.

Assim, a função da teoria constitucional tem-se centrado no objetivo de transformar a sociedade pós-moderna em uma sociedade emancipada e liberta das injustiças provocadas pela falta de uma interpretação legítima e límpida sob os pontos de vista social, político e jurídico. Dessa forma, evidencia-se a luta em busca de uma sociedade participativa, para que, assim, a sociedade venha a decidir e aplicar o direito.

Para tanto, faz-se necessária a análise de alguns elementos da teoria constitucional, que são considerados indispensáveis para a formação de uma comu-

² A respeito dessa afirmação, Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. As Modernas Formas de Interpretação Constitucional. Disponível em: <<http://www.ibdc.com.br>>. Acesso em: 01 dez. 2002. Segundo o ilustre autor “pode-se explicar o surgimento das novas técnicas de interpretação constitucional com base no fato de que cada disposição legal deve ser considerada na composição da ordem constitucional vigente, e não ficar restrita ao âmbito do conjunto das disposições da mesma lei ou de cada lei no conjunto da ordem legislativa. Vale dizer que, no século XX, cresceu e se expandiu vertiginosamente a ordem constitucional como verdadeiro centro irradiador de energias dinamizadoras das demais normas da ordem jurídica positiva. As modernas formas de interpretação constitucional encontram aí o seu nascedouro”.

nidade forte e participativa. Assim sendo, é mister enfatizar que a noção de justiça, o discurso jurídico e a interpretação constitucional pode e deve ser uma forma de democratizar e concretizar a norma legal, com a finalidade de fundamentar e estabelecer uma sociedade aberta e democrática, capaz de cumprir a função social da justiça.

Nessa linha de raciocínio, pretende-se enfatizar que a teoria constitucional pode ser instrumento de participação da sociedade no processo de tomada de decisões. Ao assim efetuar, estaria a teoria constitucional ajudando a promover o papel social da Justiça Federal? Os elementos caracterizadores dessa teoria são verdadeiramente aptos a conduzir a sociedade ao caminho da cidadania?

Com essas exposições, colocadas em tom provocativo, pretende-se introduzir um debate sobre a teoria constitucional – principalmente no que tange às noções de justiça, de discurso jurídico e de interpretação constitucional – e o papel social da Justiça Federal, com vistas a tentar instituir o sentimento de cidadania como um verdadeiro refúgio social perante as injustas e cerceadoras decisões.

2. DIREITO, CIDADANIA E RISCOS SOCIAIS

Diante de toda a situação de incertezas que prevalece na sociedade atual, verifica-se que a modernidade sustenta-se pela lógica da globalização e do neoliberalismo. Assim, é uma evidência que a globalização, os riscos que lhe são inerentes e tudo o mais que dela provém têm obrigado o ser humano a refletir acerca de variadas situações que, há bem pouco tempo, não eram focos de discussão e questionamentos, ou, simplesmente, acreditava-se serem dependentes do lento desenrolar dos acontecimentos históricos. Isto porque as transformações sociais, na maioria das vezes, caracterizavam-se pela lentidão; e o homem, *ipso facto*, encontrava-se quase sempre infausto a elas.

O conhecimento científico inabalável proporcionou a criação de uma sociedade instável e desequilibrada, onde os valores sociais não são mais respeitados ou, quando muito, apenas teoricamente estudados.

O risco social, portanto, é fruto da modernidade e engloba basicamente várias facetas, como a carência de cidadania, de participação social, a marginalização social, a fome, a miséria, as guerras, guerrilhas, terrorismo, massacres, ditaduras, corrupção, recessão, a falta de solidariedade, etc. Diante desses comentários, pode-se articular, em análise perfunctória, que os riscos sociais são um

conjunto de fatores maléficis à sociedade, que proporcionam a ela situações de angústia e de insegurança, principalmente pela característica imprevisível, desequilibrada e de exclusão social que a pós-modernidade promove.

Nesse contexto, citado por Paulo Silva Fernandes, Ulrich Beck afirma que o risco é um “sinal de perspectiva e de escolha, de perigo e de desafio, de angústia e de ousadia, de atenção e de cuidado”.³

Com esse pensamento, a sociedade deparara-se com a possibilidade de ver seu futuro destruído, vazio e sem perspectivas de mudanças. Os riscos sociais estão cada vez mais presentes na sociedade contemporânea. Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos demonstra sua preocupação com o próprio porvir, ao afirmar, *ipsis litteris*, que:

Os riscos que ele envolve (...) começam a ser mais ilimitados que ele próprio. Não admira que em face disto muitos tenham assumido uma atitude futuricida; assumir a morte do futuro para finalmente celebrar o presente, como sucede em certo pós-modernismo, ou mesmo para celebrar o passado, como sucede com o pensamento reaccionário.⁴

Ao cabo dessas afirmações, indaga-se: o Direito é eficaz na globalização? O paradigma edificado pela globalização pode ser quebrado pelo Direito?

O Direito é entendido como um dos principais instrumentos para a organização da vida em sociedade e para a tutela das condições fundamentais do seu livre desenvolvimento. Devido a esse caráter funcional, não poderia manter uma atitude vocacional de indiferença perante os problemas que a sociedade sofre, principalmente no que tange ao cerceamento de participação, bem como uma postura inerte sobre a efetiva proteção de suas relações humanas, uma vez que a prevenção para esses desequilíbrios é considerada a melhor forma de encontrar as soluções mais sensatas à (re)organização dos valores sociais.

³ FERNANDES, Paulo Silva. Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal: Panorâmica de Alguns Problemas Comuns. Lisboa: Almedina, 2001. p. 19.

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade. Porto: Afrontamento, 1994. p. 278. O autor, nesta passagem, refere-se ao futuro como um momento que, apesar de se encontrar em uma dimensão mais próxima escala, já nasce repleto de riscos para a sociedade. E esses riscos, cada vez mais, transcendem os limites do próprio futuro, fato que evidencia a sua incapacidade de tentar solucionar essas questões. Se o próprio futuro, elemento transportador da esperança humana, brota eivado de riscos, o ser humano verifica que, cada dia mais, encontra-se arraigado nas suas conquistas e sem armas para reagir de toda essa conjuntura de desespero, de risco e de angústia.

Considera-se que a globalização, por seu caráter cosmopolita e transformador, contribuiu para a inserção de uma nova forma de pensamento e de enfrentamento da realidade, na sociedade pós-moderna. O que outrora era ainda um desejo, a globalização tornou em realidade o progresso tecnológico que tanto acelerou as relações sociais. A partir dessa civilização tecnologicamente evoluída, a capacidade humana quebrou barreiras dos limites naturais, proporcionando bem-estar, conforto, praticidade e facilidades no mundo em que se prima pela rapidez das relações.

No entanto, não obstante esse crescimento, observou-se que a globalização proporcionou, também, desequilíbrios para a sociedade dita tradicional, assim como para os seus costumes, modos de vida e sua cultura. Portanto, o advento da globalização assume duas posições visivelmente paradoxas. A primeira de caráter positivo – com a aceleração do processo tecnológico e suas implicações – e a segunda de natureza essencialmente negativa – com a destruição da comunidade solidária e original por um processo altamente racional, individual e contemporâneo.

Desses fatos, resulta uma conclusão bastante desestimulante: a certeza de que nada é seguro, todavia, tudo pode ser plenamente possível. E é assim que se convive hoje com essas situações paradoxas. A consciência de que todas as coisas são inseguras aliada com a vontade de transformar essa situação podem ser expressões que contribuam para uma harmoniosa convivência diante desse confronto, desde que estejam arrimadas no discurso jurídico.

Nesse diapasão, cresce a teoria discursiva e reconstrutiva de Jürgen Habermas, principalmente ao buscar elementos essenciais que permitem descrever os preceitos do direito moderno como formas autênticas de auto-imposição. Além disso, com o discurso jurídico aberto, democrático e assistencial, Habermas tem ensinado que o Direito possui força de transformação social e de inclusão do cidadão nas tomadas de decisões.

A globalização, desse modo, constrói um paradigma racional, jungido pelo individualismo e pelo utilitarismo, repartindo a todas as limitações sociais dela provenientes. Assim, a globalização e a conseqüente instabilidade social, brindada pela pós-modernidade, parece ser um dos principais desafios para a ordem jurídica. Tal desafio assim se delinea com a comoção de suas estruturas e com o ato de propiciar a reflexão acerca dos modelos da própria ordem jurídica.

Com isso, a eficácia do Direito passa a depender de determinados fatores, assim como a sua utilidade e sobrevivência dependem da forma como o

Direito é utilizado. Diante dessas palavras, o Direito é sim eficaz na globalização. Basta, para tanto, ser utilizado de forma a emancipar os indivíduos dos riscos imanentes à sociedade pós-moderna, libertando-os, assim, das incertezas e dissenções que reinam na sociedade desigual e não-solidária.

Assim, na globalização o Direito e suas formas de interpretação modernas tem o papel de servir de mecanismo de participação popular na tomada de decisões, a partir da defesa da moral política coletiva e do multiculturalismo. Estando presentes esses elementos, o Direito pode se apresentar apto a proporcionar o retorno da ética coletiva e da solidariedade, perdidas pela globalização. Isto porque o direito é fruto do diálogo entre as impressões resultantes do conjunto de visões incidentes sobre ele, em suas similitudes e dessemelhanças.

Diante do exposto, destaca-se que o Direito não pode nem deve ser descartado dessa sociedade insegura em que se habita. Os riscos sociais – como a carência de cidadania, de participação social e de justiça – precisam ser minimizados a partir dos ideais proporcionados pelo próprio Direito, principalmente no que tange à concepção de medidas que não sejam reducionistas, mas que consigam dotar a ordem jurídica de mecanismos aptos à compreensão dos problemas na sua magnitude e na sua conseqüente resolução: a hermenêutica constitucional moderna.

Portanto, é importante encontrar soluções globais e pensar juridicamente nos problemas sociais. O Direito, assim, é um instrumento de análise global do somatório dos problemas, na compreensão das suas especificidades e na busca por soluções criativas, integradas e compromissadas com o ordenamento jurídico e com a qualidade de vida.

3. A CIDADANIA COMO FORMA DE (RE)INCLUSÃO SOCIAL

O caminho para a segurança solidária e emancipatória, em que o ser humano possa estar livre do aprisionamento e da ameaça social que o mundo parece estar proporcionando, percorre pela caracterização e conceituação do Direito na denominada transição paradigmática de Boaventura de Sousa Santos.⁵

⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência. Porto: Afrontamento, 2000. p. 58.

Assim, o discurso jurídico apresenta ligação com o ato de construir e criar o Direito, que, por sua vez, deve-se vincular livremente a toda a sociedade civil. Desse modo, na medida em que a criação do Direito se torna efetiva, depara-se ele com duas saídas: a busca pela emancipação, participação e pela cidadania, ou a busca pela regulação e exclusão social. Nessa ótica, o Direito emancipatório, alopoiético⁶ e de inclusão social é um elemento que o ser humano pode valer-se para se defender dos riscos inerentes à sociedade pós-moderna, principalmente no que tange à falta de informação e de participação.

Diante da elevada discussão sobre o verdadeiro significado da cidadania, revela-se ser ela um dos maiores pilastres da democracia social. É certo que não é recente a utilização do termo exposto, posto que há algum tempo já se ventilava no corpo social contemporâneo aspectos caracterizadores sobre a cidadania.

Mas, ao se comentar sobre a cidadania, o que de fato está em evidência? O que vem a ser a cidadania? Esta e outras questões merecem destaque especial nas argumentações *infra*.

Aprioristicamente, pode-se dizer que a cidadania é uma categoria estratégica para uma sociedade melhor. Mencionar essa assertiva certamente pode parecer que a cidadania é algo simples de se instituir na vida social, o que seria um ledô engano.

A cidadania é, pois, complexa. A sua delimitação conceitual pode ser delineada como sendo a atividade democrática, exercida pelos indivíduos que possuem a capacidade civil absoluta e que estejam no gozo de seus direitos políticos, com o objetivo de participar da vida ativa do país, seja por meio de opiniões, votos ou decisões.

Assim, a cidadania é uma forma de se atuar na sociedade. É uma situação em que os cidadãos podem provocar mudanças, controlar os Poderes e participar dos atos da vida da Nação, principalmente para reduzir os riscos sociais presentes na contemporaneidade. Desta noção, pode-se extrair que a cidadania refere-se à qualidade que um indivíduo possui de ser cidadão.

⁶ A noção de alopoiense refere-se ao caráter aberto do Direito e da Lei Fundamental, os quais, por assim serem, inserem-se em um contexto sistêmico de interpretação e, portanto, dotado de vinculação com a realidade social (possui maiores perspectivas de relações com outras áreas do pensamento humano, v. g., a História, a Sociologia e a Filosofia). Em outra esteira, tem-se a autopoiese. Esta não pressupõe uma vinculação com a realidade circundante, integrando-se, assim, em um contexto assistêmico de interpretação, constituindo, pois, um caráter fechado do Direito e da Constituição.

Mas o que é ser cidadão? Cidadão, em um plano mais simples e formalista, é o indivíduo que se encontra no livre gozo dos seus direitos políticos e, também, civis. É aquele que tem o direito de voto e, portanto, é capacitado a participar da vida política da Nação. Costuma-se associar ao cidadão o requisito de capacidade de eleger e de ser eleito. Para o direito posto ou positivo, cidadão é quem possui o título de eleitor, ou seja, o indivíduo apto a entrar no gozo da vida política da Nação.

No entanto, assumir tal posição e aceitá-la é algo bastante desproporcional. Isto porque o cidadão não pode ser reduzido apenas a um requisito formal e legalista. Viver neste conceito significa a renúncia pela luta de direitos, significa deixar-se influenciar pelo mundo desequilibrado e de exclusão em que se vive.

Certamente, ser cidadão não significa somente isso. A cidadania é algo mais abrangente do que o simples direito de eleger e ser eleito. É, sim, o estado em que o cidadão se envolve, a fim de sempre conquistar direitos. É um *status* de comprometimento em que o cidadão chama pra si a responsabilidade de tentar provocar mudanças na vida social hodierna.

Diante disso, concorda-se que a cidadania “é um conceito conquistado historicamente”, diz Roberto Armando Ramos de Aguiar, uma vez que ser cidadão é ser o agente motivador da existência do próprio Estado, além de obter uma função ética e valorativa em vistas a estabelecer uma sociedade mais libertária e igualitária.⁷

Observa-se, então, que a idéia de cidadania está em grande evolução. O cidadão, assim, pode criar para si a sua perspectiva de vida, convivendo conjuntamente com os seus semelhantes sem desequilibrar o sentimento social ou excluí-los. Dessa maneira, percebe-se que o alargamento da idéia de cidadania aliado a um contemporâneo entendimento da função do ser humano na sociedade tem propiciado uma grande responsabilidade para o próprio homem, na medida em que o equilíbrio social e a justiça social precisam ser rigorosamente efetivados.

Verifica-se, portanto, que o cidadão é o indivíduo que possui deveres e direitos fundamentais assegurados pela própria Constituição. Assim, pode-se considerar, com propriedade, que o nascituro, as crianças, os adolescentes, os jovens, os adultos e os idosos são cidadãos na melhor conceituação do termo.

⁷ AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. apud MOTTA, Maude Nancy Joslin. O Exercício da Cidadania no Direito Ambiental. pp. 101-102.

Não se pode restringir a aceção da cidadania somente para quem está no gozo dos direitos políticos ou civis. O rol de cidadania deve ser amplamente alargado, exatamente para incluir aqueles que são excluídos, ou seja, para colocar no sistema os indivíduos que se encontram marginalizados do processo participativo da Nação.

Diante desses comentários, articula-se que o que antes era restrito, contemporaneamente, a cidadania, no “plano teórico”, tem estado em praticamente todos os níveis sociais. Desde o mais pobre ao mais rico, a cidadania é falada; desde o branco ao negro, a cidadania é conhecida; desde os excluídos aos incluídos, a cidadania é escutada.

No entanto, o que se observa, “na prática”, principalmente na camada social menos favorecida, é que a cidadania não é aplicada, não é vivida, muito menos proporcional aos indivíduos que, pelo menos no plano formal, são chamados de cidadãos. Este é um desafio a ser alcançado pelo Direito, pela interpretação e pela Justiça.

Vive-se um período de constante exclusão social, em que vários indivíduos encontram-se largados em uma situação desgastante e humilhante. Esse cenário de despreocupação humana deve ser acabado. O indivíduo deve permanecer ativo na vida da Nação. Como assinala Noam Chomsky, “uma sociedade é democrática na medida em que o povo tem oportunidades significativas de participar da formação das políticas públicas”.⁸ É, pois, preciso lutar pela cidadania.

Não se deve olvidar de que a ordem constitucional vigente abre um leque de oportunidades para que o cidadão controle os órgãos públicos, como o mandado de segurança, a ação civil pública, a ação popular, o *habeas data*, o mandado de injunção e outros. Além disso, no plano político, tem-se como instrumentos o voto, o plebiscito e o referendo.

Dessa forma, extrai-se que os cidadãos possuem formas de atuação na vida social, política e jurídica do país. É certo que essa atuação deve melhorar, bem como o Estado proporcionar mais garantia a essas atuações, mas o importante é que o controle da Administração Pública não está tão longe assim de ser realizado.

A (re)inclusão social, portanto, deve ser uma meta a ser alcançada por todos que lutam por uma sociedade mais organizada, ética e justa, por uma

⁸ CHOMSKY, Noam. Segredos, Mentiras e Democracia. Trad. Alberico Loutron. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 10.

sociedade que viva com paz e com democracia e, principalmente, com participação. A cidadania, entendida no nível macro, é uma forma de incluir a sociedade no processo de decisão e de opinião da Nação. Nesse sentido, a teoria do mínimo ético pode atuar como uma condição de ocorrência das estruturas sociais de convívio pacífico e cooperativo na modernidade social.

Por fim, não é inconveniente afirmar que os contributos da teoria constitucional, juntamente com a função social da justiça são instrumentos capazes de realizar a tão sonhada cidadania.

4. O PAPEL SOCIAL DA JUSTIÇA FEDERAL

Em meio a tantos dissabores sociais, sabe-se que o papel social do Judiciário desponta como um importante elemento garantidor de direitos. Especificamente, a Justiça Federal, caracterizada pelos seus valores, suas competências, suas atribuições e suas vitórias, também é palco dessa transformação emergente a que se alude neste trabalho.

Como uma forma de cumprir o papel social que cabe à jurisdição federal, alguns princípios básicos são relevantes. Assim, por todos conhecida, a Declaração Universal dos Direitos do Homem apresenta os princípios básicos que devem ser obedecidos pelo Estado, a fim de se promover o eficaz acesso à Justiça. O Estado Democrático de Direito preserva o fator de conceder à sociedade participação na vida estatal, para que se possa vivenciar a presença da democracia e da justiça, seus valores primordiais, assegurando, assim, os direitos humanos.

Com efeito, o princípio da igualdade elencado constitucionalmente deve ser considerado conjuntamente com o princípio da razoabilidade. As desigualdades presentes na sociedade brasileira são estupendas, a exclusão social dos menos favorecidos é alarmante, o acesso à justiça social é estreito.

Em meio a esse quadro desumano, a Declaração Universal dos Direitos do Homem revela que todos têm direito a “receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei e que todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Verifica-se, diante dessas palavras, que a justiça precisa instituir no plano

material o estatuído no plano ideal, ou seja, a democratização da justiça, a celeridade e sua desburocratização precisam ser afastadas do sistema jurisdicional brasileiro, principalmente da Justiça Federal.

Como, então, conciliar os preceitos principiológicos e normativos com a real necessidade de se conceder justiça de forma eficaz? A Justiça Federal atua em prol desse mister?

Estas indagações são, certamente, para estimular o debate a que se propõe neste tópico. O leitor, como cidadão, é parte integrante e destinatário dessas conquistas. Ademais, a Justiça Federal, com a capacidade que possui e a estrutura de que dispõe, apesar de ser ainda insuficiente para a demanda processual brasileira, é, sem dúvida, um exemplo para a justiça brasileira.

Para corroborar essa afirmação, pode-se invocar aqui inúmeros princípios – morais, religiosos e jurídicos –, vários argumentos sociológicos, variados dados estatísticos – como se verá mais adiante –, mas ainda assim, seria pouco para demonstrar que a Justiça Federal trilha no caminho correto à concessão de espaço à sociedade.

Primeiramente, é preciso comentar sobre o papel dos Juizados Especiais Federais, considerado um divisor de águas na história do Poder Judiciário pátrio, alvo de críticas em relação ao seu desempenho, especialmente no que atina à moralidade de sua prestação jurisdicional.

Evidenciava-se, antes da promulgação da referida lei, que o quadro social era eivado de falta de assistência jurídica, produzindo a falta de confiança na justiça, obrigando o cidadão a frustrar-se perante à falta de participação democrática, ocasionada pelos elevados custos do processo ou pela necessidade de contratação de advogado.

Entretanto, com a edição da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, o processo jurisdicional federal propiciou constantes e expressivas mudanças, estreitando os laços entre a Justiça Federal e o cidadão brasileiro.

Com a implantação dos Juizados Especiais Federais, este cenário desestimulante, de falta de acesso, por exemplo, está em constante e eminente reversão. A importância da criação dos Juizados Federais, seguramente, abre mais uma porta ao Poder Judiciário para todos os cidadãos de todas as classes sociais. Este é o papel dos Juizados Especiais Federais: ser uma via democrática e simples de acesso ao Judiciário Federal, com a finalidade de solucionar conflitos que, pela sua dimensão, não são proporcionais à subordinação de um processo tradicional complexo, demorado e de custo elevado.

Além disso, é curial mencionar que os Juizados Especiais Federais implantados, e que até os dias atuais estão sendo implantados,⁹ têm sido responsáveis também pela reversão do descrédito na justiça ocasionado pela morosidade no andamento das causas judiciais. Com a rapidez processual e a democratização, os Juizados Federais são reconhecidos como colaboradores da cidadania e da função social da Justiça Federal.

No bojo da Lei 10.259/2001 encontram-se princípios e elementos essenciais de formação de uma justiça célere. Um exemplo disso é a aceitação e complementação da Lei nº 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais da Justiça Estadual – que no seu art. 2º revela, *ipsis litteris*, que: “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

Nesse sentido, observa-se que os Juizados Especiais Federais tem proporcionado a informação e a desburocratização da justiça, abrindo oportunidade para os cidadãos reclamarem direito e terem suas pretensões satisfeitas a contento e de forma ágil.

É importante, pois, demonstrar algumas estatísticas sobre os Juizados Especiais Federais, a fim de corroborar que o seu papel tem sido cumprido. Destacados do portal do Conselho da Justiça Federal, órgão de supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, tem-se a seguinte estatística sobre a movimentação processual nos juizados¹⁰:

PERÍODO: JANEIRO A MARÇO DE 2004

Regiões	Seções Judiciárias	Distribuídos	Julgados	Tramitação Posição (Mar./04)
1ª	Acre	1.532	1.248	6.373
	Amazonas	7.291	1.588	21.080
	Amapá	1.110	1.253	10.413

⁹ O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao longo dos últimos meses, implantou dezenas de Juizados Especiais Federais nos Estados que compõem a primeira região.

¹⁰ Estatística relacionada à movimentação processual dos Juizados Especiais Federais de todos os Tribunais Regionais Federais do país, referente ao período de janeiro a março de 2004, disponível em: <<http://www.cjf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2004.

ESMAFE
ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO

	Bahia	31.732	1.596	68.083
	Distrito Federal	14.190	3.550	40.369
	Goiás	12.501	3.655	28.015
	Maranhão	11.310	1.775	24.606
	Minas Gerais	72.463	17.672	144.565
	Mato Grosso	2.526	1.605	11.848
	Pará	9.871	3.014	33.246
	Piauí	2.227	1.196	13.201
	Rondônia	1.622	1.418	11.743
	Roraima	1.678	442	8.046
	Tocantins	663	730	2.756
	TOTAL	170.716	40.742	424.344
2ª	Rio de Janeiro	47.177	36.852	-
	Espírito Santo	4.639	5.708	-
	TOTAL	51.816	42.560	-
3ª	São Paulo	63.919	48.919	197.746
	Mato Grosso do Sul	2.172	258	6.841
	TOTAL	66.091	49.177	204.587
4ª	Rio Grande do Sul	33.800	23.422	133.326
	Paraná	23.272	20.728	79.883
	Santa Catarina	11.287	12.518	63.588
	TOTAL	68.359	56.668	276.797
5ª	Pernambuco	8.433	7.885	37.041
	Alagoas	4.815	2.003	12.860
	Ceará	23.208	1.268	39.394
	Paraíba	11.193	2.437	16.181
	Rio Grande do Norte	1.191	785	9.999
	Sergipe	1.587	344	11.669
	TOTAL	50.427	14.722	127.144
	TOTAL GERAL	407.409	203.869	1.032.872

Verifica-se, assim, que os Juizados Especiais Federais estão sendo uma válvula de escape eficaz na consecução dos direitos dos cidadãos, uma vez que o acesso à assistência judiciária e a necessidade de vencer os obstáculos ao acesso de modo mais articulado e compreensivo têm sido efetivadas.

Nesse contexto, revela-se o nascimento da idéia dos Juizados Especiais Federais. É importante dizer que tais órgãos jurisdicionais foram criados com o escopo de dirimir ou, pelo menos, minimizar algumas barreiras ao acesso à Justiça, assegurando, assim, a observância dos direitos arrolados nas Declarações Universais de direitos e na Carta Magna.

É de se louvar a idéia de implantação dos Juizados Especiais Federais. Com a facilidade de acesso ao Judiciário, sem necessidade de advogado, com a observâncias dos princípios que promovem a celeridade e sem a exigência de taxas, os juizados são medidas que incluem os cidadãos na luta pelo direito e por uma vida mais digna e justa.

Além dos juizados, é mister argumentar sobre a chamada Justiça Itinerante, que tem desbravado territórios e municípios onde a prestação jurisdicional é precária ou inexistente. Com a evolução dessa justiça, capaz de levar o direito até camadas sociais bastante excluídas – como as que vivem nas florestas e nos povoados ribeirinhos – o papel social da Justiça Federal tem encontrado aceitação perante à sociedade e tem contribuído para a elevação da dignidade do Judiciário e da sociedade em geral.

5. A TEORIA CONSTITUCIONAL E A FUNÇÃO SOCIAL DA JUSTIÇA FEDERAL

Tendo relatado as questões pertinentes sobre os riscos sociais sofridos hodiernamente, sobre a globalização, sobre a necessidade de inclusão social, além de revelar a função social da Justiça Federal, oportuno se faz, nesta parte, revelar o motivo pelo qual se analisa os preceitos da teoria constitucional como elementos fundamentais para a garantia da cidadania.

Assim sendo, inicialmente, cumpre dizer que analisar determinadas argumentações significa concretizar a lei com a sua aplicação ao caso concreto. Com isso, pode-se concordar, juntamente com Eros Roberto Grau, que “interpretar o direito é formular juízos de legalidade”.¹¹

No entanto, o objetivo maior de toda essa teoria constitucional não é apenas extrair da norma o seu alcance e sentido. Mais que isso, busca-se, sim, solucionar realidades presentes na vida dos indivíduos, ou seja, pretender-se abrir as veredas que conduzem à finalidade valorativa fundamental do Direito: solucionar o conflito, com justiça, e com a participação social, realizando assim o exercício da cidadania.

¹¹ GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 155.

Para tanto, a teoria constitucional pode somar esforços com os ideais de justiça e, por meio do discurso jurídico, ser uma arma eficaz no combate às injustiças sociais, amplamente presentes na comunidade contemporânea. A ampliação do temor e receio da sociedade, fato que acarreta um alargamento da distância que conduz à cidadania e à justiça social, tem sido realizada de forma a pensar que essas expressões são mera utopia.

No entanto, não as são. A cidadania e a justiça podem se tornar reais. É uma meta a ser perseguida. É um *iter* de batalhas que precisa ser incessantemente trilhado e conquistado com o senso comum teórico e a participação da sociedade, com o escopo de resgatar o significado do que é justo, legítimo e democrático.

Diante disso, em vistas a tentar garantir o exercício da cidadania é que a teoria constitucional também pode se apresentar como um instrumento de inclusão e libertação para alcançar esta estimável finalidade social. Utilizando-se dos preceitos modernos proporcionados por essa teoria, pode-se transpassar um ponto de vista de emancipação, de libertação, de concretização e de participação social.

As idéias de concretização de direitos, de garantir a força normativa da Carta Magna, de proporcionar a participação dos cidadãos no processo de aplicação do Direito, de saber a vontade da maioria, sem, contudo, menosprezar a minoria, são sugestões de como a justiça pode ser reforçada com o apoio social. Isto porque ninguém sabe mais sobre a carência da sociedade senão ela própria. Portanto, a própria sociedade, sábia de suas necessidades, pode ajudar os aplicadores do Direito nesta busca pela inclusão social.

A teoria constitucional moderna que, muitas vezes, não tem sido aplicada, dado ao seu caráter participativo e social, pode sim vir a ser uma expressão reinante na sociedade contemporânea, desde que a consciência daquilo que é justo seja abundante na mente e no coração de todos que trabalham com a atividade de realização da justa cidadania.

Apesar das inúmeras notícias de violência e de injustiça, a teoria constitucional se vê como um abrigo que pode não só proteger a sociedade das decisões que a afligem, mas, acima de tudo, realizar o seu ideal maior: a aferição do justo e a participação social, a fim de se propiciar a relação entre o jurista-cidadão e o cidadão-jurista.

Sabe-se que a manutenção de um sistema teórico-constitucional arraigado na lógica e na formalidade jurídica, ao invés de melhorar a atuação estatal, promove efeito oposto: a ocultação de possibilidades de emancipação e libertação. A sociedade urge, portanto, de um sistema constitucional arrimado na jus-

tiça, na cidadania e em uma nova forma de interpretar, capaz de enfrentar essa problemática emergente.

Dessa maneira, ainda existe uma possibilidade de instituí-la – a cidadania. No entanto, discute-se quais as maneiras viáveis para esse alcance. Assim, que premissas o jurista deve utilizar no processo discursivo e interpretativo para realizar a cidadania? Esses questionamentos é que se pretende buscar nos próximos tópicos.

6. ASPECTOS DA TEORIA CONSTITUCIONAL – UMA ANÁLISE CRÍTICA

A teoria constitucional, pelo fato de conceder elementos e concepções produtivos para a sociedade, merece atenção especial. Os idéias de justiça, de Constituição cidadã, os aspectos semânticos do texto e a hermenêutica constitucional são apenas alguns aperitivos para o estudo dessa sistemática moderna, uma vez que se acredita que a aplicação desses teoremas sejam relevantes para a realização do papel social da Justiça Federal e da garantia de cidadania.

6.1. A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ DE REGRAS E PRINCÍPIOS

Inicialmente, cumpre informar que o significado da expressão Constituição aberta de regras e princípios refere-se à interpolação entre o texto e a realidade e ao condicionamento recíproco entre ambos. Com isso, tem-se a realidade condicionando o texto e propiciando a ele uma natureza valorativa, enquanto que este – o texto – funciona como um guia da realidade, ajudando-a a alcançar seu verdadeiro desiderato.

Diante dessas exposições, a Constituição aberta de regras e princípios apresenta o anseio de instituir uma Constituição efetivamente legítima. Para tanto, faz-se importante destacar algumas características essenciais. Primeiramente, tem-se a rejeição da pouca liberdade e a negação do cognominado interpretativismo exacerbado. Isto leva a crer que existe uma necessidade de liberdade interpretativa. Como uma maneira de robustecer este ideal, surge, também, a chamada interpretação constitucional, que é a vinculação entre o texto e os valores fundamentais da sociedade.¹²

É conveniente comentar que a defesa do constitucionalismo também adquire vital relevância para caracterizar a Constituição aberta, uma vez que uma de suas implicações é o surgimento da interpretação que lhe é atribuída (fusão entre o real e o texto). E, finalmente, a Constituição aberta precisa ser analisada

¹² Além disso, é necessário articular a idéia de Constituição aberta com o princípio democrático, pois deve ser concedida ao intérprete uma liberdade interpretativa. No entanto, esta liberdade precisa de um cerceamento, com o intuito de assegurar a harmonia entre a lei e os valores da sociedade.

como uma verdadeira lei jurídica, pois ela deve ser reconhecida como norma preceptiva e não apenas como uma norma de direção ou diretiva.

Assim, diante desses caracteres apresentados, relata-se que a Constituição aberta nega a autopoiese¹³, uma vez que ela, de forma organizada, é favorável a uma comunicação entre o texto e a realidade circundante, ou seja, uma determinação do texto pela realidade e um direcionamento desta pelo texto.

Ainda em relação à constituição aberta de regras e princípios, é importante destacar alguns comentários referentes à constitucionalização de seus preceitos, a fim de que este estudado condicionamento recíproco entre o real e o texto possa ser concretizado. Dessa maneira, a Constituição aberta tem a carência de ser articulada com dois tipos de normas: as normas-regra e as normas-princípio.

O primeiro tipo – normas-regra – é caracterizado pela segurança jurídica, pois todos os preceitos estão delineados em um texto, forçando, dessa forma, a realização de sua aplicação (postulado do *all or nothing*). É importante dizer, ainda, a natureza rígida e concreta que as normas-regra possuem, pois isso revela o seu nível de determinação. Outrossim, tem-se, também, um caráter limitador, uma vez que o texto escrito cerceia os desejos daqueles que possuem esse tipo de interesse.

As normas-princípio, por sua vez, são consideradas mais abertas, permitindo uma maior interpretação e um maior grau de liberdade do intérprete. Em consequência disso, tem-se uma maior insegurança jurídica, pois elas são mais abstratas, concluindo assim, que as normas-princípio detêm uma tendência transformadora.

Entretanto, depois de citar as características das regras e princípios, percebe-se que para uma Constituição ser bem formulada, é preciso haver uma compatibilidade entre as normas-regra e as normas-princípio¹⁴.

A argumentação *supra* referida é compreendida quando se diz que se uma Constituição fosse elaborada com base apenas em regras, o texto consti-

¹³ A noção de autopoiese refere-se ao caráter fechado de uma Constituição, a qual, por assim ser, insere-se em um contexto assistêmico de interpretação e, portanto, sem vinculação com a realidade social ou com outras searas do saber humano. No que tange ao vocábulo alopoiese, este pressupõe uma vinculação com a realidade circundante, de modo a se integrar em um contexto sistêmico, proporcionando, então, maiores perspectivas de relações com outras áreas do pensamento humano (v. g., a História, a Sociologia e a Filosofia).

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1127. Com o objetivo de sustentar essa idéia de Constituição aberta de regras e princípios e, portanto, encarar o Direito Constitucional como um sistema aberto, normativo e principiológico, é de grande receptividade o comentário que Canotilho formula a despeito deste. “O direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *law in the books* para uma *law in action* para uma *living constitution*” (grifo do autor).

tucional poderia ser classificado como hermético, ou seja, sem abertura para o real e, portanto, sem interação com a sociedade, elementos contrários à busca pela participação social e pela cidadania. Por outro lado, ela ganharia uma segurança jurídica relevante, pois obteria um conjunto de regras sob uma determinada ordem pré-estabelecida que regularia a sociedade.

Em um ângulo diametralmente oposto, se uma Constituição fosse elaborada somente com normas-princípio, a sua estrutura careceria de um necessário embasamento e de uma densificação social, mas, ao revés, ganharia uma liberdade interpretativa, propiciando assim, uma abertura do texto para a realidade.

Portanto, diante de toda essa exposição acerca da Constituição como sistema aberto de regras e princípios, pode-se inferir que, de um modo mais sintético, o modelo mais viável e razoável de Constituição, contemporaneamente, seria o modelo de sistema aberto e espacial, em que a integração entre regras e princípios constitui seu fundamento primordial.

Se a sociedade atual, inserida no contexto de pós-modernidade, é caracterizada pela presença de riscos sociais, nada mais justo e proporcional adotar uma Constituição baseada em regras e princípios, os quais podem ser focos de uma interpretação mais proporcional, equilibrada e garantidora de fundamentos constitucionais como a cidadania.

Este sistema aberto e espacial é o sistema em que há, efetivamente, a fusão entre o texto e a realidade, considerando que os princípios tenham uma função relevante, mas ao mesmo tempo, que concedam espaço a um fechamento mínimo das regras, a fim de que essa Constituição possua a aspiração de ser eminentemente legítima. De tal forma, seria mais “conveniente” criar um espaço constitucional formado de normas políticas e jurídicas, através da interação entre a parte escrita e a parte real, ou seja, a formulação de uma Constituição Espacial.

6.2. A FUNÇÃO SOCIAL DA JUSTIÇA E AS CONTRIBUIÇÕES DE JOHN RAWLS E JÜRGEN HABERMAS

Diante da pluralidade de opiniões que norteia a sociedade pós-moderna, observa-se que o pluralismo e o multiculturalismo nessas sociedades complexas estão em crescente evidência. Assim, a integração social satisfatória depende cada vez mais de dois fatores: a eficácia do direito e, principalmente, a eficácia de sua própria justiça.

Malgrado o conhecimento desses dois fatores, verifica-se que, com a elevada evolução da sociedade contemporânea, juntamente com as desigualdades que lhe são peculiares, a eficácia jurídica e sua justiça andam de forma descompassada e desequilibrada. É bem verdade que a eficácia do direito é dependente da minimização da complexidade, enquanto a justiça já se encontra bem mais complexa.

O Direito, ora abordado, é um mecanismo de libertação que se constrói com a união dos povos e que se forma a partir de uma integralização das expressões de uma comunidade moralmente política¹⁵; é um conjunto de disposições normativas que devem ser interpretadas de forma correta. A busca incessante pela libertação e segurança é um desígnio que deve estar intimamente ligado com a expressão da sociedade civil, a fim de que o aprisionamento humano às idéias regulatórias seja satisfatoriamente afastado.

Note-se que o caminho que se tem a percorrer para chegar a uma sociedade mais livre e protegida dos riscos sociais é bastante árduo. A luta pela justiça social é, portanto, complexa. Para isso, é de fundamental relevância a associação de elementos que possam facilitar este caminho, como a participação social e cidadania, o assistencialismo estatal, o pluralismo e a democracia, por exemplo.

Tendo presentes estas perquirições, é preciso acreditar que a eficácia do direito, juntamente com os seus modernos métodos interpretativos, e a própria justiça social, são eficazes instrumentos de emancipação ética contra a constante regulamentação que a sociedade vem sofrendo. Outrossim, acredita-se que a formação de uma sociedade pluralista, democrática e participativa no discurso jurídico e a própria função da hermenêutica constitucional, enquanto ciência produtora de técnica de interpretação, também são mecanismos necessários para se alcançar a justiça social.

Verifica-se, assim, que a função social implica ações que têm a necessidade de serem executadas, respeitando e valorizando a sociedade enquanto destinatária dessas ações, com o fito de atingir o objetivo estimado, qual seja, a realização da justiça social, e valorizando os direitos fundamentais dos cidadãos.

A função social, nessa lógica, refere-se a uma essencialidade que une a instrumentalidade estatal e o compromisso com a realização do bem comum,

¹⁵ Dworkin, Ronald. Uma Questão de Princípios. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 213.

sempre respeitando os valores morais e a dignidade humana. Encontram-se, portanto, presentes na função social a atitude de mudança e o dever de agir, imprescindíveis para a promoção da cidadania, da participação e da justiça.

Nesse diapasão, cresce a noção de justiça social. Faz-se imprescindível, pois, tecer comentários acerca da teoria da justiça social. Por justiça social entende-se uma categoria jurídico-social onde a sociedade tem o dever de contribuir e trabalhar para que cada indivíduo possa receber o proveito de suas necessidades reais básicas. O Estado, na figura do Poder Judiciário, tem papel importante nessa distribuição de justiça, pois como parte integrante da sociedade deve também assumir uma posição ativa nesse dever social.

Como um dos maiores doutrinadores, não se poderia deixar de abordar as idéias de John Rawls sobre a concepção da justiça social. A cooperação social, fonte propagadora de benefícios, é elemento relevante na teoria do referido autor.

A teoria da justiça de John Rawls, assim, pretende ser uma alternativa para as camadas sociais que mais precisam de eficiência para ver seus ideais estabelecidos na sociedade contemporânea. Estudando a sociedade como uma cooperação social para a realização do bem comum, naturalmente que conflitos não de existir. Os interesses de um cidadão, quase sempre se chocam com outros, uma vez que pode haver a concordância ou não sobre a repartição dos benefícios e dos ônus gerados no convívio social.

Nesse foco de discussão é que surge a teoria da justiça de John Rawls. Os princípios dessa teoria, então, surgem como forma de se conceder aos cidadãos conflitantes partes distributivas de justiça. Surge, assim, a noção de justiça social. Uma teoria baseada na distribuição equitativa de benefícios e encargos de cooperação social.

Para Rawls, a justiça social é composta de dois princípios básicos:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam, ao mesmo tempo, consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos. ¹⁶

¹⁶ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Justiça e Direito). p. 64.

Diante desse entendimento, extrai-se que esses princípios são aplicados à estrutura básica da sociedade, presidem a atribuição de direitos e deveres e, por fim, administram as vantagens sociais e econômicas oriundas da cooperação social.

Destarte, observa-se profundamente o caráter substancial dos princípios da justiça social, contrariamente a uma mera formalidade. É por isso que se pode afirmar, com propriedade, que a preocupação de John Rawls é a estrutura básica da sociedade, ou seja, a forma como as instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais elencados pela Constituição, bem como a determinação das vantagens geradas pelo corpo social.

É de se perceber que a equidade encontra-se presente no pensamento do autor. Pode-se, então, mencionar que a busca por essa distribuição de justiça e pela formulação de idéias e objetivos centrais e igualitários são importantes para a formação de uma verdadeira democracia constitucional, em que a justiça social aparece como um alicerce fundamental.

A presença assistencial e participativa da sociedade, na teoria de Rawls, é essencial para a caracterização da justiça social. A democratização dos espaços de opinião e decisão por parte da sociedade é, pois, um fator de distribuição igualitária de direitos e obrigações. É, em suma, uma real contribuição de instituição de uma justiça presente, verdadeira, eficaz e conjunta.

Aperfeiçoando as concepções de Rawls, é de se ressaltar também as contribuições magistrais de Jürgen Habermas. Por meio de uma abordagem reconstrutiva, que analisa o direito como um centro convergente de moralidade, ética e política, Habermas vem propor um novo modelo de justiça participativa.

Consciente de que a sociedade ainda tem muito a evoluir, Habermas promove um discurso jurídico fulcrado na participação, no pluralismo social e na efetiva relação procedimental entre o direito e a sociedade. Pretende Habermas, através da teoria discursiva, fornecer uma construção dialógica e moral, reforçando o contrato social hobbesiano, kantiano e rawlsiano, com o consenso, acoplando a isso uma argumentação oriunda de bases sólidas de comunicação social.

Diante disso, verifica-se que Habermas preceitua que um acordo comunicativo implica submissão voluntária a algumas restrições normativas imanentes à prática discursiva. Aqui, a teoria da ação comunicativa amolda-se ao ordenamento jurídico para alcançar um patamar de equilíbrio, pois as normas jurídicas precisam ser obedecidas e analisadas conjuntamente com a capacidade discursiva e persuasiva dos cidadãos.¹⁷

¹⁷ HABERMAS, Jünger. *Direito e Democracia: entre a faticidade e validade*. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. p. 46.

Examina-se, nessas concepções, que Jürgen Habermas é favorável ao sistema alopoiético, o qual consigna o direito como um sistema aberto que opera dependentemente de outros sistemas. O direito não é ciência fechada ou independente, mas insere-se num sistema de *inputs* e *outputs*, favoráveis à vida social. A proposta habermasiana de instituir o direito como um elo entre o sistema e o mundo da vida, faz com que o fenômeno jurídico esteja mais conectado com a sociedade, a ponto de ser colocado como uma condição imprescindível do próprio sistema.

A procedimentalização arrimada no discurso jurídico é, sem dúvida, uma proposta coerente com o tipo de sociedade formada na pós-modernidade. Ao interpretar as normas jurídicas, cada cidadão é parte relevante nesse processo, onde se discute as diferentes noções interpretativas, capaz de promover o exercício da cidadania e da justiça social.

Não é irrelevante explicar que os princípios da isonomia, da igualdade jurídica, da dignidade humana, da razoabilidade e da proporcionalidade – só para citar alguns – são legitimados com o resgate de um direito construído discursivamente sob o paradigma procedimental da sociedade. Nesse sentido, a justiça social é também edificada sob um prisma participativo da sociedade.

Portanto, a função social da justiça encontra guarida na sociedade pós-moderna. Diante dos riscos sociais vividos, a justiça social precisa ser realizada. A noção de justiça, de participação, de cidadania, enfim, de procedimentalização, necessita cada vez mais de intensificação, para que o Poder Judiciário, enquanto solucionador de conflitos, possa proferir decisões corretas, éticas e eficazes, sempre com o escopo de produzir a justiça que a sociedade realmente merece.

6.3. A DIALÉTICA E SUA RELAÇÃO COM O CONHECIMENTO, A INTERPRETAÇÃO E A HERMENÊUTICA

Conhecimento, interpretação e hermenêutica são vocábulos que merecem análise de forma integrada, haja vista que o hermeneuta, ao interpretar uma norma jurídica, exerce uma atividade fulcrada no conhecimento.¹⁸

¹⁸ Pode-se revelar, então, que todo processo cognitivo é uma interpretação do real, daquilo que se vê e estuda, enfim, da realidade. Assim, percebe-se o nível influenciador que a realidade exerce no processo de interpretação. Dessa forma, o processo de conhecimento é considerado como uma elevação, ao âmbito do pensar, da percepção imediata da realidade.

Sabe-se que a realidade apresenta duas consideráveis vertentes quando entra em contato com o processo de conhecimento. Nas palavras de Márcio Augusto Vasconcelos Diniz, tais vertentes recebem o nome de reação e interpretação. A primeira refere-se ao enfoque estritamente ligado ao instinto do intérprete, enquanto a segunda relaciona-se com a transposição, para a seara do saber, do contato preliminar com a realidade circundante.¹⁹

A atividade interpretativa é o *locus* onde se desenvolve todo o conhecimento. É no plano interpretativo que o objeto eleva-se ao plano do pensar. Assim, infere-se que a interpretação é o estágio dinâmico e racional do conhecimento da realidade e de apreensão do sentido e alcance das expressões jurídicas. É uma atividade do *logos* e que se exterioriza por meio de um processo discursivo, lingüístico e comunicativo, capaz de exprimir o verdadeiro e o falso, o justo e o injusto, e até mesmo inserir a sociedade no processo de decisão..

Tendo proferido essa explanação, percebe-se que a interpretação e o processo de comunicação implicam-se reciprocamente, pois ambos pressupõem um processo dialético – o conhecimento – inserido em uma dimensão cultural humana, a qual este revela seu fundamental valor: o saber.

Destarte, a hermenêutica, cujo significado remete-se à Grécia, principalmente com o deus grego Hermes, significava um processo de tornar conhecível algo que estivesse oculto ou revelar informações sobre algo escondido. Etimologicamente, *hermeneia* significava o ato de enviar mensagens, buscando a elucidação e a compreensão do sentido da palavra.²⁰ Disso resulta a afirmativa de que a hermenêutica é a atividade que estuda os enunciados a serem aplicados pela interpretação, ou seja, uma teoria que promove, abstratamente, os métodos e princípios de interpretação.

Após tecer essas breves considerações, o leitor pode estar percebendo que a hermenêutica e a interpretação não são expressões sinônimas. Malgrado o entendimento de ambas as expressões serem similares – não raro há autores que as utilizam como uma coisa só – a interpretação e a hermenêutica apresentam cruciais distinções. É conveniente articular, aprioristicamente, a diferenciação entre ambas, a fim de melhor aclarar as idéias suscitadas *supra*. Tal questão fundamenta-se no fato de que a hermenêutica e a interpretação conduzem a caminhos intelectuais diferenciados.

¹⁹ DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998. p. 197.

²⁰ DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*.p. 201.

