

**Revista**  
**ESMAFE**

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

**TRF 5a. Região**  
**Recife – Pernambuco**  
**Nº 10 – 2006**

*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 10. Dezembro 2006.  
268p.

1. PODER JUDICIÁRIO – BRASIL. 2. SERVIDORES  
PÚBLICOS – DIREITOS FUNDAMENTAIS. 3.  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – BRASIL. 4. DIREITO  
ADMINISTRATIVO – BRASIL. 5. DIREITOS HUMANOS  
– BRASIL. 6. TRIBUTAÇÃO – BRASIL. 7. SIGILO  
BANCÁRIO – BRASIL.

CDU 34 (81)  
CDD 340

PeR-BPE 06-0669

**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

UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE

MARGARIDA DE OLIVEIRA CANTARELLI

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

## Sumário

Editorial .....	7
MONOGRAFIAS .....	9
O Servidor Público e a Probidade Administrativa .....	11
<i>Franceclaudio Tavares da Silva</i>	
O Servidor Público e a Probidade Administrativa .....	45
<i>Fernanda Teixeira Leite</i>	
O Perfil do Servidor Público na Sociedade Moderna .....	75
<i>Valdir Soares Fernando</i>	
ARTIGOS .....	107
Dom Helder e os Direitos Humanos .....	109
<i>Desembargadora Federal Margarida de Oliveira Cantarelli</i>	
Das Penas Alternativas .....	123
<i>Desembargador Federal Paulo de Tasso Benevides Gadelha</i>	
A Reforma das Leis Processuais .....	133
<i>Desembargador Federal Francisco Wildo Lacerda Dantas</i>	
Apontamentos Sobre a Redução da Menoridade Civil .....	151
<i>Juiz Federal Rogério Roberto Gonçalves de Abreu</i>	
Do Prequestionamento Ficto como Meio de Efetivação dos Princípios da Instrumentalidade, Economicidade e Celeridade do Processo .....	165
<i>Juiz Federal Frederico Augusto Leopoldino Koehler</i>	
Uma Teoria Sobre a Teoria da Constituição .....	179
<i>Professor Ives Gandra da Silva Martins</i>	
Loterias no Brasil - Legalidade e Ilegalidade .....	189
<i>Consultor Jurídico Davi Duarte</i>	
Acordos de Bitributação e Incentivos Fiscais: O Papel das Cláusulas de Tax Sparing & Matching Credit .....	213
<i>Professor Luís Eduardo Shoueri</i>	

Tributação Ambiental (Negativa) no Brasil - Ensaio Sobre sua Possibilidade .....	223
<i>Professor Terence Dornelles Trennepohl</i>	
A Lei Complementar nº 105/2001 em Face aos Direitos Fundamentais: Um Exame do Entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região ..	233
<i>Professor João Freitas de Castro Chaves</i>	

## **EDITORIAL**

Superadas as dificuldades para a viabilização de recursos, a ESMAFE-5ª Região põe à disposição do público o número 10 de sua Revista, correspondente ao período de maio a agosto de 2005.

Nada obstante, não perdeu atualidade a matéria que veicula, quer pelo conteúdo dos artigos, cujos autores ilustram o pensamento jurídico com sua contribuição doutrinária indiscutível, quer pela publicação dos três trabalhos vencedores do Concurso de Monografia alusivo às comemorações do Dia do Servidor Público, que acrescentam à temática ensinos e reflexões de grande impacto.

Fecunda como sempre a atuação da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, durante o período a que se reporta o presente número de sua Revista. Exemplo dessa atuação foi a pioneira experiência na área de capacitação de recursos humanos, realizada entre 14 de junho e 28 de julho, que utilizou pela primeira vez os recursos da teleconferência, com transmissão simultânea para os Estados de Pernambuco, Rio Grande do Norte, Sergipe, Paraíba e Alagoas. Trata-se de mais um instrumento aperfeiçoado pelas equipes técnicas dos órgãos que compõem a Justiça Federal da 5ª Região, à disposição da política de valorização dos agentes a serviço dessa área do Poder Judiciário no país.