Nesse sentido, a diferença entre interpretação e hermenêutica reside no fato de aquela se referir à atividade pragmática de extração dos significados da norma, a partir de postulados estabelecidos pela hermenêutica, segundo um caso concreto; enquanto a hermenêutica é uma ciência abstratamente considerada e que proporciona a criação dos métodos e princípios a serem respeitados e aplicados pela interpretação.

A hermenêutica possui, como se depreende da exposição acima, um caráter mais amplo, abrangendo, assim, os métodos que dela são provenientes e que vão instrumentalizar a ação interpretativa no caso concreto, sendo, portanto, uma via preestabelecida em caráter abstrato. A interpretação, contudo, é mais restrita, pois surge com o caso em análise e sempre concretizando os subsídios emitidos pela hermenêutica.

Portanto, pode-se dizer que a dialética do conhecimento, da interpretação e da hermenêutica são bastante interligadas, devendo, assim, ser entendidas conjuntamente. É dessa forma que se afirma que não existe processo de conhecimento sem uma interpretação da própria realidade. E, também, não existe legítima interpretação sem se utilizar o conhecimento sobre algo, da mesma forma que não existe hermenêutica sem que o ato de conhecer esteja ligado ao ato de interpretar, pois a atividade hermenêutica é dependente do *logos* do ser humano, que por sua vez é movido pela dialética.

6.4. A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A hermenêutica constitucional e seus modernos métodos e inovadores princípios podem possibilitar uma interpretação aberta, alopoiética e criadora, capaz de, ao garantir a máxima eficácia de suas normas pelo discurso jurídico, concretizar o Direito e realizar a cidadania e a justiça.

Na consecução desse mister, utilizando-se da hermenêutica constitucional alemã e americana²¹, pretende-se desvendar a existência de um Direito jungido

²¹ Com a referência da hermenêutica alemã e americana, uma questão poderia ser despertada: Por que estudar a hermenêutica alemã e americana, e não a brasileira? É certo que a Alemanha e os Estados Unidos estão inseridos em um contexto social muito mais organizado que o Brasil. No entanto, não se pretende, com este texto, trazer os métodos hermenêuticos dos países acima referidos para dominar e esquecer a hermenêutica brasileira, mas, sim, trazer os seus elementos e subsídios de destaque para o âmbito normativo brasileiro, de forma a influenciar o Brasil a pensar sob uma ótica mais organizada e compatibilizada na sua atividade interpretativa e, conseqüentemente, concretizadora de direitos fundamentais. Somente se espelhando em países já organizados e dotados de resultados louváveis, é que se almeja crescer e desenvolver uma capacidade que pode mudar o modo de dizer o direito no Brasil e, assim, realizar a justiça social e a cidadania.

por um valor ético de concretização dos direitos fundamentais, de proteção do cidadão e de afirmação do justo, ou seja, de garantia de emancipação da norma jurídica, tornando-a cada vez mais vinculada à realidade social que visa a regulamentar, para, assim, ser capaz de proteger o homem das injustas decisões.

Com essa hermenêutica criadora do Direito é que se pretende proporcionar valores de grande valia para a sociedade, como a justiça, a ética, a moral, a democracia e a cidadania. Isto é que será abordado nas próximas explicações.

6.4.1 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NA DOCTRINA ALEMÃ

6.4.1.1 A TÓPICA EM THEODOR VIEHWEG

Theodor Viehweg foi responsável pela renovação da hermenêutica contemporânea, ao ser um dos impulsionadores do desenvolvimento do método tópico-problemático de interpretação.

O restabelecimento da tópica, empregada desde os tempos de Aristóteles e Cícero, caracterizou-se por ser um fator de relevância na deflagração do pensamento de Viehweg, uma vez que ele a utiliza como uma técnica de interpretação do Direito. O método tópico-problemático, pois, fundamenta-se na tópica, que consiste em analisar o problema a partir de questões retóricas denominadas de *topoi*.

Assim, o *topoi*, também conhecido como *loci*, é analisado como pontos de vista de caráter pragmático de justiça e consiste em meios de argumentação sobre uma determinada dificuldade, sendo utilizados para o intento de proporcionar debates acerca do problema. Em outros termos, Viehweg considera a tópica como “uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica. Ela se desdobra numa contextura cultural que se distingue claramente nas menores particularidades de outra de tipo sistemático dedutivo”²²

Diante disso, a tópica consiste em um estilo de pensar por problemas presentes na sociedade, sendo desenvolvida por meio da retórica. Nada mais é que uma *techne* mental que se orienta para o problema, volvida para a determinação razoável do justo e para a solução peculiarmente adequada a cada caso concreto. Tanto é assim que Paulo Bonavides revela, nos seguintes termos, que a tópica é:

²² VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de imprensa Nacional, 1979. p. 17.

Uma técnica de investigação de premissas, uma teoria da natureza de tais premissas bem como de seu emprego na fundamentação do direito e, enfim, uma teoria de argumentação jurídica volvida primariamente para o problema, para o caso concreto, para o conceito de “compreensão prévia” (*Vorverständnis*), único apto a fundamentar um sistema material do Direito, em contraste com o sistema formal do dedutivismo lógico, carente de semelhante fundamentação²³

Para tanto, o método tópico considera que a lei constitucional possui natureza alopoiética, fragmentária e indefinida que, refletindo-se sobre o caso individualizado, pode-se obter variados pontos de vista e diversas soluções para o problema prático, transformando, assim, a atividade interpretativa em um processo aberto de argumentação.²⁴

A partir disso, o problema é discutido e estudadas são as suas imagináveis composições para o caso concreto, sabendo-se que a conclusão se forma por meio de avaliações das fundamentações dos argumentos favoráveis e desfavoráveis das distintas soluções, sendo que a sua escolha para o problema será aquela que se torne a mais viável, adequada e razoável possível.

Destarte, o método tópico-problemático, ao gravitar em torno de questões concretas, aponta para a pluralidade de respostas em diferentes sistemas. Diante disso, Viehweg propõe algumas respostas para um posicionamento mais emancipatório face aos fatos sociais por parte dos operadores jurídicos.

Assim, o problema é aqui entendido como toda questão que, superficialmente, admite várias respostas e que requer, necessariamente, uma noção preliminar, de acordo com a qual incorpora a feição de assuntos que precisam ser refletidos e para os quais precisa de um comprometimento na tentativa de alcançar uma resposta como solução.²⁵

²³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional Positivo. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 454.

²⁴ Theodor Viehweg apresenta uma distinção entre dois graus de tópica. De acordo com o primeiro, deve-se proceder a uma escolha não-democrática de múltiplos pontos de vista que, de uma forma ou de outra, acabam transformando-se em habituais, na tentativa de buscar, a partir destes, uma orientação através de determinados sentidos comuns, ou seja, deve-se realizar uma orientação por intermédio de requisitos objetivamente adequados e coerentes, a fim de proporcionar conseqüências esclarecedoras. É a chamada tópica de primeiro grau. Em relação ao segundo grau, este se constitui quando o primeiro grau se apresenta insuficiente em sua função. Diante disso, busca-se um apoio em um repertório de pontos de vista que já se encontrara previamente estabelecidos, os quais são adequados a dificuldades determinadas. Dessa maneira, criam-se os catálogos de tópicos. Esta é a tópica de segundo grau. (VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. p. 36).

²⁵ VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. p. 34.

A tópica, centro do estudo hermenêutico do método de Viehweg, possui alguns elementos característicos. São eles: o problema, os *topos* (plural de *topoi*) e a legitimação das premissas suscitadas pelo pensamento tópico.

O primeiro elemento refere-se aos pontos que apresentam raciocínios divergentes acerca de determinado assunto. O problema é o ponto de partida do pensar tópico. Dessa forma, os fatos reais da vida social – como a falta de cidadania e da participação popular – são vistos como o início de uma jornada de pensamentos que têm como finalidade a transposição desses conflitos.

O segundo diz respeito aos argumentos alcançados no momento da solução dos conflitos, os quais podem ser entendidos como possibilidades de direcionamento e como elos condutores da ponderação do intérprete. Por isso, diz-se que o *topoi* possui seu real sentido quando interposto ao problema, visando adequar o caso concreto a uma solução justa e cidadã.

Por fim, o terceiro elemento alude à validação dos fundamentos que servem de sustentação e afirmação dos argumentos propostos para elidir os litígios da sociedade, uma vez que a tópica se preocupa, essencialmente, com as premissas utilizadas para decidir o conflito, dentre as quais se elegem as mais apropriadas e que são necessárias para uma melhor solução do caso.

O método tópico-problemático de Theodor Viehweg, dessa forma, coloca o Direito como uma técnica de resolução de conflitos, a qual se aplicará ao caso concreto elementos argumentativos (*loci*) que propiciam uma melhor solução dos problemas da realidade social. O *topoi*, dessa maneira, é considerado como uma forma na qual o intérprete, utilizando-se do senso comum, dos lugares comuns e da sua pré-compreensão, justifica e legitima a aplicação de uma norma ao problema.²⁶

Portanto, a dinâmica da vida societária em permanente transformação e sempre a exigir um ânimo crítico dos intérpretes, somente propicia a confirmação de que o caso concreto é o fundamento da decisão tópica dos conflitos. E é assim que o método tópico-problemático objetiva concretizar um direito baseado na idéia de construção da solução para cada problema no caso concreto. É a busca de respostas, a partir do diálogo argumentativo do caso individual, que caracteriza o método tópico de interpretação.

²⁶ Além dessas considerações, é oportuno revelar que a técnica em análise relaciona-se com o pensamento dedutivo, distanciando-se, assim, do pensamento sistêmico. Isto porque o dedutivismo é caracterizado por uma solução do problema que tem início na generalidade e fim na individualidade, enquanto o indutivismo, de modo contrário, inicia-se na particularidade e se finda na generalidade. Isto significa, portanto, que existe uma maior vinculação do direito à realidade, já que o caso concreto é utilizado com direcionador da atividade do intérprete conforme o problema.

6.4.1.2 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO EM KONRAD HESSE

Ao defender a tese de que texto e realidade devem estar integrados para que se tenha a experiência de usufruir uma Constituição satisfatória e duradoura, Konrad Hesse contribui com um novo pensamento para a hermenêutica constitucional, idealizando que a atividade interpretativa deve sopesar a força normativa que a Constituição apresenta, passando a encará-la como uma verdadeira norma imperativa.

Assim, Hesse estabelece que, ao lado do poder dos fatos (força material), existe um poder jurídico, demonstrando a sua capacidade e instrumentalidade de organização e transformação da realidade social. É nesse ínterim que surge a idéia de força normativa da Constituição. A atividade interpretativa, por sua vez, possui relevância para a consumação e prevenção dessa força normativa da Constituição.

Nesta análise, a hermenêutica que se pretende buscar é aquela atividade que, adequadamente, consegue consolidar o processo de concretização da norma de forma satisfatória. Ademais, a concretização tem como objeto o sentido da proposição normativa, de forma a inseri-lo nas reais condições que prevalecem em uma certa situação social.²⁷

Entretanto, para que a força normativa aliada à atividade hermenêutica seja vantajosa e eficaz, é necessário o preenchimento de alguns importantes requisitos, os quais serão pormenorizados a seguir.

Primeiramente, deve-se buscar um *condicionamento recíproco entre o texto (Constituição jurídica) e a realidade político-social*. Para que possa haver essa integração, é mister a superação do isolamento entre o texto e a realidade. Com esse propósito, vem a lume a hermenêutica constitucional, que visa a explicar o sentido normativo, sem, contudo, proporcionar a perda de sua eficácia, além de demonstrar os vínculos materiais da norma, com o fito de superar a dicotomia entre a Constituição formal e a Constituição material.

²⁷ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 15. Sobre a relação entre a Constituição e a realidade social, o autor revela que “a Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo de condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas”.

Diante dessas constatações, Hesse propõe o fim dessa prejudicial separação através da busca de um equilíbrio entre a normatividade e a realidade, ao revelar, *expressis litteris*, que: “faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade de outro”.²⁸

Para tanto, ambos os lados – texto e realidade – precisam construir uma mútua correlação. Isto porque o processo de concretização é caracterizado como um ato de construção da norma, sendo influenciado por elementos intrínsecos e extrínsecos ao próprio texto. Além disso, a norma possui uma pretensão de ser aplicada na realidade, e tal pretensão de eficácia, para ser consolidada, precisa considerar os substratos econômicos, culturais e sociais da realidade vigente, assim como as concepções e valores imperantes na sociedade.

Note-se, aprioristicamente, que essa relação de reciprocidade entre norma e realidade não deve ser analisada isoladamente, tampouco confundida. Deve, outrossim, ser vista sob uma ótica de harmonia e coordenação. Ademais, a compreensão prévia do intérprete necessita de um fundamento teórico-constitucional. Nessa etapa, o intérprete analisa o conteúdo da norma a partir de uma compreensão estabelecida precedentemente, de modo a lhe permitir contemplá-la desde certas expectativas, tais como, o seu modo de ser e pensar e suas convicções.

Nesse contexto de correlação entre a atividade interpretativa e o caráter preceptivo da norma ápice, faz-se preciso analisar *os limites e as possibilidades da atuação da Constituição jurídica*. Esta, por não ser absolutamente autônoma, encontra-se sujeita aos limites da realidade. Isto significa que a Constituição jurídica deve buscar arquitetar o futuro com base na realidade presente, não podendo ignorar as leis econômicas, sociais, políticas e culturais dominantes na sociedade.

Entretanto, conforme relatado, a força normativa não se revela como uma simples adequação à realidade. A própria hermenêutica constitucional apresenta a função de preservar e assegurar esse caráter imperativo da Constituição.²⁹

²⁸ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. p. 14.

²⁹ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. p. 22. Afirma o autor: “A interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm)”.

Assim, para concretizar efetivamente a ordem imposta pela norma jurídica, a população precisa se orientar segundo os critérios juridicamente estabelecidos, isto é, faz-se imprescindível que a população se disponha a concretizar a Constituição e a garantir o seu exercício – o que Hesse denomina de vontade de Constituição –, que nada mais é senão uma realização da cidadania.

Tal consideração significa que a sociedade precisa compreender a importância de possuir uma ordem normativa que proteja o Estado contra o arbítrio daqueles que o dirigem e perceber que tal ordem constituída é mais que uma ordem justificada pelos fatos. Ademais, faz-se mister a consciência de que essa ordem só será eficaz se houver uma atuante participação da vontade humana, numa atitude de assumir e cumprir as tarefas colocadas pelo Estado.³⁰ Este é o real espírito da cidadania.

Finalmente, é oportuno analisar os *pressupostos de eficácia da Constituição*, possibilitando o desenvolvimento da melhor forma possível da sua força normativa, que, na verdade, é imprescindível para emancipar a sociedade das injustiças que a afligem. Dessa forma, a Constituição deve buscar retratar a realidade presente, absorvendo os valores dominantes de seu tempo e os fatores políticos, econômicos e sociais vigentes, para que, assim, as normas constitucionais possuam o apoio da consciência geral.

Sem embargo do exposto, as normas constitucionais devem ser formadas por um pequeno rol de princípios fundamentais, a fim de que possam ser capazes de se desenvolver durante os momentos de mudança da realidade, sem, contudo, instaurar uma insegurança jurídica. Outrossim, para que possa manter a força normativa de seus princípios fundamentais e, assim, possibilitar a segurança jurídico-social, a Constituição não deve se fundamentar em uma estrutura unilateral. Uma Constituição que estabelece direitos fundamentais não pode deixar de, ponderadamente, incorporar alguns deveres³¹, sob pena de estar ultrapassando os limites de sua força imperativa.

Vale, contudo, descrever que de nada adianta um texto normativo ideal se não houver uma efetiva prática constitucional. Para tanto, é mister a preservação

³⁰ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. pp. 19-20.

³¹ Tal afirmação significa que se o ser humano tem direito a uma decisão justa e coerente sobre a sua pretensão, deve ele zelar pela leal contribuição com a justiça, provando sem dilações a sua pretensão, agindo com ética e boa-fé em todas as fases do processo, revelando sempre a verdade e contribuindo para o bom e perfeito andamento processual, a fim de que o seu petitum seja julgado de forma rápida e justa. Portanto, não somente tem o direito de obter tal decisão, mas, acima de tudo, possui o dever de contribuir para a sua prolação (realizar a cidadania).

da já analisada vontade de Constituição, ou seja, deve-se procurar respeitar e obedecer à ordem constitucional vigente. E isso é realizado com uma adequada hermenêutica constitucional.

Portanto, a relevância do método hermenêutico-concretizador de interpretação e a própria hermenêutica constitucional residem no fato de ser ele um dos elementos constituintes do processo de densificação das normas constitucionais, tornando-as atualizadas, dinâmicas e duradouras, e ser ela a propulsora de eficácia dessa força cogente, pois se acredita que a interpretação constitucional pode revitalizar o vigor dos preceitos legais existentes na Lei Maior, proporcionando, assim, uma estabilidade social.

6.4.1.3 A CONCRETIZAÇÃO RACIONALISTA EM FRIEDRICH MÜLLER

Friedrich Müller concedeu à hermenêutica constitucional inúmeras contribuições, especialmente ao analisar o método concretista-estruturante de interpretação. A teoria estruturante do Direito de Müller abriu um novo caminho hermenêutico, especialmente, no que tange à leitura do texto constitucional. Além disso, com suas idéias e intenções Müller foi um dos responsáveis por estruturar o processo de concretização da norma.

De acordo com a sua proposta metodológica, ao avaliar o método concretista de interpretação, faz-se menção a um critério de compreensão da normatividade constitucional que, de certa forma, apresenta uma tendência a se distanciar da tradição positivista. Assim, Müller revela que o texto da norma não é simplesmente a norma, mas sim uma forma ou exemplo de ordenação que se expressa por intermédio da atividade lingüística, cujo significado fundamental só se revela no exato momento da atividade de concretização do preceito normativo.

Destarte, faz-se preciso conhecer o sentido da concretização para Müller, associando-o ao seu objeto: as normas constitucionais. Assim, Müller menciona, de forma minuciosa, o significado do processo de concretização, ao revelar, *ipsis litteris*, que uma “norma não é (apenas) pendente de interpretação porque e à medida que ela não é ‘unívoca’, ‘evidente’, porque e à medida que ela é ‘destituída de clareza’ – mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício)”.³²

³² MÜLLER, Friedrich. Métodos de Trabalho do Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. pp. 61-62.

Diante desse entendimento, pode-se dizer que Müller desenvolve a idéia de interpretação como um elemento criador do Direito, nascendo do caso concreto e no momento em que o processo de concretização é efetivado. A adoção do concretismo constitucional, portanto, permite a reunião da realidade fática com o sistema normativo e a construção de uma metodologia volvida para a realidade sócio-jurídica.

Nessa perspectiva, a idéia principal que se forma é que a hermenêutica constitucional, através do concretismo, apresenta o objetivo não só de compreender o texto da lei, mas de agir e de se dedicar fielmente às lides sociais surgidas no caso concreto, assim como julgá-las com justiça, pois a atuação do intérprete no ato criativo do Direito é fundamental.

É de assinalar que o método de Müller possui certa semelhança com a tópica. No entanto, o pensamento tópico, neste método concretizador, sofre algumas restaurações, a fim de que se possa atender aos resultados propostos, qual seja, desmistificar o entendimento de que a norma jurídica é algo acabado, imutável e rígido. Em razão disso, urge que se revele em poucas linhas o sentido que Müller menciona acerca do significado da norma. Ora, se o preceito legal não é ríspido nem pronto e, muito menos, acabado, que é, afinal, a norma jurídica? Questão bastante estimulante é entender o sentido real que Müller concede à norma.

Sendo assim, ele a considera como algo que transcende o texto, ou seja, a concretização da norma adquire novas direções e orientações, a ponto de ir além da hermenêutica textual. Nota-se, assim, que o processo de concretização apresenta uma abrangência admirável, já que busca alcançar vários elementos necessários para a realização do Direito e para a consecução da cidadania.³³

Note-se, cuidadosamente, que o método concretista proposto por Müller apresenta alguns elementos primordiais, a saber: o fato social, o programa normativo (produto de um processo inacabado de concretização, em que se dá o estudo das informações lingüísticas) e o âmbito normativo (espaço em que se analisam as informações reais e em que se agregam manifestações da realidade social).

Isto proporciona uma importante reflexão, pois significa que o texto constitucional não possui um significado independente e peculiar, já que somente atinge sentido absoluto quando unido à realidade social, fato que evidencia a

³³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. p. 456.

importância do intérprete no ato concretizador, uma vez que ele próprio acrescenta ao programa normativo a sua sensibilidade, a sua compreensão da realidade e a sua posição de cidadão.

Nesse sentido, o Direito não se apresenta como um simples texto nem como uma pueril realidade diante do problema, uma vez que o momento da aplicação da lei ao caso concreto é que caracteriza, consubstancialmente, o momento da criação do texto e da Constituição. O intérprete, arrimado na sua visão de mundo, cria algo a mais que a norma, mas sempre fundamentando suas decisões, com o intuito de proporcionar a segurança jurídica.

Assim, procede-se à chamada *criação judicial do Direito*, pois o legislador cria a lei e não o Direito, já que este é criado quando se vincula a lei ao caso concreto. Diante dessas considerações, é de fundamental importância proporcionar alguns destaques quanto ao pensamento estruturante, normativista e concretizador de Friedrich Müller.

Primeiramente, pode-se aludir que a primazia à normatividade é um ponto essencial no seu entendimento. Sendo assim, considerando a normatividade como algo que precisa ser precedentemente analisado, algumas conseqüências são formadas: a primazia almejada tem o intuito de equilibrar a normatividade com o problema proposto, não concedendo nenhum privilégio a ambos, mas, antes de tudo, igualando-os no processo de concretização.³⁴

Observa-se, assim, que o método adotado por Müller objetiva organizar e configurar a realidade social através da pré-compreensão do sentido do texto pelo intérprete, a quem é atribuída a função de concretizar a norma a partir de uma situação histórica constituída. Dessa forma, a interpretação resultante desse processo enfatizará o relacionamento entre o texto e o contexto, permitindo contemplar a norma a partir de certas expectativas, qual seja, o modo de ser e pensar do intérprete, as suas convicções e as circunstâncias que o envolvem nesta encantadora missão jurídica. Processa-se, portanto, uma verdadeira construção da norma e do Direito.

6.4.1.4 A INTERPRETAÇÃO PLURALISTA E PROCEDIMENTAL EM PETER HÄBERLE

Acreditando na tese de que a Constituição e a realidade social são elementos inseparáveis e inerentes à própria atividade hermenêutica, Peter Häberle

³⁴ Nota-se que, ao tentar equilibrar a normatividade e o problema, Friedrich Müller é instigado a dar maior destaque à normatividade, mas nunca a põe acima do problema. Tal primazia, pois, é necessária para que ela possa ser compatibilizada com o problema, que, no pensar de Theodor Viehweg, encontrava-se em um patamar mais elevado que aquela. Assim, obviamente a normatividade precisava de uma exaltação.

reconhece o caráter democrático e aberto da interpretação ao buscar alargar o campo de intérpretes da Constituição.

Nessa perspectiva, Häberle procura desenvolver a idéia de que o campo interpretativo não é composto apenas por um corpo clássico de intérpretes, mas por todos os cidadãos, fato que enseja uma busca por uma espécie de democratização do espaço de interpretação constitucional.

A partir desse pensamento, pode-se revelar que as normas constitucionais devem ser interpretadas segundo a concepção que cada indivíduo oferece. Tal fato leva a crer que cada cidadão, indistintamente, possui um lugar reservado no ato de extrair do preceito legal o seu sentido, sendo que o real significado da norma constitucional somente se efetiva quando a democratização dos espaços de interpretação e a participação social encontram-se estabelecidas nesse processo.

Esta consideração encontra subsídio na afirmação de Pater Häberle, que, corroborando uma concepção interpretativa estribada na democratização da interpretação constitucional, revela, *in verbis*, que: “cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação (*interpretatorische Produktivkräfte*); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (*Vorinterpretieren*)”.³⁵

Diante disso, todos aqueles que participam da sociedade, como os cidadãos, os grupos populares, as associações e os órgãos estatais, representam forças de interpretação que não podem ser desconsideradas. Assim sendo, ao ponderar que todos esses integrantes da comunidade participam do ato interpretativo, pelo menos como pré-intérpretes, está-se revelando que a democratização da interpretação atinge um grau elevado e, portanto, pluralista, uma vez que proporciona aos indivíduos a participação na vida política do país.

Nesse contexto, verifica-se que a cidadania encontra mais uma base de sustentação. O ato de participação dos cidadãos no processo de interpretação, concedendo opiniões e pareceres, faz com que o Judiciário Federal se aproxime da visão social de justiça, além de proporcionar a realização da cidadania e a inclusão social das camadas menos favorecidas.

Em relação à “procedimentalização” dos espaços de interpretação, é de fundamental importância refletir sobre os intérpretes oficiais e não-oficiais da Constituição citados por Häberle. Os primeiros, intérpretes oficiais, referem-se

³⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 14.

aos participantes do processo de *decisão*, enquadrando neste rol, os magistrados (juizes federais, por exemplo) e o próprio Estado; enquanto os segundos, intérpretes não-oficiais, dizem respeito aos participantes do processo de *opinião*, em que se fazem presentes, os verdadeiros destinatários do texto constitucional, a saber, a sociedade plural e democrática.

Sobre os intérpretes oficiais, desde há muito a interpretação constitucional apresenta-se intimamente ligada a um protótipo interpretativo caracterizado por uma sociedade autopoietica, o que tem proporcionado uma grande redução no domínio de verificação do sentido mais correto da norma jurídica. Isto porque essa sociedade fechada concentra sua capacidade hermenêutica no âmbito dos magistrados, além de se engajar em procedimentos essencialmente formais e desgastantes.

Forma-se, assim, um descompasso nítido entre o texto constitucional e a realidade social ao restringir a participação da população no processo de interpretação, cerceando, consubstancialmente, a liberdade daqueles que mais sofrem com essa restrição injusta e antidemocrática, a saber, os cidadãos. É oportuno citar, ainda, que não se trata de um simples desacerto, mas de uma imensa claudicação da realidade, uma vez que a população padece ao ver seus espaços de participação se transformarem em um ambiente de revolta e tristeza, alheios, portanto, da cidadania.

Desse modo, observa-se que apenas um pequeno grupo da sociedade possui a prerrogativa de exercer a atividade interpretativa das normas constitucionais, acentuando, cada vez mais, a separação entre as relações fáticas e o enunciado normativo, e o que é mais lamentável, não agem em prol da comunidade, mas de acordo com seus próprios interesses e desejos. Tal fato, proporciona uma reflexão. Faz-se necessário um envolvimento e comprometimento de todas as pessoas e, portanto, da sociedade alopoiética. O que fazer para mudar essa situação? De que forma a realidade poderia se aproximar do texto legal?

Peter Häberle responde essas indagações advogando a tese de que não adianta promover somente uma maior abertura da atividade de interpretação se este exercício constitucional for realizado pelos intérpretes formais, ou seja, os intérpretes oficiais. Deve-se, portanto, proporcionar a participação de toda a sociedade no processo hermenêutico, pois somente com essa abertura e união entre os intérpretes oficiais e não-oficiais é que se pode estabelecer normas jurídicas vivas, eficazes e capazes de diminuir os riscos sociais.

Diante disso, esse pensamento pluralista e igualitário, além de estar presente na Constituição, é legitimado pela própria idéia de democracia, fato gerador de análise crítica e de interpretação apurada por parte de todos. Nesse sentido, Peter Häberle expõe que: “todo aquele que vive no contexto regulado

por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico”.³⁶

Com essa linha de argüição, não se está querendo afirmar que os intérpretes oficiais devam se abster de exercer a atividade hermenêutica. Ao revés, eles precisam continuar a praticar essa função; apenas há a necessidade de, ao decidir o caso, recorrer-se aos valores individuais de todos as pessoas que compõem a sociedade.

Dessa forma, os magistrados devem decidir os conflitos sociais em nome dos intérpretes não-oficiais, por meio de canais comunicativos utilizados para disponibilizar aos cidadãos instrumentos inteligíveis e acessíveis de argumentação, atentando-se para a necessidade de uma sociedade sólida e consciente de seu dever de atuação na interpretação do texto constitucional, incluindo nesse rol o próprio juiz.

Assim, verifica-se que a interpretação surgiria da própria realidade social, em que a participação ativa da população colocaria o magistrado, além de apreciar o caso, em uma função de ser o redator técnico da vontade de todos, bem como das suas próprias convicções, já que também o juiz integra a sociedade cidadã. Diante disso, essa abertura do processo de interpretação propicia, também, estabilidade e segurança jurídica, na medida em que o consenso da pluralidade das interpretações da sociedade encontra-se presente sinteticamente.

Diante dessa consideração, observa-se que, pelo seu ideal democrático, Peter Häberle concedeu à sociedade novas perspectivas de mudança. Com isso, observa-se que a adoção de uma hermenêutica constitucional aberta volta para a pluralidade de intérpretes proporcionou aos cidadãos chances de participarem das decisões do país, bem como o direito de interpretar a Constituição e, assim, desenvolver um papel primordial na construção de um novo espaço.³⁷

³⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. p. 15.

³⁷ Segundo Häberle, “o processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos ‘intérpretes da Constituição da sociedade aberta’. Eles são os participantes fundamentais no processo de trial and error, de descoberta e de obtenção do direito”. (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. pp. 42-43).

Portanto, o campo de atuação dos intérpretes necessita ser alargado e sua cultura política precisa ser tonificada, a fim de que todos os cidadãos possam ter legitimidade para opinar sobre o significado da Constituição. Esta deve atender aos anseios da sociedade pluralista, em que cada fato é rigorosamente analisado e a resposta é efetivamente construída a partir de um caso real e concreto.

6.4.2 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NA DOUTRINA AMERICANA

6.4.2.1 A MORAL POLÍTICA COLETIVA EM RONALD DWORKIN

Como representante da filosofia jurídica, Ronald Dworkin introduz uma nova forma de se pensar e aplicar a interpretação constitucional aos fatos sociais da realidade. Primeiramente, de seus pensamentos incorre a identificação de uma substancial diferença entre a interpretação nas ciências do espírito e a interpretação nas ciências exatas. Daí que a interpretação de uma norma jurídica (como objeto das ciências do espírito) é *propositiva e construtiva*.³⁸ É propositiva na medida em que algo é proposto para o sentido da norma; e esses propósitos são do intérprete (e não do autor).

Em contrapartida, a atitude de interpretar nas ciências exatas é meramente descritiva, pois o resultado está previamente estabelecido como algo certo, verdadeiro, imodificável. Mas a interpretação nas ciências do espírito também é construtiva na proporção em que seu resultado não é algo anteriormente dado (como ocorre nas ciências exatas), e sim uma resposta construída a partir da interpretação.

Destarte, infere-se que o caráter construtivo da interpretação constitucional é percebido quando da vinculação entre os propósitos do intérprete e os limites impostos pelo próprio objeto com o intuito de mostrá-lo da melhor forma possível. A interpretação, outrossim, apresenta-se como um ato de criação limitado pelos elementos constitutivos do objeto que se lhe impõe. Nesse desiderato, Dworkin acredita na existência de um sentido coletivo para cada norma jurídica, para cada objeto a ser interpretado. Para tanto, defende a idéia de fusão do momento do legislador com o momento do intérprete, objetivando tornar o resultado da interpretação o mais sensato dentre os imagináveis.

³⁸ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 63-64.

É assim que, segundo Dworkin, existe uma única resposta certa para cada problema da interpretação, e esta resposta é fruto da moral política coletiva, isto é, do pensamento majoritário da sociedade acerca de determinado objeto, sendo inerente, nesse processo, o respeito à minoria.³⁹ Nesse sentido, a resposta correta é aquela que busca uma interpretação mais sustentável, sob a ótica da moral, dentre todas as interpretações possíveis.

Interessante que Dworkin defende essa idéia inclusive quando o hermenêuta se depara com os *hard cases* (“casos difíceis”). Para ele, a lacuna da lei não significa uma lacuna do Direito, pois sempre haverá uma única resposta correta (proveniente da moral coletiva), ainda que a lei seja omissa. Em relação a tal assertiva, com propriedade declara que “mesmo quando nenhuma norma estabelecida resolva o caso, é possível que uma das partes tenha direito a ganhá-lo”.⁴⁰

No entanto, a moral política coletiva não se encontra prontamente detectada na sociedade. Em função disso, cabe ao intérprete construir a resposta correta para o caso na busca do sentido da norma correspondente, uma vez que o resultado correto da interpretação não está pronto e finalizado, competindo ao intérprete encontrá-lo. Assim, Dworkin defende a tese de que existe somente uma resposta correta edificada pelo intérprete: a busca da moral política coletiva. Tal afirmação pode ser apreciada nas seguintes palavras:

A interpretação, na minha descrição, não é realmente diferente da criação. A distinção entre essas duas atividades pressupõe que, no caso de interpretação, um texto exerce alguma restrição sobre o resultado. Mas, em minha descrição, o próprio texto é o produto de julgamentos interpretativos. Não pode haver mais restrição nessa história do que o exemplo de Wittgenstein, do homem que duvidou do que leu no jornal e comprou outro exemplar para confirmá-lo.⁴¹

³⁹ Observa-se que, ao defender a tese de que a maioria politicamente organizada é a chave que abre a porta para uma interpretação legítima, Ronald Dworkin põe a salvo os direitos da minoria. Para ele, a minoria deve ser venerada e tratada com respeito e consideração, uma vez que não sendo a maior parte da sociedade, também tem direito a certos preceitos, quais sejam, ser ouvida e ser reverenciada. Portanto, a moral política coletiva de Dworkin deve prevalecer, sem, contudo, menosprezar a minoria, fato no qual se constata que a minoria não é desconsiderada e inexistente, apenas, vencida.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel Derecho, 1995. p. 146.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 253.

Como é percebido, a busca por essa consciência é tarefa árdua, para a qual Dworkin propõe três etapas: a pré-interpretativa, a interpretativa e a pós-interpretativa.⁴²

A etapa pré-interpretativa corresponde à identificação do objeto a ser interpretado, isto é, saber, por exemplo, se uma determinada proposição normativa é de Direito ou simplesmente uma convenção social. Através do conceito haverá uma delimitação do objeto, o qual se mostra, inicialmente, genérico e abstrato, produto do consenso.

Na etapa interpretativa, por sua vez, passa-se a buscar a justificativa para os elementos da etapa anterior. O intérprete deve possuir uma teoria que lhe garanta a melhor maneira de abordar o material jurídico. É a fase de identificação do valor arraigado ao objeto, de uma explicação para a existência de certas finalidades a serem alcançadas através do mesmo.

Por fim, na etapa pós-interpretativa, deve-se adequar os objetivos da prática à justificativa concebida na fase interpretativa. Após a identificação do valor, deve-se mudar o objeto da melhor maneira possível (verificação, na prática, do sentido desses valores).

Sendo assim, o intérprete, diante de um conflito de interesses, há de encontrar a única resposta correta para solucioná-lo. E é na sociedade que ele deve buscar os fundamentos para explicar suas decisões, sendo importante a compreensão dos valores da moral política coletiva e dos preceitos mais importantes para o agrupamento social. A respeito dessa busca pela resposta correta, Andrei Marmor explicita, com propriedade, que: “o interpretativismo de Dworkin considera as teorias do Direito como interpretações rivais dos dados sociais, nas quais a descrição correta da prática social é, em parte, uma função do argumento moral”.⁴³

Diante de um caso difícil, então, almeja-se compatibilizar a interpretação à prática jurídica, evidenciando, outrossim, sua finalidade ou valor. É nesse sentido que, quanto à interpretação do Direito, Dworkin afirma que esta “deve demonstrar seu valor, em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve”.⁴⁴

⁴² DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. pp. 81-82.

⁴³ MARMOR, Andrei. Direito e Interpretação: ensaios de filosofia do direito. pp. 202-203.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. p. 239. O resultado interpretativo deve, então, estar relacionado com a práxis jurídica e com os valores da moral coletiva e com as finalidades políticas da sociedade, pois como o próprio Dworkin pondera “uma interpretação plausível da prática jurídica também deve, de modo semelhante, passar por um teste de duas dimensões: deve ajustar-se a esta prática e demonstrar sua finalidade ou valor”.

Percebe-se, assim, que a dimensão da moralidade política se fundamenta no caso de que, se houver duas justificativas realmente boas para a interpretação, a que deve ser considerada como a melhor será aquela que represente uma teoria verdadeiramente sólida acerca dos valores arraigados no seio da coletividade, segundo uma explicação político-moral que mais se adeque a estes anseios.⁴⁵

Portanto, a maneira como o intérprete se utiliza da moral coletiva concede uma maior liberdade de interpretação. Assim, além da pré-compreensão coletiva, há em Dworkin uma pré-compreensão individual no momento em que o intérprete aplica a moral coletiva ao caso concreto, proporcionando, assim, a prolação de decisões mais convergentes com os interesses da sociedade.

6.4.2.2 A PROCEDIMENTALIZAÇÃO EM HART ELY

O pensamento hermenêutico de John Hart Ely está arrimado na idéia de construção procedimental da Constituição. Para tanto, defende o conceito de Constituição aberta e democrática. O viver democrático de que fala Ely, por sua vez, não corresponde à democracia formal, na qual o texto constitucional “garante” a prevalência da soberania popular, mas que na verdade, todos são dominados pelos governantes e a eles submetidos.

Para compreender o sentido de democracia de que trata o citado autor, faz-se imprescindível uma explanação mais específica. Nesse contexto, Hart Ely faz referência à democracia plena, à real democracia, ou seja, à democracia do povo – regime político no qual os princípios da soberania popular e da equitativa distribuição dos poderes se fazem predominantes.

Não se trata, portanto, de uma democracia dos governantes, em que o chefe do poder, pela força ou pelo carisma, impõe ao país um texto constitucional.⁴⁶ Ao contrário, defende-se uma democracia participativa, isto é, um espaço em que todos têm o direito de participar das discussões do governo; enfim, uma democracia cidadã em sua essência. Para que se possa ter, de fato, este ideal de

⁴⁵ Analisando o pensamento de Ronald Dworkin, observa-se a existência de um interpretativismo moderado. Ele é interpretativista na medida em que considera apenas uma resposta correta na solução dos conflitos de interesses. Por outro lado, o caráter moderado de seu interpretativismo ocorre quando o juiz vai buscar esta resposta, ou seja, vai construí-la a partir da apreensão dos preceitos mais valiosos para a sociedade.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. Política e Constituição: os Caminhos da Democracia. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 205.

democracia concretizado na sociedade, Hart Ely lança a idéia de procedimentalização, pretendendo abrir canais de comunicação que possibilitem a atuação, direta ou indireta, de todas as pessoas nos processos de discussão das questões jurídicas.

Nesse desiderato, Ely apóia tanto a abertura objetiva quanto a abertura subjetiva do Direito. A primeira diz respeito à liberdade concedida ao intérprete de criar o Direito no momento da aplicação da norma ao caso concreto. Com o intuito de evitar que um possível totalitarismo de um intérprete viesse a ocasionar verdadeiro caos na hermenêutica, Hart Ely defende também a abertura subjetiva, ou seja, a abertura do espaço interpretativo para a participação popular, a concessão de oportunidade para os indivíduos realizarem a cidadania.

Assim, a Constituição aberta passa a ser procedimental na proporção em que pode ajudar na real efetivação de valores substanciais para a coletividade, tais como a igualdade e a liberdade. Ao intérprete, então, não incumbe criar novos direitos a partir de determinados valores existentes; ao revés, o que lhe cabe é criar, pelo caminho da interpretação, mecanismos instrumentais que visem à concretização daqueles preceitos morais fundamentais.

Nesse sentido, as respostas para as questões jurídicas podem ser encontradas no processo de democratização dos espaços de interpretação e aplicação do Direito. Outrossim, é de cabal importância a abertura procedimental subjetiva para que os futuros destinatários das normas jurídicas tenham a oportunidade de discuti-las através da integração daqueles nos espaços de construção destas últimas.

Ademais, essa abertura subjetiva assegura a participação da população nos processos formais de produção do sentido da proposição normativa. E esta é uma das atitudes através das quais se pode, segundo Paulo Bonavides, “iluminar caminhos que conduzam a uma democracia participativa, aquela democracia de emancipação dos povos da periferia”.⁴⁷

O que se almeja, portanto, não são decisões que sejam tomadas apenas pela pequena parcela que ocupa o poder. O que se pretende alcançar nesse ínterim, é o ideal de uma democracia plena, na qual não só os ricos e poderosos, mas também os pobres e fracos tenham o direito e a oportunidade de discutir e decidir acerca das normas que, em tempo futuro, julgarão suas ações e/ou omissões.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de Luta e Resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma Repolitização da Legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 07.

Para tanto, propõe-se uma discussão coletiva dos problemas hermenêuticos, de modo que as respostas para tais questões possam ser encontradas nesse procedimento. A construção procedimental da Constituição, dessarte, inclui no processo de resolução de conflitos jurídicos não somente o juiz, advogado, Ministério Público e partes interessadas, como também toda a sociedade.⁴⁸

Assim, deve o intérprete buscar nos mais diversos componentes da coletividade a solução para a interpretação dos problemas constitucionais. Para que isso possa se realizar, faz-se de relevante importância a participação de instituições representativas dos diferentes elementos da sociedade no processo de resolução dos casos concretos – sindicatos, ONGs, partidos políticos, por exemplo.

Diante desses relatos, verifica-se que as idéias de Hart Ely permite ao intérprete a utilização de sua própria valoração, bem como abre espaço para buscar construir uma resposta correta para cada caso através da procedimentalização do ato interpretativo.

6.4.2.3 O RESPEITO ÀS MINORIAS EM MICHAEL PERRY

Michael Perry ganhou destaque na teoria da hermenêutica constitucional ao introduzir a idéia de direito da minoria. Seu pensamento consiste em fazer do direito uma técnica de proteção da minoria, uma vez que esta não tem o controle sobre as instituições formais que satisfazem as suas vontades, anseios e interesses.

Como argumento dessa tese, Perry utiliza o conceito de democracia material. Segundo ele, a democracia formal busca realizar os interesses da maioria – a qual elegeu aqueles que possuem o poder – em detrimento dos desejos e necessidades da minoria, sendo uma democracia de exclusão social. E é por isso que Perry sustenta a idéia de se ter uma democracia protegendo a parcela menos influente na sociedade, a fim de se ter uma democracia de inclusão social.

Demais disso, na medida em que o juiz fosse cúmplice do processo de dominação dos interesses majoritários, ou seja, daqueles que escolheram os integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo, estaria apenas legitimando a satisfação dos desejos da maioria. Para que essa situação não tenha lugar na

⁴⁸ É importante asseverar que a concepção de John Hart Ely assemelha-se aos ideais expostos por Peter Häberle, fato que promove uma estimável conclusão: a sociedade precisa de espaço para poder atuar como cidadã e, assim, ajudar o Judiciário a realizar a função social da justiça.

democracia, Michael Perry concebe a hermenêutica jurídica como uma construção judicial da Constituição.

Em outras palavras, Perry defende a idéia segundo a qual as minorias, assim como as majorias, têm direitos a ser respeitados. Não pretende o autor dar destaque especial às minorias em detrimento da maioria da população. Almeja sim abrir um espaço para as minorias opinarem e decidirem suas causas, espaço que não se verifica na sociedade pós-moderna. Agindo assim, estar-se-ia equilibrando a balança jurídica, igualando as oportunidades de cidadania.

Nesse sentido, em situações nas quais a vontade da maioria se sobrepujar aos interesses minoritários, tendo como consequência a violação de um direito fundamental, incumbe ao direito (mais precisamente, ao Poder Judiciário e seus correspondentes executores) restringir o âmbito de influência da esfera majoritária para que não haja uma completa dominação desta sobre os mais fracos.

Com o intuito de que essa proteção dos direitos da minoria possa ser realmente efetivada em uma sociedade democrática, utilizando-se, para tanto, o direito como instrumento, Michael Perry estabelece seu sustentáculo no discurso jurídico, o qual permite ao juiz fazer a escolha da decisão que achar mais conveniente e razoável ao caso.

Acerca disso, com propriedade Michael Perry explica que “a função básica dessa prática é enfrentar os assuntos políticos de forma fiel à noção de evolução moral, não invocando simplesmente convenções morais estabelecidas, senão considerando tais assuntos como oportunidades para a reavaliação moral e um possível crescimento moral”.⁴⁹

Aqui, defende-se, portanto, a construção da Constituição aberta, a qual possibilita a busca de fontes não expressas no texto normativo (a moral, por exemplo) – o que traz como consequência a interpretação criativa, isto é, a construção do direito no momento de sua aplicação ao caso concreto.

Perry pretende, pois, sustentar a total liberdade do intérprete no exercício de aplicação da proposição normativa. Segundo ele, o intérprete não deve se limitar ao preceito normativo quando este for injusto; ao contrário, ele precisa utilizar seus valores individuais para alcançar a justiça e a cidadania.

Além disso, Michael Perry admite a adoção de métodos interpretativos em determinados casos. Na técnica do *judicial review*, por exemplo, a Corte

⁴⁹ PERRY, Michael apud PORRAS, Dourado. El Debate sobre el Control de Constitucionalidad en los Estados Unidos. Madrid: Instituto de Derechos Humanos “Bartolomeu de Las Casas”, 1997. p. 101.

Constitucional aplica os preceitos interpretativistas ao declarar se a norma é ou não constitucional a partir da utilização de valores especificados pelo constituinte originário⁵⁰. Entretanto, as transformações sociais exigem, na maioria dos problemas constitucionais, que os valores sejam firmados pelo intérprete, e não pelo legislador.

Portanto, a doutrina de Perry não deve ser confundida com a vontade de colocar a minoria contra a maioria. Aquela, por ser mais carente à função estatal da justiça e da cidadania, merece uma maior atenção. A maioria, que teoricamente é mais atuante, deve proporcionar aos excluídos um maior espaço de participação.

6.5. OS PRINCÍPIOS DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Em conformidade com o processo de concretização da Constituição, a hermenêutica constitucional também se preocupa em encontrar princípios que auxiliam na tarefa interpretativa e que são importantes na solução justa dos problemas. Assim, a aplicação desses enunciados lógicos deve sempre ser realizada conjuntamente com o ato de interpretação dos preceitos normativo-constitucionais.

Diante disso, pode-se mencionar que eles são assim qualificados: princípio da unidade da Constituição; da concordância prática; da conformidade funcional; da eficácia integradora; da máxima efetividade; da interpretação conforme a Constituição e o princípio da força normativa da Constituição.

De acordo com o *princípio da unidade da Constituição*, o intérprete necessita procurar as implicações recíprocas dos princípios e dos preceitos até atingir a vontade unitária da Constituição, evitando-se contradições e antinomias que, de forma perfunctória, podem surgir entre as normas.

Em vista disso, nenhuma norma deve ser vista como um elemento isolado ou disperso do sistema normativo, mas como integrante de um todo harmônico e orgânico, ou seja, um sistema unitário de regras e princípios.⁵¹

⁵⁰ PERRY, Michael. *The Constitution, the Courts and Human Rights, an Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary*. Yale: Yale University, 1982. p. 10.

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1097. Sobre o princípio da unidade da Constituição, Canotilho traz uma contribuição imprescindível a este estudo, ao afirmar que “o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar”.

Também conhecido como princípio da harmonização, o *princípio da concordância prática* apresenta estreita relação com o princípio da unidade da Constituição. Segundo o princípio da concordância prática, na solução de um problema, os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de forma a preservar sua essência, ou seja, sua identidade. Em outros termos, em situações de conflito ou de concorrência, tais bens devem ser tratados de forma que a consolidação de um não implique o depauperamento do outro, fato este só encontrado na verdadeira aplicação ou na *praxis* do texto.⁵²

Para tanto, faz-se preciso estabelecer os limites de ambos os bens, a fim de que ambos alcancem uma efetividade ótima⁵³, já que o intérprete ao analisar os princípios em conflito, não deve sacrificar um bem constitucional em detrimento de outro, mas sim harmonizá-los. Diante disso, os bens jurídicos devem ser ponderados de acordo com as peculiaridades do caso, ou seja, não pode haver uma norma inatingível, pois a norma precisa ter um sentido real e com praticidade (ponderação).⁵⁴

Outro princípio fundamental é o *princípio da conformidade funcional*. Este princípio revela que a norma não pode ser interpretada rompendo com outro princípio constitucional.⁵⁵ A constituição deve ser interpretada garantindo a estabilidade das suas instituições, evitando rupturas bruscas dentro da Constituição.