Também no período foi realizado o III Encontro de Juízes Federais da 5ª Região, entre 28 e 30 de julho de 2005. Desta vez, os magistrados federais do Nordeste, assim como ilustres participantes convidados, tiveram contato com a cultura e costumes do Agreste pernambucano, no Hotel Portal de Gravatá, inclusive visitando empreendimentos culturais como o Centro de Artesanato de Bezerros.

A pauta dos trabalhos do III Encontro foi valorizada pela importância dos temas – Reforma do Judiciário, que recebeu contribuições de grande peso: Deputado Federal Roberto Magalhães (A Segunda Etapa da Reforma do Judiciário), Professor Joaquim de Arruda Falcão (A Reforma do Judiciário – uma estratégia), Ministro Carlos Augusto Ayres Brito (A Reforma do Judiciário – uma visão heterodoxa); A Reforma das Leis Processuais, com contribuições do Des. Federal Francisco Wildo e Juiz Federal Francisco Barros Dias; e o novo Estatu-

to da Magistratura, em painel do qual participaram o Des. Macedo Malta e o Juiz Federal Jorge Maurique.

Deste modo, graças ao apoio da Caixa Econômica Federal, a ESMAFE 5ª Região oferece mais esta contribuição aos operadores do Direito, pelo que agradecemos a todos colaboradores e, em especial, ao público leitor, objeto permanente de nossa atenção.

Recife, dezembro de 2006.

A Editoria.

# MONOGRAFIAS



# **O SERVIDOR PÚBLICO E A PROIBIDADE ADMINISTRATIVA**

**Franceclaudio Tavares da Silva**

*1º Lugar*

## **INTRODUÇÃO**

Não é de hoje que se discute a influência das regras morais sobre as regras do direito. Todavia é crescente na doutrina e no meio social a idéia de que as normas positivadas se aproximem cada vez mais das regras morais, atribuindo-lhes suas peculiaridades.

Na concepção do Prof. Miguel Reale<sup>1</sup>, infelizmente, o Direito, coloca sob sua tutela coisas que não são morais. Este fato, porém, não pode, nem deve ser olvidado, inobstante possa nos revoltar, adverte o doutrinador:

“muitas relações amorais ou imorais realizam-se à sombra da lei, crescendo e se desenvolvendo sem meios de obstá-las. Existe, porém, o desejo incoercível de que o Direito tutela só o lícito moral, mas, por mais que os homens se esforcem nesse sentido, apesar de todas as providências cabíveis, sempre permanece um resíduo de imoral tutelado pelo Direito”.

O Prof. Edílson Pereira Nobre Júnior<sup>2</sup> afirma que foi na parte final do século XX que se deu com maior ênfase a aproximação da ciência jurídica com a moral. De acordo com o Magistrado o direito administrativo absorveu do

---

<sup>1</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 42.

<sup>2</sup> NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *Improbidade Administrativa: alguns aspectos controvertidos*. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. nº 56. p. 320. abr/jun.2004. Trimestral. ISSN 010 3-4758.

direito civil a teoria do desvio de poder, e foi além da própria finalidade. Isto porque, a “idéia de democracia passou a gravitar em torno do crescimento moral da vida pública”<sup>3</sup>. Ainda segundo o Prof. da UFRN<sup>4</sup>,

“A movimentação administrativa orientada pela moral pressupõe, entre outros, valores como a lealdade institucional, a economicidade no manuseio dos recursos públicos, a tomada de decisões com base em critérios objetivos e imparciais, o regime de mérito no acesso à função pública o combate à corrupção e a adequada prestação de serviços públicos”.