Nesse sentido, a alteração das divisões funcionais estabelecidas na Constituição tem que ser evitada, a fim de não perturbar o esquema organizatório-funcional que a Constituição estabelece.

No que pertine ao *princípio da eficácia integradora*, a Constituição deve ser interpretada de modo a tornar efetivos seus princípios políticos fundamentais. Assim, na solução de problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar

⁵² COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 91.

⁵³ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. p. 46.

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1098. Tendo em vista a grande importância que esse princípio apresenta para a hermenêutica jurídico-constitucional, mais uma vez Canotilho comenta que “o princípio da harmonização ou concordância prática implica ‘ponderações’ nem sempre livres de carga política. A existirem essas ponderações, não devem efectuar-se numa única direcção. Por isso é que os autores levantam reticências à consideração do princípio in dubio pro libertate como princípio de interpretação” (grifo do autor).

⁵⁵ Como exemplo, tem-se a independência dos Poderes do Estado.

preferência aos pontos de vista que promovam e mantenham a unidade da Constituição.

Dessa forma, a interpretação deve conduzir a soluções integradoras. Sob a ótica deste princípio, pode-se afirmar que uma interpretação é eficaz quando os critérios favoráveis à integração social e política e ao fortalecimento da unidade política estiverem presentes.

O *princípio da máxima efetividade*, por sua vez, é entendido de uma forma mais funcional, isto é, preocupa-se se o fim proposto pela norma jurídica produz os efeitos esperados. Nesse sentido, o princípio a que se faz alusão revela que na interpretação das normas jurídico-constitucionais, deve-se conceder o sentido e o significado que seja mais eficaz ou que possua maior efetividade possível, a fim de que elas venham a ser mais úteis na resolução dos conflitos de interesses.

A seu turno, o *princípio da interpretação conforma e Constituição* expressa um significado bastante coerente com a estrutura piramidal do ordenamento jurídico. Assim, segundo este princípio, as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas de maneira que o seu sentido seja compatível e não colidente com a Constituição.

Tal situação é consequência do fato de ser a Constituição o guia para interpretação de todas as normas do ordenamento jurídico que, por sua vez, resulta da aplicação do princípio jurídico da hierarquia das normas, o que legitima a Constituição a revogar qualquer disposição normativa que seja contrária ou incompatível ao seu teor jurídico.

É oportuno recordar que, nestes casos, não se permite que o intérprete-aplicador-concretizador contrarie o sentido gramatical (literal) da lei, bem como o objetivo visado pelo legislador, embora este tenha pretendido atingir um resultado satisfatório com essa regulamentação. Tal observação assim se processa devido ao fato de o intérprete justificar esse tipo de atuação como sendo um pretexto para conseguir a conformidade com a Magna Carta, muito embora essa escusa não se complemente com os ditames estabelecidos na Carta Política.

Por fim, tem-se o *princípio da força normativa da Constituição*, consagrado por Konrad Hesse. Segundo este princípio, para que a Constituição se mantenha atualizada, na medida em que as condições históricas vão mudando, é preciso – na solução dos problemas jurídico-constitucionais – dar preferência aos pontos de vista que proporcionem às normas da Constituição obter a máxima eficácia, sob as circunstâncias de cada caso.

Outrossim, é necessário que se considere a Constituição como uma Lei Maior, ou seja, a Constituição precisa obter uma maior imperatividade que, por sua força normativa, obriga os poderes a aplicá-la em um menor espaço de tempo possível. Dessa forma, a Constituição precisa ter força, dar sentido à população, estar presente em uma dimensão que conceda à sociedade a direção que ela deseja.

7. AS CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA CONSTITUCIONAL PARA UMA NOVA FORMA DE ATUAÇÃO DA CIDADANIA

A teoria constitucional, como se verifica da análise desse texto, é imprescindível para a tentativa de instituição de uma sociedade mais estruturada e organizada. A participação de toda a comunidade no discurso jurídico relativo aos riscos sociais, associada ao desejo de atuação e de mudança, são marcos propulsores da construção de uma sociedade mais democrática e cidadã.

Pretende-se, nas próximas idéias, abordar aspectos relacionando a teoria constitucional com a realização da cidadania. As implicações advindas da teoria constitucional deve se conectar às necessidades sociais, sempre com o objetivo de dirimi-las ou reduzi-las a contento.

Nesse sentido, as noções de justiça estudadas, a idéia de um discurso jurídico social, a vontade de emancipação ética face à regulação da sociedade contemporânea, a hermenêutica constitucional e, principalmente, a participação social – implicação presente em todos esses tópicos – convergem em um único sentido: garantir a cidadania por meio do papel social da Justiça Federal.

Portanto, representando o Poder Judiciário, a Justiça Federal tem papel de destaque na promoção da cidadania, principalmente quando aplica a teoria constitucional conjuntamente com as lides sociais propostas.

Ao assim proceder, certamente, a Justiça Federal pode associar a justiça e o discurso jurídico com a participação social e, ao interpretar as normas jurídicas, promover a concretização dos direitos ao lado da sociedade, agindo, dessa forma, como refúgio da injusta exclusão social que aflige a maioria dos cidadãos.

São pensamentos assim, emancipatórios, democráticos e participativos, que proporcionam a mudança de uma realidade. Esses e outros elementos da teoria constitucional serão inter-relacionados com o exercício da cidadania, de forma a evidenciar que o resultado dessa teoria, juntamente com o papel social da Justiça Federal, pode garantir a tão sonhada cidadania.

7.1. A CONSTITUIÇÃO E UMA NOVA FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante dos riscos sociais emergentes na sociedade contemporânea, como a inobservância dos direitos da cidadania, a necessidade de adoção do papel social da Justiça Federal faz-se imprescindível. A Constituição de 1988, buscando adaptar o direito ao contexto histórico pós-moderno, concedeu ao Judiciário Federal uma nova forma de agir em prol da vida política e social do país.

Essa necessidade de mudança é evidenciada no fato de a Constituição indicar ao juiz o dever de aplicar e interpretar as suas normas constitucionais em detrimento da legislação incompatível a ela, transfigurando, assim, a posição de submissão do juiz perante a lei.

Com o intento de proporcionar uma melhor atuação da jurisdição, é importante analisar dois aspectos brindados pela Constituição Federal de 1988: a sua dimensão ideológica e o seu valor normativo.

No que pertine à dimensão ideológica, observa-se que a Lei Fundamental descreve as finalidades que devem ser perseguidas pelo Estado, bem como os valores que fundamentam a convivência em sociedade. A Constituição, assim, configura-se não somente como uma norma organizadora e programática, mas, acima de tudo, como um sistema normativo-valorativo que deve se realizado, principalmente, pelo Judiciário.

Dessa forma, verifica-se que o valor das normas constitucionais é fundamental para a consecução e concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos. O caráter ético e emancipador do Judiciário encontra guarida exatamente nesse contexto de valoração.

Em relação ao caráter normativo da Constituição, assevera-se que os preceitos normativos possui força imperativa, passível de exigência judicial para o seu devido cumprimento. A Constituição não pode ser encarada sob o ponto de vista lassalleano, ou seja, como uma folha de papel; deve sim espelhar a realidade social e ser garantidora de direitos, como os direitos da cidadania.

Portanto, o novo papel do Judiciário Federal e a nova forma de encarar o direito são determinações refletidas pelo estudo do conteúdo valorativo e normativo da Constituição, entendendo-a como um baluarte dos cidadãos. O aspecto axiológico, dessa maneira, funda-se na prevalência da dignidade humana e na adoção de regras consagradoras de direitos fundamentais; o espectro normativo, pelo exposto, calca-se na obrigatoriedade de aplicação de suas normas.

É interessante ressaltar, ainda, que esse quadro de transformação reflete algumas filigranas, a saber: o fato de o juiz aplicar as normas constitucionais em detrimento das normas ordinárias com elas incompatíveis, faz com que o juiz seja o filtro da constitucionalidade das leis, além de atuar como um agente de transformação social, podendo concretizar um novo modelo de sociedade.⁵⁶

Tendo entendido a estrutura das normas constitucionais, convida-se o leitor para uma análise da relação da Constituição com o processo de concretização das normas jurídico-constitucionais e, conseqüentemente, de garantia dos direitos fundamentais.

Em relação ao processo de concretização das normas jurídicas, pode-se descrever que quando há o comprometimento de estudar a teoria constitucional e a construção do Direito, imprescindível se faz estabelecer um paralelo entre a interpretação e a concretização.⁵⁷

Nesse sentido, o fenômeno da concretização da norma exprime a concepção de que o texto escrito e a realidade circundante devem promover uma inter-relação em caráter permanente, com o fito de propiciar a norma jurídica. A concretização, nesse aspecto, implica um processo cujo ponto de partida é o texto da norma até chegar a um resultado intermediário, uma norma concreta, já que só com a descoberta da norma de decisão, que é usada para solucionar os problemas constitucionais (como a falta de participação social), é que o processo de concretização finda-se.

O escólio de José Joaquim Gomes Canotilho é bastante esclarecedor em relação ao processo de concretização. De acordo com Canotilho, verifica-se, *ipsis litteris*, que:

Concretizar a constituição traduz-se, fundamentalmente, no *processo de densificação* de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica em processo que vai do *texto da norma* (do seu enunciado) para uma norma concreta – *norma jurídica* – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da *norma de decisão* para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização.⁵⁸ (grifo do autor)

Dessa forma, observa-se que a interpretação constitucional é criativa, ou

⁵⁶ ROCHA, José de Albuquerque. Estudos sobre o Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 112.

⁵⁷ Refere-se, neste caso, à interpretação – e não à hermenêutica – pois o ato de concretizar a norma é insurgido quando se a analisa no caso concreto, ou seja, interpretando-a. Cf. sub-tópico 6.3 (A Dialética e sua Relação com o Conhecimento, a Interpretação e a Hermenêutica), in fine.

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. p. 1075.

seja, o conteúdo da norma interpretada só se completa com a sua interpretação-concretização, sendo esta vinculada à norma. Disso resulta que a interpretação tem como função a busca de orientações, de esquemas de pensamento ou critérios essenciais adotados em conformidade com a norma e com o problema a ser objeto da interpretação. A Constituição interpretada, portanto, consiste na aplicação da Constituição escrita à realidade social, de forma a fazer valer os direitos da cidadania.

Nesse contexto, a tarefa de concretização constitucional apresenta condições, que também são consideradas como etapas ou níveis de compreensão da norma que se interpreta. Primeiramente, a concretização pressupõe o entendimento do teor da norma que se quer concretizar, preocupando-se com a sua individualização, que estabelece antecipadamente uma compreensão do conteúdo da norma individualizada.

Dessa forma, o intérprete deve analisar a norma acima do problema, para que possa estabelecer o seu conteúdo. Corroborando esta assertiva, Andrei Marmor promove uma comparação interessante ao articular que: “o significado da norma é retratado como um trilho infinito, e compreender esse significado é agarrar-nos a esse trilho de tal modo que, enquanto permanecermos agarrados a ele, a norma nos levará ao julgamento aplicativo correto em inumeráveis casos específicos”.⁵⁹

Com essas considerações, pode-se pronunciar que entender o sentido da norma jurídica, no processo de concretização desta, pressupõe, acima de tudo, uma aproximação categórica do acesso que conduz à sua correta aplicação, ou seja, a fundamentalidade de uma plausível interpretação funde-se no fato de esta se vincular ao coerente caminho que o significado da norma jurídica remete o intérprete-aplicador do Direito. E este caminho, na sociedade pós-moderna, é exatamente a consecução da participação social e da cidadania.

Em seguida, tem-se a pré-compreensão do intérprete, que necessita de fundamento teórico-constitucional. Nesta etapa, o intérprete percebe o conteúdo da norma a partir de uma pré-compreensão que lhe vai permitir contemplar a norma a partir de certas expectativas (seu modo de ser e pensar, suas convicções, etc). Neste caso, à teoria constitucional compete estabelecer os fundamentos dessa compreensão prévia que, de modo não arbitrário, deve ser sempre comprovada, corrigida e revista em sua aplicação a cada caso concreto.

⁵⁹ MARMOR, Andrei. *Direito e Interpretação: ensaios de filosofia do direito*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 69.

Demais disso, existe ainda a compreensão do problema concreto a solucionar e a sua respectiva resolução. É praticamente impossível que haja interpretação constitucional desvinculada dos problemas concretos, principalmente no contexto de risco social hodierno. Konrad Hesse afirma que a determinação do sentido da norma constitucional e sua aplicação a um caso concreto é um processo unitário.⁶⁰ Assim, conclui-se que a eficácia da Constituição é condicionada pelos fatos concretos da vida e por uma interpretação eficaz e garantidora dos direitos da sociedade.

Destarte, o processo de concretização também é albergado por raciocínios que fundamentam a decisão da forma mais clara e convincente possível. Surge, assim, a atuação argumentativa limitada e orientada pela norma, sendo que o intérprete somente pode utilizar, no ato de concretizar, os pontos de vista relacionados com o problema em questão, proporcionando o desaparecimento de argumentações estranhas nos casos em apreciação.

Outrossim, relevante se faz mencionar os componentes essenciais da norma: o programa normativo e o âmbito normativo. O primeiro, refere-se ao texto da norma que se irá concretizar; o segundo, busca elementos adicionais de concretização, além de garantir a adequada resolução do problema.⁶¹

Por fim, percebe-se que a estrutura da Constituição e o processo de concretização dos direitos fundamentais são essenciais para a promoção da participação social e para a realização da cidadania. Os cidadãos, ao verem seus direitos assegurados de forma democrática, tendem a nutrir o Estado com atitudes sensatas, justas, solidárias e aptas ao seu próprio (re)estabelecimento na vida política e decisória do país.

7.2. UMA NOVA FORMA DE ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO FEDERAL

Sabe-se que o Poder Judiciário é caracterizado pela formalidade. Embora não sendo prejudicial ao direito, quando não exercida de forma exacerbada, o seu aspecto formal deve sofrer algumas restrições para melhor se adequar aos interesses sociais.

⁶⁰ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 2. ed. 1992. p. 42.

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1092. É de grande oportunidade relatar que o programa normativo não é apenas a reunião das informações lingüísticas normativamente importantes do texto. Outros elementos devem ser considerados, tais como: a história do texto, a genética do texto, a sistemática do texto e a teleologia do texto.

Assim sendo, o momento histórico, por se encontrar repleto de acentuadas mudanças ditadas pela globalização, pela atuação das grandes corporações, pela celeridade da era do chip e da virtualidade das comunicações, é palco de constantes transformações que aceleram e elevam a desigualdade social.

Não é novidade gizar que os homens já nascem predispostos a abrir caminhos, a arrostar obstáculos imponderáveis e a conquistar espaços nunca antes conhecidos, com a firme convicção de que tudo será para o bem maior da sociedade. É uma grande ilusão pensar dessa forma, sem se preocupar com o próprio corpo social. A sociedade pós-moderna, ao revés, tem proporcionado uma imensa degradação nas relações sócio-políticas, a ponto de aumentar consideravelmente o número de excluídos do processo decisório do país.

Diante desses relatos, verifica-se que o Poder Judiciário, especialmente a Justiça Federal, tem uma importante função social capaz de mudar essa trajetória desigual instalada na sociedade contemporânea: por meio de uma interpretação moderna e ciente das necessidades sociais, a Justiça Federal pode satisfazer pretensões baseadas na própria vontade dos cidadãos.

Pretende-se, assim, mudar a forma de atuação dos juízes, especialmente os da magistratura federal, de forma a não se limitarem apenas ao aspecto legal, mas principalmente ao viés substancial das decisões, com o escopo de produzir a eficácia que, muitas vezes, a lei não consegue instituir. Almeja-se, portanto, participar de um novo brilho na atuação da jurisdição federal.

Para tanto, propõe-se aos juízes federais a adoção dos métodos, técnicas e princípios estudados na teoria constitucional, principalmente na hermenêutica constitucional, como fundamentação das sentenças prolatadas no cotidiano da Justiça Federal. Tais elementos não podem ser colocados em segundo plano sem ter uma oportunidade prática de atuação. Se assim fosse o correto, não se estudariam novas formas de mudança social.

Dessa forma, os males que a sociedade tem sofrido podem ser reduzidos ou dirimidos de uma maneira prática, simples e rápida. Como o direito é um instrumento de transformação social e, por assim ser, visa o alcance de finalidades sociais, nada mais coerente adotar-se, na Justiça Federal, formas de interpretação mais aberta aos desejos sociais. As finalidades descritas na legislação nem sempre são alcançadas com a sua pura aplicação. Em muitos casos, a intenção social se torna uma melhor saída, além de ser uma forma de libertação das amarras regulatórias que o direito apresenta.

Assim, os fins propostos pelo direito devem ser aplicados à luz da participação social. A realidade social, política e econômica, como alvo da intenção jurídica, deve se amoldar ao sistema participativo, integrativo e democrático, até mesmo para se verificar se o impacto das decisões judiciais estão sendo proveitosos e eficazes para a população. Essa relação sistêmica, então, obriga o juiz a deslocar-se entre o texto normativo e o seu contexto social, propiciando decisões abertas aos fatos sociais.

É importante dizer que a prolação de decisões fechadas, sem buscar o conhecimento das necessidades sociais, há muito se encontra ultrapassada. O juiz federal não pode mais se abster de buscar no corpo social o que realmente interessa para a prevalência da democracia e da igualdade. Não se pode mais tolerar magistrados inertes ao processo discursivo do direito, não se deve mais apoiar condutas alheias ao desenvolvimento social.

Como uma decisão pode ser eficaz sem o devido conhecimento da necessidade social? Como se pode realizar os direitos da cidadania se o próprio órgão capaz de promovê-la torna-se alheio à sua função social?

Essas indagações, certamente, são para uma avaliação individual de cada indivíduo enquanto parte fundamental do processo de participação da vida estatal, até mesmo para se refletir se a cidadania tem melhorado de situação e se o Judiciário tem realizado ações com este desiderato.

É mister fazer referência ao ordenamento jurídico como legitimador das escolhas decisórias. O magistrado precisa tomar conhecimento da realidade social e necessita, principalmente, adequá-las ao ordenamento jurídico. As decisões precisam ser tomadas pelo seu aspecto substancial de conhecimento da realidade, mas sempre justificadas e abalizadas pelas leis e pela Constituição. Isto porque não se pode tolerar, no Estado Democrático de Direito, decisões eficazes socialmente, mas arbitrárias e contrárias aos ditames do direito posto.

Não é desgastante afirmar que as idéias comentadas refletem as atitudes dos juízes federais integrantes da jurisdição federal. Não se está dizendo que os juízes federais prolatam sentenças contrárias à realidade, alheias ao processo social participativo e sem a observância do ordenamento jurídico.

Muito pelo contrário, cabe aqui ressaltar elogios à Justiça Federal, uma vez que ela é uma das justiças brasileiras mais bem estruturadas e mais bem preparadas. A composição das egrégias cortes federais é, em sua maioria, formada por abalizados juristas dotados de experiência constitucional e social, assim como por estruturas modernas de fiscalização das atividades jurisdicionais dos magistrados.

Corroborar-se esse argumento com a crescente atuação da Justiça Federal no tocante à elucidação de casos extremamente importantes para a sociedade, envolvendo altas autoridades do país, além de possuir projetos de atuação jurisdicional mais perto dos cidadãos, como se depreende do sucesso dos Juizados Especiais Federais, que, por serem mais ágeis aos anseios sociais, tem proporcionado aos cidadãos os seus objetivos: justiça célere, democrática e participativa.

Portanto, com a utilização dessa nova forma de atuação, os ideais constitucionais tendem a se fazer presentes na vida da sociedade. O desejo por uma cidadania verdadeira, pela participação social, pela busca dos anseios dos cidadãos e pelo intercâmbio com a realidade social, podem ser realizados na sociedade pós-moderna por meio de uma vontade de mudança capaz de promover a função social da justiça.

7.3. UMA NOVA FORMA DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Oportuno se faz assinalar que o desejo de se desfrutar de uma sociedade participativa e capaz de assegurar o bem-estar social é anseio de todos. E para lograr este intento, faz-se necessário propiciar metodologias de discussão, em que toda a sociedade esteja presente nos processos de decisões.

No entanto, a maioria da sociedade não tem participado das deliberações que são estabelecidas por uma parcela restrita de indivíduos – fato que é equivocadamente exercido. Esta importante camada da população necessita estar incluída nesse processo, a fim de que todos possam ter consciência das deliberações tomadas. Isto porque o risco de decisões mal formuladas atinge a todos os indivíduos indistintamente, e não uma pequena parcela da comunidade.⁶²

Essa explanação é abalizada no próprio caráter histórico da Constituição e da sociedade, uma vez que os direitos fundamentais relativos à cidadania são direitos difusos e transindividuais, motivo pelo qual se evidencia a absorção do conteúdo jurídico da igualdade em essência, e não da isonomia puramente formal.

⁶² É devido a isso que se torna praticamente inviável determinar os malefícios dos danos sociais. As atitudes de certos indivíduos podem influenciar na vida de milhares de pessoas que se encontram geograficamente distantes. Para a desigualdade social não há distância nem lugar, mas há conseqüências. É o que ocorre, v. g., com as decisões políticas prolatadas na capital federal, pois o seu efeito atinge toda a comunidade brasileira.

Tal fato significa inferir que o direito a uma cidadania forte e participativa possui natureza diacrônica, ou seja, corresponde ao cerceamento e sacrifício de direitos individuais em prol de toda a coletividade⁶³. Para amparar essa afirmação, algumas exposições devem ser delineadas a partir de três campos de atuação, a saber: sociológico, positivista e integrativo.

O âmbito sociológico incita em afirmar que a participação social é um direito sem o qual o cidadão não se realiza enquanto tal, muito menos convive com seus semelhantes. Além disso, sustenta a manutenção da dignidade e da liberdade humanas. A categoria positivista, por sua vez, revela que a cidadania é fruto da participação social.

Por fim, a dimensão integrativa menciona que a realidade social é proveniente da construção histórico-social, de uma evolução iniciada com os direitos civis e políticos, intermediada pelos direitos culturais e econômicos e estabilizada pelos direitos ao desenvolvimento, à paz social, à informação e à cidadania.

Consoante a isso, a sociedade carece de espaço e de participação. A prisão neoliberal e pós-moderna precisa findar-se. O caráter comunitário da moral política e a distribuição dos espaços para a participação popular são objetivos que devem ser almejados pela sociedade, para que esta venha a atingir a sua emancipação e, assim, restituir a solidariedade e instituir o altruísmo como lema principal.

A teoria constitucional, dessa forma, pode ser utilizada como um instrumento de realização desses desígnios, a partir do caráter integrativo e unificador da sociedade participativa, aplicando na prática os preceitos decorrentes do ideal teórico.

Vale ressaltar que a sociedade democrática e participativa é entendida como uma comunidade unida e disposta a lutar pela aquisição dos direitos e garantias que lhe compete, bem como buscar a efetiva obediência aos deveres que lhe são impostos. Dessa forma, por ser um direito fundamental característico de uma sociedade solidária e fraterna, a cidadania deve ser idealizada pela teoria constitucional, pois, na medida em que se adotam formas de participação social, garante-se à sociedade a oferta de decisões justas e eficazes.

⁶³ As camadas menos favorecidas da sociedade podem não ser as únicas afetadas pelos riscos sociais causados. Disso resulta o fato de se elevar a níveis macros a problemática social brasileira, porque há a necessidade de proteger não somente os afetados por esses danos, mas todos os que sofrem com a sua existência e a quem interessa a solução do problema.

7.4. UMA NOVA FORMA DE CONSCIENTIZAÇÃO DA POPULAÇÃO

Os valores sociais presentes na sociedade estão se tornando escassos, despertando em todos uma especial atenção no que diz respeito à sua preservação. Diante disso, ações educacionais e racionais precisam ser desenvolvidas, a fim de que o desejo por uma sociedade pluralista e cidadã seja cada vez mais fidedigno.

Sem embargo da diversidade de áreas que carecem de atenção, não se deve pôr em obliúvio que a sociedade precisa desenvolver uma consciência voltada para a própria cidadania. A sociedade clama por ajuda e proteção. E para o cidadão obter uma vida íntegra e adequada, deve-se formar um pensamento concernente à reabilitação da qualidade das relações sociais de que tanto se precisa. Para isso, faz-se mister primar por uma verdadeira educação social, a fim de que a cidadania e a dignidade humana possam ser vivenciadas.

Nessa ótica, percebe-se que o valor jurídico e social da sociedade precisa ser conservado. O espírito de exclusão social presente na sociedade globalizada necessita ser minimizado. Não se está querendo revelar que os cidadãos, na ânsia de se emanciparem das desigualdades sofridas, ajam de forma fraudulenta e desproporcional. Pelo contrário, a emancipação e a procedimentalização devem ser buscadas, mas de forma cautelosa e prudente, respeitando seus semelhantes e a ordem constitucional vigente.

Diante disso, verifica-se que a sociedade possui papel fundamental na busca de seus próprios direitos. A desburocratização da justiça merece ser efetivada por meio da democratização do exercício do poder, concedendo aos cidadãos a real participação. Para tanto, a Justiça Federal pode atuar conjuntamente com a sociedade, na medida em que possa levar informação jurídica à população, por meio de órgãos especializados, além de alargar o campo de intérpretes das normas jurídicas.

Forma-se, assim, uma era de esperança social. A compatibilização da atuação jurisdicional federal com a sociedade é o ideal que deve ser perseguido na sociedade pós-moderna, a fim de se alcançar a cidadania. Desse modo e com esse propósito, vem a lume a educação social, como uma forma de propiciar o correto comportamento da sociedade perante o Judiciário.

7.5. UMA NOVA FORMA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

Em virtude de ser a teoria constitucional um instrumento de promoção da participação da sociedade na busca pela garantia de cidadania, o enfoque rela-

cionado ao aspecto interdisciplinar parece estar auferindo importância nas relações sociais contemporâneas.

A teoria constitucional, por se relacionar com várias necessidades da sociedade, assume um caráter diferenciado na sociedade pós-moderna. Os diferentes níveis de relacionamento apenas é um elemento comprovador de sua importância não só para o Direito em si, mas, também, para uma pluralidade de áreas que o necessitam para se desenvolver.

Assim, a teoria constitucional analisada caracteriza-se por possuir aspectos interdisciplinares e multidisciplinares, capazes de obter influências e de entusiasmar várias questões sociais, políticas, econômicas e culturais, sem que esta, necessariamente, dentro da órbita jurídica.

Dessa maneira, a interdisciplinaridade constitui o surgimento não apenas de um envolvimento jurídico-constitucional com a sociedade pura e simples, mas, acima de tudo, um verdadeiro comprometimento entre a teoria constitucional e as mais variadas categorias das ciências sociais e do saber humano, de forma a propiciar a socialização da Constituição e a constitucionalização da sociedade, ou seja, a interpolação entre os elementos legais e os elementos sociais, com o fito de propiciar à sociedade um legítimo Estado de bem-estar social.⁶⁴

Já a sua multidisciplinaridade, pois, é caracterizada pelo fato de ser uma teoria que fundamenta e sustenta outras ciências. Diante disso, infere-se que a teoria constitucional trabalha com uma pluralidade de disciplinas. É, de fato, um embate discursivo de verdades científicas transitórias, ou seja, é uma argumentação que propõe verdades que não são plenas e absolutas. Isto significa dizer que essas idéias podem sofrer adequações, encontra aí o caráter discursivo de verdades que transitam na órbita jurídica e social.

Portanto, a diferença entre os aspectos interdisciplinares e multidisciplinares reside na própria definição do âmbito de influência da teoria constitucional. Se ela está presente em algumas partes de outras disciplinas, assim como essas partes podem estar contidas nela, diz-se que possui natureza interdisciplinar. Se, no entanto, ao invés de influenciar apenas parte de alguma disciplina, influencia de modo pleno, constituindo-se o cerne de atuação e a base de sustentação dessas disciplinas, diz-se que ela é dotada de multidisciplinaridade.

⁶⁴ A interdisciplinaridade da teoria constitucional é também idealizada porque abrange e absorve diversas áreas do fenômeno jurígeno. Além disso, é caracterizada pelo fato de que partes de outras disciplinas estão presentes na teoria constitucional, e esta está contida em outros ramos científicos.

Verifica-se, desse modo, que a teoria constitucional e a sociedade são dotados de relacionamentos, fato que reflete o seu caráter, também, pluridisciplinar. Isto porque a sua relevância incide nas mais diversas áreas do saber (a filosofia, a antropologia, a sociologia, a economia, a história e o próprio direito). Somente entendida como uma teoria valorativa e normativa é que se pode extrair o integral e verdadeiro conhecimento da complexa realidade em que a sociedade é sustentada.

8. CONCLUSÃO

Sabe-se que a própria compreensão do Direito inicia-se no momento em que o homem sente a necessidade de instituir regras para os seus comportamentos. Assim, verifica-se a íntima relação entre o Direito e a sociedade, objeto de sua transformação. Com efeito, o Direito, propondo-se a regular as relações sociais, deve ser capaz de acompanhar o constante processo de modificação da realidade.

No entanto, há uma verdadeira impossibilidade material de que a união entre o Direito e a realidade social seja realizada exclusivamente por meio de alterações legislativas adequadas às mudanças das relações sociais, uma vez que a existência de uma pomposa quantidade de leis e a rapidez nas mutações fáticas, certamente, dificulta essa interpolação.

Nesse ponto, a teoria constitucional adquire um caráter fundamental. A interpretação – especialmente quando a norma é mais abstrata – consiste em um valioso instrumento de alteração do conteúdo de um texto normativo, servindo como um mecanismo de adaptação do Direito à realidade circundante, assim como a própria noção de justiça, de sociedade participativa e de cidadania.

Não se trata, com isso, de modificar a lei em seu aspecto puramente formal, através de sua alteração por outra. Mais que isso. Intenta-se transfigurar a essência da norma através da utilização de uma teoria constitucional que possui métodos de interpretação que possibilitem a compatibilização acima defendida.

Diante dessas explicações, a teoria constitucional, e suas implicações com a cidadania, possui importante função no processo de abertura da norma constitucional, na concretização do Direito e na realização da justiça social. Diante disso, os aspectos integrantes da teoria constitucional têm-se mostrado bastante moderno na consecução deste objetivo: garantir o bem estar, a paz, a justiça social e a cidadania.

Nesse sentido, a teoria constitucional desenvolveu elementos providenciais que são verdadeiras armas no combate à luta por uma sociedade mais democrática, justa e isonômica, quais sejam, propiciar espaço para a participação popular no processo de concretização e de abertura das normas jurídicas e, a partir disso, definir o alcance que tais normas devem atingir na Constituição.

O estudo de conflitos sociais, pois, baseados em pensamentos tópicos; o grau de abertura que a norma constitucional deve realizar; a força normativa que a Constituição precisa alcançar; o processo de concretização que as normas jurídicas necessitam; a vontade da maioria politicamente organizada com o respeito à minoria, o caráter democrático e participativo que a sociedade carece, além da necessidade de cidadania são apenas alguns fundamentos que podem ajudar o ser humano a alcançar resultados surpreendentes e satisfatórios nesta sociedade desigual e injusta.

Ao cabo das considerações procedidas, observa-se que a realidade social e o texto normativo sempre estão reunidos nos elementos adquiridos com a teoria constitucional. Este fato proporciona uma reflexão importante para a sociedade: o caráter aberto e concretizador da norma jurídica colabora para a realização da justiça social e da cidadania, na medida em que participa de sua interpretação.

O risco de viver em uma eterna sociedade desigual; o risco de sofrer com preconceitos desgastantes e o risco de sentir uma inefável injustiça são expressões que podem abandonar os diálogos cotidianos, na medida em que a teoria constitucional propicia uma abertura no processo interpretativo, estabelecendo, assim, uma democracia participativa, pluralista e justa.

A participação de toda a comunidade no discurso jurídico relativo aos riscos sociais existentes, associada à efetiva garantia da cidadania são elementos propulsores da construção de uma sociedade na qual a dignidade humana deve ser respeitada, destacada e, essencialmente, usufruída. A teoria constitucional é analisada principalmente para que os participantes do conflito social tenham compreendido mais claramente o que lhes importa, as alternativas que possuem e que eles têm poder de decisão sobre seus próprios interesses e necessidades.

À guisa de conclusão, verifica-se que a sociedade contemporânea carece de liberdade e de solidariedade. A prisão às decisões injustas e antidemocráticas precisa chegar ao fim. O caráter comunitário da sociedade, a distribuição dos espaços para a participação de todos aqueles que a integram e a concretização do Direito são objetivos que devem ser efetivados na sociedade, a fim de esta venha atingir a sua emancipação e, assim, restituir a justiça e a cidadania como lemas principais.

Portanto, a teoria constitucional, por meio de seus elementos, métodos, princípios e pensamentos, funciona como um instrumento de realização desses desideratos, a partir da abertura constitucional, do caráter concretizador do Direito e da participação social, fato que, em muito, contribuiria para a afirmação de uma sociedade cidadã, democrática, participativa, solidária e justa.

Nessa linha de raciocínio, pode-se mencionar que a teoria constitucional é fundamental para a sobrevivência do corpo social, pois, no pensamento de Gustav Radbruch, ela é “prática, criadora, produtiva e ultra-científica”, além de ser também “movida e determinada pelo constante fluxo das próprias necessidades da vida do direito”.⁶⁵ E uma dessas necessidades, frisa-se, é a própria realização da justa cidadania.

Oxalá a teoria constitucional possa se solidificar na sociedade brasileira e contaminar o pensamento de todos os indivíduos para que, assim, a sociedade possa participar mais do processo de decisão e, por meio do discurso jurídico, garantir que a atuação da justiça social e da verdadeira cidadania sejam realizadas com êxito. Um êxito que todos querem ver e usufruir. Um êxito que todos precisam sentir.

⁶⁵ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. rev. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979. p. 231. (Coleção Stvdivm).

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação Ética e Hermenêutica – alternativas para o Direito**. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002.
- BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **As Modernas Formas de Interpretação Constitucional**. Disponível em: <<http://www.ibdc.com.br>>. Acesso em: 01 dez. 2002.
- BELLO FILHO, Ney. **Sistema Constitucional Aberto – Teoria do Conhecimento e da Interpretação no Espaço Constitucional**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. **Política e Constituição: os Caminhos da Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 205.
- _____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CHOMSKY, Noam. **Segredos, Mentiras e Democracia**. Trad. Alberico Loutron. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

- COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- _____; MENDES, Gilmar *et alii*, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br>>. Acesso em 02 set. 2004.
- DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.
- DOBROWOLSKI, Sílvio (org.). **A Constituição no Mundo Globalizado**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.
- DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel Derecho, 1995.
- _____. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 63-64.
- ELY, John Hart. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**. Massachusetts: Harvard University, 1980.
- FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal**: Panorâmica de Alguns Problemas Comuns. Lisboa: Almedina, 2001. p. 19
- GADAMER, Hans George. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GARCÍA, Enrique Alonso. **La Interpretacion de la Constitucion**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- HABËRLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jünger. **Direito e Democracia**: entre a faticidade e validade. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

- HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes, Parte I, 1988.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- _____. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 2. ed. 1992.
- LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Líber Juris, 1993.
- MARMOR, Andrei. **Direito e Interpretação**: ensaios de filosofia do direito. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000 (Justiça e Direito).
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- MOTTA, Maude Nancy Joslin. **O Exercício da Cidadania no Direito Ambiental**.
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994.
- PERRY, Michael. **The Constitution, the Courts and Human Rights, an Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary**. Yale: Yale University, 1982.
- PORRAS, Dourado. **El Debate sobre el Control de Constitucionalidad en los Estados Unidos**. Madrid: Instituto de Derechos Humanos “Bartolomeu de Las Casas”, 1997.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. rev. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979. (Coleção Studivm).
- RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000 (Justiça e Direito).
- ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da Razão Indolente**: contra o desperdício da experiência. Porto: Afrontamento, 2000.
- _____. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. Porto: Afrontamento, 1994.
- SCHIER, Paulo Ricardo. **A Hermenêutica Constitucional**: Instrumento para a Implementação de uma Nova Dogmática Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais/ fasc. civ, vol. 741, 1997.
- SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- VIGO, Rodolfo Luís. **Interpretación Constitucional**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.
- WOLFE, Christopher. **La Transformación de la Interpretación Constitucional**. Trad. María Gracia Rubio de Casas e Sonsoles Valcárcel. Madrid: Civitas, 1991.

ARTIGOS

DUAS SUGESTÕES INTERPRETATIVAS PARA UM PRECEITO DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Edilson Pereira Nobre Júnior*

Juiz Federal

Cioso da importância social representada pela promulgação de um novo Código Civil¹, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal sob a prestimosa direção de seu Coordenador-Geral, Min. Ari Pargendler, empreendeu, com sucesso, a III Jornada de Direito Civil, a qual teve lugar em Brasília, nos dias 01 a 03 de dezembro do ano de 2004.

O seu inegável êxito, demonstrado pela proposição de inúmeras tentativas de solução das diversas controvérsias exegéticas que ensejou o novel diploma, contou com a colaboração decisiva do Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que, com inexcedível denodo, desincumbiu-se da coordenadoria científica dos trabalhos.

Tive a honra de participar do evento e, para fazer jus à confiança que me fora outorgada através de indicação do Des. Luiz Alberto Gurgel de Faria, amigo e operoso Diretor da Escola de Magistratura Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, lancei-me à missão de elaborar enunciados, no total de dois, elegendo, para tanto, o art. 478 do Código Civil, dispositivo predisposto à disciplina do instituto da onerosidade excessiva.

Tendo em vista a extensão das justificativas que exarei por injunção regimental, resolvi publicá-las em forma de artigo, juntamente com o do texto aprovado, daí sobrevivendo alguns aditamentos e modificações nas suas motivações.

* Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor Visitante do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito do Recife – UFPE (mestrado e doutorado). Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Juiz Federal.

¹ George Rudé (La Revolución Francesa. Buenos Aires: Ediciones Argentinas, 2004, p. 232. Tradução: Aníbal Leal) noticia que a mais renomada das medidas sancionadas por Napoleão fora o Código Civil de 1804, tarefa da qual se orgulhara mais do que suas quarenta batalhas vitoriosas.

O primeiro dos enunciados, aprovado em co-autoria com proposição similar do Prof. Luís Renato Ferreira da Silva, alcançou a seguinte redação:

“A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do CC, deve ser interpretada não somente em relação à ocorrência ao fato que venha a gerar o desequilíbrio, mas também em relação às conseqüências que ele produz”².

De logo, ressalte-se que a nossa proposta original não fazia remissão ao qualificativo extraordinário³, também constante da redação do art. 478 do Código Civil, o que decorreu de sugestão apresentada, com sutileza de raciocínio, pelo Prof. Luís Renato Ferreira da Silva, razão pela qual esse ponto não foi objeto de nosso comentário.

Com essa advertência, passemos à nossa justificativa, vazada nas linhas que seguem.

À minguá de precedente no diploma de 1916, constituiu importante inovação no plano do direito das obrigações o art. 478 do atual Código Civil, ao proclamar:

“Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”⁴.

Referido dispositivo consagrou, em caráter genérico, a regra da resolução contratual por onerosidade excessiva, visando fincar, com solidez, as pilas-tras da justiça contratual.

² Disponível em http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/III_jornada/textos/ObrigaRespoCivil.doc.

³ O texto que propusemos foi o seguinte: “A menção à imprevisibilidade, inserta no art. 478 do CC, para o fim de possibilitar a resolução contratual por onerosidade excessiva, deve ser interpretada não em relação à ocorrência do fato que venha a gerar o desequilíbrio na avença, que poderá ser suscetível de previsão, mas sim no concernente às conseqüências que aquele chega a produzir”. Por sua vez, fato extraordinário nos fornece a idéia de algo fora do comum, excepcional, anormal etc.

⁴ Versa sobre o assunto também o art. 317 do mesmo diploma, relativo à disciplina do objeto do pagamento e sua prova, com a seguinte redação: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

Contudo, ao assim laborar, elencou como requisitos para que o instituto se torne operativo, a necessidade da extrema vantagem de uma das partes decorrer não só em face de fatos extraordinários, mas igualmente de acontecimentos imprevistos⁵.

Assim atuando, entrou em descompasso com o notado desenvolvimento do nosso ordenamento. Isto porque o Código de Defesa do Consumidor, ao enunciar os direitos básicos do consumidor, alude, no seu art. 6º, V, à “modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Como visto, referido estatuto dispensa, numa atitude de aproximação do contrato à vida moderna, que o motivo da onerosidade seja respeitante a fatos imprevisíveis, orientação sufragada pelo Superior Tribunal de Justiça frente a litígios derivados de contratos de arrendamento mercantil celebrados com indexação em moeda estrangeira (dólar norte-americano), os quais foram acometidos por forte crise cambial durante o mês de janeiro de 1999.

Exemplificativo do entendimento jurisprudencial recaiu no REsp 361.694 – RS, relatado pela Min. Nancy Andrichi, em cuja ementa consta a seguinte formulação: “O preceito insculpido no inciso V do artigo 6º do CDC dispensa a

⁵ Parece que o legislador pátrio se guiou pelo art. 1.467 do Código Civil italiano de 1942: “Nos contratos de execução continuada, ou periódica, ou de execução diferida, se a prestação de uma das partes tornar-se excessivamente onerosa pela verificação de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, o devedor pode pleitear a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos pelo art. 1.458. A resolução não pode ser pleiteada se a superveniente onerosidade se encontra na álea normal do contrato. A parte contra a qual é pleiteada a resolução pode evitá-la, oferecendo-se para modificar equitativamente as condições do contrato”. (Nel contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tal prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’Art. 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità di modificare equamente le condizioni del contratto). Tradução livre. Disponível em <http://www.studiocelentano.it>. Acesso em 12-03-02. De modo idêntico, o art. 1.198, item segundo, do Código Civil argentino: “Nos contratos bilaterais comutativos, e nos unilaterais onerosos e comutativos, de execução diferida ou continuada, se a prestação a cargo de uma das partes se tornara excessivamente onerosa, por acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a parte prejudicada poderá demandar a resolução do contrato. O mesmo princípio se aplicará aos contratos aleatórios quando a onerosidade excessiva se produza por causas estranhas ao risco próprio do negócio” (En los contratos bilaterales comutativos y en los unilaterales onerosos y comutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato). Tradução livre. Disponível em <http://www.redetel.gov.ar>. Acesso em 04-10-04.

prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor”⁶.

Mas não é só. Outros seguimentos do nosso direito positivo passaram, no particular do resguardo da persistência da comutatividade contratual, a perfilhar idêntica orientação.

A Lei 8.666/93, responsável pela disciplina dos contratos administrativos, ao se ocupar de sua alteração, dispõe, no art. 65, II, alínea *d*, que esta poderá ter lugar

“para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”⁷.

Dito diploma, de inegável atualidade, ameniza o rigor da imprevisibilidade requerida, a fim de que esta se refira não somente ao fato gerador do desequilíbrio, mas possa ser deduzido unicamente de suas conseqüências. Ao lançar seus comentários sobre o ponto em debate, enfatizou Marçal Justen Filho⁸:

“Assemelha-se à imprevisibilidade o caso que, embora previsível, tenha conseqüências que não possam ser evitadas. Isso se passa quando há possibilidade de prever o evento, mas inexistente providência alguma hábil a impedir a concretização do fato e de suas conseqüências. Isso se passa com eventos catastróficos cuja concretização é prevista pela ciência com alguma antecedência”.

⁶ 3ª T., ac. un., DJU de 25-03-02.

⁷ Interessante notar que, na província dos contratos administrativos, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato encontra duplo lastro constitucional, seja como decorrência da consagração da moralidade como pauta de agir da Administração (art. 37, caput, da CF), seja pela referência explícita à garantia de manutenção das condições efetivas da proposta, constante do art. 37, XXI, da CF.

⁸ *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 531.

Idêntica predisposição já permeia os sistemas jurídicos estrangeiros. O Código Civil português, promulgado pelo Decreto-lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966, versa o tema da resolução do contrato pela alteração das circunstâncias em que celebrado sem aludir à imprevisibilidade. Basta que se compulse o seu art. 437º, nº 1º, ao ditar:

“Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato”.⁹

Feitas essas observações, poder-se-á, num primeiro súbito de olhos, indagar se possível antinomia entre o art. 478 do Código Civil e os dispositivos da legislação citada resolver-se-ia, com facilidade, pela regra da especialidade.

Dessa maneira, não versando o contrato sobre a matéria regida por lei específica, aplicar-se-ia o preceito do Código Civil e a imprevisibilidade do fato causador do desequilíbrio seria inarredável.

Essa parece ser a opinião de Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹⁰, para quem, apesar de visualizar imperfeição na redação do art. 478 do Código Civil, é claro quanto ao fato deste haver subordinado a resolução à existência de uma vantagem exagerada em favor da outra parte e à ocorrência de fatos imprevisíveis, enquanto o Código de Defesa do Consumidor, no particular, optara por uma regulação objetiva.

Nesse diapasão, alinha-se José de Oliveira Ascensão¹¹, ao frisar que o regime do Código Civil é bem mais exigente do que a disciplina setorial do

⁹ Disponível em <http://www.mreis.pt/docs/cc.htm>. Acesso em: 30.09.2004.

¹⁰ O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor – Pontos de convergência. Revista de Direito do Consumidor, n. 48, p. 55-68, out./dez. 2003. Maria Helena Diniz (Código Civil Anotado. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 355), em rápido comentário ao art. 478 do CC, é clara em sustentar a exigência da imprevisibilidade, ou seja, que as partes, quando da celebração do contrato, não pudessem ter previsto o evento anormal.

¹¹ Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. Revista CEJ, n. 25, p. 62, abr./jun. de 2004.

Código do Consumidor e que tal se justifica em face da fraqueza relativa do consumidor perante o fornecedor.

Com o devido respeito, essa inteligência, malgrado resultante da articulação dos textos legais, implicaria tornar a onerosidade excessiva, quando louvada no Código Civil, como algo distante e irrealizável na prática pelo contratante, preocupação sentida em sede doutrinária¹².

Na verdade, o preceptivo, caso assim aplicado, esvaziará, por completo, a eficácia social do instituto, o que se apresenta como inadmissível.

Não se pode negar que a promulgação de um código representa um avanço para a sociedade, a qual passará a contar com um corpo de leis mais aperfeiçoado e mais próximo da realidade que se encontra a vivenciar.

Com muita propriedade, assinala António Menezes Cordeiro¹³:

“Uma codificação é, por excelência, o produto do trabalho *jurídico-científico*. Ela postula um desenvolvimento intensivo e extensivo do sistema externo, com reduções dogmáticas operosas e um esforço de síntese que remodele, por inteiro, toda a apresentação tradicional dos institutos jurídicos.”

Mais adiante, conclui:

“E vai, ainda, bem mais longe: modifica a linguagem em aspectos importantes, elabora conceitos abstratos onde antes proliferavam as descrições empíricas e remodela, em profundidade, as diversas proposições jurídicas”.

Essa assertiva ganha notável reforço com o Código Civil de 2002, cuja elaboração projetou uma forte viragem no sistema de direito civil então vigente.

¹² Conferir, a esse respeito, arguta observação de Álvaro Villaça Azevedo (El nuevo Código Civil Brasileño – Tramitación; función social del contrato; buena fé objetiva; teoría de la imprevisión y, en especial, onerosidad excesiva (laesio enormis). In: Lidia M. Garrido Cordobera e Viviana Kluger (Coord.). Tratado de la buena fe em el derecho – doctrina extranjera. Buenos Aires: La Ley, 2004. Tomo II, p. 169), para quem, ao invés de adotar somente o instituto da onerosidade excessiva, o Código Civil de 2002 fê-lo abarcando a teoria da imprevisão, de difícil aplicação. Propôs, linhas à frente (p. 169), a adoção de ponto de vista conducente a ser bastante o desequilíbrio econômico para a modificação ou resolução do contrato. Idem a impressão consignada em escrito de João Hora Neto (A resolução por onerosidade excessiva no novo código civil: uma quimera jurídica?. Revista de Direito Privado, v. 16, p. 148-160, out./dez. 2003).