Como exemplo, deparamos-nos atualmente com uma cobrança cada vez maior ao funcionalismo público por um comportamento probo, de caráter ético. Bem sabemos que a corrupção atinge a todos os seguimentos da sociedade. No entanto, quando se trata da corrupção envolvendo os servidores públicos as consequências tomam dimensões que, muitas vezes, ultrapassam os limites do próprio Estado, particularizando-a.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>5</sup> infere que o fenômeno da corrupção remonta à antiguidade. Esclarece que estudos realizados pelo professor Noonan detectaram a existência da corrupção há três milênios, levando-nos à triste conclusão de que a corrupção não é um fenômeno do passado, nem localizado.”, faz-se presente, “em todos os tempos, lugares e culturas.”

Em se tratando da corrupção investida sobre a coisa pública, ela se apresenta como sendo “um mal gravíssimo, que solapa os alicerces do Estado e ameaça a sociedade” instrui Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>6</sup>.

O termo corrupção advém da palavra latina *corruptio*<sup>7</sup> que significa a explosão do interior de uma fruta, em virtude da podridão do seu âmago.

Mas como se não bastasse este mal que atinge o serviço público, os servidores vêm sofrendo recentemente os reflexos de uma política neoliberal que impõe uma reestruturação da máquina administrativa, notadamente por meio

<sup>3</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *op. cit.* p. 322.

<sup>4</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *op. cit.* p. 322.

<sup>5</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Corrupção e democracia*. Revista de Direito Administrativo. out/dez. 2001. n° 226. p. 213 Rio de Janeiro. Trimestral. ISSN 0034-8007.

<sup>6</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *op. cit.* p. 213.

<sup>7</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *op. cit.* p. 213.

das privatizações das atividades do Estado, sob o argumento de otimização da prestação dos serviços públicos não essenciais à população.

João Batista Gomes Moreira<sup>8</sup> esclarece que a transferência do patrimônio público, para os cuidados da iniciativa privada têm desprestigiado a Administração pública, e que, infelizmente, esta orientação alcança predominantemente visões que alcança os responsáveis pela execução das atividades estatais, ou seja, os servidores públicos. Destaca ainda, que a mídia leva à população imagens distorcidas da realidade, noticiando privilégios afetos aos servidores em contrapartida a ineficiência e o alto custo para os cofres públicos gerados por eles. Esta mesma mídia, prestadora de serviço público, não divulga com a mesma ênfase os lucros recordes das instituições financeiras privadas e o resultado nocivo que as especulações financeiras trazem à sociedade.

“O serviço público de comunicação de massa, contraditoriamente, divulga os ‘privilégios’ pessoais dos servidores e a ‘ineficiência’ e ‘alto custo’ da Administração Pública, ao mesmo tempo em que omite os ‘lucros astronômicos dos grandes bancos’ e a ‘acumulação anti-social gerada pelas aplicações financeiras puramente especulativas’”.<sup>9</sup>

A prof<sup>a</sup>. Sandra Pires Barboza<sup>10</sup>, de quem recebi as primeiras lições de Direito Administrativo, aponta para a globalização como fator propulsor da reestruturação do Estado. Como bem argumenta “A globalização exige, como já ressaltado, a estabilização das macroeconomias e a redução da presença do Estado no campo econômico. Tais demandas requerem, inevitavelmente, a adoção de ajustes estruturais e privatizações.”

Juan Carlos Cassagne<sup>11</sup> leciona que o desaparecimento do Estado benfeitor tem introduzido no sistema de governo de Estados Europeus e da América Latina “determinados princípios como o da liberdade de mercado” que podem

---

<sup>8</sup> MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 200/202.

<sup>9</sup> MOREIRA, João Batista Gomes. *op. cit.* p. 200/201.

<sup>10</sup> BARBOSA, Sandra Pires. *Impacto da globalização sobre o princípio da eficiência*. Revista de Direito Administrativo. v. 224. p. 202. abr/jun.2001. Trimestral. ISSN 0034.8007.

<sup>11</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo I*. 5 ed. actual. con las modificaciones introducidas por la Reforma Constitucional de 1994. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997 p. 69. Segundo o referido autor: “La desaparición del *Estado benefactor*, cuya estructura modélica continúa aún formalmente vigente en muchas constituciones políticas de este siglo, si bien no ha plasmado aún en todos los textos constitucionales aunque muchos han incorporado determinada por los programas y planes puestos en práctica por los gobiernos de los Estados principalmente de Europa y, actualmente, de América Latina, que han hincado intensos procesos de transformación del Estado y de sus estructuras fundamentales.”

ser constatados “pelos programas e planos postos em prática”. Estes programas têm dado início à “intensos processos de transformação do Estado e de suas estruturas fundamentais.”

É neste contexto que se exige do Servidor Público uma conduta, ao mesmo tempo, proba, ilibada, vinculada aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e por outro lado uma inexorável adaptação a uma estrutura que desprestigia suas habilidades e competências, e que se caracteriza pela escassez de recursos financeiros e materiais, inculcando no imaginário coletivo a falsa idéia propagada pela mídia.

No presente trabalho monográfico versaremos acerca do Servidor Público e a probidade administrativa, que se constitui, certamente, em um dos fatores mais reveladores da sociedade.

## **1. DO SERVIDOR PÚBLICO**

### **1.1 PRINCÍPIOS AFETOS AO SERVIDOR PÚBLICO**

#### **1.1.1 PREVISTOS NA VIGENTE CARTA POLÍTICA**

De acordo com o art. 37, *caput*, da nossa atual Constituição Federal<sup>12</sup>, a atuação da Administração Pública e, por conseguinte, a dos seus agentes<sup>13</sup>, entre ele os Servidores Públicos, são balizados pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Seguindo a ordem disposta pelo art. 37, *caput*, falaremos de início no princípio da legalidade. Considerado o princípio basilar do Estado Democrático de Direito<sup>14</sup> o princípio da legalidade surge com o advento da Revolução Fran-

<sup>12</sup> O *caput* do Artigo da CRFB/1988 possui a seguinte redação, *verbis*: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

<sup>13</sup> Em que pese as diversas classificações dadas pela doutrina acerca da terminologia dos termos, usaremos, indistintivamente o termo agentes públicos e servidores públicos como sinônimos. Para um maior aprofundamento sobre o tema, sugerimos uma leitura da obra de Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo brasileiro*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 73/80, que traz um estudo detalhado sobre o assunto.

<sup>14</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 2 ed. rev. e atual nos termos da Reforma constitucional (até a Emenda Constitucional nº 35, de 20.12.2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 419; PIETRO, Maria Sylva Zanella di. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 20-23; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11 ed. rev., atual e amp. de acordo com as Emendas Constitucionais 19 e 20, de 1998. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 58; SOUZA PINTO, Antônio Carlos Lombardi de. *Improbidade administrativa: uma violação dos princípios da administração pública*. Revista Jurídica. São Paulo. nº 256. p. 26/36. fev.1999. Mensal.

cesa. Na época anterior a Revolução o Rei governava sem limites. Neste período a lei era a vontade do rei. Esta forma causava uma instabilidade institucional e social, dando origem a uma série de desrespeitos aos direitos individuais e fundamentais do cidadão. Com a Revolução Francesa surgiu o primado da lei. Doravante a sociedade que ficava a mercê da vontade do rei, que por sua vez era agraciado pelo poder divino, passou a ter suas relações efetuadas sob o pálio da lei, *lato sensu*. Surge o que se denominou de Império da Lei.

Inobstante a crítica de Paulo Otero<sup>15</sup>, o princípio da legalidade, constitui num dos princípios basilares do Estado democrático de Direito, servindo de amparo ao cidadão contra os eventuais desmandos das autoridades públicas.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández<sup>16</sup>, ensinam que o Direito Administrativo é fruto da manifestação e da concepção jurídica da Revolução Francesa. Neste novo Estado o governante se submetia as leis, gerais e abstratas, previamente estabelecidas, sob pena de sofrer severas sanções.