¹³ Tratado de Direito Civil português. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. I, Parte Geral. Tomo I.: introdução, doutrina geral, negócio jurídico. p. 67.

Lastreado na insuficiência do Código Civil de 1916, marcadamente individualista e retratador de uma sociedade agrária e recém saída do escravismo, o diploma vigente colimou ajustar os trilhos jurídicos nacionais a sentimentos de forte inspiração social, conforme pensamento dominante a partir do primeiro quartel da centúria passada.

Assim, veio a lume a estruturação legislativa informada por uma nova e vinculativa principiologia, ilustrada pela eticidade, a abarcar a boa-fé objetiva, e a concepção da propriedade e do contrato como instrumentos a albergarem uma função social¹⁴. Nesse quadro, perde terreno o perfil rigoroso e implacável da autonomia da vontade e da força obrigatória das convenções.

Diante disso se impõe seja adotada exegese que venha a corrigir a imperfeição de redação do art. 478 do Código Civil, na parte em que alude à necessidade de fato imprevisível para o fim de evitar onerosidade excessiva.

A melhor solução – parece-nos – está em reservar o requisito da imprevisibilidade não em relação à ocorrência do fato que venha gerar o desequilíbrio da avença, que poderá ser suscetível de previsão, mas sim no concernente às conseqüências que aquele chega a produzir.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida há aproximadamente vinte e cinco anos atrás, manifestou ligeira propensão a esse ponto de vista. Não obstante reputando, a exemplo de julgados anteriores¹⁵, a inflação como fato suscetível de previsão, entendeu, em lide relativa a contrato de empreitada, que a subida da espiral inflacionária em níveis inesperados ensejaria a revisão contratual. Trata-se do RE 85.714 – RJ¹⁶, assim ementado:

“- A aplicação da cláusula ‘rebus sic standibus’ não importa na negativa da vigência do art. 1246 do Código Civil, se ocorre aumento imprevisível

¹⁴ Miguel Reale (As diretrizes fundamentais do projeto do Código Civil. In: Comentários sobre o projeto de Código Civil brasileiro. Brasília: Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários. Série Cadernos do CEJ, v. 20, p. 11-26), com muita propriedade, mostra-nos que o atual Código Civil está estruturado com base em pilstras fundamentais, consubstanciadas nos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade. A relevância de ditos valores é notável nas seguintes palavras do autor: “ O que importa em uma codificação é o seu espírito; é um conjunto de idéias fundamentais em torno das quais as normas se entrelaçam, ordenam e sistematizam” (loc. cit., p. 16)

¹⁵ RE 75.511 – PR (1ª T., ac. un., rel. Min. Aliomar Baleeiro, RTJ 66/561) e 71.443 – RJ (1ª T., ac. un., rel. Min. Aliomar Baleeiro, RTJ 68/95).

¹⁶ 1ª T., ac. un. rel. Soares Muñoz, RTJ 96/667. Observando-se a íntegra do julgado, vê-se que a espécie é retratada por contrato de empreitada, firmado com empresa pública, no qual os índices dos preços das construções, que se encontravam a obedecer a um determinado ritmo de elevação desde 1958, sofreram, a partir de novembro de 1962, um salto e disparada em escala anormal e imprevisível.

do surto inflacionário, depois de celebrado o contrato de empreitada e no prazo da execução das obras.

- Inconfigurada divergência jurisprudencial, por não ter o recurso extraordinário atendido ao disposto no art. 305 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

De rememorar-se, mais uma vez, a elevação da moeda norte-americana em janeiro de 1999, em relação à qual tem-se expresso no voto condutor do Min. Aldir Passarinho Júnior no REsp 472.594 – SP¹⁷ que, mesmo previsível inicialmente pelas partes, tal fato produzira efeitos negativos que inviabilizaram o cumprimento da avença. É certo que dito pronunciamento, mesmo invocando o art. 6º, IV, do CDC, pôs em destaque que a imprevisibilidade deveria radicar-se nos resultados ocasionados pelo fato gerador do desequilíbrio, mesmo previsível este. Foram as palavras de S. Exa.:

“Era, elementar de se esperar que a estabilidade cambial, um tanto fictícia aliás, não fosse perdurar para sempre, de modo que não se pode exatamente afirmar que os consumidores foram literalmente surpreendidos com a alta do dólar. Ela sempre existiu, lamentavelmente, a estabilidade é que constituía a exceção.

Mas, inegável negar que também não era esperado um salto tão imenso, com uma rápida e crescente desvalorização da moeda nacional frente a outras moedas fortes, a inviabilizar o adimplemento de prestações antes plenamente suportáveis”.

Propendendo-se ao estrangeiro, é de consignar-se semelhante entendimento do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, a propósito do art. 437 do correspondente Código Civil, ao mencionar, em trecho da ementa do Proc. 83.211, que:

“II – Entre as alterações anormais das circunstâncias referidas no citado artigo contam-se a desvalorização abrupta e excessiva da moeda e o encarecimento inesperado de certas matérias primas”¹⁸.

¹⁷ 2ª S., mv., DJU de 04-08-03.

¹⁸ Ac. um., rel. Cons. Santos Monteiro, julg. em 17-03-93. Disponível em: www.stj.pt. Acesso em 28-10-04.

Com esse modo de visualizar o dispositivo legal em exame, resguarda-se a eficácia prática do instituto da onerosidade excessiva, adaptando-o à evolução pela qual passou a atividade legislativa brasileira no intervalo de elaboração da Lei 10.406/02, como mostram o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 8.666/93.

O argumento, de fina argúcia, no sentido de que a relativa fragilidade do consumidor frente ao fornecedor respaldaria a diversidade de tratamento, pode ser afastado, inicialmente, pela circunstância de também a Lei 8.666/93 estatuir a revisão por onerosidade excessiva em moldes mais simplificados, sem que se possa cogitar no contrato administrativo – na maioria das vezes, contrato entre pessoas jurídicas – superioridade da Administração no que tange a equação econômico-financeira, a qual se reserva apenas à possibilidade de alteração, nos termos da lei, de cláusulas regulamentares ou de serviço.

De outra parte, o complexo e excessivamente demorado trâmite do projeto que resultou na Lei 10.406/02 forçou a que o legislador aproveitasse a promulgação da legislação setorial, de que é exemplo a Lei 8.078/90, a fim de consagrar, em texto escrito, alguns paradigmas contratuais, olvidados pelo legislador de 1916.

É certo que incorreção vivenciada pelo art. 478 do Código Civil poderia ser sanada pela via do processo legislativo, havendo em tramitação no Congresso nacional o Projeto de Lei 6.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, no qual consta sugestão de mudança da mencionada regra¹⁹.

Contudo, duas observações de logo se impõem: demais de constituir missão do intérprete, nos planos doutrinário e jurisprudencial, corrigir os equívocos dos conteúdos legislativos, ofertando-lhes significado que os aproxime da concre-

¹⁹ A redação proposta é a seguinte: “Art. 478. Nos contratos de execução sucessiva ou diferida, tornando-se desproporcionais ou excessivamente onerosas suas prestações em decorrência de acontecimento extraordinário e estranho aos contratantes à época da celebração contratual, pode a parte prejudicada demandar a revisão contratual, desde que a desproporção ou a onerosidade exceda os riscos normais do contrato. § 1º Nada impede que a parte deduza, em juízo, pedidos cumulados, na forma alternativa, possibilitando, assim, o exame judicial do que venha a ser mais justo para o caso concreto; § 2º Não pode requerer a revisão do contrato quem se encontrar em mora no momento da alteração das circunstâncias; 3º Os efeitos da revisão contratual não se estendem às prestações satisfeitas, mas somente às ainda devidas, resguardados os direitos adquiridos por terceiros”. (NR). Trata-se do Projeto de Lei 6.960, de 12 de junho de 2002, cujo texto está disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em 28-12-04.

tização do ideal de justiça e da realidade²⁰, somente a resposta interpretativa seria idônea para solucionar os inúmeros litígios surgidos antes de uma eventual mudança legislativa.

O segundo enunciado, apresentado juntamente com o Dr. Wladimir Alcibíades, está assim redigido:

“Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o artigo 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”²¹.

Passemos a justificar tal pensamento.

Outra errônea a manifestar-se na redação do art. 478 do Código Civil se centra na singularidade de que tal dispositivo, como consequência da onerosidade excessiva, aponta apenas e tão-só a resolução do vínculo.

De modo diferente, o Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 51, §2º, promulgado mais de uma década antes, proclama:

“A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.”

Do dispositivo acima transcrito, vê-se que a Lei 8.078/90, tratando do tema, atentou para a necessidade de conservação dos negócios jurídicos, de

²⁰ A assertiva se amolda, com perfeição, ao Código Civil em comento. A propósito, basta novamente evocar a percepção de Reale: “O novo Código, por conseguinte, confere ao juiz não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou inajustável à especificidade do caso concreto” (As diretrizes fundamentais do projeto do Código Civil. In: Comentários sobre o projeto de Código Civil brasileiro. Brasília: Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários. Série Cadernos do CEJ, v. 20, p. 16). Idem Inocêncio Mártires Coelho (O novo Código Civil e o seu completamento pela jurisprudência. Revista de Informação Legislativa, n. 161, ano 41, p. 205-215, abr./jun. 2004) e Francisco Amaral (A equidade no Código Civil Brasileiro. Revista CEJ, n. 25, p. 17, abr./jun. de 2004). A exposição de ditos autores – insta acentuar – revive a acertada repulsa de Jean Cruet (A vida do direito e a inutilidade das leis. Salvador: Livraria Progresso, 1956. p. 24) ao preconceito ao ativismo judicial, patrocinado por Montesquieu, tendo aquele afirmado que, na realidade, o magistrado é a alma do progresso jurídico e que sua intervenção na renovação do direito tem sido uma lei natural da evolução jurídica.

²¹ Disponível em: http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducao/textos_fotos/III_jornada/textos/ObrigaRespoCivil.doc. A redação escolhida foi a apresentada pelo ilustre co-autor, estando a nossa assim disposta: “Muito embora o art. 478 do Código Civil faça referência à resolução do contrato, nada impede, antes recomenda a incidência do princípio da conservação dos atos jurídicos, positivado, entre nós, no art. 51, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, no sentido de que aquele dispositivo possa ser aplicado com vistas à alteração de uma ou algumas cláusulas do negócio jurídico”.

modo que a só existência de cláusula abusiva não induz à invalidade do contrato. Somente quando da exclusão da cláusula impugnada não houver condições de persistir o equilíbrio contratual, é que o vínculo será resolvido. Do contrário, sana-se o abuso a emanar de uma de suas cláusulas, possibilitando-se, assim, a subsistência da execução do contrato.

Penso, mais uma vez, que o legislador laborou dissociado da tendência experimentada pelo moderno direito obrigacional.

Procedendo-se ao cotejo entre o art. 478 do Código Civil e o art. 51, §2º, do CDC, constata-se que o primeiro olvidou o princípio da conservação dos negócios jurídicos, em torno do qual, consoante asseverou Alberto Trabucchi, “existe uma tendência legislativa, social e economicamente conveniente a conservar a eficácia dos atos jurídicos”²².

Na doutrina nacional, a incidência do princípio da conservação do negócio jurídico, mesmo ausente previsão legal, tivera em Antônio Junqueira de Azevedo ardoroso defensor, o qual o reputa como baliza fundamental em matéria de inexistência, invalidade e ineficácia. Através dele, frisa o autor, tanto o legislador, na criação das normas, quanto o intérprete, na sua aplicação,

“devem procurar conservar, em qualquer um dos três planos – existência, validade e eficácia –, o máximo possível do negócio jurídico realizado pelo agente.

O princípio da conservação consiste, pois, em se procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia”.²³

Dessa maneira, os atos e negócios jurídicos quando se defrontarem ante a perspectiva de que suas cláusulas padeçam de nulidade, ou possam ser reputadas como abusivas durante o decorrer de sua execução, não devem expor-se irremediavelmente à sanção da nulidade integral.

Cabe ao intérprete, ao invés, enveredar pelo reconhecimento da nulidade parcial, ou pela modificação apenas da estipulação que esteja a afetar o equilíbrio contratual, contanto que, dessa forma, o negócio jurídico possa subsistir de maneira autônoma.

²² “existe una tendencia legislativa, social y economicamente conveniente, a conservar la eficacia de los actos jurídicos” (Instituciones de Derecho Civil. Tradução de Luis Martinez Calcerrada. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967. p. 199).

²³ Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 64.

O modelo introduzido pelo Código Civil de 2002, por sua vez, não repele a conservação dos negócios jurídicos²⁴. Basta que se note a previsão da nulidade parcial (art. 184), já consagrada no diploma de 1916 (art. 153), além da elogiável introdução das figuras da confirmação dos negócios anuláveis (art. 172) e a conversão (art. 170), relativa aos nulos, sem obscurecer sua manifestação quanto à simulação relativa (art. 167) e à lesão (art. 157, §2º).

Isso sem contar que o art. 479 do Código Civil, inserto na seção destinada ao instituto da onerosidade excessiva, permite seja evitada a resolução contratual quando o demandado aceite modificar equitativamente as condições com base nas quais foi celebrado o contrato, a fim de que a execução deste subsista.

E, como se não bastasse, há também o art. 317, o qual, ao dispor sobre o objeto do pagamento, prevê, na hipótese de desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o momento de seu cumprimento – o que muito se assemelha à onerosidade excessiva – a possibilidade do juiz corrigir, tanto quanto possível, o valor da prestação, sem que, para tanto, cogite-se da ineficácia integral do contrato.

Assim, nada obsta que tal modificação parcial já derive do pedido a ser deduzido em juízo, sem que haja obrigação de somente pleitear-se a resolução da avença.

O reconhecimento do princípio da conservação do negócio jurídico, em havendo onerosidade excessiva, vem recomendada pela interpretação sistemática do vigente Código Civil²⁵.

Por essa motivação, impõe-se que o citado art. 51, §2º, da Lei 8.078/90, não deva ser interpretado unicamente no sentido de que sua abrangência haverá de circunscrever-se aos lindes das relações de consumo. Absolutamente. O dispositivo, malgrado inserido em corpo de lei específica, porta a consagração de princípio geral de direito, qual seja o da conservação dos atos e negócios jurídicos. Os próprios comentaristas do CDC, como é o caso de Nelson Nery Júnior²⁶, ofertam tal impressão, porquanto, ao discorrerem sobre o preceptivo, fa-

²⁴ Tamanha é a influência do postulado da conservação dos atos jurídicos que, atualmente, ultrapassa as fronteiras do direito privado. Inegável a sua presença no direito constitucional, como mostram a interpretação conforme à Constituição e as sentenças aditivas e substitutivas, proferidas pelas cortes constitucionais européias. Igualmente, o direito administrativo também recolhe sua contribuição. Daí o estudo dos efeitos decorrentes dos atos perpetrados por funcionários de fato, de origem romana, juntamente com a convalidação dos atos administrativos e a caducidade do direito à invalidação, figuras estas presentes na recente Lei 9.784/99 (arts. 54 e 55).

²⁵ Tem valia aqui o sábio conselho atribuído a Portalis, segundo o qual, num código, seus dispositivos se interpretam uns com os outros.

²⁶ Código Brasileiro do Consumidor. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 535.

zem-no sob o argumento de que revela o princípio da conservação do contrato, sem, à primeira vista, operar qualquer distinção de tratamento. Por essa razão, a sua abrangência deverá espalhar-se em direção a outros vínculos de direito que não os emanados das contratações de consumo.

A esse respeito, categórica a observação de Alcio Manoel de Sousa Figueiredo:

“Por essa razão, os princípios inseridos no Código de Defesa do Consumidor por expressarem valores constitucionais também podem incidir sobre toda a teoria contratual. Isto significa que alguns princípios inovadores do Código de Defesa do Consumidor (boa-fé objetiva, transparência, confiança, equidade, inversão do ônus da prova, etc.) podem e devem ser aplicados em todas as relações contratuais independente de ser ou não relação de consumo.”²⁷

Essa inteligência se impõe, com maior razão, em virtude do princípio da função social do contrato. A importância que os contratos possuem para a economia hodierna, principalmente em países que não atingiram acentuado grau de desenvolvimento, como o Brasil, acarreta para o aplicador da ordem jurídica o dever de perseguir, do modo mais eficiente possível, a subsistência dos contratos como instrumento de geração de riqueza.

Sobreleva notar ainda que, cuidando-se de princípio geral de direito, a conservação, demais de impor-se independente de vinculação a texto escrito²⁸, tem sua razoabilidade assentada pela função interpretativa atribuída a tal fonte de manifestação jurídica.

²⁷ Revisão do contrato habitacional numa perspectiva civil-consumerista-constitucional. Repertório de Jurisprudência – IOB, n. 4, v. III, p. 136-123, 2ª Quinzena de fevereiro, 2004. p. 131-130. Já Cláudia Lima Marques, em introdução à 4ª edição de sua obra *Contratos no Código de Defesa do Consumidor* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 16-17), ressalta notável influxo do CDC, na parte em que contempla princípios gerais, como os da boa-fé e o do equilíbrio contratual, na concretização do Código Civil de 2002, propondo a aplicação conjunta de ambos diplomas. Faz-se óbvio que tal também vale para o princípio da conservação do negócio jurídico. Com pequena antecedência cronológica, esse modo de pensar já fora por nós exposto (*A proteção contratual no código do consumidor e o âmbito de sua aplicação*. Revista de Direito do Consumidor, n. 27, p.70, jul./set. 1998), no qual sustentamos que os princípios da revisão contratual, da boa-fé e do não locupletamento ilícito, disciplinados pelo Código de Defesa do Consumidor, por sua imemorial sagração na órbita jurídica, não poderiam ser encarados como restritos aos lindes de tal diploma específico.

²⁸ Sobremodo feliz a constatação de Luis Prieto Sanchís: “Um princípio implícito é uma norma que não pode ser considerada como o significado de determinada disposição normativa, mas sim que se obtém a partir de uma ou várias disposições que se supõe constituírem casos de aplicação ou especificação de dito princípio”. “Un principio implícito es una norma que no puede ser considerada como el significado de determinada disposición normativa, sino que se obtiene a partir de una o varias disposiciones que se supone constituyen casos de aplicación o especificación de dicho principio”. (Sobre principios y normas. Madri: Centro de Estudios Constitucionales - Cuadernos y debates, n. 40, 1992. p. 141. Tradução livre).

Inegável a dimensão de orientação do trabalho interpretativo que possuem os princípios, segundo a qual aportam no esclarecimento da significação de outras normas, sendo objeto de forte reconhecimento doutrinário. Federico de Castro y Bravo²⁹ é claro acerca desse aspecto dos princípios:

“Os princípios gerais assinalam o método de interpretação das normas, próprio de um ordenamento jurídico, e, ademais, indicam em cada caso concreto a fórmula interpretativa que se deve eleger: admitir a flexibilidade ou rigidez das disposições, estender ou restringir seu alcance, definir o significado dos conceitos empregados, dar conteúdo aos modelos de conduta, etc”.³⁰

Volvendo-se ao sistema jurídico italiano, que consistiu fonte de inspiração para o pensamento de Alberto Trabucchi, evoca-se o disposto no art. 1.367 do Código Civil italiano, ao enunciar:

“Na dúvida, o contrato, ou cada uma de suas cláusulas, devem ser interpretadas no sentido através do qual possam ter qualquer efeito, ao invés daquele segundo o qual não tenham efeito”³¹.

Esse é, no condizente com o art. 478 do Código Civil, o ponto de vista de José de Oliveira de Ascensão³² que, malgrado defenda a diversidade de tratamento entre institutos disciplinados no Código Civil e no plano setorial do Cód-

²⁹ Derecho Civil de España. 2. ed. Madrid: Civitas, 1984. p. 428-429. Consultar ainda: Joaquín Arce y Flórez Valdés. Los principios generales del derecho y su formulación constitucional. Madri: Civitas, 1990. p. 53-54.

³⁰ “Los principios generales señalan el método de las normas, propio de um ordenamento jurídico, y, además, indican em cada caso concreto la fórmula interpretativa que se debe elegir: admitir la flexibilidad o rigidez de las disposiciones, extender o restringir su alcance, definir el significado de los conceptos empleados, dar contenido a los modelos de conduta, etc” (Derecho civil de Espana. Madri: Civitas, 1984, p. 428-429. Tradução livre).

³¹ “Nel dubbio, il contrato o lê singole clause devono interpretarsi nel senso in ui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno”. Disponível em <http://www.studiocelestano.it/codici/cc/disposizioni.htm>. Acesso em: 11/03/2002. Tradução livre.

³² Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. Revista CEJ, n. 25, p. 64, abr./jun. de 2004. Entretanto, referido autor somente admite a revisão contratual, em razão de onerosidade excessiva, quando tratar-se de modificação quantitativa, entendendo, ao revés, que a mudança qualitativa estaria condicionada ao consentimento da outra parte, pena de malferição à autonomia da vontade.

go de Defesa do Consumidor, sustém que a circunstância daquele dispositivo falar unicamente em resolução, não se encontra obstada a modificação contratual independente do assentimento da outra parte, uma vez a conservação ou aproveitamento do negócio jurídico dever ser reputado um princípio geral.

A mitigação dos efeitos resolutivos da onerosidade excessiva, que somente devem ter lugar em situações excepcionais, vale citar, constitui critério assente na jurisprudência do Tribunal Supremo da Espanha³³.

Portanto, mais uma vez caberá ao intérprete suprir harmonicamente suposta deficiência do legislador quanto ao benfazejo art. 478 do Código Civil, propugnando-se que tal ocorra sob a inspiração das diretivas apontadas pelos princípios da conservação e da função social do contrato.

Eis, devidamente ultimadas, nossas ponderações sobre o instituto da onerosidade excessiva, recém incorporado ao direito escrito de nossas plagas.

A JURISPRUDÊNCIA FEDERAL E A VOZ DA CIDADANIA

Alexandre Costa de Luna Freire

Juiz Federal

I. JUSTIÇA FEDERAL, HISTÓRIA E CIDADANIA

A História é pupila ou serva do Tempo? A qual História pretendemos nos referir? Da História como ramo do conhecimento? Ou da História em si mesma como a descrição dos passos humanos no tempo ou no espaço? Que passos são esses? Dos passos dos atores principais, dos protagonistas, dos meros figurantes ou dos que atuaram nos bastidores ao largo dos registros?

Uma coisa é certa: pela tradição oral, pelas investigações antropológicas, pelo Carbono 14, o suporte recente da arqueologia, o que se vai “descobrir” é o encontro do Homem consigo mesmo quando encontrou o Outro.

A investigação restrita oferece a possibilidade de novas descobertas quando revolve, também, a pátina do Tempo pela revelação das instituições humanas.

Duas referências básicas são os trilhos de uma jornada recente no Direito Brasileiro: a Constituição de 1988 e a atuação do Poder Judiciário.

Em apenas 15 anos, a sociedade moderna transformou-se radicalmente. A velocidade dos avanços culturais, científicos e tecnológicos levou a Humanidade, de modo nunca pensado antes, a procurar o Conhecimento. Esse conhecimento começa, como num eterno retorno, com o auto-conhecimento.

A globalização dos mercados, rasgando fronteiras espaciais e temporais - como uma nova geografia e uma nova história -, apresenta ao Homem desafios imprevistos e promove a reconfiguração de modelos e perspectivas.

A Constituição de 1988 “revolucionou” as relações internas e externas no campo da visão política e social. Ao Direito reservou-se um papel transformador das relações sociais. Além do consolidado viés de adaptação social, cresceu-se o de impulsionador de renovações políticas.

Crise do Direito: o que é ou o que foi? Responde-nos a estabilidade da coesão social. A revolução ou as transformações abre-nos portas ou janelas.

Creditou-se, de forma mais acentuada, ao Judiciário a responsabilidade assustadoramente crescente de ser o Porta-Voz do “espírito da lei”, ou da moralidade/coletividade no sentido remoto da “voz coletiva”.

Onde buscar os princípios, os elementos que preenchem as categorias e os juízos racionais para animizar a voz abstrata e consubstanciar os direitos subjetivos, tornando-os efetivos, materiais, resgatando o Outro da opressora necessidade - fome e sede de Justiça?

A Constituição de 1988, denominada Cidadã, em 15 anos fincou diretrizes básicas a partir de sua genética valorização da Pessoa Humana a desenvolver-se fraterna e solidariamente. Elencou, portanto, princípios basilares. Da Mídia ao “direito achado na rua”, o cenário desafiante e inovador é “voz da Justiça”. A “doutrina”, como a voz da Jurisprudência, a arte do bom e do justo ou o conhecimento dos doutos, incorporando-se à Jurisprudência (dos Tribunais) fazendo um Coro. Os “precedentes” soergueram entendimentos multifacetados de uma sociedade em transformação.

É como se, repentinamente, “dignidade”, “líquido e certo”, “liminar”, “função social da propriedade”, “devido processo legal”, “direito adquirido”, “acesso à Justiça”, “hipossuficiência”, “bagatela”, “seguridade social”, “família”, “educação”, “saúde”, “tributação”, “improbidade administrativa”, “meio ambiente”, “consumidor” e uma infinidade de “normas abertas” ou “conceitos indeterminados” ganhassem voz e concreto no cotidiano de uma Cidadania Participativa.

A que se deve isso? Em linhas gerais, ao conjunto de forças e instituições sociais. De maneira mais restrita é necessário “resgatar” a atuação de um agente público específico, que busca transparecer com rigor mais renovado o papel constitucional que lhe é atribuído: a Jurisdição. Em outras palavras, traduzir a voz constitucional. Equalizar as relações sociais, com a voz da Carta Política e com o propósito de tornar efetivos os princípios constitucionais. E como Princípios, são a base e a sustentação das valorações legislativas. Incutir no corpo e na substância das leis o DNA constitucional, instilar anti-oxidantes nas contaminações públicas e privadas no ordenamento jurídico.

A Justiça Federal, composta de Órgãos do Poder Judiciário (de Primeira Instância e Segunda Instância), não deslocou-se do papel que lhe coube a partir da nova ordem constitucional, interna ou externa, não obstante os encargos e responsabilidades, que se agigantaram no cenário das mutações sociais e econômicas globais. Pesando sobre os ombros de uma Instituição que detém ba-

sicamente a responsabilidade de emitir “juízos” sobre a tradução da voz jurídica, coletiva e no alvitre das linhas mestras da Ordem e da pacificação de conflitos, “revelou” a enormidade das tarefas e a grandeza da Missão, ainda que no recato dos pronunciamentos, ao largo dos vitupérios políticos.

Quiz-se nas considerações adiante expostas reaviventar os limites de discussões várias, inerentes a conflitos judiciais, pela voz da jurisprudência, estabelecendo um mero compêndio de decisões recortadas de um breve período já histórico, e o quanto foi difícil fincar os limites de uma jurisprudência federal acerca de direitos subjetivos antes pouco tratados pela Doutrina. A Jurisprudência, portanto, meramente exemplificativa, é um sinalizador seguro do esforço e contribuição em quinze anos - e as Estatísticas provam com centenas de milhares ações -, para divulgar os direitos subjetivos que foram reconhecidos, em diversos ramos ou divisões do Direito, a partir da matriz constitucional.

O Tempo e a História são irmãos leais.

II. CONSTITUCIONAL

II.1. *HABEAS DATA* E ACESSO A INFORMAÇÕES PESSOAIS

O instituto do *Habeas Data*, inovação da Constituição de 1988 ao revelar principiologia do sobredireito de garantia do indivíduo de acesso a dados pessoais em poder de terceiros, teve no Judiciário a efetivação do direito individual em relação a informações pessoais constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. A concessão de garantias individuais em razão de dados pessoais, tornando-os acessíveis ao legítimo interessado, o qual poderá, inclusive retificá-los, está exposta no artigo 5º, inciso LXXII, da Constituição Federal, e é objeto de regulamentação através da Lei nº 9.507, de 1997.

A ementa do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação Cível nº 77.212-PE, sob a relatoria do Desembargador Federal José Maria Lucena, julgamento em 06.02.1997, Boletim de Jurisprudência nº 86, de 20.02.1997, p. 36, retrata a inovação:

“CONSTITUCIONAL. HABEAS-DATA. GARANTIA DE ACESSO A INFORMAÇÕES PESSOAIS CONSTANTES DE REGISTROS OU BANCOS DE DADOS DE ENTIDADES GOVERNAMENTAIS OU DE CARÁTER PÚBLICO. ART. 5º, LXII, DA CF/88. APELO IMPROVIDO.

A Carta Magna em vigor instituiu a figura do habeas-data para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, bem assim para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigilosos, judicial ou administrativo.

O documento em posse do II COMAR, conforme admitiu a própria apelante, refere-se à pessoa do apelado e mostra-se essencial para instruir pedido de reagendamento na Força Aérea Brasileira, ensejando a concessão da tutela pretendida.

Preliminar rejeitada.

Apelo improvido.”

II.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS: EDUCAÇÃO E PROTEÇÃO À FAMÍLIA

A proteção à família e o direito à educação são temas interligados com os quais o Judiciário se defronta, tornando-os concretos. A educação acessível a todos implica ação constante do Poder Público e da família, como núcleo social. O acesso e permanência na escola é a concretização da diretriz constitucional inerente aos direitos fundamentais, dentre eles a dignidade da pessoa humana que se revela, entre outros efeitos, no direito à elevação intelectual, científica ou cultural, conjugando-se com a unidade familiar. A permanência no processo educacional é a continuidade do princípio do acesso ao ensino, em seus diferentes níveis. Continuidade que ocorre, na forma da lei, permitindo-se a transferência escolar, quando de outra forma não se puder preservar a unidade familiar e a continuidade no processo pedagógico formal.

Estas ponderações estão contidas no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no Agravo de Instrumento nº 35.882-CE, sob a relatoria do Desembargador Federal Napoleão Nunes Maia Filho, julgamento em 26.06.2001, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 140, de 30.08.2001, p. 33, com a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIOS DE PROTEÇÃO À FAMÍLIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. AUTO-APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. TRANSFERÊNCIA DE ALUNO. MOTIVOS EXCEPCIONAIS QUE MERECEM ATENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PROVIMENTO DO RECURSO.

- É dever do Juiz, em face do poder vinculante e normativo dos princípios

constitucionais, tornar efetivos os direitos fundamentais de proteção à família e ao adolescente e à dignidade da pessoa humana que, caracterizados pela auto-aplicabilidade (art. 5º, parágrafo 1º, da CF/88), devem ser prestigiados, especialmente por aqueles que têm o poder-dever de manter coerente o ordenamento jurídico.

- Em casos de extrema excepcionalidade, deve-se garantir o direito de transferência de estudante, especialmente quando, ao assim se proceder, tornar-se-ão efetivos direitos fundamentais.

- A mais eficaz proteção que se pode dar à pessoa do adolescente é a de proteger a sua família.

- *Agravo provido.*”

II.3. EXAUSTÃO DAS VIAS ADMINISTRATIVAS E INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

A nova Constituição Federal consubstanciou a inafastabilidade do controle jurisdicional, de modo a preservar a tutela judicial como espectro do acesso ao Judiciário, com as duas únicas ressalvas por ela expressamente previstas no caso de questões de disciplina militar (artigo 142, § 2º) e de competições desportivas (artigo 217, § 1º). Pôs de lado velha dogmática condicionante à provocação da atuação administrativa do Estado para somente depois invocar a jurisdição. Economicidade, praticidade e factibilidade, como vertentes da ação individual por meio da tutela jurisdicional, quando inócua a atuação da Administração.

Esta linha de raciocínio está expressa no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação Cível nº 28.213-CE, sob a relatoria do então Juiz Francisco Falcão, atual Ministro do Superior Tribunal de Justiça, julgamento em 05.08.1993, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 46, de 20.08.1993, pp. 28/29, com a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ACESSO AO JUDICIÁRIO. EXAURIMENTO DAS VIAS ADMINISTRATIVAS. INEXIGIBILIDADE. PAGAMENTO ESPONTÂNEO DE TRIBUTO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. POSSIBILIDADE. ARTS. 570 E 729 DO RIR/80. NÃO INCIDÊNCIA.

- O acesso ao judiciário não pode ser condicionado à prévia exaustão das vias administrativas, diante do preceito constitucional previsto no art.

5º, XXXV, ainda mais quando a Administração, através da contestação, deixa claro que a autora não obteria êxito na esfera administrativa.

- O pagamento espontâneo do tributo não retira o direito de o contribuinte, verificado o equívoco, pleitear sua restituição, uma vez que o tributo decorre de lei, não prevalecendo a vontade.

- Demonstrada, in casu, a inocorrência de situação sujeita aos arts. 570 e 729 do RIR/80, elidindo-se a presunção de fraude ao fisco.

- Remessa oficial e apelo improvidos.”

II.4. CONCURSO PÚBLICO E HIPOSSUFICIÊNCIA

O acesso isonômico aos cargos públicos e a acessibilidade ao processo seletivo (artigo 37, incisos I e II, da Constituição Federal) passam por exigências tributárias, dentre elas a Taxa, que onera a capacidade econômica dos cidadãos desprovidos de recursos. Inúmeras situações convergem para delimitação dos espaços e conteúdos destinados àqueles que não detêm condições mínimas, com sacrifícios imponderáveis, de concorrer sem isenção de valores monetários. Desse modo, o Judiciário tem preenchido os suportes fáticos genéricos destinados a equalizar situações provenientes da eficácia do princípio da igualdade real. O acesso aos cargos públicos pressupõe a acessibilidade isonômica ao processo seletivo.

É o que está exposto no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no Agravo de Instrumento nº 37.086-CE, sob a relatoria do Desembargador Federal Paulo Gadelha, julgamento em 27.02.2003, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 162, de 30.06.2003, p. 35, constando na ementa:

“CONSTITUCIONAL. INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. NÃO PAGAMENTO DE TAXA DE INSCRIÇÃO. CANDIDATO HIPOSSUFICIENTE. POSSIBILIDADE.

- À luz do Princípio Constitucional do Amplo Acesso aos Cargos Públicos (art. 37, inciso I, da Constituição Federal), é garantida a inscrição do agravado no concurso público para o cargo de Defensor Público da União da 2ª Categoria, sem o pagamento da respectiva taxa de inscrição.

- Agravo improvido.”

II.5. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO

Na sucessão evolutiva das diversas modalidades de responsabilidade, a constitucionalização ou a elevação de princípios norteadores da responsabilidade

de administrativa, de natureza objetiva, no patamar do sobredireito teve incremento com a Constituição de 1988, destacando principiologicamente a reparação de danos por parte da Administração quando seus agentes derem causa, por ato omissivo ou comissivo, a lesão a direito subjetivo.

É o que se vê, exemplificativamente, no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação Cível nº 43.754-RN, sob a relatoria do Desembargador Federal Ridalvo Costa, julgamento em 14.04.1994, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 55, de 20.05.1994, pp. 34/35, com a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MORTE DE MENOR POR INTOXICAÇÃO DECORRENTE DE TRABALHO DE DEDETIZAÇÃO DA EX-SUCAM. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO CARACTERIZADA. ART. 37, § 6º, CF. VALOR E LIMITE NO TEMPO DA INDENIZAÇÃO.

- Morte de menor provocada por intoxicação, decorrente de um trabalho de detetização realizado por agentes da ex-SUCAM, na residência da genitora da falecida. Reconhecimento da obrigação de indenizar do poder público.

- Responde o Estado pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado direito de regresso contra o responsável, no caso de dolo ou culpa. Inteligência do art. 37, § 6º, da CF.

- Presença dos elementos caracterizadores da responsabilidade objetiva (fato, dano, nexo de causalidade).

- Menor que não exercia atividade produtiva. Morte indenizável. Inteligência da Súmula 491 do STF.

- Pensão fixada no valor de 1 (um) salário mínimo, observando-se, quanto ao cálculo, o disposto na Súmula 490, do STF, devendo ser paga mensalmente, a partir do mês de falecimento da vítima até a data em que completaria 65 anos, em favor da autora ou de seus herdeiros.

- Vencido parcialmente o Relator, que estabelecia a pensão em ½ salário mínimo, até a data em que a vítima faria 65 anos ou até a morte da autora, prevalecendo a causa extintiva que primeiro ocorresse.”

II.6. PLANOS ECONÔMICOS. PLANO COLLOR

O bloqueio de ativos financeiros deu ensejo a milhares de ações em todo o país, questionando o confisco temporário a configurar empréstimo compulsó-

rio dissimulado de parte da moeda circulante. A restrição à circulação da moeda, com a captação “compulsória” das diversas modalidades de ativos financeiros dos particulares, pessoas físicas e jurídicas, encontrou em princípios constitucionais, tais como a violação ao princípio da disciplina normativa por lei complementar, do ato jurídico perfeito e de que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, o conteúdo para a garantia de direitos individuais de toda ordem.

Nesses termos a ementa do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação em Mandado de Segurança nº 2.342-PE, sob a relatoria do Juiz Orlando Rebouças, julgamento em 21.03.1991, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 20, de 20.06.1991, pp. 42/43, fazendo referência à antecedente Arguição de Inconstitucionalidade examinada pela Corte Regional:

“CONSTITUCIONAL E FINANCEIRO. BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS. MP 168 CONVERTIDA NA LEI Nº 8.024/90. INCONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS LEGAIS PERTINENTES.

- O Plenário do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, ao julgar a Arguição de Inconstitucionalidade na AMS nº 2.379-PE, decidiu, por unanimidade, declarar inconstitucionais o artigo 6º em sua parte final e o § 1º da Lei nº 8.024, de 12.04.90, pelos quais foi determinado o bloqueio dos ativos financeiros existentes em nome de pessoas físicas e jurídicas do País.

- Com efeito, tal medida constituiu-se em autêntico empréstimo compulsório disfarçado, cuja instituição não observou a exigência de lei complementar, nem o princípio da anterioridade, exigidos pelo art. 148 da Constituição Federal. E como se não bastasse, ofendeu as garantias constitucionais, segundo as quais a Lei não prejudicará o ato jurídico perfeito e ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal (C.F., art. 5º, XXXVI e LIV).

- *Apelação e remessa desprovidas.*”

II.7. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E PLANTIO DE CULTURAS ENTORPECENTES

Relativizando o direito de propriedade, a expropriação de terras destinadas ao cultivo ilegal de plantas entorpecentes, a partir de decisões judiciais, deu

substância ao sentido constitucional do uso social das propriedades, nas diferentes vertentes para aferição do princípio, tais como a preservação do meio ambiente, o respeito às relações de trabalho e a produtividade. A utilização para fins anti-sociais, porque atingindo a saúde pública, o elo familiar, a subjetividade e a coesão social, passou a receber do Judiciário a explicitação do alcance social. Expropria-se o imóvel sem indenização e sem prejuízo de outras sanções aos envolvidos na prática ilícita, como se vê no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no Agravo de Instrumento nº 30.120-PE, da relatoria do Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, julgamento em 25.09.2001, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 155, de 30.11.2002, pp. 44/45, com a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CULTIVO DE PLANTAS PSICOTRÓPICAS. CONFISCO. IMISSÃO NA POSSE. POSSIBILIDADE. EXTENSÃO TOTAL.

- A Constituição Federal de 1988 determina que os imóveis onde forma localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriados, sem qualquer indenização aos proprietários e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

- Ao regular o processo expropriatório, a Lei nº 8.257/91 possibilita a imissão liminar na posse, presentes os pressupostos do confisco e garantindo-se o contraditório.

- O legislador constituinte não pretendeu a expropriação apenas da parcela da terra onde fosse encontrado o plantio ilegal. Desautorizada, portanto, a interpretação restritiva da norma constitucional, alterando a intenção do legislador, sendo devida a imissão na posse de toda a fazenda expropriada, apesar da utilização apenas parcial da propriedade para o plantio legal.

- *Agravo de instrumento provido.*”

II.8. SEGURIDADE SOCIAL E LEI COMPLEMENTAR

Defrontou-se o Poder Judiciário com a interpretação e aplicabilidade de um novo Sistema Constitucional Tributário, em que a Lei Complementar foi invocada como instrumento legislativo para a edição de novas fontes de custeio da Seguridade Social, abrangendo o trinômio: Previdência Social, Assistência Social e Saúde. A rediscussão sobre o sentido e o alcance das normas consti-

tucionais tributárias deu ensejo a exaustivos questionamentos, à medida que as alterações orçamentárias se realizavam em confronto com a busca de nos parâmetros finalísticos à interpretação da Constituição.

Esta problemática está expressa no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação Cível nº 3.763-Ce, da relatoria do Juiz Lázaro Guimarães, julgamento em 22.05.1990, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 10, de 25.06.1990, p. 30, tratando de contribuição incidente sobre a remuneração paga a administradores, empresários e trabalhadores autônomos e avulsos, cuja disposição legal instituidora já havia sido anteriormente declarada inconstitucional pela Corte Regional:

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INSTITUÍDA PELA LEI 7.689/88.

- Exigência de lei complementar para criação de novas fontes de manutenção ou expansão da seguridade social (art. 195, parágrafo 4º, c.c art. 154, CF).

- Inconstitucionalidade declarada pelo Plenário deste Tribunal, na AMS 976-AL.”

II.9. PRIVAÇÃO DE BENS E MULTA ADMINISTRATIVA

A observância do princípio do devido processo legal e da não-expropriação de bens para satisfação de dívidas, ao largo de um processo devido e sem base legal, deu azo a inúmeros questionamentos. A coerção no sentido da privação dos bens, à falta de autorização legal, não é o meio legítimo para cobrança de multas administrativas ou tributos, pondo em confronto a exigência constitucional do devido processo legal, e considerando que a Administração dispõe de outros meios legais para satisfação de seus créditos.

É ilustrativo, a respeito, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação em Mandado de Segurança nº 73.632-CE, sob a relatoria do Desembargador Federal Napoleão Nunes Maia Filho, julgamento em 26.09.2000, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 130, de 30.10.2000, pp. 15/16, com a seguinte ementa:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE MERCADORIAS COMO MEIO COERCITIVO PARA O PAGAMENTO DE MULTA ADMINISTRATIVA FEDERAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

- As práticas vexatórias que o Fisco outrora adotava para compelir os contribuintes ao pagamento de tributos passaram à história com o nome de sanções políticas e foram expressamente repelidas pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, como meios oblíquos ou indiretos de exercício da atividade arrecadadora estatal, arpejiando as regras jurídicas a que está submetida de forma incontornável.
- O princípio da legalidade, elevado a dogma do Estado de Direito, não tolera a implantação de restrições à liberdade ou direito das pessoas que não derivem, direta e imediatamente, de normas legisladas.
- ‘Já se encontra pacificado na jurisprudência dos Tribunais que são ilícitos os procedimentos coercitivos para pagamento de tributos, porque a Fazenda Pública deve cobrar seus créditos através dos meios legais a ele inerentes, como cobrança administrativa ou execução fiscal, tanto é que o colendo Supremo Tribunal Federal já sumulou essa diretriz.’
- Apelação e remessa oficial improvidas.”

II.10. NACIONALIDADE BRASILEIRA

A equalização jurídica da nacionalidade brasileira abrange a pessoa nascida no exterior, filho de pai ou mãe brasileira, que veio a residir no Brasil e optou pela nacionalidade brasileira. A opção revela o ânimo à nacionalidade e a Constituição a confere, atendidos os pressupostos por ela mesmo fixados. A nacionalidade diz respeito a liames familiares, culturais e sociais com o país e à Justiça Federal incumbe honrosamente a outorga da nacionalidade, mediante processo judicial.

Nesse sentido, veja-se o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Remessa *Ex Officio* nº 304.352-CE, da relatoria do Desembargador Federal Paulo Gadelha, julgamento em 10.12.2002, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 160, de 30.04.2003, p. 27, constando na ementa:

“CONSTITUCIONALIDADE. NACIONALIDADE BRASILEIRA. OPÇÃO. HOMOLOGAÇÃO.

- Nos termos do art. 12, I, c, da Constituição Federal, os filhos de pai ou mãe brasileira, embora nascidos no estrangeiro, são considerados brasileiros natos, desde que venham residir no país e façam opção pela nacionalidade brasileira.
- Atendimento aos requisitos estabelecidos pela Constituição da Repúbli-

ca de 1988 pelos requerentes, ora representados por seus genitores, pelo que se impõe a homologação da opção de nacionalidade.
- Remessa oficial improvida.”

II.11. EX-COMBATENTE

A Constituição Federal de 1988, recepcionando legislação antecedente, conferiu aos recrutados, durante a 2ª Guerra Mundial, para prestar serviço militar e que participaram de missões de vigilância e patrulhamento do litoral brasileiro a concessão de pensão com soldos equivalentes aos de 2º Tenente das Forças Armadas, podendo ser acumulada com outros benefícios previdenciários. Trata-se de prêmio em reconhecimento aos que defenderam o território brasileiro durante o conflito mundial. Apesar das oscilações jurisprudenciais, em diferentes instâncias, o delineamento dado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, desde o início da vigência da Constituição de 1988, foi no sentido de reconhecer esse direito, tal como expresso no acórdão proferido na Apelação Cível nº 7.004-RN, sob a relatoria do Desembargador Federal Lázaro Guimarães, julgamento em 11.09.1990, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 14, de 25.10.1990, p. 22, com a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL. PENSÃO ESPECIAL PREVISTA NO ART. 53 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

- Reservista convocado na época da Segunda Guerra Mundial que comprova deslocamento de sede em missões de vigilância e patrulhamento do litoral brasileiro.

- Incidência da Lei 5.315, art. 1º, parágrafo 2º, II.

- Apelo improvido.”

III. PREVIDENCIÁRIO

III.1. AMPARO ASSISTENCIAL E PORTADOR DE DEFICIÊNCIA

A lacuna social de proteção e assistência à pessoa portadora de deficiência e a idosos, a partir do artigo 203 da Constituição Federal, veio a ser regulamentada com a Lei nº 8.742, de 1993. Embora tardia a regulamentação, trata-se de resgate da enorme dívida social nos diferentes aspectos e segmentos,

ainda que se possa objetar sobre os critérios legais referentes à renda familiar para a concessão do benefício. No entanto, teve início a concretização da cidadania para estes segmentos, pela inclusão social, a que faz reverência o Judiciário.

O delineamento jurídico está refletido no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação Cível nº 164.512-AI, sob a relatoria do Desembargador Federal Nereu Santos, julgamento em 03.02.2000, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 123, de 20.03.2000, p. 46, resumido na seguinte ementa:

“PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. AMPARO PREVIDENCIÁRIO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. PRESTAÇÕES ANTERIORES AO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO.

- O art. 203, V, da CF/88, tem eficácia contida e sua regulamentação só foi efetivada com a edição da Lei nº 8.742/93 e do Decreto nº 1.744/95.
- O pagamento do amparo social, ao portador de deficiência que comprove não possuir meios de prover sua manutenção ou de tê-la provida por sua família, é devido a partir do requerimento administrativo.
- Apelação da União Federal e remessa oficial providas. Apelação do autor improvida.”

III.2. TRABALHADOR RURAL E APOSENTADORIA

O entendimento que veio a ser consolidado com vistas a assegurar ao trabalhador rural a qualidade de segurado da Previdência Social, independentemente de período de carência ou prova de recolhimento de contribuições, obteve construção jurisprudencial no sentido de garantir a aposentadoria rural por idade, adequada às condições históricas e sociais do campesinato brasileiro. A condição de segurado advém meramente da atividade laboral, tal como exposto no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação Cível nº 59.234-PE, sob a relatoria do Juiz Hugo de Brito Machado, julgamento em 09.05.1995, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 71, de 20.09.1995, p. 39, com a seguinte ementa:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL RURAL POR IDADE. REQUISITOS. ART. 143, II, DA LEI Nº 8.213/91.

- O direito à aposentadoria previdenciária por idade, para o segurado

obrigatório, decorre do exercício da atividade que o faz vinculado à Previdência Social, ainda que incomprovado o recolhimento das contribuições correspondentes.

- Em se tratando de aposentadoria especial prevista no artigo 143, II, da Lei nº 8.213/91, não se exige satisfação do período de carência ou prova do recolhimento das contribuições previdenciárias.

- *Apelação provida.*”

III.3. DEVIDO PROCESSO LEGAL E BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

Embora a Administração possa e deva rever seus atos que contemplem vícios, cabe ao Poder Judiciário exercer o controle da legalidade dos atos administrativos no que toca a esta mesma revisão. Essa premissa abrange a reparação judicial a lesão a direito subjetivo ao devido processo legal envolvendo a suspensão de pagamento de benefício previdenciário, em que não se observaram as formalidades legais, inclusive o direito ao contraditório e à ampla defesa, assegurado na Constituição Federal.

Essa concepção, já delineada na vigência recente da Constituição Federal de 1988, está exposta no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação em Mandado de Segurança nº 889-CE, sob a relatoria do então Juiz José Delgado, atual Ministro do Superior Tribunal de Justiça, julgamento em 24.10.1989, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 08, de 30.04.1989, p. 30, constando na ementa:

“BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. SUSPENSÃO SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE.

- A administração pública, ao expedir atos administrativos, faz gerar para os mesmos a presunção de legitimidade. Se tais atos produzem, de imediato, efeitos patrimoniais fundados em direito subjetivos reconhecidos, como é o caso de concessão de aposentadorias previdenciárias, só podem ser invalidados ‘a posteriori’ graças ao direito de revisão outorgado à administração pública quanto ao seu próprio atuar, se houver rigorosa obediência ao devido processo legal. Essa garantia constitucional não pode, por qualquer motivo, deixar de ser respeitada em um Estado de Direito.

- Controle da legalidade da atividade administrativa que se impõe seja feita pelo Poder Judiciário.

- Concessão de Mandado de Segurança que se confirma.”

III.4. PENSÃO. COMPANHEIRA

As novas relações familiares a partir da Constituição de 1988 foram objeto de alterações legislativas, de mudança do pensamento doutrinário e de efetiva atuação judicial. A equiparação constitucional de cônjuge e companheiro(a) sacramentou a realidade das relações familiares. Os direitos igualmente foram equiparados. Antes mesmo da Constituição, já se delineava a equiparação, tal como enfocado no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação Cível nº 8.237-Ce, da relatoria do então Juiz Castro Meira, atual Ministro do Superior Tribunal de Justiça, julgamento em 14.02.1991, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 18, de 20.04.1991, p. 47, cuja ementa tem o seguinte teor:

“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO. COMPANHEIRA. ÓBITO ANTERIOR À LEI Nº 5.890/73.

- A ocorrência de óbito anterior à vigência da Lei nº 5.890/73 não é óbice à concessão de pensão à viúva que conviveu mais de dez anos com o segurado sob sua dependência.

- Todavia, havendo sido deferido o benefício em favor de seus filhos menores, determina-se que o pagamento se dê proporcionalmente à medida que cada um atinja a maioridade, ressalvadas as parcelas já atingidas pela prescrição.

- Apelação parcialmente provida.”

III.5. REVISÃO DE BENEFÍCIOS

Centenas de milhares de ações foram submetidas ao Poder Judiciário no alvitre de ser assegurada a revisão de benefícios previdenciários, nos termos do artigo 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A equiparação em salários mínimos e a auto-aplicabilidade do dispositivo constitucional foram reiteradamente reconhecidos. As Súmulas 71 e 260 do antigo Tribunal Federal de Recursos deram embasamento jurisprudencial à revisão integral.

Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação Cível nº 8.780-PE, da relatoria do Desembargador Federal Petrucio Ferreira, julgamento em 21.05.1991, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 23, de 20.09.1991, p. 56, com a seguinte ementa:

“PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. APOSENTADORIA DE TRABALHADOR RURAL. REVISÃO. ART. 202 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1 – Não havendo como entenderem-se os dispositivos que integram a Carta Magna vigente, sem atender aos princípios que a norteiam, conclui-se não se apresentar como obstáculo ao comando do art. 202, I, o disposto no art. 58, parágrafo único, do ADCT, principalmente levando-se em conta a norma do art. 201, V, da mesma Constituição.

2 – Apelação improvida.”

III.6. SEGURADO E REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORAL

Questões relativas à redução da capacidade laboral a ensejar a percepção do auxílio-doença e a reabilitação profissional foram objeto de grande quantidade de ações, em razão da suspensão do pagamento de tais benefícios, ou da recusa em concedê-los, e de não ser implementado o processo de reabilitação exigido na legislação. A invalidação da perícia administrativa é tema recorrente submetido à apreciação do Poder Judiciário, em que se questiona tanto o aspecto formal como substancial dos laudos elaborados pelo órgão previdenciário.

Elucidativo, a propósito, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação Cível nº 19.186-PE, sob a relatoria do Desembargador Federal José Maria Lucena, julgamento em 27.05.1993, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 47, de 20.09.1993, p. 57, constando na ementa:

“PREVIDENCIÁRIO. CONDIÇÃO DE SEGURADA. REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORAL. AUXÍLIO-DOENÇA E REABILITAÇÃO PROFISSIONAL.

- Não perde a condição de segurada da Previdência Social aquele que para ela contribuiu por longo período de tempo e deixou de fazê-lo em face do estado de saúde.

- A Previdência Social se destina a amparar os segurados e dependentes na eventualidade de fatos prejudiciais à saúde e suficientes a por em risco a manutenção da atividade laboral.

- Provada nos autos a redução acentuada da capacidade laboral, o segurado faz jus ao benefício de auxílio-doença e ao processo de reabilitação profissional.

-Apelação improvida. Sentença confirmada.”

III.7. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO EXERCIDO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS

O Poder Judiciário vem reiteradamente reconhecendo o direito à conversão e averbação de tempo de serviço especial, prestado sob a égide da CLT, em tempo de serviço comum, com os acréscimos legais, até a edição da Lei nº 8.112, de 1990, que instituiu o regime jurídico estatutário dos servidores públicos civis da União, de suas autarquias e fundações.

Essa concepção enfocada na observância do direito adquirido e na ótica do direito intertemporal está sintetizada no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação em Mandado de Segurança nº 67.704-PB, da relatoria do Desembargador Federal Lázaro Guimarães, julgamento em 28.03.2000, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 131, de 30.11.2000, p. 51, constando na ementa:

“PREVIDENCIÁRIO. CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO.

- Conversão de parte de tempo de serviço especial em tempo de serviço comum para aumento de percentual em benefício: art. 60, parág. 2, do RBPS, Decreto 83.080, de 24.1.79.
- Servidor que se encontrava sob a égide do regime celetista quando passou a vigor a Lei nº 8.112/90 tem o direito adquirido a averbação do tempo de serviço prestado em condições de insalubridade, na forma da legislação anterior. Ofensa ao direito adquirido.
- Impossibilidade de contagem do tempo de serviço, sob o regime estatutário, com acréscimo.
- Apelação parcialmente provida.”

III.8 ALUNO-APREDIZ E TEMPO DE SERVIÇO

O aluno-aprendiz, que desenvolve trabalho remunerado junto à instituição de ensino, poderá ser contemplado com a possibilidade de obter aposentadoria por tempo de serviço, considerando para efeito de contagem o tempo de serviço prestado como aluno, dada a natureza empregatícia do vínculo com a escola, e uma vez comprovada a retribuição pecuniária à conta do orçamento público.

É o que consta na ementa do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Remessa *Ex Officio* nº 135.901-SE, da relatoria do Desembargador Federal Nereu Santos, julgamento em 17.09.1998, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 108, de 20.12.1998, p. 45:

“PREVIDENCIÁRIO. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. ALUNO APRENDIZ. ESCOLA AGROTÉCNICA FEDERAL.

- Para efeito de contagem de tempo de serviço para aposentadoria junto à Previdência Social, considera-se como de natureza empregatícia o trabalho desempenhado pelo aluno-aprendiz em escola técnica federal, uma vez comprovada, mediante certidão, a retribuição pecuniária à conta do orçamento.

- Precedentes (AC nº 73.144-RN, Rel. juiz Ridalvo Costa, julg. 25.05.95, unânime).

- Remessa improvida.”

III.9. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. OPÇÃO

Vertente jurisprudencial enfoca a possibilidade do direito à renúncia à aposentadoria concedida no Regime Geral da Previdência Social para fins de contagem do lapso temporal no serviço público, por se tratar de situação mais benéfica ao interessado e considerando as finalidades da Seguridade Social e a inexistência de vedação prevista em lei. A renúncia significa ato de opção por uma ou outra aposentadoria, tal como exposto no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Remessa *Ex Officio* nº 68.329-RN, sob a relatoria do Desembargador Federal Nereu Santos, julgamento em 12.12.2002, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 161, de 30.05.2003, p. 55, com a seguinte ementa:

“DIREITO DE RENÚNCIA À APOSENTADORIA PREVIDENCIÁRIA PARA FINS DE CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL NO SERVIÇO PÚBLICO. SITUAÇÃO MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE.

- A renúncia da aposentadoria previdenciária devidamente justificada e com a natureza de opção para fins de contagem de tempo de serviço em outro sistema que lhe permita a percepção de proventos de maior valor não contraria a finalidade da instituição dos benefícios previdenciários, no

seu contexto social, já que visa um aumento pecuniário na fonte de subsistência do segurado. Neste caso, constitui, a opção, um direito irrenunciável por parte do titular do benefício.

- Preliminar de litisconsórcio da União rejeitada.
- Remessa oficial improvida.”

IV. ADMINISTRATIVO

IV.1. PREÇOS NOS PRODUTOS E CONSUMIDOR

A afixação dos preços dos produtos, em cada um deles, tem como finalidade garantir os direitos constitucionais dos consumidores no que concerne à informação. Com isto não se confunde o sistema de código de barras, que visa à aceleração e otimização do processo de venda dos produtos nos caixas dos estabelecimentos comerciais. A tutela ao consumidor, na vertente dos direitos de terceira e quarta gerações, coletivos e difusos, erigiu-se em princípio constitucional, regulamentado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Ilustrativo, a respeito, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação Cível nº 217.155-PB, da relatoria do Desembargador Federal Carlos Rebelo Júnior, julgamento em 24.09.2002, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 160, de 30.04.2003, pp. 17/18, com a seguinte ementa:

“DIREITO DO CONSUMIDOR. PREÇO. AFIXAÇÃO EM CADA PRODUTO. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR.

- Não há como ser negada a teleologia dos artigos 6º, III, e 31 do CDC. Por certo que o legislador pretendeu, desde o princípio, fosse cumprida a determinação só agora exigida dos varejistas, de fixação de preço em cada produto, independente do código de barras e da exposição dos preços nas chamadas ‘gôndolas’.

- A afixação dos preços dos produtos em cada um deles tem como escopo garantir direitos constitucionais dos consumidores. Já a implantação do sistema de código de barras visa à aceleração do processo de venda dos produtos nos caixas, com o único fito de aumentar a velocidade, produtividade, e por conseguinte, a eficiência do trabalho neste setor do estabelecimento.

- Se não há preço afixado em cada produto, não tem condições o consumidor de, ao chegar ao caixa, lembrar-se dos preços que viu nas ‘gôndolas’ (prateleiras), ficando à mercê de práticas reprováveis de alguns comerciantes: o preço na prateleira é diverso daquele registrado no momento da compra. Precedentes do STJ.
- Apelos e remessa oficial providos.”

IV.2. SUSPENSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO

As medidas punitivas aplicadas a servidor público devem observância ao devido processo legal, através do qual são assegurados o contraditório e a ampla defesa. O Estado Democrático de Direito não autoriza desvios da Administração Pública preterindo as formalidades legais, uma vez posto em relevância a estrita vinculação ao princípio constitucional da legalidade, moralidade e impessoalidade.

Nessa ótica, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, sob a relatoria do Desembargador Federal Napoleão Nunes Maia Filho, julgamento em 26.09.1996, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 86, de 20.02.1997, p. 27, cuja ementa tem o seguinte teor:

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SUSPENSÃO DE SEVIDOR. AMPLA DEFESA. INOBSERVÂNCIA. ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO QUE SE IMPÕE.

Tendo a autoridade administrativa indeferido pedido de ouvida de testemunhas apresentadas pelo sindicato, entendendo-a desnecessária e ante as contradições encontradas no inquérito administrativo, não devidamente elucidadas, afigura-se presente o cerceamento de defesa, com a conseqüente inobservância do princípio do due process of law, constitucionalmente assegurado (art. 5º, LV, da Carta Magna).

Apelação e remessa oficial improvidas.”

IV.3. Meio Ambiente e Saúde

As questões ambientais ganharam relevo com a Constituição de 1988. Dizendo respeito a toda a sociedade e ao Poder Público, nas diferentes instâncias federal, estadual e municipal, a defesa do ambiente, mormente quando associado com a problemática da saúde. O uso de ação civil pública mostra-se

factível com o objeto da tutela ambiental. Esse paradigma envolvendo novos comportamentos e posturas do Poder Público está expresso no acórdão proferido pelo Tribunal regional Federal da 5ª Região, na Apelação Cível nº 212.219-RN, da relatoria do Desembargador Federal Alcides Saldanha, julgamento em 17.10.2002, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 161, 30.05.2003, pp. 24/25, constando na ementa:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADMINISTRATIVO. DEPÓSITOS DE LIXO OFICIAIS E CLANDESTINOS NAS PROXIMIDADES DE INSTALAÇÕES AEROPORTUÁRIAS. VIOLAÇÃO ÀS NORMAS DE SEGURANÇA DO TRÁFEGO AÉREO E AO MEIO AMBIENTE. LEI Nº 7.565/86 E RESOLUÇÃO Nº 04 DO CONAMA. INTERDIÇÃO. DETERMINAÇÃO PARA CONSTRUÇÃO DE ATERRO SANITÁRIO. OS ATOS ADMINISTRATIVOS PODEM SER OBJETO DE CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO. PENA PECUNIÁRIA E VEBA HONORÁRIA FIXADAS EM JUSTO VALOR.

- A utilização de áreas próximas às instalações aeroportuárias como depósito de lixo atrai aves de rapina que colocam em risco a segurança dos vôos, infringindo a norma de regência inserta na Lei nº 7.565/86 e na Resolução nº 04 do CONAMA, que estabelecem restrição de uso às áreas circunscritas num raio de até 20 km das instalações aeroportuárias, além de comprometerem o meio ambiente e a saúde pública. Interdição.
- O armazenamento e tratamento do lixo urbano há de ser processado em aterros sanitários conforme a melhor recomendação técnica, motivo pelo qual o Poder Público Municipal deverá construí-lo.
- O diminuto tamanho do Município não é óbice à construção do aterro sanitário na distância legalmente determinada, já que pode ser construído em outro Município, mediante convênio, atendendo, mesmo, às demandas de diversos outros municípios circunvizinhos.
- Os atos praticados pela Administração Pública podem e devem sofrer o controle pelo Poder Judiciário, não se constituindo em intervenção de poderes e nem em violação ao princípio constitucional da separação dos poderes.
- cabimento e justeza na fixação da pena pecuniária aplicável em caso de descumprimento da decisão judicial.
- Verba honorária fixada pelo critério de equidade.
- Improvimento das apelações e remessa oficial.”

IV.4. CONSELHO DE CLASSE E ATRIBUIÇÕES

Questão das mais tormentosas submetidas à apreciação do Poder Judiciário diz respeito à delimitação das atribuições legais dos órgãos de fiscalização do exercício das profissões regulamentadas. A problemática oscila entre diversas vertentes, desde a natureza jurídica até o campo de atuação, passando pelo regime legal da fixação das taxas e contribuições. O plano de atuação deve ser aquele previsto em lei, para cada profissão regulamentada. A finalidade dos órgãos de classe está na fiscalização do exercício dentro dos parâmetros legais, de modo a valorizar as profissões e com isto proteger a sociedade em face dos serviços prestados pelos profissionais. Nem mais, nem menos.

A esse respeito, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação em Mandado de Segurança nº 77.402-PB, da relatoria do Desembargador Federal Paulo Gadelha, julgamento em 12.06.2003, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 168, de 30.12.2003, p. 22, cuja ementa tem o seguinte teor:

“ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA. CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM ORTODONTIA. REGISTRO INDEFERIDO. COMPETÊNCIA DO CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO.

- O Conselho Regional e Odontologia não tem competência para legislar sobre a validade do curso de especialização, cabendo a ele zelar pelo prestígio e conceito da profissão.

- De acordo com a Resolução CNE/CES nº 1, de 03/04/2001, do Conselho Nacional de Educação, o curso de especialização em prótese tem natureza de pós-graduação *latu sensu*.

- Apelações a que se nega provimento.”

IV.5. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA E LOGRADOUROS PÚBLICOS

Os portadores de deficiência receberam tratamento especial na Constituição, assim como os idosos. Na forma do artigo 227 da Constituição e sua regulamentação (Lei nº 7.853, de 1989), impôs ao Poder Público a obrigação de adaptar logradouros, edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo, para garantir-se o acesso às pessoas portadoras de deficiências físicas. No entanto, a implementação da principiologia constitucional vem claudicando.

Não procedendo o Poder Público com a obrigação legal, o Poder Judiciário vem sendo provocado para impor o que a lei determina.

Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação Cível nº 110.150-CE, da relatoria do Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, julgamento em 30.09.1997, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 94, de 20.10.1997, p. 12, resumindo a ementa:

“ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DEFICIENTE FÍSICO. ARTIGO 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 2º DA LEI 7.853/89.

- É dever do Poder Público adaptar logradouros, edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo existentes para garantir acesso às pessoas portadoras de deficiência física, conforme o disposto no art. 227, § 2º, bem como assegurar a essas pessoas o pleno exercício de seus direitos básicos, art. 2º da Lei 7.853/89.

- Apelação e remessa oficial improvidas.”

IV.6. VALE-TRANSPORTE E DESLOCAMENTO

O direito do trabalhador ao vale-transporte está inserido dentro dos vários direitos sociais que a Constituição confere. A discussão submetida ao Poder Judiciário concerne aos limites do uso do vale-transporte, preponderando interpretação mais benéfica no sentido de ser possível sua utilização também no deslocamento no horário de almoço, que é tido como repouso na jornada de trabalho e é fundamental para o bem-estar do trabalhador, com reflexo positivo na produtividade.

A propósito, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no Agravo de Instrumento nº 26.004-CE, da relatoria do Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, julgamento em 07.12.2000, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 136, de 30.04.2001, p. 12, posto na ementa:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. VALE-TRANSPORTE. DESLOCAMENTO NO HORÁRIO DE ALMOÇO.

- A previsão de que o vale-transporte será utilizado para o deslocamento residência-trabalho não exclui a possibilidade de o trabalhador necessitar do vale para locomoção no horário do almoço.

- *Agravo improvido.*”

IV.7. FGTS E AQUISIÇÃO DE IMÓVEL

Uma vez que o FGTS é patrimônio do trabalhador, e preenchidos os requisitos legais, poderá sacar o valor depositado na conta vinculada para aquisição de casa própria, pondo em relevância o direito à habitação como direito social perante a Constituição Federal de 1988 (artigo 6º, *caput*, com a redação dada pela Emenda nº 26, de 2000). A jurisprudência não oscila quanto a este aspecto, tal como exposto no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação Cível nº 169.128-CE, da relatoria do Desembargador Federal Nereu Santos, julgamento em 26.08.1999, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 123, de 20.03.2000, p. 18, constando na ementa:

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. SAQUE NA CONTA VINCULADA DO FGTS. PAGAMENTO PARCIAL DE PRESTAÇÃO VENCIDA DE FINANCIAMENTO DA CASA PRÓPRIA FEITO DIRETAMENTE À CONSTRUTORA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS. EXEGESE DA LEI 8.036/90, DECRETO Nº 99.684/90 E CIRCULAR 89 DA CEF, DE 19.02.97.

- Havendo demonstração do preenchimento das condições exigidas pelo art. 20, inciso VII, a e b, da Lei nº 8.036/90, e art. 35, inciso VII, a e b, do Decreto 99.684/90, deve ser autorizada a liberação dos recursos do FGTS para aquisição da casa própria.

- Apelação improvida.”

IV.8. GREVE E CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO

Embora os pronunciamentos judiciais oscilem quanto à legalidade do exercício da greve, pelos servidores públicos, à míngua de regulamentação do dispositivo constitucional que confere esse direito, o contraponto está em que o serviço público caracteriza-se pela principiologia da continuidade, de tal modo que com isto não se compadece a omissão da Administração e seus agentes no desempenho de suas atribuições, sob pena de ferir direito subjetivo dos administrados à prestação do serviço público, nas diversas modalidades e instâncias.

É o que se vê no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Remessa *Ex Officio* nº 67.444-PE, da relatoria do Desembargador Federal Araken Mariz, julgamento em 23.05.2000, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 131, de 30.11.2000, p. 60, resumido na ementa:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. GREVE DOS AUDITORES FISCAIS

FEDERAIS. ATO OMISSIVO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO E SUA VIOLAÇÃO COMPROVADOS.

- Mandado de segurança impetrado por empresa industrial que, em virtude de greve dos auditores fiscais do tesouro nacional, não estava conseguindo realizar o desembaraço aduaneiro e enviar seu produto para o exterior.

- Comprovados de plano o direito líquido e certo da impetrante e a sua violação por agente público, confirma-se a concessão da segurança.

- *Remessa oficial improvida.*”

IV.9. PROFESSOR SUBSTITUTO E NOVA CONTRATAÇÃO

O dispositivo legal (artigo 9º, inciso III, da Lei nº 8.745, de 1993, com a redação dada pela Lei nº 8.849, de 1999), que vedou nova contratação de professor substituto, em caráter temporário, fora declarado inconstitucional pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Argüição de Inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança nº 72.575-CE. Considerou-se ofensivo ao princípio constitucional da livre acessibilidade aos cargos públicos, tal como exposto no acórdão proferido pela Corte Regional, na Apelação em Mandado de Segurança nº 980.271-AL, da relatoria do Desembargador Federal Marcelo Navarro, julgamento em 16.03.2003, assim ementado:

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. PROFESSOR SUBSTITUTO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART 9º DA LEI 8.745/93 ALTERADO PELA LEI 9.849/99.

- Ocorrência de afronta aos princípios constitucionais da isonomia e da acessibilidade a cargos públicos, desde que a norma está amparada na norma constitucional ínsita no inciso IX, do art. 37.

- Argüição de inconstitucionalidade do art. 9º, III da Lei 8.745/93 reconhecida, por maioria, pelo Eg. Pleno do TRF 5ª Região (AMS 72.575-CE).

- Apelação e remessa oficial improvidas.”

V. PENAL E PROCESSUAL PENAL

V.1. EXCESSO DE PRAZO E INSTRUÇÃO CRIMINAL

A garantia do devido processo legal, em matéria criminal, reflete no prazo para exaurimento da própria instrução. Com a Constituição Federal, em que os

direitos subjetivos adquiriram extrema relevância, mormente em área tão sensível ao exercício do direito de ir e vir, no âmbito das liberdades públicas, prefigurando-se o constrangimento ilegal impõe-se a soltura do réu preso, se este não deu causa ao excesso.

Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no *Habeas Corpus* nº 365-PE, da relatoria do Juiz Castro Meira, julgamento em 10.05.1994, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 57, de 20.07.1994, p. 76, resumido na ementa:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PROCEDÊNCIA.

1 – A ré teve sua custódia preventiva decretada em março de 1993; no entanto, segundo as informações prestadas, o feito encontra-se na fase de ouvidas das testemunhas arroladas pela defesa, através de cartas precatórias.

2 – A prisão cautelar dura mais de um ano e o atraso procedimental excede, e muito, do prazo legal, presumindo-se, in casu, que não se pode atribuir o retardo exclusivamente à defesa do paciente.

3 – Há manifesto excesso de prazo, logo ocorre o apontado constrangimento ilegal.

4 – *Ordem concedida.*”

V.2. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

A observância do princípio do contraditório e da ampla defesa orienta a instrução criminal e é direito subjetivo do acusado e, por isto mesmo, não pode ser preterido. Se, de um lado, o ônus da prova da culpa cabe ao autor da ação, de, outro, é assegurado ao acusado contrapor-se à imputação produzindo as provas nos limites delineados na legislação processual. Considerações sobre celeridade processual, embora relevantes, não podem constituir óbice à ampla defesa.

É exemplificativo, a respeito, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação Criminal nº 406-PB, da relatoria do Desembargador Federal Araken Mariz, julgamento em 26.05.1992, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 33, de 20.07.1992, pp. 77/78, exposto na ementa:

“PROCESSO PENAL. PRELIMINAR QUE SE ACOLHE EM FACE DO ART. 5º, LV, DA CARTA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ANU-

LA-SE O PROCESSO A PARTIR DA SENTENÇA QUE DESCLAS-SIFICOU O CRIME, PARA QUE SEJA OUVIDA A TESTEMUNHA PRETERIDA PELO JUÍZO, SEGUNDO O ART. 410 DO CPPB.

1 – Não obstante a diversidade de preliminares levantadas pela defesa, apenas uma foi acolhida, uma vez não ter sido exaurido em toda a sua plenitude o Princípio Imperativo do art. 5º, LV, da Constituição Federal e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

2 – É conferido legalmente ao julgador como suporte à sua decisão o Princípio do Livre Convencimento, onde decidirá *secundum conscientiam*, porém, apesar da livre avaliação das provas, é defeso ao juiz abstrair-se ou desprezar o seu conteúdo. Deverá perseguir a verdade real, tanto nas provas apresentadas pela acusação quanto pela defesa.

3 – A denegação, *prima facie*, da apresentação de provas que passam, substancialmente, a socorrer a parte que invoca, deve ser motivada juridicamente, não tendo espaço para jargões do tipo ‘inócua’ e ‘protelatória’, apesar do duto julgador compreender ser suficiente a matéria instrutória trazida aos autos.

4 – O desatendimento da ouvida da testemunha requerida pela defesa poderá acarretar maior mal à Justiça; já a celeridade processual reverterá em nulidade, baixando os autos para que seja restabelecida, *in totum*, a proclamação do direito subjetivo constitucional previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

5 – A sentença de mérito fica prejudicada, apesar do reconhecimento da decisão justa.

6 – Anula-se o processo, a contar do despacho da manutenção da sentença desclassificatória, para ouvida da testemunha de defesa.”

V.3. ALEGAÇÕES FINAIS. ATO ESSENCIAL

O coroamento do exercício da ampla defesa e contraditório projeta-se com a apresentação das alegações finais, em que as partes cotejam as provas produzidas no processo a favor ou contra. É ato essencial e a falta de apresentação, mormente pela defesa, não propicia o julgamento, enquanto não sanado o vício, que se reveste de nulidade absoluta.

A ótica judicial assim vem se expressando, conforme se vê no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação Criminal nº 988-PE, da relatoria do Desembargador Federal Lázaro Guimarães, julgamen-

to em 29.09.1998, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 108, de 20.12.1998, p. 33, assim ementado:

“PENAL E PROCESSO PENAL. ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. RECEBIMENTO DE QUOTAS DO PASEP MEDIANTE FRAUDE.

- Falta de alegações finais. Se o defensor constituído, intimado, não oferece alegações finais, deve o juiz nomear defensor dativo.
- Ato essencial à formação do contraditório. Anulação do processo a partir das alegações finais.
- Preliminar acatada, demais recursos prejudicados.”

V.4. PRISÃO ILEGAL

Fora das hipóteses de flagrância, a prisão somente poderá ser determinada e efetuada pelas autoridades competentes. A principiologia constitucional estabelece que ninguém será privado de seus bens ou liberdade sem o devido processo legal e por autoridade incompetente. O devido processo legal contempla a atuação dos agentes públicos competentes para as atribuições definidas em lei.

É ilustrativo o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, da relatoria do Desembargador Federal Petrúcio Ferreira, no *Habeas Corpus* nº 541-PB, julgamento em 31.10.1995, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 78, de 20.05.1996, p. 68, constando na ementa:

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. AGENTE PÚBLICO. PRISÃO. ILEGALIDADE.

É ilegal a determinação de prisão do Agente Público que não tem competência para dar cumprimento à decisão judicial.
Ordem de hábeas corpus concedida.”

V.5. MAUS ANTECEDENTES E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Consolidou-se a jurisprudência no sentido de que as ações criminais em curso, em que não houve desfecho definitivo, não podem ser consideradas como maus antecedentes na fixação da pena. Prepondera, a respeito, o princípio constitucional da presunção da inocência, enquanto não houver o trânsito em julgado das condenações impostas em outras ações.

É assim o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação Criminal nº 1.852-SE, sob a relatoria do Desembargador Nereu Santos, julgamento em 29.06.1999, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 118, de 20.10.1999, p. 34, exposto na ementa:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECOLHIMENTO DE LAUDÊMIO ATRAVÉS DE GUIAS FALSIFICADAS DE DARF’S. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PROCESSOS EM CURSO COMO MAUS ANTECEDENTES. PRESCRIÇÃO.

- Processos em curso não devem ser considerados como maus antecedentes. Presunção de inocência reconhecida pelo art. 5º, LVII, da CF/88.

- A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada (art. 110, § 1º).

- Sendo a pena aplicada inferior a dois anos, considera-se extinta a punibilidade, desde que decorridos quatro anos, como estabelece o art. 109, V, do CPB.

- A prescrição da pretensão punitiva pode ter como termo inicial data anterior à do restabelecimento da denúncia (art. 110, § 2º).

- *Apelação do MPF improvida. Apelação do réu prejudicada dada a decretação da prescrição retroativa.*”

V.6. PENHORA E DEPOSITÁRIO INFIEL

Interessante questão envolvendo aspectos da legislação processual civil, conjugando-se com a legislação processual penal, diz respeito à impossibilidade de configuração de depositário infiel, se o objeto de constrição judicial teria recaído sobre instrumento de trabalho que é absolutamente impenhorável. Uma vez inválida a penhora, não haveria o depósito que a aperfeiçoa, e, em consequência, não poderia ser decretada a prisão, a título de infidelidade.

Tal como definido no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no *Habeas Corpus* nº 1.472-PE, da relatoria do Desembargador Federal José Baptista de Almeida Filho, julgamento em 06.08.2002, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 155, de 30.11.2002, p. 80, com a seguinte ementa:

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO POR DÍVIDA. INADIMPLÊNCIA ANTE A EXIGÊNCIA DE MULTA MORATÓRIA DE 100%. PENHORA SOBRE INSTRUMENTO DE TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSISTÊNCIA DO SALVO-CONDUTO LIMINARMENTE EXPEDIDO.

- O título exequendo, conquanto legal, afigura-se ilegítimo para que a inadimplência da obrigação justifique a coação à liberdade.

- Constrição patrimonial exercida sobre instrumento de trabalho do paciente, considerado absolutamente impenhorável pela lei – art. 469, VI, do CPC.”

V.7. PRETERIÇÃO ÀS FORMALIDADES LEGAIS DA CITAÇÃO E DA MOTIVAÇÃO

O devido processo legal abrange tanto formalidades processuais como substanciais, para a validade do processo. A primeira delas, a necessária citação pessoal ou ficta, assim como a motivação das decisões judiciais, alçada a princípio constitucional. A fixação da pena, para a substância da condenação, deve observância ao critério trifásico previsto na norma penal.

Esses os parâmetros contidos no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, da relatoria do Desembargador Federal Ridalvo Costa, julgamento em 22.08.1996, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 83, de 20.10.1996, p. 71, cm a seguinte ementa:

“PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO RÉU. INOBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO TRIFÁSICO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO QUANTO À VALORAÇÃO DA PROVA. NULIDADE ABSOLUTA DO PROCESSO.

A falta de citação do réu para se ver processar configura nulidade absoluta.

A fixação da pena acima do mínimo legal sem observância do critério trifásico e ainda sem qualquer motivação, fazendo apenas vaga referência à reincidência e aos maus antecedentes do réu, acarreta nulidade da sentença.

Precedentes do eg. STF.

Nulidade do processo a partir da citação.”

V.8. APROPRIAÇÃO INDÉBITA E CRISE FINANCEIRA

A vertente que vem se consolidando é no sentido que inexistente o crime de apropriação indébita quando a empresa passa por dificuldades financeiras, porque aí não haveria o dolo, que é elemento subjetivo do tipo penal. O enfoque está em não dissociar a realidade empresarial, mas contextualizá-la à realidade macroeconômica, segundo o caso concreto em apreciação.

É exemplo desta ótica o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação Criminal nº 305-PE, da relatoria do Juiz Orlando Rebouças, julgamento em 11.10.1990, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 20, de 20.06.1991, p. 52, constando na ementa:

“CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. IMPOSTO DE RENDA NA FONTE.

- Alegativa da defesa de que o não recolhimento das quantias retidas na fonte se deveu à precária e até decadente situação financeira da empresa, na época.

- Procede a justificativa apresentada pela defesa, até porque as provas dos autos são neste sentido, de que o não recolhimento do tributo retido se deveu à falência da empresa.

- Apelo improvido. Confirmada a sentença recorrida.”

VI. TRIBUTÁRIO

VI.1. IMPOSTO DE RENDA E MOLÉSTIA GRAVE

A isenção do imposto de renda é dada pelo acometimento de moléstia grave, sendo irrelevante o fato de o contribuinte ter sido acometido pela patologia antes ou depois da aposentadoria. Essa construção jurisprudencial põe em relevo a finalidade da isenção diante do quadro de patologia, a qual requer gastos suplementares no seu tratamento, tal como expresso no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação em Mandado de Segurança nº 276-CE, da relatoria do Juiz Francisco Falcão, julgamento em 24.08.1989, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 10, de 25.06.1990, p. 62, assim ementado:

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO.

- Moléstia grave acometida após a aposentadoria.

- A isenção é dada pelo acometimento de moléstia grave, sendo irrelevante a circunstância de o funcionário contribuinte ter sido acometido dela antes ou depois da aposentadoria.
- *Apelo provido. Segurança concedida.*”

VI.2. ENTIDADE FILANTRÓPICA E IMUNIDADE

Dado o relevo que possuem no âmbito da assistência social aos necessitados, a Constituição Federal de 1988, seguindo uma tradição constitucional, assegura às entidades filantrópicas a imunidade tributária, ficando, porém, seus requisitos estabelecidos em lei complementar e não em lei ordinária.

Assim, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no Agravo de Instrumento nº 24.017-RN, da relatoria do Desembargador Federal Petrucio Ferreira, julgamento em 07.11.2000, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 141, de 30.09.2001, pp. 71/72, com a seguinte ementa:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ENTIDADES FILANTRÓPICAS. IMUNIDADE. ART. 195, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LIMITAÇÃO AO PODER DE TRIBUTAR. EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR. NECESSIDADE. ART. 146 DA CARTA MAGNA. DISCIPLINAMENTO ATRAVÉS DAS LEIS ORDINÁRIAS NºS 8.212/91 E 9.732/98. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS ESTABELECIDOS NO ART. 14 DO CTN.

- De uma análise do art. 195, § 7º, percebe-se que o constituinte limitou o poder de tributar do Estado quando estabeleceu que a prestação de serviços assistenciais não seria fato gerador de tributos, portanto, trata-se de imunidade e não de isenção.

- O art. 146 da Carta Magna estabelece a Lei Complementar como competente para regular as limitações constitucionais a este poder, portanto, observa-se que a Lei mencionada no § 7º do art. 195 da Constituição Federal dói a Lei Complementar.

- Desta forma, inaplicáveis as Leis 8.212/91 e 9.732/98, por serem leis ordinárias e, como tais, não poderiam regular as limitações ao poder de tributar. Neste sentido, a lei referida no § 7º, do art. 195, da Cf, seria o Código Tributário Nacional, que estabelece em seu art. 14 requisitos que devem ser observados pelas entidades de assistência social para que gozem da imunidade tributária.

- *Agravo improvido.*”

VI.3. CORREÇÃO MONETÁRIA DAS TABELAS DO IMPOSTO DE RENDA

O enfoque inovador dado à necessária correção das tabelas do imposto de renda é construção que propicia, em princípio, o tratamento tributário equânime perante o Fisco, em face da inflação ocorrida no período. A voracidade tributária encontrou freio no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no Agravo de Instrumento nº 33.027-SE, sob a relatoria do Desembargador Federal Napoleão Nunes Maia Filho, julgamento em 18.12.2000, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 136, de 30.04.2001, p. 77, com a seguinte ementa:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA DAS TABELAS DE DEDUÇÃO NA FONTE E DE ENQUADRAMENTO DA ALÍQUOTA DO IRPF. PERDA DO PODER AQUISITIVO DOS CONTRIBUINTES PARALELA À EXISTÊNCIA DE INFLAÇÃO. DEFERIMENTO.

- É necessária a correção monetária das tabelas progressivas de dedução na fonte como também do enquadramento da alíquota do IRPF, a incidir sobre os rendimentos auferidos pelas pessoas físicas, haja vista que inobstante tal tabela não ter sido corrigida desde o ano de 1996, é notória, ainda que reduzida em razão do Pano Real, a existência de inflação.
- Deverá ser depositada em uma conta corrente à disposição do Poder Judiciário e em nome do contribuinte a diferença entre o valor que o Fisco entende como efetivamente devido e aquela resultante da decisão que ordena a correção monetária das tabelas de dedução na fonte e do enquadramento da alíquota do IRPF.
- Tutela recursal liminar deferida em parte.”

VI.4. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE SÓCIO

Questão que vem sendo reiteradamente submetida à apreciação do Judiciário concerne ao aspecto da responsabilidade do sócio pelo débito tributário nas hipóteses de dissolução irregular da empresa ou quando não houver integralização do capital social, tomando como parâmetro o delineamento previsto no Código Tributário Nacional. Fora disso, não há como responsabilizar o sócio, ainda mais quando não tenha exercido poder de gestão.

Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Remessa *Ex Officio* nº 127.136-PB, da relatoria do Desembarga-

dor Federal Élio Wanderley Siqueira Filho, julgamento em 24.04.2003, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 161, de 30.05.2003, pp. 102/103, assim ementado:

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. MUDANÇA DE ENDEREÇO DA EMPRESA. DÉBITO ANTERIOR À ALTERAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL. SÓCIO SEM PODERES DE GERÊNCIA. RESPONSABILIDADE. HIPÓTESES DE EXTINÇÃO OU DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE OU DE NÃO INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL. INOCORRÊNCIA.

- Uma parcela do débito exequendo se refere a período anterior ao ingresso do embargante no quadro de sócios da executada principal, conforme certificado pela Junta Comercial do Estado da Paraíba.

- Consoante, também, as informações da aludida Junta, a empresa continuou em funcionamento, em um novo endereço, ali registrado, sendo precipitada a postura do exequente, ao redirecionar a execução contra os sócios, com base na premissa, não verdadeira, de que teria havido a dissolução irregular da sociedade.

- Se o embargante não era sócio-gerente, sendo, aliás, a gestão da executada principal atribuída a terceiro, somente poderia ser responsabilizado por débito da sociedade nas hipóteses de dissolução, extinção irregular ou não integralização do capital social, não caracterizadas no caso concreto.

- *Remessa oficial improvida.*”

VI.5. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO

A norma legal que instituiu o empréstimo compulsório sobre a aquisição de veículos novos e combustíveis foi declarada inconstitucional, em diferentes instâncias do Poder Judiciário, como se vê no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação Cível nº 4.852-CE, da relatoria do Juiz Castro Meira, julgamento em 15.03.1990, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 8, de 30.04.1990, fazendo referência à decisão do antigo Tribunal Federal de Recursos acerca da matéria, *verbis*:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS. DECRETO-LEI Nº 2.288/86.

JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- O art. 10, parágrafo único do Decreto-Lei nº 2.288/86, já teve sua inconstitucionalidade declarada pelo extinto Tribunal Federal de Recursos na AMS nº 116.682/DF, em sessão de 13.10.88.
- Os juros de mora incidem a partir do trânsito em julgado da decisão.
- Fixação da verba honorária em 5%, respeitado o limite máximo de dois (02) salários mínimos.
- Apelação improvida.
- *Remessa oficial conhecida como se interposta e provida parcialmente.*”

VI.6. CONFISCO E OURO

A vedação constitucional da instituição de tributo com efeito confiscatório, embora seja de difícil conceituação no ordenamento brasileiro, face à ausência de definição objetiva que possibilite aplicá-lo concretamente, deve ser examinado em conformidade com o sistema sócio-econômico, observando-se a proteção da propriedade em sua função social. No caso das alíquotas do Imposto sobre Operações Financeiras de 20%, 25% e 35%, incidentes sobre a transmissão de ouro ou transmissão e resgate de título representativo de ouro, a transmissão de companhias abertas e sobre os saques de cadernetas de poupança, exacerbam a capacidade contributiva do sujeito passivo da relação jurídico-tributária, inviabilizando, inclusive as operações realizadas pelos contribuintes.

Com esse enfoque, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação em Mandado de Segurança nº 2.078-RN, da relatoria do Juiz José Delgado, julgamento em 20.09.1994, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 65, de 20.03.1995, pp. 73/64, com a seguinte ementa:

“TRIBUTÁRIO. IOF. LEI Nº 8.033/90. TRIBUTO COM EFEITO CONFISCATÓRIO. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR.

1 – A vedação do confisco, muito embora seja de difícil conceituação no direito pátrio, face à ausência de definição objetiva que possibilite aplicá-lo concretamente, deve ser estudado em consonância com o sistema sócio-econômico vigente, observando-se a proteção da propriedade em sua função social.

2 – As alíquotas de 35%, 25% e 20% incidentes sobre a transmissão de

ouro ou transmissão e resgate de título representativo de ouro, a transmissão de ações de companhias abertas e sobre os saques de caderneta de poupança exacerbam a capacidade contributiva do sujeito passivo tributário, inviabilizando, inclusive as operações realizadas pelos contribuintes.

3 - Muito embora a União Federal tenha competência para instituir imposto sobre ‘operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários’ (art. 153, inciso V), a definição de tributo, fatos geradores, base de cálculo e contribuintes devem ser determinados através de lei complementar (art. 146), conforme interpretação sistêmica do capítulo que trata sobre o sistema tributário nacional.

4 – Apelação e remessa oficial improvidas.”

VI.7. TAXA E PORTARIA

A intervenção estatal de controle de queimadas exercido pelo IBAMA constitui atividade de polícia administrativa, que é uma das hipóteses de incidência das taxas (espécie tributária) e, como tal, não poderia ser a taxa para controle de queimadas instituída ou majorada senão através de lei, jamais através de portaria. Cogita-se, portanto, da observância do princípio constitucional da legalidade tributária, que é cláusula pétrea, tal como exposto no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação Cível nº 167.918-A1, sob a relatoria do Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, julgamento em 26.06.2001, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 140, de 30.08.2001, p. 75, assim ementado:

“TRIBUTÁRIO. IBAMA. AÇÃO CAUTELAR. CONTROLE DE QUEIMADAS. TAXA. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

- É indubitoso que a intervenção estatal de controle de queimadas exercido pelo IBAMA constitui-se atividade de polícia administrativa, que é uma das hipóteses de incidência das taxas, nos termos do art. 145, II, da Constituição Federal.
- Assim, face a sua natureza jurídica tributária, não poderia ser a taxa para controle de queimada instituída ou majorada senão através de lei, jamais através de portaria, por malferir o princípio da legalidade.
- Presença dos requisitos autorizadores da cautela pretendida.
- Apelação e remessa oficial improvidas.”

VI.8. TAXA DE MELHORAMENTO DOS PORTOS

A vertente jurisprudencial consolidou-se no sentido ser inconstitucional a norma legal que prevê a taxa de melhoramento dos portos, por ter base de cálculo idêntica à do imposto de importação, além do que a base de cálculo é inadequada para esse tributo, o qual se caracteriza por sua vinculação à atividade estatal que, no caso, é a movimentação nos portos das mercadorias importadas.

Essa linha de raciocínio está expressa no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação em Mandado de Segurança nº 529-CE, sob a relatoria do Juiz Castro Meira, julgamento em 03.05.1990, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 10, de 25.06.1990, p. 64, fazendo referência à antecedente Arguição de Inconstitucionalidade examinada pela Corte Regional, cuja ementa tem o seguinte teor:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE MELHORAMENTO DOS PORTOS. INCONSTITUCIONALIDADE.

- O Plenário desta Corte, apreciando Arguição de Inconstitucionalidade na AMS nº 560/CE, em Sessão de 25.04.90, reconheceu a ilegitimidade da cobrança da Taxa de Melhoramento dos Portos, por ter base de cálculo idêntica ao do imposto de importação.

- Além disso, sua base de cálculo – o valor da mercadoria, assim entendido ‘o custo CIF da mercadoria constante dos documentos oficiais de importação’ – é inadequada para esse tributo que se caracteriza por sua vinculação à atividade estatal que, no caso, é a movimentação nos portos de mercadorias importadas do exterior.

- Apelação provida. Sentença reformada.”

VI.9. IMUNIDADE RECÍPROCA

A principiologia constitucional (artigo 150, inciso VI, alínea “a”) estabelece a imunidade tributária contemplando os diferentes entes públicos, federal, estadual e municipal. Trata-se da imunidade recíproca, de modo que não poderá incidir tributo sobre operações, patrimônio e renda das entidades federativas, tal como retratado no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação Cível nº 104.464-PE, da relatoria do Desembargador Federal Nereu Santos, julgamento em 08.05.2001, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 147, de 30.03.2002, p. 79, com a seguinte ementa:

“TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO ORDINÁRIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS (IOF). INCIDÊNCIA SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IMUNIDADE RECÍPROCA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO.

- Em face do princípio da imunidade recíproca, estatuído no art. 150, VI, a, da Cf, não incide IOF sobre operações financeiras realizadas pelo Município.

- Precedentes (1ª Turma do TRF-5ª Região, AC nº 128.754-PE, rel. Juiz Castro Meira, julg. 09.12.99, unân.), (2ª Turma do TRF-5ª Região, AC nº 114.726-PE, rel. Juiz Lázaro Guimarães, julg. 23.10.97, unân.) e (1ª Turma, RE nº 213.059-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, julg. 05.12.97, unân.).
- Apelação e remessa improvida.”

VI.10. SELO-PEDÁGIO E TAXA

Uma vez revestindo-se o selo-pedágio da natureza jurídica de taxa, modalidade de tributo, somente poderia ser exigido em face de cada usuário segundo os custos da Administração individualmente considerados, na manutenção das rodovias. Ou seja, o que informa o valor da taxa é o custo do serviço por ela coberto.

A propósito, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação em Mandado de Segurança nº 1.823-RN, da relatoria do Juiz José Delgado, julgamento em 08.08.1990, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 12, de 25.08.1990, p. 59, com a seguinte ementa:

“TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. SELO-PEDÁGIO. NATUREZA JURÍDICA DE TAXA. INEGÁVEL A SUA FEIÇÃO TRIBUTÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE.

- Em razão de como foi tratado na Lei Magna de 1988, avulta o pedágio como sendo taxa, não se lhe podendo negar a feição tributária.

- Como tal encarada, fornece à autoridade o meio de o automobilista indenizar o Estado pela utilização de coisa conveniente a seus interesses, mas que ocasiona riscos assim para o público como para os próprios serviços governamentais.

- Evidenciado está, 'in casu', que o selo-pedágio em comento não é suscetível de ser destacado em unidades autônomas, nem de ser divisível o

seu custo entre os usuários, sendo certo que, uma vez paga, não mais é possível aferir o número de vezes ou a quilometragem percorrida pelo usuário.

- destarte, afigura-se de notória inconstitucionalidade o selo-pedágio instituído pela Lei nº 7.712/88.

- Improvimento da apelação e da remessa oficial.”

VII. CONCLUSÃO

A análise da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, espelhando a Justiça Federal, por seus diferentes órgãos, revela intensa preponderância da incidência da principiologia constitucional. A ótica publicista do processo, seguindo a tradição instaurada pelo antigo Tribunal Federal de Recursos, a preocupação social e o profundo respeito aos direitos individuais e coletivos, dentro do quadro normativo constitucional e infra-constitucional, pautam a sua atuação.