De acordo com este o princípio da legalidade o Estado, e conseqüentemente os seus agentes, só podem agir nos estritos termos da lei. Não podendo nem mais, nem menos do que a lei dispuser, pois ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, como estabelece o inciso II, do art. 5º da CRFB/1988.

Esta forma de atuar do Estado torna os atos praticados por seus agentes em atos vinculados.

A propósito Hely Lopes Meirelles<sup>17</sup> discorre:

“A *legalidade*, como princípio de administração (CF, art. 37 *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. Na

---

<sup>15</sup> OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.089. Adverte o Prof. português que: “A configuração da legalidade como padrão de conformidade de actuação administrativa não pode fazer esquecer o desenvolvimento de uma actividade administrativa contra legem e a própria existência de habilitações jurídico-positivas de actuação contra legem.”

<sup>16</sup> ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas Ediciones, S.L., 2000. p. 28.

<sup>17</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 28 ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 86.

Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’.”

O segundo princípio esculpido no art. 37, *caput*, da CRFB/1988, é o da impessoalidade. De acordo com este princípio os atos e as ações praticadas pelo administrador público não devem ser imputados a este, que é, apenas e tão somente, o responsável por sua execução. O Servidor Público é um executor dos atos do Estado necessários a promoção do bem comum a todos os cidadãos. Desta forma “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário”.<sup>18</sup>

Diferentemente de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>19</sup>, que identifica no princípio da impessoalidade uma sinonímia com o princípio da isonomia, ao dizer que: “o princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.” Hely Lopes Meirelles<sup>20</sup> declara que o princípio da impessoalidade não passa do princípio da finalidade, segundo o qual o administrador público só pode praticar os atos necessários a consecução dos objetivos traçados pela norma. Afirma, também, que a finalidade do ato é alcançada quando o interesse público é atingido. Para este doutrinador “a finalidade terá sempre um objetivo certo e mafastável de qualquer ato administrativo: o *interesse público*.” Para ele só atribuindo outra interpretação ao princípio ora analisado é que se teria consequência coincidente com a proposta de Celso Antônio B. de Mello, *supra* mencionada. Reconhece, todavia, que esse princípio “também deve ser entendido para excluir a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas.”

A Prof. Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>21</sup> lembra-nos que o referido princípio em seu cerne, está contido implicitamente no inciso, III, parágrafo único do art. 2º da lei 9.784/99, que regula o processo administrativo, correspondendo a ambos os entendimentos expostos acima. O citado dispositivo possui a seguinte

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da. *op. cit.* p. 647.

<sup>19</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.* p. 70.

<sup>20</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.* p. 89/90.

<sup>21</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 71-72.

redação, *verbis*: “objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades”.

Não há a aplicação do princípio da impessoalidade, no sentido definido por José Afonso da Silva, quando se constata a prática de atos por agente irregularmente investido, como advogam Antônio Carlos Lombardi de Souza Pinto<sup>22</sup> e Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>23</sup>.

O terceiro princípio disposto no *caput* do art. 37 da CRFB/88 é, talvez, depois do princípio da legalidade, o mais importante e o que mais se relaciona com o dever de probidade administrativa. Estamos a falar do princípio da moralidade administrativa.

O Prof. Caio Tácito<sup>24</sup> atesta que a observância à moralidade pública no nosso ordenamento jurídico surgiu no Decreto nº 19.398/1930, que instituiu o regime militar, em seu art. 7º, mantinha vigentes as leis, as obrigações e os direitos no âmbito da administração pública “salvo os que submetidos a revisão, contra venham o interesse público e a moralidade administrativa.”

A moralidade no âmbito da Administração Pública tem por fulcro a obrigação da boa administração, a preservação dos bons costumes e o ideal de equidade na relação do interesse público com o privado<sup>25</sup>.