As oscilações que possam ocorrer na fixação dos posicionamentos, diante da diversidade dos temas, demonstram a complexidade da nova ordem constitucional e social, sob vários aspectos, quando contraposta à anterior. A cristalização se verifica com o tempo, ainda que as mudanças sejam céleres, e com as respostas e as demandas da sociedade. O propósito, porém, é o de acertar, procurando as soluções mais justas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 86, de 20.02.1997;

BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 140, de 30.08.2001;

BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 46, de 20.08.1993;

BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 162, de 30.06.2003;

BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 55, de 20.05.1994;

- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 20, de 20.06.1991;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 155, de 30.11.2002;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 10, de 25.06.1990;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 130, de 30.10.2000;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 160, de 30.04.2003;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 14, de 25.10.1990;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 123, de 20.03.2000;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 71, de 20.09.1995;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 08, de 30.04.1989;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 18, de 20.04.1991;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 23, de 20.09.1991;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 47, de 20.09.1993;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 131, de 30.11.2000;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 108, de 20.12.1998;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 161, de 30.05.2003;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 160, de 30.04.2003;

- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 86, de 20.02.1997;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 168, de 30.12.2003;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 94, de 20.10.1997;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 136, de 30.04.2001;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 123, de 20.03.2000;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 131, de 30.11.2000;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 57, de 20.07.1994;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 33, de 20.07.1992;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 108, de 20.12.1998;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 78, de 20.05.1996;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 118, de 20.10.1999;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 155, de 30.11.2002;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 83, de 20.10.1996;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 20, de 20.06.1991;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 10, de 25.06.1990;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 141, de 30.09.2001;

- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 8, de 30.04.1990;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 65, de 20.03.1995;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 140, de 30.08.2001;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 10, de 25.06.1990;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 147, de 30.03.2002;
- BRASIL. Boletim de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife, nº 12, de 25.08.1990.

DESAPROPRIAÇÃO E COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Luís Praxedes Vieira da Silva

Juiz Federal da 1ª Vara/CE

O exercício da função de julgar é sempre tormentoso. A visão que se deve ter dos autos deve ir além do amontoado de papéis que se encontra na sua frente esperando uma decisão.

Quem procura o Poder Judiciário está em busca de justiça, de que lhe seja feita justiça, que seja dada a melhor solução para o seu caso.

Mesmo para uma realidade desproporcional como a nossa, na Justiça Federal, onde cada vara cível na Seção Judiciária do Ceará tem, em média, quatorze mil processos, cada processo deve ter a atenção devida e damos o melhor de nossa dedicação, nos nossos limites. Pois servir ao jurisdicionado deve ser o fim último da atividade jurisdicional.

Algumas vezes o juiz se depara com situações difíceis de decidir. Porém, ele não poderá deixar de dar a solução que entender mais justa para o caso, mesmo porque ele não pode se eximir de decidir. O ordenamento jurídico tem as características da plenitude, coerência e unidade. O art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil diz que: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes, e os princípios gerais do direito.”. Por sua vez, o art. 126 do CPC destaca: “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

Portanto, o magistrado não pode fugir à função de julgar. Jean Paul Sartre, com sua filosofia do existencialismo, disse que o homem está condenado a ser livre. Porém, a liberdade do julgador em nosso sistema é uma liberdade cheia de limitações.

O Ministro Marco Aurélio, do STF, disse que, ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrando o indispensável apoio, formalizá-la.

Concordo apenas em parte com esta posição do Ministro Marco Aurélio. É Por isso que, às vezes, suas decisões são tidas como polêmicas por alguns jornalistas e analíticos do Poder Judiciário. Porque tal pensamento dá a entender que o juiz deva se voltar para uma espécie de “posicionamento prévio” antes do ato de julgamento em si; devemos ter uma atenção redobrada conosco mesmo e com o que vai ser julgado.

Você, ao julgar, tem que conhecer bem você mesmo e a matéria que vai decidir. Na obra “A Arte da Guerra”, um tratado clássico de estratégia escrito em 500 a.C., o general Sun Tzu diz:

“Conheça o inimigo e conheça a si mesmo; em cem batalhas você nunca correrá perigo. Quando você desconhece o inimigo, mas conhece a si mesmo, suas chances de ganhar ou perder são as mesmas. Se desconhece tanto o inimigo quanto a si mesmo, é certo que correrá perigo em todas as batalhas.”

Não estou querendo dizer que devemos encarar cada matéria a ser julgada como uma batalha. Mas podemos interpretar as palavras de Sun Tzu de uma outra maneira quando pensamos em julgar. Mas se substituirmos a palavra “inimigo” por “matéria a ser julgada” teríamos:

“Se você conhece a si mesmo e a matéria a ser julgada; seu julgamento será justo e equilibrado. Se você conhece a si mesmo, mas não estudou suficiente o caso que lhe é apresentado, a sua decisão correrá o risco de não ser justa. Se você não conhece a si mesmo, nem a coisa a ser julgada provavelmente sua decisão será injusta e provavelmente será reformada pela instância superior.”

Tudo que importa neste caminho de equilíbrio para um julgamento justo é nossa atitude em cada momento. Se estivermos dispostos a nos empenhar como um sujeito cognoscente ativo com a possibilidade de aprender algo novo em cada decisão, só teremos ganhos. Devemos manter nossa mente aberta e “levar conosco uma xícara vazia”, como dizem os mestres que estudam a doutrina oriental denominada Zen.

Philip Toshio Sudo, estudioso e autor de obras sobre o Zen-budismo, diz que a imagem da xícara vazia tem sua origem em uma famosa parábola sobre a visita de um professor universitário ao mestre zen Nan-In. O professor queria informações sobre o Zen, mas passou mais tempo falando que ouvindo. Em silêncio, Nan-In começou a encher a xícara do professor até o chá transbordar

sobre a mesa. “O que está fazendo?”, exclamou o professor. “Assim como esta xícara, você está cheio das suas próprias opiniões e teorias”, respondeu Nan-In. “Como poderei ensinar alguma coisa sem que antes você esvazie sua xícara?”.

Todos nós agimos como esse professor de vez em quando. Nesses momentos, não somos receptivos e nos concentramos apenas em nossas próprias visões limitadas do direito, quando deveríamos estar prestando atenção às várias nuances do direito sobre o que vai ser decidido ou julgado. Nan-In nos adverte para percebermos esses momentos e abriremos nossa mente para a descoberta. A xícara vazia representa aquilo que os mestres zen chamam de “espírito do iniciante”, um espírito recém-nascido, aberto ao aprendizado, que absorve as novas experiências a cada novo momento.

Interessante o que diz o francês Jean-Yves Leloup, teólogo e doutor em psicologia, sobre o “aberto em nós”, onde ele fala que, mantendo nossa mente aberta, seria como uma casa sem telhado, não teríamos a proteção do teto, mas nada nos oculta mais o céu, o sol, ou lua deslumbrantes. (Nomes de Deuses, “Se minha casa pegasse fogo, eu salvaria o fogo”, entrevista a Edmond Blatchen, Editora Unesp, São Paulo, 2002).

O ato de julgar compreende o que a doutrina chama de subsunção. Sobre isso, adverte Maria Helena Diniz:

“Aqui cabe fazer uma rápida menção à subsunção e à coordenação. Pela subsunção a lei passa do estado platônico ou abstrato para o concreto. Há subsunção do caso *sub judice* na lei, quando nele concorrer todas as características do conceito abstrato contido na lei. Há coordenação quando o fato duvidoso não se subsume ao tipo legal, mas tão-somente se coordena a ele, demonstrando que lhe corresponde mais ou menos. Tal coordenação é muito utilizada pelos juízes, no âmbito do direito civil, cujas normas são do tipo aberto. É mister lembrar, ainda, que em ambas as hipóteses (subsunção e coordenação), devido à natural inadaptação do ordenamento jurídico, dada a sua dinamicidade, às situações que ele deve reger, aplica-se o mesmo conforme a sua finalidade. Tal como é concebido no momento atual, adaptando-o às modificações supervenientes. Não encontrando o magistrado uma norma aplicável ao caso concreto, surge a questão da constatação e preenchimento da lacuna. Os meios para solucionar esse problema são indicados pela própria lei, isto porque, como observa Alípio Silveira, nosso legislador não iria, evidentemente,

pôr nas mãos do juiz um verdadeiro cartucho de dinamite para este fazer ir pelos ares a certeza do direito e dar curso à torrente arrasadora do subjetivismo anárquico.” (As lacunas do Direito, Editora RT, São Paulo, 1981, p. 117).

Tem que se ter em mente também que seu estado de espírito tem que ser de paz, pois nada é absoluto, tudo é relativo. Por isso, nosso julgamento vai depender das circunstâncias de cada momento em que estamos a vivenciar, e procurar ficar o mais aberto, calmo e isento possível. Diz Michel Montaigne que o sinal mais seguro de sabedoria é a nossa constante serenidade.

Um exemplo claro de serenidade, inteligência e sagacidade no ato de julgar, nós encontramos na Bíblia, no Livro dos Reis, citado por Leonardo Boff em seu livro Princípio de Compaixão e Cuidado:

“Então duas prostitutas foram para junto do rei e se colocaram na sua presença. Uma das mulheres tomou a palavra: “Com licença, Majestade! Eu e esta mulher estamos morando na mesma casa; eu tive um filho enquanto ela estava em casa. Três dias depois de eu ter dado à luz também esta mulher teve um filho. Estávamos só nós duas. Não havia nenhum estranho conosco na casa, além de nós duas. Ora, morreu o filho desta mulher durante a noite, pois ela se tinha deitado sobre ele. Aí ela se levantou de noite, enquanto esta tua criada estava dormindo, tirou meu filho de junto de mim e o colocou no seio dela, e o filho dela que estava morto pôs no meu seio. De manhã, quando me levantei para amamentar o meu filho, vi com surpresa que estava morto; mas quando examinei mais de perto, reparei que não era o filho que tinha dado à luz”. A outra mulher contestou: “Não é verdade! É meu filho que está vivo, e o teu é que está morto!” Mas a primeira replicou: “Mentira! Teu filho está morto e é o meu que está vivo!” Desta maneira elas discutiam diante do rei. O rei respondeu: “Esta afirma que seu filho está vivo e o da outra está morto, mas a outra afirma que não é verdade, pois o filho da outra estaria morto e o seu é que estaria vivo”. Então o rei deu esta ordem: “Trazei-me uma espada!” Quando trouxeram a espada para junto do rei, ele disse: “Cortai em dois pedaços a criança viva e daí uma metade a uma e a outra metade à outra”. Então a mulher cuja criança estava viva sentiu fortemente o amor materno para com o filho e disse ao rei: “Por favor, meu senhor, daí a ela a criança viva, e não a mateis!” Mas a outra dizia: “Não seja nem para mim nem para ela:

corcortai-a em dois pedaços”. Então o rei tomou a palavra e disse: “Daí à primeira o menino vivo! Não o mateis, pois ela é a mãe”. Quando todo Israel ouviu a sentença que o rei tinha pronunciado, foram tomados de assombro diante do rei, porque viram que no seu coração havia sabedoria divina e capacidade para administrar a justiça. (1º Livro dos Reis, 3, 16-28)

Como errar é humano, a incidência do erro não está fora da nossa atividade. Um Ministro do Supremo Tribunal Federal afirmou certa vez, em uma palestra, que o STF não estava imune ao erro, apenas tinha o privilégio de errar por último e nem sempre seria possível a correção do erro.

Quero citar aqui trechos de uma brilhante defesa de um colega em uma representação que posteriormente foi arquivada pela Corregedoria, onde ele aponta justamente a questão do erro que comumente ocorre no Poder Judiciário, destacamos: “Necessitaria advogar perante Vossa Excelência questão que reputo crucial: a existência – não no caso concreto, repita-se, porém nos serviços judiciários e na vida – do erro. “Errei todos os anos de minha vida”, proclamou o genial Camões. “O erro é um momento do acerto”, retrucou Trotsky, na defesa de um velho camarada, na III Internacional. Ou no esplendor da canção popular: “O Estácio acalma os sentidos dos erros que faço.” E, para não nos perpetuarmos em carradas de citações, nem recitarmos lições e mais lições, basta o “atire a primeira pedra”, da tradição cristã. Enxergar, *ipso facto*, automaticamente, a presença de intenção deliberada no erro resulta em brutal simplificação. No caso dos serviços forenses, creditar eventual erro – dentro de um mundo de atos construídos – à vontade de atingir alguém, ao dolo, é um raciocínio que, além de tudo, parte de uma premissa equivocada: que a estrutura do Judiciário é perfeita, trabalha-se em condições ideais; a partir dessa perspectiva, o erro qualificar-se-ia, invariavelmente, em imperdoável e doloso. Em outras palavras: a idealização da estrutura do Judiciário. Essa idealização e esse tipo de raciocínio, além de quimérico, revelam-se perigosos, pois não teríamos respostas à crítica social que é dirigida ao Judiciário. As falhas, as morosidades seriam por exclusiva vontade dos senhores juízes! Ocorre que a população, em sua sabedoria, intui que há algo mais, há a estrutura, há uma história, há um sistema. E, resignadamente, resgata o Judiciário em seu mérito: *a Justiça tarda, mas não falha.*”

O caso concreto que quero relatar diz respeito a uma decisão em um processo de desapropriação. A desapropriação foi promovida por uma autarquia federal e envolvia vários imóveis para a construção de um açude.

O laudo pericial que foi juntado aos autos pertencia a um outro imóvel, objeto de um outro processo de desapropriação e com uma área bem inferior ao imóvel em questão. O erro judiciário não foi reconhecido de imediato e a causa foi julgada pelo colega que me antecedeu, com base no laudo pericial a que não se referia o imóvel. A decisão transitou em julgado e já havia passado o prazo para a ação rescisória, que poderia ter sido manejada com fulcro no art. 485, inciso IX, § 1º do CPC, que admite a rescisão quando fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa. Há erro, diz a lei, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

A possibilidade de corrigir o erro ocorrido no processo está prevista no art. 463 do CPC, neste sentido:

“Art. 463 – Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la:

- I – para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo;
- II – por meio de embargos de declaração.”

Porém, tal possibilidade esbarra na autoridade da coisa julgada. Assim, em tese, tal hipótese de correção não poderia ser manobrada, nem pela revisão do erro, pela nulidade, prevista no art. 463 do CPC, nem pela ação rescisória, por ter ultrapassado o prazo decadencial.

Embora os doutrinadores, hoje em dia, estejam questionando a noção de que a coisa julgada seja algo absoluto quando confronta com a Constituição, o principal argumento seria a atual redação do art. 741, parágrafo único do CPC, que considera inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidos por incompatíveis com a Constituição Federal. Assim, este posicionamento defende a tese da nulidade da coisa julgada constituída com afronta à Constituição, podendo ser reconhecida independente de qualquer limitação de tempo ou de ordem processual. Seria então uma nulidade de pleno direito e de ordem insanável. O Ministro José Augusto Delgado, do STJ, tem um texto básico sobre o assunto intitulado “Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais”, que foi proferido originalmente em uma palestra em Fortaleza, no dia 20 de dezembro de 2000, no I Simpósio de Direito Público da Advocacia Geral da União, promovido pelo Centro de Estudos Victor Nunes

Leal, onde Sua Excelência defende o questionamento da coisa julgada em matéria de desapropriação, quando há ofensa ao princípio da justa indenização. Citando a seguinte decisão do STF:

“Desapropriação. Indenização (atualização). Extravio de autos. Nova avaliação. Coisa julgada. Não ofende a coisa julgada a decisão que na execução determina a nova avaliação para atualizar o valor do imóvel, constante do laudo antigo, tendo em vista atender à garantia constitucional da justa indenização, procrastinada por culpa do expropriante. Precedentes do STF. Recurso extraordinário não conhecido.” (RE Nº 93.412-SC, Rel. Min. Rafael Mayer, RTJ, 102/276).

Assim, para o Ministro José Delgado, a sentença trântita em julgado pode ser revista, além do prazo para a rescisória, quando a injustiça nela contida for de alcance que afronte a estrutura do regime democrático por conter apologia da quebra da imoralidade, da ilegalidade, do respeito à constituição e às regras na natureza, bem como a segurança jurídica imposta pela coisa julgada está vinculada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que devem seguir todo o ato judicial.

No nosso caso concreto a decisão foi de ordem semelhante, já que, pelo mesmo motivo, o preceito constitucional da justa indenização estava acima do formalismo e da coisa julgada fundada em erro material, portanto sem razoabilidade e sem proporcionalidade.

Preceitua o nosso art. 5º, inciso XXIV, da *Lex Magna* que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.”

Em que consiste o termo “prévia indenização”, contido no texto constitucional? Quem esclarece é o saudoso mestre Hely Lopes Meirelles:

“A indenização justa é a que cobre não só o valor real e atual dos bens expropriados, à data do pagamento, como, também, os danos emergentes e os lucros cessantes do proprietário, decorrentes do despojamento do seu patrimônio. Se o bem produzia renda, essa renda há de ser computada no preço, porque não será justa a indenização que deixe qualquer desfalque na economia do expropriado. Tudo que compunha seu patrimônio e integrava sua receita há de ser repostado em pecúnia no momento

da indenização; se o não for, admite pedido posterior, por ação direta, para complementar-se a justa indenização. A justa indenização inclui, portanto, o valor do bem, suas rendas, danos emergentes e lucros cessantes, além dos juros compensatórios e moratórios, despesas judiciais, honorários de advogado e correção monetária.”(Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, São Paulo, 2000, p. 565).

Então é lógico que esta prévia indenização deve ser a mais justa e não pode ser fulcrada em laudo pericial que não diz respeito ao imóvel expropriado, tendo valor bem inferior ao real.

A natureza do decidido no citado caso foi a desapropriação, que foi julgada procedente. Assim, o laudo a que realmente se referia o ato de desapropriação e que foi juntado posteriormente aos autos é que deveria fundamentar a decisão.

O caminho que entendi ser o mais justo e o mais rápido, levando em conta o art. 125, II, do CPC, onde cabe ao juiz velar pela rápida solução do litígio e bem como a observância do princípio da economia processual foi determinar a liquidação por artigos, na forma dos artigos 608 e 609 do CPC, fundada no verdadeiro laudo pericial, onde feita a sua atualização pela Contadoria do Foro, encontrar-se-ia a prévia e justa indenização, encaminhando-se tudo para um julgamento antecipado da liquidação, possibilitando ao expropriado, posteriormente, promover a execução, citando posteriormente o devedor, como prevê o art. 611, do CPC.

Será que haveria, nesta decisão, uma ofensa ao art. 610 do CPC, que diz ser proibido na liquidação discutir de nova a lide ou modificar a sentença que a julgou? Entendo que não, pois a desapropriação em si não foi questionada, apenas o preceito da justa indenização contido na Constituição, que é a norma fundamentadora de todo o nosso sistema jurídico. Neste sentido, esclarece Cândido Rangel Dinamarco: “Instaurada a liquidação assim, prevê-se que chegará à determinação de um *quantum* que não poderá perder a correspondência com a obrigação genericamente indicada na sentença (art. 610). Essa é a única limitação. O que não se sabe é a que níveis manterá essa sentença, no máximo. Inexiste fixação de um nível, além do qual ela se considere *ultra petita*”. (Execução Civil, Malheiros, São Paulo, 1993, p. 545).

Desta maneira, há uma correspondência entre a quantia a ser apurada na liquidação e o que foi reconhecido na sentença que julgou procedente a desapropriação, sem ofensa igualmente ao que determina o art. 460 do CPC e respei-

tando o preceito constitucional da justa indenização. Entendendo ter sido essa a melhor solução para o caso.

Concluimos então com a advertência de Calamandrei, na sua clássica obra, “Eles, Os Juízes, Vistos Por Um Advogado”, de que “não é honesto, quando se fala dos problemas da justiça, refugiar-se atrás da cômoda frase feita, segundo a qual a magistratura é superior a todas as críticas e a qualquer suspeita, como se os magistrados fossem criaturas super-humanas, não atingidas pelas misérias desta terra e, por isso, intocáveis”. Assim, o ato de julgar contém essa complexidade que é própria da condição humana, que não tem a perfeição, mas que busca proporcionar o melhor para a harmonização da boa convivência social.

BIBLIOGRAFIA

- BOFF, Leonardo – Princípio de Compaixão e Cuidado, Editora Vozes, Petrópolis, 2001;
- CALAMANDREI, Piero - Eles, Os Juízes, Vistos Por Um Advogado, Editora Martins Fontes, São Paulo, 1995;
- DALLARI, Dalmo de Abreu – O Poder dos Juizes, Saraiva, São Paulo, 2002;
- DINIZ, Maria Helena - As lacunas do Direito, Editora RT, São Paulo, 1981;
- DINAMARCO, Cândido Rangel - Execução Civil, Malheiros, São Paulo, 1993;
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira – Desapropriação, Saraiva, São Paulo, 1996;
- LELOUP, Jean Yves - Nomes de Deuses, “Se minha casa pegasse fogo, eu salvaria o fogo”, entrevista a Edmond Blattchen, Editora Unesp, São Paulo, 2002;
- MEIRELLES, Hely Lopes - Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, São Paulo, 2000;
- NASCIMENTO, Carlos Valder do – Coisa Julgada Inconstitucional, América Jurídica, Rio de Janeiro, 2004;
- SUDO, Philip Toshio – S. Zen, O Caminho da Plenitude, 2ª. Edição, Editora Sextante, Rio de Janeiro, 2001;
- TSÉ, Lao – Tao Te Ching, Editora Martin Claret, São Paulo, 2003;
- TZU, Sun – A Arte da Guerra, Editora Campus, Rio de Janeiro, 2001.

A DISCIPLINA DA COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO DECORRENTE DE PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR DE TRIBUTOS FEDERAIS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO

Niliane Meira Lima

Juíza Federal

Introdução. 1. A compensação no Código Civil e no Código Tributário Nacional. 2. Evolução legislativa e disciplina da compensação em matéria tributária. 2.1. As Leis nº 8.212/91 e 8.383/91. 2.2. A Lei nº 9.430/96. 2.3. A Lei nº 10.637/02. 2.4. A Lei nº 10.833/03. 3. Os regimes atuais de compensação e seus efeitos. Conclusão. Referências.

Resumo: Trata-se de estudo referente à evolução legislativa da compensação de créditos do sujeito passivo da relação jurídico-tributária decorrentes de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais arrecadados pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS - ou pela Secretaria da Receita Federal - SRF.

Palavras-chave: Compensação. Código Tributário Nacional, art. 170. Extinção do crédito tributário. Lei nº 8.212/91. Lei nº 8.383/91. Lei nº 9.430/96. Lei nº 10.637/02. Lei nº 10.833/91.

INTRODUÇÃO

A compensação de crédito do sujeito passivo da relação jurídico-obrigacional decorrente de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições é matéria que tem sido objeto de grande atenção, tanto por parte dos doutrinadores, quanto da jurisprudência pátria. Tal fato decorre na enorme quantidade de lides que têm como ponto central as regras pertinentes à compensação como modalidade de extinção do crédito tributário, a qual restou deveras demandada

em face, principalmente, das investidas do legislador pátrio, notadamente a contar da Constituição Federal de 1988, na instituição de tributos e contribuições sem respaldo constitucional. Esse fato importou no pagamento indevido de diversos tributos, como se tem, a exemplo, o caso do FINSOCIAL, com alíquotas majoradas e a contribuição previdenciária incidente sob o pró-labore instituída pela Lei nº 8.212/91.

Outros fatos que também importaram para o incremento da utilização da compensação como forma de extinção do crédito tributário foi a recessão e o aumento da carga tributária no País, que têm crescentemente tornado difícil o cumprimento das obrigações tributárias principais através do pagamento em espécie, utilizando-se, assim, os contribuintes, através da compensação, dos créditos que possuem em razão de pagamentos indevidos, principalmente em face de instituições de tributos em desconformidade com a Constituição Federal de 1988 ou mesmo por conta de ressarcimento de créditos presumidos ou decorrentes de aplicação do princípio da não-cumulatividade.

Dessa forma, passou-se a notar, paulatinamente, a busca do aprimoramento da legislação pátria, a fim de tornar o mecanismo da compensação de fácil utilização, o que passaremos a analisar.

1. A COMPENSAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Nos termos do Código Civil, a conceituação de compensação, tratada nos arts. 368 usque 380, dá-se mediante a seguinte operação: “*Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.*”.

Daí extrai-se que, primitivamente, a compensação opera a extinção total ou parcial da obrigação, na medida em que se dê o encontro de débitos e créditos das mesmas pessoas.

A compensação, como se sabe, quando o crédito utilizado para o encontro de contas é de tributos, é regulada pelo Código Tributário Nacional, sendo tratada pelo seu art. 156, inciso II, como modalidade de extinção do crédito tributário. Já o art. 170, caput, trata a matéria prevendo seu disciplinamento pelo legislador ordinário, segundo a dicção de que “*A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.*”.

Sendo assim, o que o Código Tributário Nacional autoriza é a compensação de crédito líquido e certo, vencido ou vincendo, do sujeito passivo com crédito tributário da Fazenda Pública.

Não se pode olvidar que, com a compensação, ocorre pagamento. Apenas a forma de satisfação da obrigação é que se dá através de apresentação ao credor de crédito do devedor, em face do qual o crédito daquele se extingue na medida deste. A este respeito, muito bem doutrinou o mestre Aliomar Baleeiro, quando disse que *“A compensação dos códigos civil e comercial são modalidades de pagamento compulsório ou de extinção compulsória de dívidas, no sentido de que o devedor pode forçar o credor a aceitá-la, retendo o pagamento ou lhe opondo como defesa o próprio crédito à ação de cobrança caso intentada. No direito fiscal, a compensação é condicionada ao discricionarismo do Tesouro Público. Mas o sujeito passivo só poderá contrapor seu crédito ao crédito tributário, como direito subjetivo seu, nas condições e sob as garantias que a lei fixar.”*¹.

Por esta razão, sendo forma de pagamento, ainda que não previsto especificamente no Código Tributário Nacional, também a compensação do crédito tributário opera-se, sempre, sob condição resolutória de posterior concordância do Fisco.

Ocorre que este tema – o do efeito da compensação em matéria tributária – deu ensejo a longas discussões no Poder Judiciário, as quais eram impulsionadas pelo fato de que uma vez sendo operado o efeito da compensação somente assim o contribuinte teria a prova da quitação de tributos que foram utilizados na compensação, a qual é indispensável ao desenvolvimento das atividades empresariais.

Temos que se pode ver na evolução da legislação uma maturação do tratamento dispensado ao tema. O crescente detalhamento da matéria foi determinado justamente pela necessidade de esclarecimento acerca dos efeitos da compensação em matéria tributária, visto que antes a insuficiência de sua positividade ocasionou, como dissemos, diversas divergências entre os contribuintes e o Fisco, notadamente em face daqueles entenderem que, uma vez formalizada a compensação, de pronto decorreria a produção do efeito da extinção do crédito tributário.

Dessa forma, o contribuinte que entendesse possuir crédito decorrente, por exemplo, de pagamento de tributo criado por lei inconstitucional, deixava de

¹ Direito Tributário Brasileiro, 6. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1974, p. 509.

efetuar o pagamento daquele efetivamente devido com o fito de compensar com este, esperando pela sua pronta extinção, quando somente então o Fisco apresentava-lhe a condição da sua homologação ainda não verificada, o que impedia, assim, a concessão de certidões negativas de débito, justamente em face de o contribuinte não ter efetuado o pagamento do tributo por entender ter sido o crédito respectivo compensado.

2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E DISCIPLINA DA COMPENSAÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

2.1. AS LEIS NºS. 8.212/91 E 8.383/91

Apesar da Lei nº 7.450/85, em seu art. 35, § 2º, e o Decreto-lei nº 2.287/87, em seu art. 7º, já terem previsto a possibilidade de compensação no âmbito da Secretaria da Receita Federal, a primeira lei a tratar especificamente do tema como de direito subjetivo do contribuinte foi a Lei nº 8.383, de 31.12.1991, que em seu art. 66, com quatro parágrafos, referiu-se a todos os tributos federais, inclusive contribuições previdenciárias, pagos indevidos ou a maior, mas condicionando a compensação buscada com créditos e débitos de tributos de mesma espécie.

A esse respeito, a Lei nº 8.212, de 24.07.1991, que disciplina o custeio da Seguridade Social através do pagamento das contribuições previdenciárias, somente previa em seu art. 89 a restituição para o caso de pagamento indevido, silenciando acerca da possibilidade de compensação.

A referida Lei nº 8.212/91, além de ter tacitamente sofrido alteração em face do tratamento diverso da matéria implementado pela Lei nº 8.383/91, restou posteriormente alterada pela Lei nº 9.032, de 28.04.1995, que tratou especificamente da compensação de contribuições previdenciárias e estabeleceu limitação a 25% do valor que seria efetivamente pago na competência, e a Lei nº 9.129, de 20.11.1995, que alterou tal percentual para 30%, além de outras disposições encartadas nas mesmas.

Já a Lei nº 8.383/91 foi alterada pela Lei nº 9.069, de 29.06.1995, que incluiu no caput do art. 66 a possibilidade de compensação entre receitas patrimoniais e alterou a expressão “períodos subseqüentes” para “período subseqüente”, o que posteriormente acabou retornando à previsão originária por meio da alteração perpetrada pela Lei nº 9.250, de 26.12.1995.

Outra alteração engendrada no texto da Lei nº 8.383/91 pela Lei nº 9.250/

95, em seu art. 39, foi o condicionamento da compensação a que ela se desse somente entre imposto, taxa ou contribuição federal de mesma espécie e destinação constitucional.

Dessa disciplina, multiplicaram-se as lides referentes às discussões quanto aos efeitos da compensação e do que seriam tributos de mesma espécie, notadamente em face do que veio estabelecer a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 67/92 que, a pretexto de regulamentar a Lei nº 8.383/91 em relação aos tributos arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, dispôs, dentre outras coisas, que a compensação somente poderia ser efetivada entre crédito e débito referente ao tributo pago com mesmo código de receita.

A discussão quanto às espécies tributárias que poderiam estar incluídas numa compensação alargou-se desde o entendimento de que se tratariam de tributos com tributos e contribuições com contribuições, até aquele que foi o consolidado pela jurisprudência pátria, segundo o entendimento firmado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça², qual seja o de que a compensação somente poderia operar-se entre créditos e débitos referentes à espécie tributária com mesma destinação constitucional. Assim, a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL – instituída com fulcro no art. 195 da Constituição Federal e destinada ao custeio da Seguridade Social, não poderia ser compensada com a contribuição para o PIS – Programa de Integração Social – a que alude o art. 239 da Constituição Federal e instituída pela Lei Complementar nº 7/70.

Outra importante consolidação jurisprudencial referente ao tema foi o firmamento do entendimento de que, a teor do que se processa com o pagamento do crédito tributário, a compensação formulada nos termos da Lei nº 8.383/91 dá-se por iniciativa do contribuinte, mediante registro fiscal nas declarações de tributos e contribuições federais devidos e está sujeita à homologação do Fisco, cabendo ao mesmo a análise de sua possibilidade e limites dos créditos e débitos apontados pelo contribuinte. Tal entendimento veio amenizar o ânimo daqueles que defendiam a impossibilidade de compensação enquanto o crédito e o débito não estivessem previamente e exaustivamente acertados e liquidados.

Realmente, enquanto o art. 170 do Código Tributário Nacional textualiza a exigência de que a compensação seja efetuada entre créditos líquidos e certos, a Lei nº 8.383/91 não menciona a mesma, sendo que não seria simplesmente nesse fato que mereceria acolhida a tese daqueles que defendem tratar-se de

² RESP nº 642.141-BA, 2ª Turma, DJU 13.09.2004, p. 230.

disciplinas de compensação distintas (a do art. 170 do CTN e a do art. 66 da Lei nº 8.383/91).

Temos que o art. 170 não encerra nenhuma disciplina, mas apenas previsão da possibilidade da compensação estar disciplinada na lei ordinária, a qual é regulamentada também pela Lei nº 8.383/91, sendo que a ausência de previsão nesta da exigência de que a compensação se dê entre créditos líquidos e certos não a dispensa, porque é intrínseco à efetivação da compensação tal característica dos créditos e débitos, ainda que, para tanto, seja percorrido procedimento prévio de apuração e liquidação.

Sendo assim, se o contribuinte aponta um crédito decorrente de pagamento indevido e demonstra querer compensá-lo através de uma declaração de tributos e contribuições federais, é evidente que, para a efetivação da compensação do débito como o crédito, mister é que seja verificado o limite do crédito e do débito. Somente assim é que se poderá, inclusive, verificar a possibilidade de compensação, visto que crédito zero não compensa valor nenhum de débito. Nesse passo, mesmo na sistemática da Lei nº 8.383/91, a compensação, ao final, ainda que formulada pela iniciativa do contribuinte, depende do instante de apuração e liquidação dos créditos.

Foi esse entendimento, inclusive, que também aquietou a discussão sobre ser a ação do mandado de segurança via processual judicial hábil, para ser pleiteada a compensação de créditos tributários. A tese contrária a esse entendimento fixava-se na idéia de que, sendo tal via imprestável à dilação probatória onde seria liquidado o crédito e apurado o débito, a compensação não poderia ser efetuada por autorização judicial mandamental.

A solução encontrada pela jurisprudência foi prestigiar o alcance da decisão proferida em sede de mandado de segurança, segundo a qual, no mesmo, e até em vias processuais de cognição exauriente em que a dilação probatória não é deflagrada, o que se assegura é a compensabilidade e/ou os critérios a serem adotados na compensação, sem que isso signifique a afirmação de um limite do valor nominal do crédito. Nesse sentido, vale a transcrição da seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça que bem reflete o raciocínio em que culminou a evolução das discussões: *“Tributário. Compensação, Tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação (CTN, ART. 150), a compensação constitui um incidente desse procedimento, no qual o sujeito passivo da obrigação tributária, ao invés de antecipar o pagamento, registra na escritura fiscal o crédito oponível à Fazenda, que tem cinco anos, contados do fato gerador, para a respectiva homologação (CTN, ART. 150, PAR. 4.);*

esse procedimento tem natureza administrativa, mas o juiz pode, independentemente do tipo da ação, declarar que o crédito é compensável, decidindo desde logo os critérios da compensação (v.g., data do início da correção monetária). Embargos de divergência acolhidos.”³

Veja-se que o prazo para homologação da compensação, nos tributos lançados por homologação, dá-se assim como ocorre em relação ao pagamento, ou seja, nos termos do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

Enquanto a regulamentação do art. 66 da Lei nº 8.383/91, no âmbito da Secretaria da Receita Federal, deu-se através da Instrução Normativa nº 67/92, como já mencionado acima, no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS -, ou seja, em relação às contribuições arrecadadas pelo mesmo, a regulamentação deu-se através da Ordem de Serviço Conjunta INSS/DAF nº 17/93, a qual também previu a compensação por iniciativa do contribuinte através de registro sujeito à homologação do Fisco, mas ensejou diversas discussões judiciais em face de prever a necessidade de prévio consentimento do Chefe do Posto de Arrecadação, no caso de se tratar a compensação de contribuições pagas indevidamente até 31.12.1991. Porém, os Tribunais pátrios reconheceram a ilegalidade de tal óbice em face do princípio da legalidade, uma vez que a própria lei não previa tal condição, como se extrai, a exemplo, da decisão proferida pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região na Apelação Cível nº 1379311, do Rio Grande do Sul (DJU 27.03.96, p. 19.298).

Posteriormente, no que diz respeito às contribuições arrecadadas pelo INSS, foi editada a Ordem de Serviço Conjunta nº 51/96, que expressamente revogou a O.S. INSS/DAF nº 17/93, que encartou as disposições trazidas pela Lei nº 9.129/95, notadamente a limitação do valor da compensação já mencionada acima e, ainda, o condicionamento da compensação a não ter sido repassado a terceiro através do custo de bens ou serviços o valor correspondente ao tributo pago indevidamente, ou seja, estabeleceu a aplicação do art. 166 do Código Tributário Nacional às contribuições previdenciárias.

Essa foi outra disposição que provocou inúmeras discussões judiciais, sob alegação dos contribuintes de que tal disposição seria relacionada, pelo art. 166 do Código Tributário Nacional, à disciplina dos tributos indiretos, ou seja, tributos que, por sua estrutura e natureza, comportam a transferência a terceiro do custo inicialmente suportado pelo contribuinte de direito, como ocorre no

³ Julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 78301-BA, pela Primeira Seção, em 11.12.1996, com publicação no DJU de 28.04.1997.

caso do ICMS, e não aos tributos diretos, como são as contribuições previdenciárias. Foi essa a tese vencedora, tendo sido o referido óbice afastado pela jurisprudência pátria, em inúmeros casos concretos.

Outra regulamentação acerca da compensação de contribuições previdenciárias arrecadadas pelo INSS é a encartada na Orientação Normativa nº 8/97, a qual condensa as regras trazidas na redação do art. 89 da Lei nº 8.212/95, após as alterações provocadas pela Lei nº 9.129/95, as quais, pelo princípio da especialidade da lei, aplicam-se quando se trate de compensação de contribuições administradas pelo INSS, sem prejuízo de aplicação subsidiária da lei nº 8.383/91.

Pelo exposto, restou que, pelo quadro normativo existente até dezembro de 1996, quando foi editada a Lei nº 9.430/96, objeto do estudo que segue, a compensação de tributos e contribuições pagos a maior ou indevidamente era regulada pelas Leis nº 8.212/91 e 8.383/91, sendo aquela dirigida às contribuições arrecadadas pelo INSS e esta aos tributos arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, aplicando-se subsidiariamente àquelas.

2.2. A LEI Nº 9.430/96

A Lei nº 9.430, de 27.12.1996, em seu art. 74, trouxe importante inovação na disciplina da compensação de tributos e contribuições previdenciárias arrecadadas pela Secretaria da Receita Federal. Em suma, tratou, em seu art. 74, da possibilidade de compensação de tributos e contribuições de diferentes espécies, desde que administrados pela referida secretaria.

A diferença entre o regime da compensação estatuído pela Lei nº 8.383/91 e o que veio encartado na Lei nº 9.430/96 reside na possibilidade de, através deste, ser efetuada compensação entre tributos de diferentes espécies e dever ser ela precedida de requerimento do contribuinte à Secretaria da Receita Federal, o que não ocorre com o outro regime, no qual a compensação inicia-se por ato de contribuinte, mediante registro fiscal.

Nesse passo, para que o contribuinte pudesse proceder à compensação da Lei nº 9.430/96, necessitava formular requerimento de compensação com a discriminação dos tributos, cujo pagamento apontasse indevido e daqueles que se constituíam de crédito da Fazenda.

Inicialmente, a necessidade de formulação de prévio requerimento chegou a ser impugnada judicialmente, entendendo os contribuintes que poderiam

proceder à compensação de tributos de diferentes espécies da mesma forma engendrada pela Lei nº 8.383/91, ou seja, por sua iniciativa e mediante simples registro fiscal. Porém, tal tese restou rechaçada pela jurisprudência pátria, a qual prestigiou a necessidade de prévio requerimento, levando em conta a necessidade de organização financeira do Estado, já que se tratava de compensação entre tributos com diversas destinações orçamentárias.

A Lei nº 9.430/96 foi regulamentada pelo Decreto nº 2.138/97, o qual atrelou o pedido de compensação formulado pelo contribuinte a pedido de restituição ou ressarcimento do tributo que seria utilizado como crédito na compensação, de forma que na análise dos pedidos formulados, necessariamente, a autoridade fiscal analisa o pedido de ressarcimento ou restituição, a fim de verificar a real existência do crédito do contribuinte e, depois, analisa o pedido de compensação.

O referido decreto, previu, ainda, que a efetivação da compensação dá-se através de lançamentos contábeis feitos pela autoridade fiscal à conta do respectivo crédito tributário, bem como previu o procedimento para cobrança do crédito tributário remanescente, estando o mesmo sujeito a multa e juros, ou restituição mediante ordem bancária do crédito remanescente do contribuinte.

Por sua vez, a norma administrativa regulamentadora da disciplina inaugurada pela Lei nº 9.430/96 foi a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 21/97, a qual previu os procedimentos atinentes à restituição, ao ressarcimento e à compensação de tributos e contribuições administrados pela Secretaria Receita Federal, dentre os quais, em seu art. 14, que a compensação de tributos e contribuições de mesma espécie pode ser efetuada independentemente de prévio requerimento do contribuinte.

Tal disposição teve o condão de explicitar que a Administração reconheceu a permanência da vigência simultânea dos regimes de compensação engendrados pelas Leis nºs. 8.383/91 e 9.430/96, matéria que foi debatida em face da existência de entendimento diverso, qual seja o de que, a contar da Lei nº 9.430/96, todo pedido de compensação necessitaria de prévio requerimento administrativo.

A referida instrução normativa teve importante alteração pela Instrução Normativa nº 73/97 e acabou por ser revogada pela Instrução Normativa nº 210/2002, revogação esta que decorreu das alterações perpetradas no art. 74 da Lei nº 9.430/96 pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002, as quais veremos a seguir.

2.3. A LEI Nº 10.637/2002

A Lei nº 10.637/2002, em seu art. 49, objeto da conversão da Medida Provisória nº 66, de 29.08.2002, trouxe importantíssima alteração ao art. 74 da Lei nº 9.430/96. A referida norma tratou do procedimento de compensação referente a crédito apurado pelo sujeito passivo relativamente, indistintamente, a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, ou seja, tratando-se ou não de tributo de mesma espécie.

Outra diferença do novo procedimento referiu-se à necessidade de declaração de compensação por parte do contribuinte. A partir daí, a compensação prescinde de prévio requerimento à autoridade fiscal, bastando que o contribuinte o faça mediante declaração de compensação com discriminação do crédito apontado e do crédito tributário que se pretende quitar pela compensação.

Daí ressurgiram as discussões ainda hoje pendentes quanto a ter o procedimento inaugurado pela Lei nº 10.637/2002, regulamentada pela Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 210/2002, passado a ser exclusivo ou coexistente com aquele de que trata a Lei nº 8.383/91.

Outra importante disposição trazida pelo novo regime foi a de que a declaração de compensação extingue, de logo, o crédito tributário, sob condição resolutória de posterior homologação pelo Fisco, assim como se dá em relação ao pagamento nos termos do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional. A este respeito, a lei também previu a conversão automática dos pedidos de compensação pendentes de apreciação e formulados nos termos da Lei nº 9.430/96 em declarações de compensação, para todos os efeitos.

Veja-se que, nada obstante tenha a lei silenciado acerca da reunião, pelos seus termos, dos regimes de compensação até então existentes (o da Lei nº 8.383/91 e o da Lei nº 9.430/96), referiu-se indistintamente a créditos de tributos e contribuições pagos indevidamente administrados pela Receita Federal, como visto acima, razão pela qual devemos considerar que aquelas declarações de compensação feitas pelo registro fiscal do contribuinte, na forma da Lei nº 8.383/91, continuaram em plena valia, caso pendentes de apreciação pelo Fisco.

A Lei nº 10.637/2002 trouxe, ainda, em alteração ao art. 74 da Lei nº 9.430/96, outra importante dicção, quando previu a vedação de compensação do saldo a restituir apurado na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física e dos débitos relativos a tributos e contribuições devidos no registro da Declaração de Importação.

Nesse passo, temos que, a contar da alteração trazida pela Lei nº 10.637/02, quanto aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, apenas o regime de compensação previsto na Lei nº 9.430/96 passou a vigor, sendo feita mediante simples declaração (e não mais mera escrita fiscal ou requerimento administrativo) do contribuinte, a qual, de pronto, extingue o crédito tributário sob condição resolutória de posterior homologação do Fisco.

2.4. A LEI Nº 10.833/2003.

Tomando-se em conta a evolução legislativa descrita acima, vê-se, porém, que efetivamente a mesma foi conduzida para um detalhamento necessário da matéria, o que se deu por meio da Lei nº 10.833, de 29.12.2003, novamente em alteração ao art. 74 da Lei nº 9.430/96.

Dizemos necessário o detalhamento porque, apesar da legislação anterior ao advento da referida lei já ter tratado da forma de compensação dos créditos administrados pela Secretaria da Receita Federal, as mais intrincadas questões que acabavam batendo à porta do Poder Judiciário diziam respeito, em seu ponto nodal, à questão dos efeitos da compensação, seja na modalidade de registro em escrita fiscal feita nos termos da Lei nº 8.383/91, de requerimento administrativo ou de declaração de compensação, feitos na forma da Lei nº 9.430/96. Daí porque ter sido bem vinda a regulação promovida pela lei de 2003.

A referida lei, tratando ainda amplamente de modalidade de compensação destinada aos créditos de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, reafirmou a declaração de compensação como meio hábil à sua efetivação e o efeito da extinção do crédito tributário sob condição resolutória de posterior homologação, mas de forma salutar estabeleceu expressamente que o prazo para tal homologação é de 5 (cinco) anos contados do protocolo da declaração, devendo a autoridade administrativa notificar o contribuinte após a decisão para em 30 (trinta) dias pagar ou interpor “manifestação de inconformidade” no caso de crédito compensado indevidamente, ou seja, cuja compensação não foi homologada.

Transcorrido o prazo sem pagamento, o crédito cuja compensação não foi homologada é inscrito em Dívida Ativa. Interposta “manifestação de inconformidade”, do seu julgamento cabe recurso ao Conselho de Contribuintes. Tanto a referida impugnação quanto este recurso têm como efeito a suspensão da

exigibilidade do crédito tributário nos termos do art. 151, inciso III, do CTN, conforme estabelece o § 11º da nova redação do art. 74 da Lei nº 9.430/96.

A Lei nº 10.833/03 também veio estabelecer vedação de compensação, além do saldo a restituir apurado na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física e dos débitos relativos a tributos e contribuições devidos no registro da Declaração de Importação (incisos I e II do § 3º do art. 74 da Lei nº 9.430/96, acrescidos pela Lei nº 10.637/02), dos débitos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal que já tenham sido encaminhados à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição, em Dívida Ativa da União, dos créditos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal com o débito consolidado no âmbito do Programa de Recuperação Fiscal - Refis, ou do parcelamento a ele alternativo, e dos débitos que já tenham sido objeto de compensação não homologada pela Secretaria da Receita Federal, embora tenha, agora, restringido tal vedação à efetivação da compensação através da declaração de compensação a que alude o parágrafo primeiro.

Essa restrição se dá porque, embora a lei impeça a compensação de tais valores pelo sujeito passivo, através de utilização de declaração de compensação, determina que a compensação se dê de ofício pela autoridade administrativa, como ocorre em relação aos créditos do sujeito passivo em relação a débitos inscritos em Dívida Ativa ou incluídos no Refis, nessa ordem de prioridade, o que se encontra exaustivamente regulamentado na Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 210/2002.

A Lei nº 10.833/03 veio prever, ainda, através do § 6º do art. 74, a confissão de dívida decorrente da declaração de compensação. Pelos seus termos, quando o contribuinte declara o crédito que possui e o débito com o Fisco que pretende compensar, está a confessar a ocorrência deste. Por isso que, sob a alegação de aplicação desse dispositivo, a Secretaria da Receita Federal aplica o disposto no § 5º do art. 21 da Instrução Normativa nº 201/02, segundo o qual a compensação de tributo, ou contribuição lançado de ofício, importa renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto relativamente à discussão quanto à existência ou exigibilidade do crédito tributário que na declaração de compensação é informado como devido.

Evidentemente que, referindo-se tal renúncia e desistência a efeito material da declaração de compensação, não se pode atribuir o mesmo aos requerimentos de compensação ou declarações formalizados pelo registro fiscal nos termos da Lei nº 8.383/91 e formulados antes de 29.12.2003, data do início da vigência da Lei nº 10.833/03.

3. OS REGIMES ATUAIS DE COMPENSAÇÃO E SEUS EFEITOS.

O Código Tributário Nacional, como vimos, exige, em seu art. 170, a autorização legal para a compensação tributária, ao passo que autoriza que a lei também estabeleça condições para a mesma.

Nesse passo, no âmbito das contribuições arrecadadas pelo INSS, a compensação se dá nos termos do art. 89 da Lei nº 8.212/91, aplicando-se de forma subsidiária (por ser aquela lei especial) o art. 66 da Lei nº 8.383/91. A regulamentação administrativa nos termos do art. 100 do Código Tributário Nacional dá-se pelos artigos 247 a 254 do Decreto nº 3.048/99, com as especificações trazidas pela Instrução Normativa INSS/DC nº 100/03.

A compensação de contribuições arrecadadas pelo INSS efetiva-se por iniciativa do contribuinte, através de declaração na Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), somente podendo referir-se a contribuições de mesma espécie. Tal compensação está limitada, ainda, ao equivalente a 30% do valor que seria, na competência, recolhido pelo INSS, hipótese em que o crédito do sujeito passivo é transposto para ser utilizado em compensação na competência seguinte, devidamente atualizado.

Já no âmbito dos tributos arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, até o advento da Lei nº 10.637/02, a compensação operava-se através de declaração por simples registro fiscal do contribuinte, nos termos do art. 66 da Lei nº 8.383/91, tratando-se de tributos e contribuições de mesma espécie, ou por meio de requerimento de compensação, nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96, quando se tratasse de tributos ou contribuições de diferentes espécies.

A contar do advento da Lei nº 10.637/02, a compensação de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal passou a operar-se nos termos da nova redação do art. 74 da Lei nº 9.430/96 por declaração de compensação preenchida pelo contribuinte, tratando-se ou não de tributos e contribuições de mesma espécie.

A respeito dos regimes de compensação dos tributos e contribuições arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, temos que não merece guarida a tese de que, mesmo a contar daí, subsistiram os dois regimes de compensação, uma vez que a lei veio indistintamente, como visto acima, referir-se a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, no intuito de simplificar e uniformizar os procedimentos referentes à compensação.

Aliás, a esse respeito, muito bem sintetizou o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, quando do julgamento da Apelação Cível nº 213.551/RJ, por sua

Segunda Turma (DJU 17.11.03, p. 149), nos seguintes termos: “(...) - *No regime da Lei nº 8.383, de 1991, a compensação só podia ocorrer entre tributos da mesma espécie, não sendo exigido qualquer requerimento prévio à autoridade administrativa para sua realização, nos tributos lançados por homologação. – Em contrapartida, no regime da Lei nº 9.430, de 1996, a Secretaria da Receita Federal estava autorizada a compensar os créditos a ela oponíveis com quaisquer tributos ou contribuições sob sua administração, mediante pedido formulado pelo contribuinte. Com a edição da Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002, convertida na Lei nº 10.637, de 30 de dezembro do mesmo ano, pretendeu o legislador a combinação desses dois regimes, de modo a autorizar a compensação de quaisquer tributos ou contribuições administrados pela SRF, independentemente de prévio requerimento a ela dirigido. - Impõe-se reconhecer, dessa forma, em razão da nova legislação que rege a matéria, a possibilidade de compensação de quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, sem os limites outrora estabelecidos, e independentemente de prévia autorização da Fazenda Pública, a partir do permissivo legal. Precedentes do STJ (Resp 477592/PE, Rel. Min. José Delgado, in DJ 10/03/2003). (...)”.*

Daí que, tanto na esfera do INSS quanto da Secretaria da Receita Federal, embora existam especificações quanto a um e a outro, a compensação opera-se mediante declaração do sujeito passivo, a qual, por denunciar uma forma de extinção do crédito tributário, produz tal efeito, embora sob condição resolutória de posterior homologação do Fisco em prazo idêntico ao de constituição do crédito tributário. Por essa mesma razão, enquanto pendente de apreciação pelo Fisco a declaração de compensação, como a mesma opera extinção do crédito tributário, não pode ser este exigido do contribuinte. Em contrapartida, em caso de não-homologação da declaração de compensação pelo Fisco, restará ao contribuinte o pagamento do crédito tributário acrescido de juros e multa.

Cumpre salientar, ainda, que além das regras legais e infralegais relativas à compensação tributária, a mesma se sujeita, ainda, a critérios de correção dos créditos e de prescrição, esta que a própria lei ressalva como óbice à compensação, no caso de já estar prescrito o direito de ação do contribuinte ou ter este decaído do direito de pleitear a restituição do tributo ou contribuição que se alega ter sido pago indevidamente ou a maior, uma vez que, necessariamente, previamente à análise da declaração de compensação, há, sempre, uma submissão à apreciação do Fisco de declaração de existência de crédito restituível.

CONCLUSÃO

A evolução legislativa em matéria de compensação tributária tem mostrado a busca do legislador pelo esclarecimento e simplificação do seu tratamento. Nesse contexto, as leis têm papel fundamental para a fixação dos efeitos dos pedidos ou declarações de compensação, posto ser este o elemento que mais tem influência na esfera jurídica do sujeito passivo enquanto pende de apreciação a declaração ou o pedido respectivo, uma vez que são os mesmos que definem sua sujeição ao Fisco em relação ao crédito tributário que se deixa de pagar, sob pretexto de estar sendo objeto de compensação.

A partir daí, as normas regulamentares, editadas com esteio no art. 100 do Código Tributário Nacional, têm importante função na orientação do sujeito passivo, uma vez que a burocracia inerente à organização do Estado, a qual embora se busque amenizar, nunca será totalmente eliminada, torna necessário o seguimento de formalidades para o exercício de direitos reconhecidos em lei, como no caso da compensação tributária. Tais normas, evidentemente, nunca devem deixar de ser materialmente cotejadas com aquelas que aparentemente lhe dão respaldo formal de existência, a fim de que seja verificado estar sendo ou não, em cada caso, tolhido o direito à compensação.

REFERÊNCIAS

- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 19a. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MANIFESTAÇÃO POPULAR E OS LIMITES MATERIAIS À CONVOCAÇÃO DO PLEBISCITO E REFERENDO: UMA ANÁLISE DA LEI 9709/98

Flávio Roberto Ferreira de Lima

Juiz Federal Substituto da 10ª Vara - SJ/PE

I. INTRODUÇÃO

O presente texto nasceu do conhecimento da edição da Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1999, o qual disciplina os incisos I, II e III do Art. 14 da C.F. que prevêem o exercício direto da soberania popular.

Compulsando o texto legal e a própria Constituição, não apenas no dispositivo supra invocado mas em vários outros em que se trata da manifestação popular se adotou especial enfoque sobre o plebiscito ou referendo, justamente por serem os institutos mais antigos debatidos no campo do direito eleitoral e constitucional.

Não foi fácil escrever essas poucas páginas considerando, principalmente, o reduzido material pesquisado. Mesmo consultando algumas bibliotecas nesta capital (UFPE, Justiça Federal, INSS e TRE), os livros encontrados não tratavam, especialmente, do tema enfocado e os poucos artigos se repetiam nas bibliotecas, de modo que, realmente, o estudo teve que se pautar, por uma análise muito mais pessoal do Autor do que a princípio seria o objetivo pretendido.

Partiu-se de uma breve explanação sobre as noções de forma de governo e do papel da manifestação popular como meio legitimador da ações estatais. Em seguida se passou a tecer considerações sobre as diferentes formas de exercício popular do poder estatal através das alternativas previstas constitucionalmente, quais sejam: o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.

Após essa etapa se iniciou um estudo específico sobre o plebiscito e o referendo, cotejando-se, rapidamente, as diferentes manifestações constitucio-

nais brasileiras. Em seguida a esse exame, com espeque na Lei n 9.709/98 e nos dispositivos constitucionais vigentes, procurou-se delimitar os limites materiais à convocação de plebiscito e referendo, sendo este o ponto central de trabalho que ora se apresenta ao leitor.

II. NOÇÕES DE FORMAS DE GOVERNO

Quando o exercício de poder de uma dada sociedade ocorre por regras que não se submetem, juridicamente, a um poder superior, temos o que se denomina de Estado soberano. Nesse Estado, o exercício do poder político pode ocorrer de várias formas (de governo). Sem incursionar sobre as inúmeras classificações existentes invoca-se a doutrina de MAQUIAVEL, citado por Palhares Moreira Reis (1982: 22), como ponto de partida para a presente abordagem. O mencionado Autor europeu classifica as formas de governo em Monarquia e República, sendo consideradas como formas fundamentais de governo. (DALLARI, 1989: 190).

A primeira (Monarquia) corresponde ao governo de um só – o monarca –, o segundo (República) o governo de vários. Essas formas básicas de governo, no entanto, podem variar de acordo com o grau de concentração do poder em: 1) Monarquia: a) absoluta; b) limitada. Na forma absoluta, historicamente, o soberano apenas presta contas à divindade, exercendo o poder em nome e por conta de Deus. Na forma limitada há a “coparticipação de outros indivíduos do grupo no processo de decisão.” (REIS, 1982: 28).

A República, por seu turno, pode ser caracterizada por seus centros de decisão em: a) democracias absolutas, quando existe, apenas, um órgão imediato e primário de tomada de decisão, como na Grécia antiga(1); b) oligarquias, quando existem vários órgãos diferentes e imediatos de decisão, nos quais um pequeno número de pessoas exerce a vontade soberana do Estado; c) aristocracia quando o governo se exerce por intermédio de um segmento da sociedade que compõe, p.ex., uma classe ou raça, os quais são os únicos que podem exercer os privilégios da tomada de decisão política. A “república pode ser democrática, quando o povo(2) é considerado como órgão supremo do Estado...” (REIS, 1982:29).

É comum vincular-se o conceito de democracia ao seu sentido etimológico, adverte, no entanto, Palhares Moreira Reis, que esse critério é insuficiente para extrair seu verdadeiro sentido. Afirma o referido Autor que: “Há sempre um conjunto de elementos que, em qualquer circunstância, aparece, e que pode ser usado como base para extrair um significado da expressão <democracia>.

Através dos tempos, e substancialmente através do estudo das intenções dos diversos grupos que dizem adotar um governo democrático, entende-se que se trata de um governo de muitos, em oposição ao governo de um só, e governo pelo povo, para diferenciar da concentração do Poder nas mãos de um só (monarca absoluto, ditador).”(1982: 72). Segundo esses ensinamentos pode-se observar que muitos dos governos que atualmente regem as nações pelo mundo não podem se considerados como democráticos. Por esse motivo Ribeiro(1996: 02) demonstra seu espanto ao verificar o desvirtuamento doutrinário da conceituação de <democracia> arrimando-se em enquete promovida pela Unesco, em 1949, entre diversas nações tanto no Oriente como no Ocidente, onde se verificou que todas esses Estados se autoproclamavam de democráticos.

A democracia, por seu turno, pode ocorrer com a participação direta da população na tomada das decisões políticas da sociedade ou através da representação, quando se escolhem indivíduos que iram representar a população no exercício do poder estatal. Saliente-se, no entanto, que pode haver representação do poder estatal sem a ocorrência de eleições, como no caso do poder judiciário brasileiro (REIS, 1982: 44). Admiti-se, também, a democracia semi-direta ou semi-representativa, como um sistema misto, entre a democracia direta e democracia representativa. Nesse sistema adota-se, em regra, a democracia representativa e apenas em determinados momentos, de acordo com a relevância do acontecimento, adota-se a democracia direta. No Brasil adota-se o sistema misto ou democracia semi-direta ou semi-representativa(MIRANDA, 1992: 25) como se extrai do parágrafo único, do Art. 1º da Constituição Federal: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

As formas diretas do exercício do poder popular encontram-se dispostas no Art. 14 da C.F. o qual dispõe que entre os direitos políticos, a manifestação popular dar-se-á através do “I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular.(3)”

III. A PARTICIPAÇÃO POPULAR DIRETA COMO ALTERNATIVA LEGITIMADORA DAS DECISÕES POLÍTICAS

A legitimidade do poder político sempre suscitou questionamentos. Na Grécia antiga se exercia o poder político excluindo-se segmentos relevantes da sociedade como as mulheres e os escravos, mesmo assim costuma-se rotular aquela forma de governo como de democrática. Sob nosso prisma atual o governo da Grécia antiga não pode ser considerado como democrático mas, consi-

derando tratar-se de uma sociedade que dista mais de dois mil anos do mundo contemporâneo, é bastante razoável que o modelo Grego receba a rotulação mencionada, uma vez que a divisão de poder naquela Sociedade era, na época, o modelo político mais próximo do que atualmente se denomina de democracia.

A noção de legitimidade vem sendo alterada, através dos tempos. O que era considerado como governo político plenamente legítimo, há mais de 2000 anos, obviamente não o é no momento. A exclusão de segmentos da sociedade na participação política (mulheres, negros ou pobres, p.ex., seja na democracia direta ou representativa) passaram a colidir com os principais ideais da Revolução Francesa, quer sejam: a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Com a exclusão paulatina das exceções referidas passou-se a ter, cada vez mais, um crescimento na participação popular na tomada de decisões políticas. No entanto, com a grande distância dos centros de decisão política e o crescimento natural dos conglomerados urbanos inviabilizou-se, quase por completo, a prática da democracia direta em todo o mundo, apenas em algumas regiões, como nos Cantões Suíços, ainda persiste a democracia direta. A democracia representativa passou a ser regra a ser adotada pela quase totalidade dos Estados.

O problema da legitimidade, no entanto, não se extinguiu.⁽⁴⁾ A eleição de representantes do povo por critérios democráticos, pode não ser suficiente para que a sociedade, efetivamente, se sinta representada. Basta verificar-se a composição das casas legislativas, nas diferentes esferas de poder, para se constatar que os segmentos da sociedade não se encontram representados de forma equilibrada. É inegável, p.ex., que há mais representantes de empresários, nas casas legislativas do que operários. Essa distorção gera um grave problema de legitimidade.

Para o representante estatal que necessita do reconhecimento popular, em situações extremas, pode-se requisitar a ouvida do povo como forma de legitimar suas ações, quer seja previamente (plebiscito) ou mesmo para confirmar as decisões adotadas (*referendum*), dividindo-se a responsabilidade da ação política com os demais membros da sociedade. É o que se denomina, como visto, de democracia semi-direta.

IV. AS DIFERENTES FORMAS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR DIRETA NO PROCESSO POLÍTICO

Constitui-se como direito político, previsto constitucionalmente, a manifestação popular através da: iniciativa popular, do plebiscito e do referendo (Art. 14 da C.F.).

IV.1. INICIATIVA POPULAR

É a manifestação direta do povo na elaboração das leis federais ordinárias ou mesmo complementares, como dispõe o Art. 61 § 2º da C.F. , bem como na hipótese de legislação municipal ou estadual (Art. 27 § 4º e 29, XIII, da C.F), respectivamente. Nesse caso, adverte-se não se tratar de matéria atinente ao direito eleitoral(5), mas a processo legislativo.

Através da iniciativa popular tem-se a possibilidade direta de manifestação do eleitorado nas propostas legislativas. A nível da legislação federal o constituinte impõe que a proposta deverá ser subscrita, ao menos, por um por cento do eleitorado nacional e que estes eleitores estejam distribuídos em pelo menos cinco Estados brasileiros, cuja manifestação por Estado não poderá ser inferior a 3/10 por cento dos eleitores.

Trata-se de alternativa constitucional cuja efetividade não vem ocorrendo como deveria. A primeira razão consiste nas dificuldades práticas do recolhimento de quase 1 milhão de assinaturas, dividida em cinco Estados brasileiros. A segunda, decorre da primeira e consiste no fato de ser muito mais fácil obter o “patrocínio” de um representante do legislativo federal do que empreender uma verdadeira “cruzada” para obtenção das assinaturas. Deve-se ressaltar, no entanto, que os projetos assinados por essa via possuem uma legitimidade extremamente expressiva, podendo, com mais razão, ser invocada a via constitucional quando se tratar de questões de alta relevância.

IV. 2. PLEBISCITO E REFERENDO

O plebiscito constitui-se em poderoso instrumento posto à disposição dos detentores de poder, visando legitimar suas ações.(6) “Significando ato de decidir, a palavra plebiscito tem origem em *plebs* (plebe) e *sciscere* (decretar). Em Roma, estando separados em classes os patrícios e os plebeus, eram inicialmente estes que, ao se reunirem para votar as suas leis (as quais requeriam, então, aprovação pelo Senado) exerciam o que se cunhou como sendo o plebiscito”. (7) (ROCHA: 1992: 54). Esta é a origem genética do plebiscito.

O referendo não se confunde com plebiscito. A “grande diferença é que, enquanto no primeiro o povo é chamado a decidir sobre um determinado texto legal, no plebiscito a decisão tem como objetivo apoiar ou rejeitar em bloco um regime político, ou mutação profunda no seu ordenamento ou estrutura.”(REIS, 1982: 84).

Fávila Ribeiro, por seu turno, fala que o plebiscito é o “pronunciamento feito corpo de votantes em favor de uma mudança a ser introduzida nas instituições fundamentais do Estado.” e *referendum* como a “manifestação de assentimento exarada pelo voto popular para conferir validade a uma proposição normativa ordinária.” (Ribeiro: 1996, 04)

J.J. Gomes Canotilho afirma que plebiscito é “a decisão que transcendendo a normatividade constitucional, e sem quaisquer limites políticos e jurídicos, legítima, em termos “democráticos-populares”, uma ruptura constitucional (encapuçada ou não sob a forma de revisão ou reforma da Constituição).” E *referendum* “será a consulta popular directa que, respeitando os princípios básicos do Estado de direito democrático-constitucional, tanto no procedimento como no seu conteúdo e sentido, visa alterar - total ou parcialmente - a ordem jurídico-constitucional existente (ex.: revisão total ou parcial da constituição na forma por esta estabelecida)”. (CANOTILHO, 1993: 123).

Segundo BONAVIDES: *APUD ROCHA*: 1992: 55) “O plebiscito, ao contrário do *referendum* – circunscrito sempre às leis – seria um “*ato extraordinário e excepcional, tanto na ordem interna como externa.*” Teria por objeto medidas políticas, matéria constitucional.”

Pode-se concluir não haver pacificação doutrinária na conceituação de plebiscito e referendo. Os conceitos doutrinários são fluídos, permitindo interpretações as mais diversas sobre os institutos invocados.

V. PLEBISCITO E SEU DESENVOLVIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Da origem grega até o direito constitucional brasileiro, passaram-se mais de 02 milhares de anos, até que o instituto jurídico foi incluído, primeiramente, na Constituição de 1937(8), cuja aplicação se previa após a vigência do então diploma constitucional. (ROCHA: 1992: 56). O plebiscito em verdade, não aconteceu mas a inovação constitucional já havia ocorrido.

A Carta Constitucional de 1946, por seu turno, em seu Art. 2º(9), também previa, a exemplo da C.F. de 1937, a ocorrência de plebiscito nas mesmas hipóteses do Art. 5º da C.F. anterior.

A Emenda Constitucional nº 04, de 02 de setembro de 1961, instituiu o Sistema Parlamentar de Governo, já prevendo em seu Art. 25 que “A lei votada nos termos do art. 22 poderá dispor sobre a realização plebiscito que decida da manutenção do sistema parlamentar ou volta ao sistema presidencial, devendo,

em tal hipótese, fazer-se a consulta plebiscitária nove meses, antes do termo do atual período presidencial.” Ocorrido o plebiscito de janeiro de 1963, retornou-se ao sistema presidencialista de governo.

As Constituições de 1967 e 1969 silenciaram a respeito do plebiscito, apenas retornando na Constituição de 1988. Ressalve-se, no entanto, que os arts. 14 das Constituições de 1967 e de 1969 previam a edição de lei complementar para a consulta prévia às populações locais para a criação de novos municípios. O plebiscito foi escolhido como forma para a consulta prévia da população (melhor seria como vimos a designação simples e precisa de povo), pela Lei Complementar nº 01 de 09 de novembro de 1967.

A Constituição de 1988 atual foi clara e expressa incluindo o plebiscito como direito político e forma de exercício do poder de sufrágio (Art. 14). O sufrágio na visão, sintética, mas precisa, de Palhares Moreira Reis é a “técnica que permite emitir uma opinião, ou escolher um representante.” (REIS, 1982: 82)

No direito brasileiro o plebiscito sempre esteve ligado a alterações profundas na estrutura política. Há quem entenda que o plebiscito é uma ameaça para o Estado Democrático de Direito no Brasil (Ferreira: 1992, 191). Diz o Autor que no Brasil a “publicidade da propaganda política é dominada pela mídia eletrônica em poder de autênticos monopólios de fato”. Lembra o insigne mestre que “O plebiscito sempre foi uma arma perigosa nas mãos do Estado autoritário nas épocas de Hitler e Mussolini, que conseguiram cerca de 90% de aprovação eleitoral.” Conclui seu pensamento afirmando “É menos perigoso à democracia avançada e consciente, porém uma ameaça mortal à liberdade do povo nas falsas democracias dos países de economia dominada”.

Ouso discordar, em termos, da opinião do insigne Mestre. A meu ver me parece muito mais fácil manipular os legisladores pátrios, através do “sistema” de trocas de interesses, o qual a imprensa constantemente divulga, do que manipular toda a sociedade. Obviamente que nem os legisladores, nem os eleitores estejam imunes a serem conduzíveis para um determinado caminho – não se nega aqui o poder de influência da mídia - a grande diferença entre uma hipótese e outra é que há uma legitimidade muito maior no ato estatal que esteja escudado na iniciativa popular daquele que não está.

Mesmo com essa crítica penso que em pelo menos um caso, o eminente doutrinador tem total razão em sua assertiva, o plebiscito feito para a emancipação de Municípios têm sido verdadeira prova de nossa incapacidade de tratar desse assunto relevante. Com a liberdade dadas às Leis Estaduais criaram-se

um sem-número de Municípios, até a edição da Emenda Constitucional nº 15/96, sem qualquer condição material de emancipação, na mais das vezes, cedendo-se a mesquinhos interesses políticos em detrimento dos próprios Municípios.

VI. PLEBISCITO E REFERENDO E SEUS LIMITES MATERIAIS

VI.1 SITUAÇÃO ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI Nº 9709/98.

Como já se disse anteriormente, ao tempo da C.F. 67, foi editada a Lei Complementar no. 01/67 dispoendo sobre os limites materiais dos plebiscitos. Dizia o art. 3º da invocada LC:

“Art. 3o. As Assembléias Legislativas, atendidas as exigências do artigo anterior, determinarão a realização de plebiscito para consulta à população da área territorial a ser elevada à categoria de Município.”

Parágrafo único. A forma de consulta plebiscitária será regulada mediante resoluções expedidas pelos Tribunais Regionais Eleitorais”.

Vê-se, de logo, que o disciplinamento da invocada Lei Complementar era bastante restrito e circunscrevia-se à hipótese de criação de Município.

O plebiscito não constava, expressamente, da Constituição Federal de 1967/69, estando os seus limites submetidos à Lei Complementar nº 01/67, até a vigência da Lei nº 9.709/98.

Veja-se, p.ex., a resposta, pelo TRE do Paraná, à consulta formulada pela Câmara de Vereadores de Curitiba, que pretendia realizar plebiscito visando a ouvida da população a respeito de obra pública de vulto, extraída do artigo de Reginaldo Fanchin, assim dispôs:

“Ementa: Consulta acerca da aplicabilidade do disposto no parágrafo único do art. 3o. da Lei Complementar 1/67 para a forma de consulta plebiscitária prevista no art. 109 da Lei Orgânica do Município de Curitiba. Inexistência de previsão legal para tanto.

A Lei Complementar 1/67 atribui ao TRE a competência para designação de data para realização de plebiscito apenas nos casos de criação de novos municípios.

O caput do art. 14 da CF que criou novas formas de consulta popular (onde se insere a aludida no art. 109 da Lei Orgânica do Município de

Curitiba) ainda depende de Lei Federal regulamentadora para sua eficácia.” (FANCHIN, 1991: 160)

Pelo que se observa o TRE – paranaense entendeu que nem mesmo legislação estadual ou municipal poderia regulamentar a Constituição Federal de 1988 para os fins de dar aplicabilidade ao dispositivo constitucional, fora dos limites do então vigente § 4o. do artigo 18 da C.F.(10)

Esclareça-se que o § 3º do Art. 18 da C.F. vigente inovou ao trazer a previsão expressa de plebiscito nos casos de incorporação, subdivisão, desmembramento ou anexação de Estados ou Territórios Federais, cuja eficácia, no entanto, encontra-se dependente de edição de Lei Complementar.

Com a Emenda nº 15/96 e a exigência de lei complementar federal para a criação de Municípios cessou a prática desmedida do surgimento de Municípios que até então vinha acontecendo, estando esse dispositivo constitucional, portanto, esvaziado de eficácia até a edição da invocada Lei.

A Constituição Federal, em seu Art. 14, não impõe, contudo, limites materiais ao exercício da soberania popular pelo plebiscito. O legislador constituinte além de fornecer status constitucional a essa alternativa de exercício da soberania popular, também abriu fecundo campo a ser regulamentado pela legislação infra-constitucional, não se limitando às questões territoriais entre Municípios.

Esclarece-se, no oportuno, que no âmbito dos Estados e Municípios tem-se dois modelos de plebiscito (ou referendo): 1) O que trata de alterações territoriais de Estados e Municípios(11), regulados pelo Art. 18 da C.F. §§ 3º e 4º(C.F.), os quais encontram-se, especialmente, tratados pelos Arts. 3º, 4º, 5º, 7º; da Lei nº 9.709/98 2) Aquele tratado no Art. 2º e 6º da Lei nº 9.709/98, os quais se encontram com plena eficácia, e sobre os quais se passará a tecer considerações a partir de agora.

Que matéria poderá ser tratada no plebiscito? Até a edição da Lei Ordinária Federal nº 9.709, de 18 de novembro de 1998 o plebiscito estava limitado às hipóteses previstas na Constituição, por dependerem da Lei que viesse complementar o dispositivo constitucional. Essa situação se encerra com a edição da Lei nº 9.709/98.

VI.2. O TRATAMENTO INFRA-CONSTITUCIONAL DO PLEBISCITO E REFERENDO DADO PELA LEI Nº 9.709/98.

A mencionada norma legal foi editada com a finalidade de regulamentar o disposto no Art. 14, I, II e III da C.F. A primeira pergunta que pode ser feita é?

Por que foi editada pela ordinária ao invés de lei complementar como se fazia na ordem constitucional anterior?

A resposta é bastante simples: a Constituição em vigor não exige a edição de lei complementar para tanto. O Art. 14 da C.F. apenas diz que o dispositivo constitucional será regulamentado por Lei, sem especificar qual. Quando isto acontece o STF vem entendendo, em inúmeras oportunidades, que se trata de lei ordinária federal. Exige-se lei ordinária federal, afastando-se a regulação por lei estadual ou municipal considerando que se trata de direito político (direito eleitoral) a qual a competência para legislar é privativa da União (Art. 22, I, C.F.), sendo indelegável a competência, inclusive, a teor do Art. 66 § 1º, II, C.F. Nada impede, no entanto, que com base na Lei recém-aprovada, os Estados e Municípios não possam regular seus próprios plebiscitos, logicamente que pode, desde que estejam submetidos às regras da legislação regente e à Constituição Federal.

A Lei nº 9.709/98, nascida do substitutivo nº 3.589/93, do Deputado Federal do PSDB/SP Almino Afonso, dispõe em seu Art. 2º, caput, que “Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.” Nos §§ 1º e 2º desse Artigo encontra-se a diferença entre o institutos: “§ 1º O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido.” E no § 2º: “O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.”

A primeira observação que merece ser feita é o rompimento com a tradicional distinção que se fazia do plebiscito e referendo, como visto supra. Pelo dispositivo legal a única diferença entre eles é que um tem um caráter ratificatório, chancelatório (referendo) o outro plebiscito, tem um caráter autorizativo, permissivo. Nesse sentido é oportuno invocar-se Almino Afonso, o Autor do projeto da Lei nº 9709/98: “Tendo em vista a controvérsia no âmbito da doutrina e da história, sobre a conceituação de plebiscito e referendo, valho-me da lição de Gládio Gemma (“os dois termos são, a rigor, sinônimos”) e opto por defini-los de maneira direta e objetiva: plebiscito e referendo são consultas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa, cabendo diferenciá-los, tão-somente, quanto a ordem de convocação...” (AFFONSO, 1996: 17).

Destaque-se, ainda, que a mencionado Artigo, pela 1a. vez, trata materialmente do plebiscito, circunscrevendo seu objeto em “matéria de acentuada

relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.” A primeira questão que salta aos olhos é o que vem a ser matéria de acentuada relevância?

Numa primeira vista pode-se indagar se existe matéria constitucional que não seja de acentuada relevância? Creio que não. Por ser matéria constitucional é matéria de acentuada relevância, ao menos sob a ótica do legislador constituinte, tanto assim que integra o corpo constitucional.

No entanto, nem toda matéria constitucional poderá ser levada à consulta plebiscitária (e ao referendo), mesmo que seja reconhecidamente de acentuada relevância. A razão é bastante simples como o plebiscito e o referendo são convocáveis pelo legislativo nacional (Art. 49, XV, da C.F.), - por proposta de um terço no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional (Art. 3º da Lei nº 9709/98 - e no caso dos Estados e Municípios na forma que dispuser a Constituição Estadual (12) e a Lei Orgânica do Município (Art. 6º da Lei nº 9709/98) não me parece lógico que nas matérias de exclusiva iniciativa do Poder Judiciário ou do Presidente da República ou mesmo da competência privativa do Congresso Nacional, quando não for possível a “delegação de competência”, tenha-se a convocação do plebiscito ou referendo, que se representa, nos moldes traçados pela Lei 9709/98, como uma abdicação de competência do Poder Legislativo.

Não se pode abdicar daquilo que não se possui. De outra parte poder-se-á argumentar que não se estará abdicando da competência, mas apenas criando os meios necessários para que o legítimo titular do poder de sufrágio possa exercê-lo, sem intermediários, qual seja: o povo.

Essa interpretação não se apresenta compatível com o Estado de Direito pois transfere a apenas um poder - o legislativo - a faculdade de convocar a ouvida do povo nas questões que lhe pareçam mais relevantes, mesmo quando se trate de matéria submetida à iniciativa legislativa privativa de um dos poderes.

Essa limitação não ocorreria caso houvesse a previsão legal de convocação do plebiscito pelo ato comum dos três chefes dos poderes estatais (legislativo, executivo ou judiciário). A Lei, no entanto, não faz qualquer previsão nesse sentido.

O Art. 3º da Lei nº 9.709/98 no entanto limitou, materialmente, a convocação de plebiscito e referendo:

“Art. 3º . Nas questões de **relevância nacional**, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do § 3º do art. 18 da Constituição Federal, o plebiscito e o referendo são convocados median-

te decreto legislativo, ?or proposta de um terço no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional, de conformidade com esta Lei.”(grifos inexistentes no original).

Merece observar-se que a Lei não incluiu as questões do Poder Judiciário como suscetíveis de plebiscito e referendo. Deve-se interpretar adequadamente o dispositivo. Quando a mencionada Lei fala das questões de relevância nacional (*melhor seria ter permanecido com a expressão **acentuada relevância** a que alude o Art. 2º da Lei, em respeito ao disposto no Art. 11, II, “b” da L.C. nº 95/98 que trata do processo legislativo*)(13) dos Poderes Executivo ou Legislativo e não fala do Poder Judiciário ela exclui, tão-só, a atividade própria do Poder Judiciário, qual seja, sua atividade judicante. Não se poderá cogitar referendo em que se venha indagar a correção ou não de determinada decisão judicial, no caso concreto. Nesse caso, estar-se-ia atribuindo ao legislativo, o papel de “superpoder controlador”, o qual na sua competência para convocar plebiscito ou referendo, poderia, em tese, - *excluindo-se a dificuldade de operacionalizar a consulta* - submeter as decisões judiciais contrárias ao seus interesses, mesmo aquelas ainda não prolatadas(em hipótese de plebiscito), ao controle popular(a exemplo do que acontecia, assemelhadamente, na C.F. de 1937). Sem dúvida, nem ao menos uma emenda constitucional poderia atribuir esse poder ao Legislativo, por ofensa ao princípio da separação dos poderes(Art. 60 § 4º , C.F.).

Não se exclui, todavia, do referendo ou plebiscito aquelas matérias que, em tese, o Congresso Nacional tenha iniciativa legislativa, mesmo quando se refira ao poder judiciário. Ora, se o congresso nacional pode iniciar o processo legislativo porque não poderia “abdicar”(14) dessa competência em nome do povo. Nesse caso, a meu ver, não haveria qualquer ofensa constitucional ou legal.

Quanto à matéria legislativa ou administrativa, a qual se liga com muito mais vigor às competências dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios para convocação de plebiscito ou referendo, de fato, o dispositivo se torna de difícil delimitação. Apenas no caso concreto ver-se-á qual matéria se apresenta como de acentuada relevância para fins plebicitários ou de referendo.

É até desejável que a legislação não tenha apresentado “hipóteses legais” em que o plebiscito ou referendo poderão ser exigidos. O que atualmente apresenta-se de elevada relevância poderá não ser no futuro. Nesse ponto a Lei merece aplausos, afinal de contas é tradição em nosso direito positivo que as

Leis tenham vida curta e as que tem vida mais perene são constantemente alteradas por apenas trazerem, em regra, disposições casuísticas.

De qualquer forma, transfere-se a conceituação do que seja de elevada relevância para o corpo legislativo federal, Estadual, Distrital ou Municipal.

VII. CONCLUSÕES

As discussões doutrinárias sobre a conceituação de plebiscito perderam força com a promulgação da Lei nº 9.709/98 que não faz distinções materiais quanto a estes institutos.

Pelo sistema constitucional-legal vigente o plebiscito(ou referendo) é previsto em três hipóteses: a) de forma ampla (Art. 1º, Parágrafo único c/c Art. 2º da Lei nº 9.709/98); b) nos casos de subdivisão, desmembramento e anexação de Estados ou Territórios, o qual depende de Lei Complementar Federal(Art. 18 § 3º, C.F.); c) na criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, nos termos da Lei nº 9.709/98, mas que ainda depende de promulgação de Lei Complementar Federal(Art. 18 § 4º c/c Lei nº 9709/98).

O plebiscito ou referendo, nos termos do Art. 2º da Lei n 9.709/98, possui limitações materiais não podendo versar sobre matérias que não sejam, em tese, da iniciativa do poder legislativo, considerando que é este Poder estatal que tem a competência para convocá-lo e a convocação, fora desses limitações, daria ao Poder Legislativo um *status* de superpoder em contradição ao disposto no Art. 60 § 4º da C.F.

A Lei nº 9.709/98 não previu a convocação comum de plebiscito pelos três Chefes de Poder(Executivo, Legislativo e Judiciário), o qual não estaria submetido, em tese, a quaisquer limites materiais.

O plebiscito e o referendo, até então, não vêm sendo utilizados como meio de dar plena efetividade ao disposto no Art. 1º, Parágrafo único, da C.F. Com a promulgação da Lei nº 9.709/98, a qual não está isenta de falhas, como se apontou supra, tem-se um vasto campo aberto de iniciativas a cargo do Poder Legislativo, nas diversas esferas estatais, que poderá ser utilizado como importante meio de consulta popular nos mais relevantes aspectos dos interesses da Sociedade, em matéria constitucional, legislativa ou administrativa.

NOTAS

(1) Palhares Moreira Reis, com muita razão, afirma que, a rigor, não existia democracia direta na Grécia antiga, uma vez que apenas cerca de 10% da

população, de fato, detinha o poder político. Tratava-se, no caso, muito mais de uma hipótese de democracia representativa que propriamente de democracia direta. (REIS, 1982: 40)

(2) A noção de povo merece uma breve referência. Sem dúvida são distintas as conceituações de povo e população. Esta última tem apenas a conotação demográfica ou econômica sem representar um forte vínculo jurídico com o Estado. A população de uma determinada cidade pode aumentar do dia para a noite, basta haver um deslocamento de pessoas para um determinado Estado (mesmo temporariamente). Já o povo constitui-se como o conjunto dos “indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano. Essa participação e este exercício podem ser subordinados, por motivos de ordem prática, ao atendimento de certas condições objetivas, que assegurem a plena aptidão do indivíduo. Todos os que se integram no Estado, através da vinculação jurídica permanente, fixada no momento jurídico da unificação e da constituição do Estado, adquirem a condição de cidadãos, podendo-se, assim, conceituar o povo como o conjunto dos cidadãos do Estado. Dessa forma, o indivíduo, que no momento mesmo de seu nascimento atende aos requisitos fixados pelo Estado para considerar-se integrado nele, é, desde logo, cidadão. Mas, como já foi assinalado, o Estado pode estabelecer determinadas condições objetivas, cujo atendimento é pressuposto para que o cidadão adquira o direito de participar da forma da vontade do Estado e do exercício da soberania. Só os que atendem àqueles requisitos e, conseqüentemente, adquirem estes direitos, é que obtêm a condição de cidadãos ativos.” (DALLARI, 1989: 85)

(3) Há Autores, como Dalmo de Abreu Dallari, que não entendem essas formas de manifestação popular como exercício da soberania direta, sob o argumento de “não dão povo a possibilidade de ampla discussão antes da deliberação”. (1989: 130). **Não concordo com o digno Autor.** Em verdade a discussão material por intermédio dessas formas de manifestação política do povo, na maioria das vezes, ocorre de forma muito mais ampla que ocorre na chamada democracia direta, o qual o mencionado Autor ainda faz questão de distinguir. Veja-se, p.ex., que numa reunião de praça em que o povo se manifeste, de pronto, sobre um determinado assunto, a discussão é bem mais breve da que acontece num plebiscito em que a matéria tratada é discutida por meses a fio, antes da deliberação.

(4) É tradicional a classificação de Max Weber sobre a legitimidade. Distingue o Autor as hipóteses de legitimidade tradicional, carismática e legal-racio-

nal. A legitimidade dos governantes pode ocorrer no caso dos monarcas (na tradição); no caso dos governos populistas (no carisma) ou na hipótese do Estado Democrático de Direito (sob os auspícios da legalidade e da racionalidade democrática).

(5) Diz-se matéria de direito eleitoral não apenas aquela tratada, especialmente, na legislação eleitoral, mas “toda matéria jurídica que pressupõe ordenar um processo de escolha de governantes e de canalização e disciplinamento da opinião pública de caráter político...” (REIS, 1988: 69).

(6) Na visão de Palhares Moreira Reis as “atividades de canalização política” (REIS: 1988) constituem-se como matéria de Direito Eleitoral, como no caso do plebiscito e referendo.

(7) Em seguida essa situação alterando-se permitindo-se, também, que o patriciado pudesse exercer o sufrágio plebiscitário.

(8) Diz o Art. 187 da C.F. de 1937: “Art. 187. Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República.” Previa ainda a consulta plebiscitária nas hipóteses de anexação, incorporação, subdivisão ou desmembramento de Estados (Art. 5º, Parágrafo único). Ainda se previa nessa Carta a invocação de plebiscito para a outorga de poderes legislativos ao então previsto Conselho da Economia Nacional (Art. 63) A iniciativa desse plebiscito cabia ao Presidente da República. De igual forma o Presidente da República podia convocar o plebiscito no caso de ter sido rejeitado projeto de emenda constitucional de sua iniciativa ou mesmo na hipótese de projeto de iniciativa da Câmara dos Deputados ter sido aprovado, apesar da oposição do Presidente. (Art. 174 e §4º).

(9) “Art. 2º - Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros ou formarem novos Estados, mediante voto das respectivas Assembléias Legislativas, plebiscito das populações diretamente interessadas e aprovação do Congresso Nacional.”

(10) Dispunha o § 4o. do Artigo 18 da C.F. (posteriormente alterado pela E.C. no. 15/96): “§ 4o. A criação, incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em lei complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas.”

(11) Como se verificou as alterações territoriais demandam a edição de Lei Complementar que ainda não foi promulgada.

(12) Na Constituição do Estado de Pernambuco compete exclusivamente à Assembléia Legislativa autorizar referendo e convocar plebiscito. (Art. 14, XXV).

(13) Diz o Art. 11 da Lei Complementar n° 95, de 26 de fevereiro de 1998:

“Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

.....

II – para a obtenção de precisão:

b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico;” Observe-se, ainda, que o Projeto da Lei é de 93 e a Lei apenas veio a ser editada em novembro de 1998, sem, a toda evidência, adequar-se à LC 95.

(14) Logicamente seria uma hipótese de renúncia parcial e momentânea do mandato legislativo deixando ao verdadeiro titular do poder estatal o seu exercício pleno e direto, qual seja: o povo.

BIBLIOGRAFIA

1. AFFONSO, ALMINO (1996). *Democracia participativa: plebiscito, referendo e iniciativa popular*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal - Subsecretaria de Edições Técnicas, pp. 11-27.
2. DALLARI, DALMO DE ABREU (1989). *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva.
3. FANCHIN, Reginaldo (1991). *Justiça Eleitoral e Plebiscito*. Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 159-162.
4. FERREIRA, Pinto (1992). *O Problema da Revisão Constitucional e seus Limites*. Estudos Constitucionais - Simpósio Sobre Revisão e Plebiscito. Brasília: Conselho Federal da OAB.
5. MIRANDA, Jorge (1992). *Formas e sistemas de Governo no limiar do século XXI*. Anais do Seminário Plebiscito e Revisão Constitucional - Período: 25 a 27 de junho de 1991, org. Maurício Corrêa. Brasília: Senado Federal - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, pp. 23-31.

6. REIS, Palhares Moreira (1982). **Teoria dos Regimes Políticos**. Recife: Editora Universitária - UFPE.
7. REIS, Palhares Moreira (1988). ***O Direito Eleitoral Positivo Brasileiro e a Constituição de 1988***. Revista de Jurisprudência dos Estados. São Paulo: Jurid. Vellenich Ltda., Vol. 69, pp. 10-49.
8. RIBEIRO, Fávila(1996). **Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Forense.
9. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes(1992). **Revisão Constitucional e Plebiscito**. Estudos Constitucionais - Simpósio Sobre Revisão e Plebiscito. Brasília: Conselho Federal da OAB.

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL À LUZ DA FILOSOFIA POLÍTICA: UM DEBATE SOBRE O CONFLITO ENTRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Marcelo Casseb Continentino*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Elementos para a construção de um “paradigma particularista”; 3. O Poder Judiciário como legislador positivo; 4. O Poder Judiciário como legislador negativo; 5. Qual o papel do Judiciário?; 6. Palavras finais; 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A Filosofia Política e o Direito Constitucional têm relações estreitas. Se se fosse fazer uma reconstrução do pensamento filosófico ocidental, seria fácil perceber as formas pelas quais ele fundamentou e orientou o constitucionalismo e suas práticas.

De algum tempo, contudo, registra-se certo afastamento na relação entre o Direito Constitucional e a Filosofia Política, que, não obstante, aos poucos, parece estar sendo retomada, agora na contemporaneidade. O debate entre as concepções liberal, comunitária e deliberativa do Estado Democrático de Direito e a forma de compreensão da Constituição fornece um bom espectro de como a Filosofia Política interage com o Direito Constitucional e, por consequência, na forma de interpretação da Constituição (CITTADINO, 2000).

Ainda em desdobramento dessa abordagem, insere-se a instigante discussão sobre a legitimidade da jurisdição constitucional e o papel das Cortes

* Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Sociedade, Tempo e Direito”. Advogado da União, com exercício no Gabinete do Advogado-Geral da União.

Constitucionais, no contexto do Estado Democrático de Direito. Só que esse enquadramento deve ser feito à luz de algumas demarcações teóricas, para facilitar o presente exame. Dessa forma, seguindo a sugestão do Professor MARCUS FARO DE CASTRO (2001), eleger-se-á o “*paradigma particularista*” do Estado Democrático de Direito.

A partir desse marco teórico, pretende-se, neste artigo, investigar alguns pontos, concernentes à Filosofia Política, que permeiam o conteúdo da decisão proferida no Mandado de Injunção n.º 107-3 QO/DF (MI 107), que causou – e ainda hoje causa – muita polêmica no Direito Constitucional brasileiro, de um lado. De outro, adentrando-se em ponto mais controverso, objetiva-se proceder à análise do papel do Tribunal Constitucional, na qualidade de um agente político, e sua atuação como “legislador positivo indireto” (isto é, examinar a retórica ou o mito do legislador negativo), a partir da análise das ADIs n.º 3.105 e 3.128 e, em especial, do voto do Min. JOAQUIM BARBOSA nelas prolatado, em que se discutiu a contribuição previdenciária dos inativos.

2. ELEMENTOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM “PARADIGMA PARTICULARISTA”

Neste tópico, intenciona-se sintetizar alguns aspectos das teorias de ARISTÓTELES (pluralidade), MONTESQUIEU (separação dos poderes), HABERMAS (democracia deliberativa) e MARK TUSHNET (controle judicial mitigado), para possibilitar a construção de um modelo de Estado de Direito que pode ser inserido dentro de um “*paradigma particularista*”.

Segundo MARCUS FARO DE CASTRO (2001, p. 266-267), o paradigma particularista se caracteriza como perspectiva teórica que “*toma como ponto de partida o particular, plural e contingente, e a partir daí procura assegurar a construção do bem geral*”¹, porque, nele, pretende-se a “*construção institucional da participação política como requisito da ordem social justa*” (CASTRO, 2001, p. 266). E somente com a participação política dos indivíduos é que, efetivamente, pode-se falar em Estado Democrático de Direito, pois, como ensina ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE (2000, p. 47), ele só se caracteriza quando sua forma e sua organização sejam derivadas da vontade do povo.

¹ Opõe-se ao particularismo o “paradigma universalista”, caracterizado por Marcus Faro de Castro (2001, p. 266) como “a perspectiva teórica que toma a idéia de bem comum como fundamento abstrato absoluto, projetando esse fundamento na alma do governante (virtuoso) e, por seu intermédio, à ordem social ‘justa’.”.

2.1. PLURALIDADE EM ARISTÓTELES

ARISTÓTELES, em sua concepção política, parte de uma constatação elementar: (a) a sociedade é pluralista e, como tal, (b) necessita de instituições e procedimentos idôneos a superar o pluralismo. Observa, nesse sentido, ARISTÓTELES (1977, p. 36, 1261b) que “*a cidade não é constituída somente de numerosos seres humanos, mas é também composta de seres humanos especificamente diferentes*”. Por isso, conclui que “*a cidade é por natureza uma pluralidade*”.

A cidade, segundo ARISTÓTELES (1977, p. 89-90, 1278b-1279a), organiza-se mediante uma Constituição, na qual se estabelecem todas as suas funções de governo, possibilitando-se a melhor forma de os cidadãos participarem da vida da comunidade política, com a finalidade de atingir o “*bem comum*”.

Não existe, portanto, em ARISTÓTELES, uma unidade moral em torno da qual se reúnem todas as pessoas de uma cidade, como quer Platão, mas antes a tentativa de “*construção institucional da participação política como requisito da ordem social justa*” (CASTRO, 2001, p. 266).

2.2. MONTESQUIEU E SUA ADVERTÊNCIA QUANTO À DIVISÃO DOS PODERES

Afirma NOBERTO BOBBIO (1997, p. 127) que “*O Espírito das Leis*”, de MONTESQUIEU, é uma obra complexa e dá margem a uma série de interpretações, motivo pelo qual o jurista italiano enfatiza aquela que a vê como “*teoria geral da sociedade*”. Compreende-se o porquê de ser uma teoria da sociedade, na medida em que MONTESQUIEU desenvolve sua teoria com base no estudo de várias outras civilizações, para só então formular seus argumentos.

Assim, MONTESQUIEU (1987, p. 163) afirma que “*é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele*”. E esse é o fundamento basilar da teoria da Separação dos Poderes. Porque é preciso frear o próprio poder, para que dele não se abuse; para que no Estado seja assegurada a liberdade política², é necessário haver um governo moderado, em que, na lição de MONTESQUIEU (1987, p. 135), devem-se “*combinar os poderes, temperá-los, fazê-los agir; dar a um poder um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro*”.

² Segundo Montesquieu (1987, p. 163), liberdade “é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”.

No desenvolvimento de sua teoria, MONTESQUIEU (1987, p. 178-179) entende que o contrabalanceamento entre os poderes fica adstrito ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo³, mediante a “*faculdade de estatuir*” e a “*faculdade de impedir*”. O Poder Judiciário, por sua vez, politicamente neutro, seria, de certa forma, “*nulo*”, sobrando apenas os outros dois poderes referidos.