Tratando-se da recente história do Brasil, em particular, ressalta Caio Tácito<sup>26</sup> “A crise política que levou ao *impeachment* do Presidente Collor colocou em destaque o princípio da moralidade ameaçado ou violado pela corrupção administrativa.”

O princípio da moralidade, que tem sua gênese no Direito Civil, fixa suas raízes, num primeiro instante, na teoria do abuso de poder, para num segundo momento relacionar-se com a teoria do enriquecimento ilícito, conforme leciona Emerson Garcia<sup>27</sup> “sempre se buscou envolver a regra jurídica em uma atmosfera axiológica própria das regras de coexistência humana.”

---

<sup>22</sup> SOUZA PINTO, Antônio Carlos Lombardi de. *op. cit.* p. 27.

<sup>23</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *op. cit.* p. 71.

<sup>24</sup> TÁCITO, Caio. *Moralidade Administrativa*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. v. 218. p. 1, out/dez. 1999. Trimestral. ISSN 0034-8007.

<sup>25</sup> TÁCITO, Caio. *op. cit.* p. 2.

<sup>26</sup> TÁCITO, Caio. *op. cit.* p. 2.

<sup>27</sup> GARCIA, Emerson. *A moralidade administrativa e sua densificação*. Revista da AJUFE. Brasília. nº 79. p. 41. jan/jun.2005. Semestral.

Antônio José de Mattos Neto<sup>28</sup>, com escólio no magistério de Maurice Hauriou, diz que a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum, mas antes com a moralidade jurídica. Esclarece que o agente público, ao praticar o ato administrativo, “deve distinguir entre o lícito e o ilícito, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente.” Cabendo-o ainda ter “por base a relação humana, deve traçar a linha divisória entre o Bem e o Mal o honesto e o desonesto.”

Sob esta ótica, o exercício do que é público, pelo Servidor deve estar associado a um comportamento ético, caso contrário dificilmente conseguirá respeitar a moralidade pública.

Hodiernamente o princípio da moralidade exige que o ato praticado pelo Servidor Público não seja apenas legal, mas que também seja comportável com a honra, a dignidade e/ou o decoro que o *múnus* público requer. Antônio Carlos Lombardi de Souza Pinto<sup>29</sup> assim dispõe:

“Além dos atos que se revestem de aparente legalidade, mas escondem um desvio de finalidade incompatível com a ordem jurídica e o interesse público, hoje, na nação de ato atentatório à moral administrativa incluem-se aqueles em que o procedimento seja incompatível com a honra, dignidade ou decoro do cargo.”

Há de se terem em mente que o princípio da moralidade não se resume a uma simples declaração, “sua observância é obrigatória”, adverte Uadi Lammêgo Bulos<sup>30</sup>, e acrescentando aduz: “estando sujeita a controle judicial. Violá-lo é lesar a Constituição.”

De fato a inobservância do princípio da moralidade dá ensejo à punição severa prevista no §4º do art. 37, da nossa Carta Magna, objeto de estudo mais adiante.

O princípio que se segue ao da moralidade é o da publicidade. De acordo com este princípio os atos e provimentos a cargo dos servidores públicos, de-

---

<sup>28</sup> MATTOS NETO, Antônio José. *Responsabilidade civil por improbidade administrativa*. Revista de Direito Administrativo. v. 210. p. 159/170. out./dez. 1997. Trimestral. ISSN 0034.8007.

<sup>29</sup> SOUZA PINTO, Antônio Carlos Lombardi de. *op. cit.* p. 27.

<sup>30</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 35/2001. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 578.

vem ser levados ao conhecimento de toda a sociedade. É por força deste princípio, v. g., que as audiências, salvo as exceções legais, são realizadas na presença de quantos queiram e possam dela participar.

A idéia da publicidade dos atos e provimentos dos servidores públicos remota a *pólis* grega na qual as decisões eram tomadas por deliberação do povo, ou de seus representantes, em praça pública e em plena luz do dia.

Em Roma antiga, ante ao seu vertiginoso crescimento, as decisões administrativas, legais e judiciais eram publicadas em pergaminhos que ficavam afixados nas praças e nos prédios públicos.

Oriundo desta época, até hoje se cultiva esta forma de se dá conhecimento aos administrados, por meio da publicação dos atos nos Diários Oficiais, pois há de serem sempre translúcidos.

A inobservância do princípio da publicidade pelo Servidor Público enseja, nos termos do inciso IV, do art. 11, da lei 8.429/92, ato de improbidade, pois de acordo com o citado dispositivo legal:

“Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições e notadamente:

(...) *omissis*:

IV – negar publicidade aos atos oficiais.”

Não podemos olvidar que o princípio em apreço encontra-se implicitamente estabelecido nos incisos XIV, XXXIII e LX todos do art. 5º da nossa atual Carta Magna.

Por último temos, que não por coincidência o último princípio a ser introduzido no texto constitucional – E. C. 19/98, que é o princípio da eficiência, advindo, fundamentalmente das demandas Sociais, tão marcante ao nosso tempo.

Com o advento do neoliberalismo surge um novo Estado, que exige uma redução de sua atuação na esfera privada. O processo de globalização fez com que este Estado mínimo, se tornasse mais ágil na execução das atividades básicas à população. Foi neste contexto, redução da *manus* estatal, bem como a transferência à iniciativa privada da parte não-essencial, que surgiu o princípio da eficiência, cerne do novo modelo gerencial implantado no lugar do modelo burocrático.

Uadi Lammêgo Bulos<sup>31</sup> considera que o objetivo desta mudança é implantar uma “Administração Pública de resultados.” De acordo com o Prof., este modelo baseia-se num paradigma gerencial, que visa uma maior “efetividade dos serviços prestados à população, bem como definir o núcleo estratégico do Estado.” Desta forma a atuação do Estado seria caracterizado por “políticas públicas e do equacionamento financeiro da máquina administrativa” pautados no equilíbrio fiscal.

A Prof. Sandra Pires Barbosa<sup>32</sup> afirma que do Plano Diretor, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE/1995, sobressai “a de transformar a administração pública burocrática, altamente ineficiente, numa administração pública gerencial, voltada para atender com eficiência o cidadão e restringir custos desnecessários.”

Luis Cosculluela Montaner<sup>33</sup> refere-se ao princípio da eficiência como sendo essencial a toda e quaisquer organizações, inclusive a organização pública, considerando que “à uma adequada política de gasto em relação ao serviço a prestar”, vincula-se a qualidade do que é oferecido.

Com relação às transformações a que o Estado vem sendo submetido, Juan Carlos Cassagne<sup>34</sup> esclarece que foi no fim da segunda metade do século passado que se deu, em vários países, uma mudança profunda com relação ao papel exercido pelo Estado na sociedade.

Para Franco Bassi<sup>35</sup> o princípio da eficiência é fundamental ao exercício da atividade pública. Explica que a “Administração Pública deve aplicar nas

<sup>31</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *op. cit.* p. 568.

<sup>32</sup> BARBOSA, Sandra Pires. *op. cit.* p. 205.

<sup>33</sup> MONTANER, Luis Cosculluela. *Manual de Derecho Administrativo*. 8 ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 177. Aduz o referido autor “Junto al principio de eficacia, el artículo 3.2 LPC establece también el de *eficiencia*, que hace referencia a una adecuada política de gasto en relación al servicio a prestar. Principio que en la legislación anterior se denominaba de *economía* y que ha retomado la LOFAGE, peniéndolo en relación la suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales, y considerándolo un principio de organización, mientras que ele de eficiencia se establece como un principio de funcionamiento (art. 3).”

<sup>34</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *op. cit.* p. 61.