Como se vê, a garantia da liberdade no Estado só existe quando, nele, os poderes são estruturados de forma a possibilitar que um resista ao outro e que exerça um controle sobre o outro. Destarte, evita-se o abuso do poder e o Estado atinge seu fim geral (automanutenção) e particular (liberdade política) (MONTESQUIEU, 1987, p. 163-164). Do contrário, isto é, havendo a concentração de poder, com a reunião do Poder Legislativo ao Poder Executivo, por exemplo, ou se o Poder Judiciário não estiver separado do Poder Executivo e Legislativo **não será possível garantir a liberdade política**. Tal qual retratado por MONTESQUIEU (1987, p. 165), nesse quadro, cada indivíduo perderia sua tranqüilidade de espírito, a confiança no outro, o que acarretaria uma sensação de temor em relação ao próximo.

2.3. DEMOCRACIA DELIBERATIVA DE JÜRGEN HABERMAS E O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sem dúvida, o filósofo alemão HABERMAS é um dos pensadores mais estudados na atualidade. Formulador de uma robusta e complexa teoria, HABERMAS busca, a partir da teoria ética do discurso, institucionalizar seu modelo de Estado Democrático de Direito.

No rastro de ARISTÓTELES (item 2.1), parte HABERMAS da concepção de que a sociedade é pluralista. Contudo, discorda de ARISTÓTELES ao perceber que, numa sociedade pós-convencional, profundamente marcada pelo pluralismo social e cultural, não mais se pode aceitar um modelo de Estado fundado num pretense “*consenso de valores*” ou na idéia aristotélica, ou até mesmo platônica, de “*bem comum*”.

As normas jurídicas não se justificam em face de sua concordância com uma determinada concepção objetiva de moral⁴, porque a sociedade moderna

³ O temperamento realiza-se, também do ponto de vista interno, dentro do próprio Poder Legislativo, na medida em que ele seria composto pelas Câmaras Alta e Baixa, cabendo àquela, por sua natureza, o poder regulador (1987, p. 171 e 178)

⁴ Por concepção objetiva de moral, quer-se referir a um conjunto de valores (ética concreta) compartilhado por uma determinada sociedade.

pós-convencional não possui uma identidade social ou cultural, de forma que somente as condições procedimentais da gênese democrática das leis asseguraram a legitimidade do Direito estabelecido (HABERMAS, 2001, p. 336)⁵.

Para criar as condições propícias à produção legítima do Direito, é necessária a existência, segundo entende HABERMAS (2001, p. 188-197), de algumas condições que resultam de direitos fundamentais (pressupostos de validade universal para que se institucionalize a prática do discurso e possibilite o processo legislativo democrático): (1) a iguais liberdades subjetivas de ação; (2) que conferem o “status” de membro da comunidade jurídica (direito à nacionalidade); (3) de ação, isto é, à tutela jurisdicional; (4) a participar em igualdade de oportunidades em processos de formação da opinião e da vontade comum, em que os cidadãos exerçam sua autonomia política (direitos de participação); (5) a se garantirem condições de vida social, técnica e ecologicamente asseguradas para desfrutar em iguais oportunidades dos direitos civis mencionados.

De acordo com MARCELO CATTONI (2002, p. 154), são os direitos fundamentais – que exprimem as condições procedimentais das formas comunicativas, viabilizando o exercício discursivo da autonomia pública – que possibilitam um consenso racional ou um processo equânime de negociação, acerca da institucionalização das normas do agir.

HABERMAS (2001, p. 348) vai defender que o Tribunal Constitucional atue de forma tal a assegurar que o processo de produção normativa se efetue em condições de uma “*política deliberativa*”, para que tais normas se revistam de legitimidade. A política deliberativa, por sua vez, está ligada aos pressupostos de comunicação que caracterizam os espaços de discussão política, institucionalizados nos órgãos parlamentares e na opinião pública em geral.

Do contrário, não haveria como se legitimar o próprio Direito, pois, como visto, a razão comunicativa, orientada para o entendimento, é que confere, com base no melhor argumento, a legalidade de certas pretensões de validade e, por conseqüência, a própria legitimidade. Por isso, afirma HABERMAS (2001, p. 349) que:

“Uma prática da autodeterminação de corte deliberativo somente pode desenvolver-se num jogo de interações entre a formação da vontade nos

⁵ Marcelo Cattoni (2002, p. 137) resume as estruturas fundantes do Estado Democrático de Direito, em Habermas, da seguinte forma: “os direitos fundamentais são garantias de institucionalização de um processo legislativo democrático, fundado na autonomia jurídica, pública e privada, e realizador da pretensão jurídico-moderna segundo a qual os destinatários da norma são seus próprios autores”.

órgãos parlamentares, programada para a tomada de decisões e institucionalizada em termos do Direito procedimental, por um lado, e a formação política da opinião em circuitos informais de comunicação política, por outro.”

Assim, conclui HABERMAS (2001, p. 338) que o controle abstrato de normas deve referir-se, sobretudo, às condições da gênese democrática das leis, abrangendo todas as estruturas da comunicação que se dão no espaço da opinião pública, envolvendo constelações de interesses, orientações valorativas e representação equilibrada dos grupos participantes. Caso contrário, ao invés de assegurar a racionalidade e legitimidade do processo legislativo, o Tribunal Constitucional terminará por eliminá-los definitivamente, comprometendo-se a natureza democrática do Estado de Direito.

2.4. MARK TUSHNET E A “*WEAK-FORM OF JUDICIAL REVIEW*”

A importância de MARK TUSHNET no paradigma particularista está em que, consoante afirma FRANK MICHELMAN (2000, p. 462), ele parte de uma premissa: a preferência pela Democracia. Com base nela é que desenvolverão algumas teorias sobre o controle judicial da constitucionalidade.

Do ponto de vista da teoria de TUSHNET, no que importa ao presente trabalho, considerar-se-á a teoria da “*weak-form systems of judicial review*” e da “*strong-form systems of judicial review*”⁶.

Contrapõe-se à noção de “*weak-form systems of judicial review*” o conceito de “*strong-form systems of judicial review*”, no qual o Tribunal Constitucional tem (a) a autoridade geral para determinar o que a Constituição significa, e (b) a interpretação constitucional, pelo Tribunal Constitucional, é vinculante e obrigatória (“*authoritative and binding*”) para os outros poderes, ao menos a médio prazo (TUSHNET, 2003, p. 2784).

Diferentemente da “*self-restraint*” ou da “*political questions*”, na doutrina do controle judicial mitigado, segundo TUSHNET (2003, p. 2786), em que não se defende uma restrição no âmbito de incidência do controle, as Cortes têm o poder de avaliar, sem exceção, a totalidade da legislação para determinar

⁶ Traduzir-se-á “*weak-form systems of judicial review*” pela expressão “forma mitigada de sistemas de controle judicial” ou “controle judicial mitigado” e “*strong-form systems of judicial review*”, por “forma forte de sistemas de controle judicial” ou “controle judicial intenso”.

se ela é consistente com as disposições constitucionais. Sua característica fundamental seria a faculdade de as maiorias legislativas modificarem as interpretações judiciais da Constituição, num espaço de tempo relativamente curto.

TUSHNET (2003, p. 2784-2785) mostra que a institucionalização do controle judicial mitigado pode ser verificada na Carta de Direitos do Canadá (“*Canadian Charter of Rights*”), de 1981, a qual, na Seção 33, permite ao Legislador determinar que uma norma – apesar de possivelmente encontrar-se em conflito com a Constituição – venha a produzir efeitos (“*notwithstanding clause*”).

Um ponto importante a ser destacado na “*notwithstanding clause*”, para TUSHNET (2003, p. 2785), é a regra segundo a qual a interpretação constitucional, realizada pela Suprema Corte do Canadá, não é completamente vinculante a curto prazo, na medida em que, em discordando da interpretação judicial, o Poder Legislativo poderá reeditar o ato normativo anteriormente considerado inválido⁷.

Embora, em princípio, a discussão em torno da adoção de um controle judicial mitigado ou intenso numa dada Constituição esteja no âmbito da constituinte (TUSHNET, 2003, p. 2786), a cultura jurídica de um País pode, gradualmente, aceitar um ou outro sistema.

Nesse sentido, é interessante anotar a discussão em torno da “delegação pelo Tribunal” (“*Allocation by the Courts*”), que, segundo TUSHNET (2003, p. 2792), ocorre quando o Tribunal Constitucional, no controle judicial intenso, declina do exercício do poder que ele tem, isto é, deixa de apreciar a questão da constitucionalidade da lei, não pela discricionariedade no seu exercício de poder ou pela invocação das doutrinas de justiciabilidade (“*justiciability doctrines*”) por ele próprio construídas, e sim mediante duas formas: (1) proferindo decisões em termos expressamente provisórios (controle provisório, “*provisional review*”) ou (2) mantendo a validade das leis após aplicação de um padrão generoso de revisão delas (controle tutelar, “*thayerian or tutelary review*”). Essas são duas tentativas de imprimir uma forma mitigada de controle judicial.

Aceita-se, pois, o controle judicial mitigado como forma alternativa de jurisdição constitucional, cujo objetivo é compatibilizá-lo com o Estado Demo-

⁷ Ressalte-se que mecanismo similar já foi adotado no Brasil. Com a Constituição Federal de 1937, foi atribuída ao Congresso Nacional, mediante dois terços dos votos em cada uma das Câmaras e provocação do Presidente da República, a competência para invalidar a interpretação do Supremo Tribunal Federal, revalidando o ato normativo declarado nulo, em caso necessário ao bem-estar do povo, à promoção ou à defesa de interesse nacional de alta monta (art. 96, parágrafo único). Não se deve, de logo, desacreditar desse mecanismo, que está em estrita ligação com o Princípio da Democracia, se bem que, em função da ditadura do Estado Novo, ele haja sido desvirtuado pelo Poder Executivo.

crático de Direito, bem como sanar o déficit de legitimação democrática dos Tribunais Constitucionais.

3. O PODER JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO

A função do Poder Judiciário como legislador positivo, de certa forma, não traz maiores questionamentos acerca de seu papel no arranjo institucional do Estado Democrático de Direito. À luz das clássicas lições de MONTESQUIEU, encontra-se um apoio teórico no qual se prega a contenção judicial.

Um bom exemplo desse entendimento está estampado na Súmula n.º 339 do Supremo Tribunal Federal (“*Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia*”). Todavia, a questão voltou a ser profundamente debatida por ocasião do MI 107.

3.1. APRESENTAÇÃO DO CASO: MI 107

O MI 107 versava sobre a possibilidade de um oficial do Exército suspender o processo de licenciamento do serviço ativo do Exército, que se processava em seu desfavor, sob a alegação de que ainda não existia a lei exigida pelo art. 42, § 9.º, da Constituição Federal (“*A lei disporá sobre os limites e outras disposições de transferência do servidor militar para a inatividade*”).

No presente caso, o STF não editou a norma regulamentadora pretendida, limitando-se a declarar a inconstitucionalidade da omissão, com a finalidade de cientificar o órgão (Poder, autoridade ou entidade) competente, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

3.2. O VOTO DO MIN. MOREIRA ALVES

Em seu voto, o Min. MOREIRA ALVES destacou que:

“Essa solução, acolhida pela Constituição atual, é, sem dúvida, alguma, a que se compatibiliza com o sistema constitucional vigente que deu particular relevo à separação de Poderes (art. 2.º e 60, § 4.º, III), que continuou a inserir entre os direitos fundamentais o de que ninguém é obrigado

a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei (art. 5.º, III), e que, também, atento ao **princípio democrático**, estabeleceu um processo legislativo em que o Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição e com relação a matérias a ele estritamente vinculadas, sendo que as decisões políticas de que afinal resultam os textos legais se subordinam a um sistema de freios e contra-freios de que participam exclusivamente os Poderes Legislativo e Executivo, efeitos diretamente pelo povo.” (grifou-se.)

Constata-se, nele, que o Poder Judiciário, em atenção ao Princípio da Democracia e ao Princípio da Separação dos Poderes, à exceção dos casos excepcionalmente previstos na própria Constituição Federal, não tem competência para desempenhar uma atividade substitutiva do legislador, editando regras jurídicas autônomas.

Em geral, grandes constitucionalistas criticam essa postura (dita passiva) do Supremo Tribunal Federal, quanto ao caráter da inefetividade conferido ao mandado de injunção.

No entanto, as críticas oferecidas, sob o enfoque da Filosofia Política e principalmente do Princípio da Democracia, não são, de todo, adequadas. Com efeito, à vista de tal princípio e na esteira de HABERMAS (item 2.3.), o fazer a norma requer a instauração de um procedimento legislativo democrático, extraído de estruturas comunicativas, onde se processa o agir comunicativo para criação das normas jurídicas, o que não ocorreria caso a norma jurídica fosse editada no seio do Poder Judiciário.

À vista de tais evidências, GILMAR FERREIRA MENDES (2004, p. 356), nas hipóteses de omissão inconstitucional, defenderá que “*independentemente do processo em que for verificada, a falha deve ser superada mediante ação do órgão legiferante*”, estabelecendo-se, assim, os pressupostos para o desenvolvimento da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, no Direito brasileiro.

4. O PODER JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR NEGATIVO

Neste momento, muda-se um pouco a perspectiva de abordagem. Mantém-se, ainda, o centro das atenções no Princípio da Democracia, só que se encaminha para uma linha de argumentação mais difícil, porque questionadora de alguns postulados pouco tematizados na estrutura do Estado Democrático

de Direito, em especial o da legitimidade da jurisdição constitucional, em países como o Brasil.

No Brasil, a *judicial review* pode ser encarada como uma instituição profundamente enraizada em nossa tradição constitucional, o que se, por um lado, é um dado positivo, por outro, é negativo, já que evidencia uma “petrificação” do desenvolvimento das teorias constitucionais, no pensamento jurídico brasileiro.

Não se discutem no Brasil, por exemplo, as dificuldades de se justificar o controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal⁸. Ao contrário, ele é aceito pacífica e inquestionavelmente, como única forma de garantir o Estado de Direito e sua respectiva Constituição, considerando-se inerente ao próprio conceito de Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, a atividade do Poder Judiciário que desconstitui um ato emanado pelo Poder Legislativo, órgão legitimado democraticamente, a rigor, não viola o Princípio da Separação dos Poderes e/ou o Princípio da Democracia, pois o Poder Judiciário atua como “legislador negativo”.

Contudo, como tem defendido o PROFESSOR GILMAR FERREIRA MENDES⁹, a fórmula do “legislador negativo” é retórica. Suponha-se que, ao normatizar algum fato da vida, o legislador possua três alternativas (“a”, “b” e “c”). Só que a primeira é financeiramente impossível; a alternativa “b” não obtém a adesão da maioria necessária; a alternativa “c”, por fim, é a única politicamente viável. Contudo, o Tribunal, ao apreciar a lei “c”, considera-a inconstitucional. Logo, sua atuação é, inegavelmente, positiva, pois (a) reconheceu a inconstitucionalidade de uma (única) alternativa política, não raro, oriunda de diversas alianças políticas, e (b) determina, ainda, quando é o caso, a aplicação da legislação anterior.

4.1. APRESENTAÇÃO DO CASO: ADIs N.ºs 3.105 E 3.128 (CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS INATIVOS E PENSIONISTAS)

A pretexto do julgamento da contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas (ADIs n.ºs 3.105 e 3.128), discutir-se-á o tema do Princípio da Democracia em contraste com o mito do “legislador negativo”.

⁸ Roberto Gargarella (1997) expõe, em visão panorâmica, algumas delas, contestando: o grau de legitimidade da própria Constituição e o porquê de seu caráter de norma superior; a precisão e o grau de abstração das normas constitucionais; a forma de interpretação dessas normas; o argumento da proteção das minorias; a composição dos Tribunais Constitucionais; o princípio democrático; o conflito intergeracional.

⁹ Notas das aulas proferidas no Curso do Mestrado da Universidade de Brasília, no 1.º semestre de 2004.

Rememore-se, na oportunidade, que o tema da taxaço dos servidores inativos e pensionistas não é inaudito. Com efeito, na ADI n.º 2.010, o STF declarou a inconstitucionalidade da contribuio previdenciária instituída pela Lei n.º 9.783/99, dentre outros argumentos, por entender que inexistia “*matriz constitucional*”. Em atendimento à sinalização do Supremo Tribunal Federal, instituiu-se essa exaço, através da Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003¹⁰.

Existem, não obstante, quatro aspectos particularmente decisivos para a questão. O primeiro se resume à circunstância de que a tributação atinge uma pequena parte da população brasileira: servidores públicos inativos e pensionistas de servidores públicos. O segundo cinge-se à constataço de que, conforme divulgado pelos institutos de pesquisa, a maioria da população era favorável à tributação. O terceiro, exaustivamente noticiado pela mídia, refere-se aos calorosos debates ocorridos por ocasião da aprovação da EC n.º 41/03, alcançando uma amplitude como poucas matérias obtiveram. O quarto e último consiste em que a viabilização da EC n.º 41/03 adveio do consenso firmado entre os representantes dos Estados (governadores, secretários e deputados), da União Federal (Presidente, ministros, deputados e senadores), dos Municípios, bem assim dos Poderes de Estado (Judiciário, Legislativo e Executivo).

Acredita-se, com base nesses fatores, poder afirmar que a EC n.º 41/03 resultou, sim, de um procedimento legislativo democrático.

4.2. O VOTO DO MIN. JOAQUIM BARBOSA

Em seu voto¹¹, em que reconheceu a constitucionalidade da aludida contribuio, o Min. JOAQUIM BARBOSA¹² sustentou:

¹⁰ Pode-se identificar que, aqui, houve uma delegação pelo Tribunal, nos termos propostos por Tushnet (2003, p. 2794), pois o STF disse ao legislador que ele pode fazer o que pretende (contribuio previdenciária), desde que da forma correta (mediante a instituio da matriz constitucional) (“you can do what you seem to want to do, but you haven’t gone about it in the right way. If you really care about this, go back and try again”).

¹¹ Ressalve-se que, para os fins deste estudo, é irrelevante a consideração de que a EC n.º 41/03 fere ou não o direito adquirido. A discussão insere-se, primordialmente, no âmbito da Filosofia Política, e não do Direito Constitucional Tributário positivado. Também não importa, de forma direta, específica e imediata, a temática da relativização das cláusulas pétreas.

¹² Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=92764&tip=UN>. Acesso em: 27/05/2004.

“vejo a teoria das cláusulas pétreas como uma construção intelectual, conservadora, antidemocrática, irrazoável, com a pretensão oportunista e utilitarista, a fazer a abstração de vários outros valores igualmente protegidos pelo nosso sistema constitucional.” (grifou-se.)

O elemento a ser extraído reside na fundamentação do voto no Princípio da Democracia. Precisamente porque, como visto (item 4.1), a instituição da contribuição previdenciária decorreu de emenda constitucional, o que requer *quorum* qualificado de 3/5 dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, além da aprovação em dois turnos em cada uma delas. É difícil, outrossim, afirmar-se, tendo em vista a proporção tomada nas discussões acerca da taxaçoão dos inativos e pensionistas, que a vontade majoritária da população brasileira não se tenha manifestado através do Poder Legislativo.

Acresça-se o fato de que, durante a sessão do julgamento, o Min. JOAQUIM BARBOSA afirmara que até então só tinha presenciado votos favoráveis à proteção de interesses corporativistas. Ao que foi, de imediato, retrucado pelo Min. MARCO AURÉLIO, que lhe indagou se defender um interesse de toda a sociedade seria corporativismo. Não houve resposta. Entretanto, o interesse, seja dito, não diz respeito a toda sociedade brasileira, mas apenas a uma determinada categoria da sociedade brasileira.

4.3. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS: JURISDIÇÃO X DEMOCRACIA

Preparada a situação fática para a crítica, necessário adicionar um elemento hipotético: suponha-se que os pedidos, objetos das ADIs n.ºs 3.105 e 3.128, sejam procedentes, isto é, seja declarada a inconstitucionalidade do art. 4.º da EC n.º 41/03 e, em consequência, da contribuição previdenciária incidente sobre servidores inativos e pensionistas. É dizer: o Supremo Tribunal Federal, órgão destituído de legitimação democrática, declara inconstitucional uma emenda à Constituição, ato normativo dotado da maior legitimidade democrática no sistema brasileiro, que, inegavelmente, expressa a vontade do povo brasileiro.

É inevitável reconhecer a natureza eminentemente política da função jurisdicional, em situações de tal jaez. Mais que isso, percebe-se a fragilidade do mito do Poder Judiciário que atua como “legislador negativo”, porque prevalece o entendimento da existência de uma norma jurídica (imunizante) que proíbe a tributação, à revelia da discussão política que, necessariamente, deveria ter havido acerca da norma da imunidade tributária.

Rememore-se: a inconstitucionalidade da norma instituidora da contribuição previdenciária não é claramente perceptível, tanto que nas ADIs interpostas o argumento basilar, sustentado pela Procuradoria-Geral da República (pare-

cer) e pelas Associações Nacionais do Ministério Público e dos Procuradores da República (requerentes), foi o da violação ao direito adquirido. Ele, entretanto, foi rejeitado pela Relatora, Min. ELLEN GRACIE¹³. Além do mais, renomados juristas brasileiros se dividem em duas correntes: uma entendendo ser constitucional a cobrança (LUIS ROBERTO BARROSO¹⁴, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR¹⁵), outra considerando-a inconstitucional (JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁶, HUGO DE BRITO MACHADO¹⁷). Com isso, não é difícil concluir que a discussão extrapola o âmbito jurídico e insere-se no político.

Verifica-se, nesse quadro, que a Constituição Federal admite duas interpretações divergentes e bastante razoáveis quanto à constitucionalidade ou não da contribuição. Assim – dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito (paradigma particularista) e tendo em vista que a inexistência de responsabilidade democrática do juiz constitucional deve ser compensada por sua estrita vinculação à lei, consoante ensina BÖCKENFÖRDE (2000, p. 63) – em caso de a lei apresentar, por imprecisão ou vaguidade, ampla margem de discussão, a definição de seu conteúdo deve ficar por conta do Poder Legislativo, órgão legitimado democraticamente para tanto¹⁸. Não por outro motivo, VÍCTOR FERRERES COMELLA (1997, p. 44) observa, com muita propriedade, que: “*Cuanto más controvertida es la cuestión constitucional a resolver, más problemático es entregar al juez constitucional el poder de controlar la validez de la*

¹³ Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=92764&tip=UN>. Acesso em: 27/05/2004. Com efeito, a Min. Relatora rechaçou a tese da ofensa ao direito adquirido, entendendo que, no presente caso, o impedimento à tributação limitava-se à inexistência da “causa suficiente” para o tributo.

¹⁴ Parecer nos autos das ADIs n.º 3.105 e n.º 3.128.

¹⁵ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. A cobrança dos inativos é inconstitucional? In: Folha de São Paulo, São Paulo, n.27046, Seção Tendências/Debates, 21/04/ 2003, p.A3.

¹⁶ Parecer nos autos das ADIs n.º 3.105 e n.º 3.128.

¹⁷ MACHADO, Hugo de Brito. Aposentadoria e direito adquirido. Disponível em: <http://www.hugomachado.adv.br/hmadmin/artigos.asp>. Acesso em: 27/05/2004.

¹⁸ Seria de cogitar-se, embora o próprio Tushnet (2003, p. 2797-2801) enumere alguns fatores negativos, a adoção da teoria desenvolvida por James Bradley Thayer (“tutelary review”), segundo a qual a Suprema Corte só poderia invalidar uma lei quando ela fosse manifestamente inconstitucional. Com ela, ter-se-ia a seguinte situação retratada por Tushnet (2003, p. 2801): “judges exercising Thayerian tutelary review will confront a legislature whose members can reasonably say to themselves, ‘we understand that the court’s interpretation of the constitution is reasonable, and different from ours, but we also understand that our interpretation is a reasonable one too. Given the choice between two reasonable interpretations, we will adhere to our initial judgment.’. Constituiria essa técnica um modelo bem interessante para mitigar os efeitos vinculantes e obrigatórios das decisões do Tribunal Constitucional, que não se reveste de legitimidade democrática, preservando-se, por consequência, o Princípio da Democracia.

ley. Cuanto menos controvertida sea la cuestión, en cambio, menos problemática es la institución del control judicial”.

Evita-se, dessa forma, conferir uma má impressão à atividade judicial porque, segundo observa MARK TUSHNET (1999, p. 21), ela fica condicionada a um certo tipo de “*contagem de votos (ou de cabeças)*” (“*head-counting*”), no sentido de que a composição de um Tribunal Constitucional afeta o significado das normas constitucionais, descaracterizando-se, assim, a existência de um “*governo de leis*” e, ao contrário, marcando-se um “*governo de homens e mulheres*”, dos homens e mulheres que integram o Tribunal.

5. QUAL O PAPEL DO JUDICIÁRIO?

Toda a discussão até então levada a cabo remete a uma questão central, nos moldes propostos por KARL DOEHRING (1995, p. 211), em que “*a recomendação ou não da instalação de um judiciário constitucional depende do fato de se temer mais o mal uso do poder parlamentar do que o poder judiciário*”. O problema é que essa formulação parte do pressuposto da corrupção ou desvirtuamento do Legislativo. E, a respeito disso, MONTESQUIEU (1987, p. 182) já advertia: “*Ele (o Estado) perecerá quando o Poder Legislativo estiver mais corrompido que o Executivo*”, uma vez que a corrupção do Legislativo prenuncia, em grande parte, a própria deterioração da sociedade.

Então, deve-se concordar com HABERMAS (2001, p. 354) ao se insurgir contra um eventual papel de “protetor” a ser exercido pelo Tribunal Constitucional:

“tenemos que liberar el concepto de política deliberativa de connotaciones que exijan demasiado de él o le impongan excesiva carga, pues tales connotaciones someterían al Tribunal Constitucional a la coerción de estar permanentemente definiendo y decidiendo. El Tribunal Constitucional no puede adoptar el papel de un regente que ocupa el lugar del sucesor en el trono ante la minoría de edad de éste.(...)”

La idealización que de este papel algunos constitucionalistas efectúan un tanto apresuradamente, parece deberse a la necesidad de buscar y encontrar un fiduciario para un proceso político excesivamente peraltado en términos idealistas.”

Não se pode, pois, de acordo com INGEBOURG MAUS (2000, p. 128), erigir o Poder Judiciário ao *status* de protetor da sociedade ou “superego da socie-

dade”, porque, no fundo, “*a eliminação das discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada através da centralização da consciência social na justiça*”.

Dessa perspectiva, é inadmissível um modelo de Estado Democrático de Direito, a exemplo do Brasil, no qual as decisões fundamentais fiquem ao encargo do Tribunal Constitucional, ou STF, por se ter, nessa hipótese, a própria desnaturação do Estado Democrático: o povo não estaria, ele próprio, no comando do Estado, à proporção em que não estaria estabelecendo suas próprias normas.

Então, fica claro que o papel do Judiciário, definitivamente, não deve ser o de instituir novas leis (caso do mandado de injunção), em face de não deter “*legitimidade material*”¹⁹ para tanto. Ademais, caso se admita a possibilidade de o STF editar normas jurídicas autonomamente, abrir-se-ão as portas para que ele venha a legislar de forma abstrata e genérica, com efeitos *erga omnes*, editando verdadeiros atos normativos com eficácia de lei, na medida em que (a) existirão milhões de casos similares e, principalmente, (b) a diferença entre o controle abstrato e incidental, como defende o próprio Kelsen (1999, p. 16), a rigor, é apenas quantitativa, e não qualitativa.

Com isso, tira-se o poder do próprio povo de se autogovernar e, invariavelmente, inverte-se a própria lógica do Estado Democrático de Direito. Retira-se a possibilidade de o povo ingressar no espaço aberto das discussões políticas, no qual pode defender suas pretensões de validade, a fim de que elas venham a ser institucionalizadas na forma de normas jurídicas. Aniquila-se, por conseguinte, o pressuposto legitimador do próprio Direito.

Essa mesma preocupação também recai sobre o mito do legislador negativo. O problema consiste em que tais desvios democráticos se dão de forma muito mais sutil e, por isso mesmo, é tão mais tormentoso teorizar e questionar as “verdades” as quais dão embasamento teórico ao controle de constitucionalidade, que são erigidas à categoria de verdadeiros “dogmas”.

6. PALAVRAS FINAIS

Daí, a necessidade de refletir não sobre a eliminação das formas de controle, mas a sua compatibilização com o Princípio da Democracia, dentro de um

¹⁹ Segundo Böckenförde (2000, p. 62), legitimidade material (ou de conteúdo) tem por objetivo assegurar que o exercício do poder do Estado derive do povo ou se concilie com a sua vontade, garantindo-se, assim, o exercício do poder do Estado pelo povo.

paradigma particularista. Novas formas de controle? Poder-se-ia responder, com maior precisão, novos mecanismos.

A EC n.º 41/03 comprova que, nos dias de hoje, o STF, mesmo atuando como legislador negativo, tem assumido um papel extremamente interventor e diretor na política brasileira, extrapolando, inequivocamente, seu papel constitucional. Ocorreria, no dizer de TUSHNET (1999, p. 57-65), uma espécie de inclinação do (pró) Judiciário (“*judicial overhang*”).

Logo, urge discutir-se um modelo de controle judicial mitigado, com a introdução de novos mecanismos, a fim de compatibilizar a jurisdição constitucional com o Estado Democrático de Direito, instituição na qual se assegura a liberdade de o cidadão participar da vida política do Estado.

O presente trabalho, longe de pretender fixar quais seriam as soluções conciliatórias, apenas intenciona abrir o espaço de debate, trazendo à tona algumas sugestões discutidas noutros países.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: UnB, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Teoria das formas de governo*. Trad. Sergio Bath. 9. ed. Brasília: Unb, 1997.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.

CASTRO, Marcus Faro de. *Universalismo e particularismo como paradigmas da política*. In: *A Contemporaneidade Brasileira: Dilemas e Desafios para a Imaginação Sociológica*. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2001, p. 259-278.

CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva (elementos da filosofia constitucional contemporânea)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

- DOEHRING, Karl. *A função do tribunal federal constitucional alemão na qualidade de principal guardião da constituição, dos termos da lei e da democracia*. in: O Federalismo na Alemanha. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, Centro de Estudos, 1995, p. 205-211.
- GARGARELLA, Roberto. *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. Isonomía: n. 6, abril, 1997, p. 55-70.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez (sobre el derecho y el estado democrático derecho en términos de teoría del discurso)*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. 3. ed. Madrid: Trotta, 2001.
- KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la constitución?* Trad. Roberto J. Brie. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: controle de normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito. Recife: n. 11, a. 2000, p. 125-156.
- MICHELMAN, Frank I. *Populist natural law (reflections on Tushnet’s “thin constitution”)*. University of Richmond Law Review. Richmond: v. 34, n. 2, 2000, pp. 461-487.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987.
- TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University, 1999.
- _____. *Alternative forms of judicial review*. Michigan Law Review: Aug 2003, vol. 101, Is. 8, p. 2781-2802.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SFH

CLÁUDIO GONÇALVES MARQUES *

Advogado Chefe da Caixa Econômica Federal em Minas Gerais

As discussões acerca do SFH são tormentosas e freqüentadoras assíduas dos tribunais e isso ocorre, indubitavelmente, em face dos aspectos sociais envolvidos e do sonho eminentemente brasileiro de relacionar futuro e tranqüilidade com aquisição da casa própria.

Bastaria uma rápida pesquisa jurisprudencial comparativa entre os tribunais para identificação das controvérsias sobre temas como equivalência entre renda, prestação e saldo devedor; utilização da TR como índice de correção monetária; inclusão de vantagens pessoais dos mutuários na composição de renda e, até mesmo, competência da justiça federal, dentre outros.

Mas, todos estas questões são bem conhecidos pelos Juízes e Tribunais. Por isso, nossa proposta, no presente e breve trabalho, foi resgatar a história do SFH, para que entendamos seu momento presente através do conhecimento de seu passado.

No final da década de 50 e início da década de 60 o crescimento econômico anual brasileiro superava os 7% do PIB – O chamado “milagre econômico” surgia de forma concreta na construção de Brasília, na presença dos primeiros automóveis, na quadruplicação da malha viária, nos grandes projetos nas áreas de siderurgia, energia elétrica, cimento e construção naval.

Depois de séculos de convivência com a obscuridade no plano internacional, o Brasil emerge como nação promissora.

* Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, graduado em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas e Professor de Direito Empresarial na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Não obstante, a inflação já se fazia presente na economia, embora ainda sob relativo controle – já está próxima dos 8% ao mês - a má distribuição de renda já era crônica – quase 40% da população da época estava inteiramente excluída do Sistema Financeiro e conseqüentemente do crédito. O déficit habitacional superava 7 milhões de moradias e os recursos públicos já não eram suficientes para que fosse resgatada sequer parte da dívida social do país para com seus cidadãos.

Por fim, aos 31 de março de 1964 os militares decretavam a tomada do poder e iniciavam 21 anos de ditadura militar.

Foi o início da censura à liberdade de expressão e tortura de presos políticos. O governo de vocação popular de João Goulart era deposto e as lideranças políticas eram esmagadas.

A semente que brotava do projeto de construção de uma nação com melhor distribuição de renda e inclusão social era implacavelmente destruída.

Neste contexto histórico onde ainda era forte a resistência à ditadura, foi editada a Lei 4.380 de 21 de agosto de 1964, que criou o Sistema Financeiro da Habitação, tendo por objetivo maior a redução do déficit habitacional do País, viabilizando a aquisição de imóveis com financiamentos de longo prazo, especialmente pelas classes de menor renda da população.

A alternativa natural de obtenção de um financiamento para a aquisição da casa própria era, antes do advento da lei, extremamente dificultada pela falta de segurança da operação, em razão da inexistência de regras claras e duradouras que pudessem atrair o investidor, detentor do dinheiro necessário para lastrear os empréstimos habitacionais e, sobretudo, pela constância de um regime inflacionário que impactava na rápida deterioração do capital mutuado, que retornaria em delongados períodos de amortização, sem qualquer instrumento legal de recomposição monetária do capital originalmente emprestado.

Assim, idealizou-se a previsão de aplicação da correção monetária nos contratos habitacionais, o que já proporcionaria o aumento natural do interesse de realização de investimentos consistentes na aplicação de dinheiro em empréstimos para a construção e aquisição de imóveis habitacionais. E o governo militar foi além: criou um banco de fomento para estimular a construção de imóveis - o BNH, bem como o Sistema Financeiro de Habitação - SFH, e o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo - SBPE.

Estimulou-se, assim, a formação de poupança pública e privada, com a aplicação do mesmo mecanismo da correção monetária sobre os saldos dos depósitos dos poupadores.

A fonte de lastro da remuneração e da aplicação da correção monetária sobre tais depósitos seria, justamente, a contrapartida oportunizada com a criação do SFH, que passaria a utilizar-se dos recursos do SBPE nos financiamentos habitacionais.

Logo, os valores pagos pelos mutuários, a título de correção monetária e juros, é que garantiriam a remuneração das cadernetas de poupança pelos mesmos índices de correção monetária e juros remuneratórios de 0,5% ao mês.

Estava aí arquitetada uma “engenharia financeira” que, efetivamente, foi coroada de êxito, tanto na formação, captação e aplicação de poupança, como também no estímulo à construção civil, na edificação de milhares de novas moradias, no correspondente barateamento do custo da casa própria, e na facilitação do acesso à mesma - seja pelo custo menor do imóvel, como, também, pela possibilidade de obtenção do financiamento com juros bastante módicos (da ordem de 1% ao mês ou menos) e prazos bastante longos (20 anos em média). Há que se frisar, ainda, a importância da indústria da construção civil no fomento da economia e oferecimento de vagas de emprego, especialmente aos menos qualificados.

Objetivando assegurar o retorno dos financiamentos concedidos, o BNH normatizou o SFH, condicionando a aplicação dos recursos a critérios técnicos e objetivos de avaliação das garantias e comprovação de renda pelos futuros mutuários.

A fórmula funcionou bem até o início da década de 80, atendendo parte da demanda até então reprimida. Mas, a crise econômica internacional e seus reflexos internos já se faziam sentir no sistema.

Como dito alhures, para que houvesse equilíbrio entre os recursos captados e aqueles aplicados no SFH, foi introduzida a correção monetária nos financiamentos, criando-se a Unidade Padrão de Capital (UPC). Porém, o sistema já nascia com um descompasso entre a periodicidade de correção do saldo devedor e o reajuste das prestações, que somente ocorria sessenta dias após a data de vigência da alteração do salário mínimo. Esse descasamento gerava saldo devedor residual no final do contrato, pois o valor das prestações, ao longo do prazo de financiamento, tornavam-se insuficientes para uma amortização real e positiva.

Além disso, o equilíbrio financeiro do SFH, que se baseava em três aspectos: insumo à construção civil, indexador do sistema e renda familiar, começava a ser desestabilizado. Com esses desajustes vem o comprometimento do modelo idealizado inicialmente, tendo como principais fatores a crise econômica e a inflação crescente.

Visando atenuar esses fatores, principalmente para os mutuários de baixa renda, o SFH foi sofrendo modificações através de intervenções governamentais que, embora protecionistas para os mutuários eram predatórias para o Sistema.

Iniciando essa política protecionista é criado o Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS) através da Resolução do Conselho do BNH – RC 25/67, que tinha entre seus objetivos garantir o limite do prazo de amortização contratado, responsabilizando-se o fundo pela cobertura de saldo devedor residual. Essa medida trouxe uma maior tranquilidade ao SFH, haja vista a grande vantagem para os mutuários que deixaram de se preocupar com a impossibilidade de pagar o saldo residual no final do prazo contratado.

A aparente tranquilidade começa a virar pesadelo a partir de meados dos anos 80, com o recrudescimento da inflação, aliada a uma política econômica recessiva, que gerou altos níveis de desemprego e uma política salarial perversa sobre a renda dos trabalhadores ainda empregados.

Com o arrocho salarial e uma inflação de 130% ao ano, que impossibilitava os financiados de honrar com o pagamento das prestações, houve uma revolta geral dos mutuários que, sob o “slogan”: 130% NÃO”, através das chamadas “causas comuns,” ingressaram em massa com ações judiciais, reclamando a equivalência salarial mencionada em seus contratos.

Pretendiam os mutuários o reajustamento do valor da prestação pelo mesmo percentual que lhes reajustasse o salário. Era o sistema denominado Plano de Equivalência Salarial Pleno – PES/PLENO. No caso dos autônomos e assemelhados, o reajuste dar-se-ia daria na mesma proporção da variação do salário mínimo no período.

Com a superveniência do Decreto-Lei 2.164/84 o PES passou a ser entendido como a vinculação do aumento da prestação de acordo com a variação salarial da categoria profissional, o chamado plano PES/CP.

Fato é que, ajuizados os procedimentos e deferidas Liminares pelo Poder Judiciário, os Agentes Financeiros eram obrigados a substituir os índices aplicados às prestações por aqueles definidos na decisão e que, não necessariamente, corresponderiam àqueles efetivamente recebidos nos aumentos salariais dos mutuários.

As sentenças trânsitas em julgado para essas ações tiveram comandos dos mais diversos relativamente aos índices a serem utilizados no reajustamento das prestações e/ou saldo devedor. Dentre elas, podemos citar: variação salarial do mutuário, variação da UPC limitada à variação do salário mínimo, varia-

ção do salário mínimo limitado à variação da UPC, variação do salário mínimo, pedidos julgados improcedentes e outras.

Essa diversidade de situações pressionou o governo a adotar maiores subsídios para o SFH, sob a forma de abatimento na correção monetária das prestações, desestabilizando, ainda mais, o Sistema e trazendo dois resultados catastróficos: Primeiro, o desinteresse dos Agentes Financeiros em aplicar recursos no financiamento habitacional devido à baixa rentabilidade e o alto risco da operação. Segundo, o crescimento desordenado dos saldos devedores, gerando gigantesco passivo para o FCVS.

Antecedendo as chamadas Renegociações Institucionais, iniciadas entre 1980 e 1983, o governo militar, através de decreto, pré-fixou a correção monetária, manipulando e substituindo os percentuais inflacionários reais, que encontravam-se em níveis bem superiores. Esta medida trouxe como consequências o desequilíbrio nos valores contratados para construção de empreendimentos habitacionais, haja vista a correção integral dos insumos da construção civil, contra um sub-reajuste na correção da UPC. Tal fato obrigou o BNH a promover suplementação de recursos a fim de viabilizar o término das obras que haviam sido iniciadas.

Acrescente-se a isso uma substancial redução da capacidade de pagamento dos assalariados, que haviam comprado seus imóveis na fase de construção, gerando dificuldades na comercialização após o término das obras.

Toda essa política econômica recessiva, aliada a uma política de arrocho salarial, obrigou o governo a promover uma série de renegociações no período compreendido entre 1983 a 1985. Em todas elas a tônica era a correção integral do saldo devedor e sub-reajustamento das prestações, medida estendida a todos os mutuários do SFH, indistintamente, independentemente da dificuldade de pagamento gerada pela perda de renda. As principais renegociações foram instituídas pelos: Decreto 8371/83, DL 2045/83, DL 2065/83, RC BNH 04/84, DL 2164/84 e DL 2240/85.

Os chamados planos “ortodoxos” de combate à inflação, que se limitavam a usar os mecanismos clássicos de política monetária, cambial e fiscal, não surtiam mais os efeitos desejados. Foi então que, à partir de 1986, o País começou a passar por vários outros planos batizados de “heterodoxos”, com intervenção governamental direta sobre os agentes econômicos e fixação, pelo poder público, de preços e salários.

Iniciando com o Plano Cruzado em março de 1986, as prestações foram convertidas de cruzeiro para cruzado, levando-se em consideração a média dos

últimos doze meses. A partir desse plano, vários outros foram editados: Plano Cruzado II, Plano Bresser, Plano Verão, Plano Collor I e Plano Collor II, sempre congelando preços e salários.

Vemos, portanto, que todas as renegociações e Planos chamados “heterodoxos” tiveram uma característica comum: reduziram o valor real das prestações do SFH, reduzindo o seu poder de amortização, incorporando ao saldo devedor os juros que não foram pagos, gerando amortização negativa e saldo devedor residual e crescente.

Tentando reduzir esse desajuste, foi sancionada a Lei 8.177/91 que, em seus artigos 23 e 24, previa correção mensal das prestações pela variação dos depósitos das cadernetas de poupança e, respeitando a relação prestação/renda verificada na assinatura do contrato, determinou que o valor de cada prestação mensal deveria corresponder, no mínimo, ao valor da parcela mensal, acrescida de juros calculado à taxa convencionada no instrumento de financiamento. Inaugurou-se novo período de inúmeras demandas judiciais. Esses artigos foram, posteriormente, considerados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Todas essas variantes levaram o SFH ao caos, trazendo-lhe aspectos negativos, principalmente os grandes saldos devedores. Por outro lado, nos financiamentos sem cobertura do FCVS a dívida passou a ser desestimulante para que o mutuário continuasse adimplente, uma vez que, em boa parte dos casos, o saldo devedor sob sua responsabilidade superava ao valor de mercado do imóvel.

Os subsídios contemplaram mutuários de todas as classes sociais, independentemente da renda ou padrão imobiliário. Imóveis de alto luxo e aqueles construídos para a população de baixa renda receberam os mesmos subsídios e foram liquidados em situações vantajosas para os mutuários, gerando tremendo rombo no fundo, que é dívida da União Federal, portanto, de toda a sociedade brasileira.

O resultado disso foi o esgotamento dos recursos do SFH e o fechamento das carteiras habitacionais dos agentes financeiros por boa parte da década de 90, contribuindo para uma enorme repressão de demanda e para o recrudescimento do déficit habitacional no país, que foi estimado em 10 milhões de moradias¹ em 1977 e já aponta para mais de 25 milhões nos dias atuais.

¹Segundo dados citados da revista do SFI – Sistema de Financiamento Imobiliário, nº 3 (mar/mai 97) da Abecip, por José Roberto Graiche, presidente da associação das administradoras de bens imóveis e condomínio de São paulo – “ABAIC”, pg. 04).

O Sistema Financeiro da Habitação chegou a acumular um déficit de aproximadamente 75 bilhões de reais², composto basicamente pelos seguintes fatos geradores:

- elevação da inflação e subdimensionamento do CES (Coeficiente de Equivalência Salarial): 25,9 bilhões (34% do total); - criado através da RC 36/89 do BNH, para ajustar o descompasso entre prestação e saldo devedor, devido à diferença de índices e periodicidade de reajustes.

- sub-reajuste das prestações em 83, 84 e 85 (da ordem de 112%): 14,2 bilhões (19% do total);

- conversão das prestações pela média do Plano Cruzado: 26,1 bilhões (35% do total);

- demais planos econômicos e revisões de índices: 9,1 bilhões (12% do total).

Para se ter uma idéia, somente em 1996, a Caixa Econômica Federal, maior agente financeiro do país – com cerca de 90% das operações de crédito do sistema, voltou a poder operar com o crédito habitacional à pessoa física, através do programa “CARTA DE CRÉDITO”, chegando a efetuar, aproximadamente, 100.000 financiamentos anuais – número bem inferior àqueles alcançados no período áureo do SFH.

O acentuado desequilíbrio dos contratos do SFH fizeram surgir sistemas alternativos como o SFI – Sistema de Financiamento Imobiliário que, através da lei 9.514/97 instituiu a alienação fiduciária sobre bens imóveis e o PAR – Programa de Arrendamento Residencial – criado pela lei 10.188/2001.

Paralelamente, o governo federal criou, através do Decreto 3.848/2001, a Empresa Pública Gestora de Ativos – EMGEA – de natureza não financeira, vinculada ao Ministério da Fazenda e que herdou os chamados ‘esqueletos’ gerados pelos sucessivos desequilíbrios, cuja conta ao Tesouro Nacional aproxima-se de 26 bilhões de reais.

O fluxo de caixa realizado pela EMGEA em 2003 demonstra um déficit anual de 1 bilhão, novecentos e noventa e um milhões de reais – cerca de 166 milhões de reais de déficit mensal.

Vê-se que as políticas de subsídio geraram enorme prejuízo ao tesouro.

O fechamento das carteiras, por sua vez, ocasionaram um déficit habitacional que demandaria 56 anos para atendimento, sem considerar aquele que, naturalmente, surgiria ao longo desses mesmos anos.

² ABECIP, Revista do SFI – Sistema de Financiamento Imobiliário, n 3, maio de 1997.

Constata-se, objetivamente, que o número de pessoas atendidas da população carente de moradia é inversamente proporcional ao protecionismo indiscriminado eventualmente dedicado aos mutuários do SFH.

Quanto mais ocorre o protecionismo indiscriminado - não criterioso, milhões de pessoas carentes deixarão de ser contempladas com um financiamento habitacional.

Tal fato implica na conseqüente elevação do preço do imóvel, em face da escassez de oferta, e cria um círculo vicioso de difícil reversão, com o aumento progressivo da população sem moradia.

Por tudo isto pode se afirmar que, sem sombra de dúvidas, o objetivo do legislador, ao instituir a Lei 4.380 foi, naquela oportunidade, - e vem sendo até hoje, na edição das Leis que vieram aperfeiçoar o sistema, adequando-o à nova realidade econômica do país, o de facilitar a aquisição da moradia por parte daqueles que ainda não têm casa própria.

Contudo, não se pode perder de vista que o sentido social da Lei volta-se, não só para os milhares de mutuários atuais, como, também, para os milhões de cidadãos que ainda estão à espera dos seus benefícios, com o acesso a recursos que, de outra forma, jamais teriam.

Conforme me pareceu próprio em uma palestra proferida em um encontro de juízes federais, tendo por objeto questões tão debatidas em juízo, procurei não oferecer soluções para os graves problemas do sistema, mas, ao contrário, oferecer um histórico fático-jurídico que possa facilitar a compreensão do momento atual e que permita a cada um tecer suas reflexões e formar o seu próprio convencimento.



Gráfica Barreto

Avenida Beberibe, 530 - Encruzilhada - CEP 52041-430 - Recife - PE
Telefone: (81) 241.2866 - Fax: (81) 241.2609
E-Mail: graficabarreto@zaz.com.br