<sup>35</sup> BASSI, Franco. *Lezioni di Diritto Amministrativo*. 4 ed., reveduta e ampliata. Milano: Dott. A. Giuffré, 1995. p. 63/64. Segundo o qual: “Il terzo principio fondamentale riguardante l’attività amministrativa è quello di buona amministrazione, (...). Secondo tale principio la P. A. deve usare, nella propria azione, la medida diligenza e la media intelligenza e deve rispettare le c. d. regole di buona amministrazione in modo da assicurare l’efficienza dell’attività amministrativa.”

suas ações a diligência e a inteligência média de um administrador comum, garantindo a eficiência na prestação dos serviços públicos.”

Fruto do novo modelo de Estado, o princípio da eficiência visa a satisfação do contribuinte a partir da equalização entre os meios empregados e o resultado obtido, ou seja a Administração Pública age tendo em mente que a satisfação do cidadão deve ser alcançada por meio da racionalização dos recursos público utilizados para tal.

Neste desiderato, José Afonso da Silva:<sup>36</sup>

“... a *eficiência administrativa* se obtém pelo melhor emprego dos recursos e maiôs (humanos, materiais e institucionais) para melhor satisfazer às necessidades coletivas num regime de igualdade dos usuários. Logo, o *princípio da eficiência administrativa* consiste na organização racional dos méis recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade em condições econômicas de igualdade dos consumidores.”

Pressupõe que o administrador público mantendo-se atualizado constantemente, utiliza os meios mais adequados à obtenção da satisfação do cidadão, reduzindo os custos e desperdícios que encarecem o processo de execução das atividades e entram o desenvolvimento, como induz a lição de Luciano Henrique da Cruz Cerijido<sup>37</sup>

Registramos, por oportuno, a posição solitária de Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>38</sup>, para quem o princípio da eficiência não passa de simples adorno ao art. 37, que apesar de totalmente desejável, apresenta-se de difícil controle pelo Direito.

## **1.2 CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS**

### **1.2.1 CONCEITO**

O Estado para adquirir direitos e contrair obrigações age como pessoa. Esta personificação do Estado se dá por meio de seus representantes legais, que praticam os atos necessários a consecução do bem comum.

---

<sup>36</sup> SILVA, José Afonso da. *op. cit.* p. 651/652.

<sup>37</sup> CERIJIDO, Juliano Henrique da Cruz. *O princípio constitucional da eficiência na Administração Pública*. Revista de Direito Administrativo. v. 226. p. 232. out/dez.2001. Trimestral. ISSN 0034-8007.

<sup>38</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *op. cit.* p. 75.

Kildare Gonçalves Carvalho<sup>39</sup> adverte que inobstante o Estado pratique atos públicos e atos privados, o Estado é uno.

“Advirta-se, contudo, que a dupla personalidade do Estado tem sido questionada. É que o Estado detém uma personalidade única, ainda quando sua atividade possa se diversar. O Estado, como pessoa, é unívoco, seja ao atuar no exercício do poder de império, seja ao praticar atos de gestão privada.”

O Estado age por meio de órgãos públicos, que, por sua vez, se fazem valer de seus agentes para externar a vontade da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.<sup>40</sup>

A doutrina costuma classificar os Servidores Públicos como espécie do gênero Agente Público, do qual se sobressaem, ainda, os Agentes Políticos, Agentes Administrativos, Agentes Honoríficos, Agentes Delegados e Agentes Credenciados.<sup>41</sup>

O conceito de Servidor Público formulado por Maria Sylvia Z. di Pietro<sup>42</sup> engloba todas “as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos.”

De acordo com Celso Antônio B. de Mello<sup>43</sup> o Texto Constitucional determina que Servidor Público:

“... é a designação genérica ali utilizada para englobar, de modo abrangente, todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho *profissional* com as entidades governamentais, integrados em cargos ou empregos da União, Estado, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de direito público.”

<sup>39</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional positivo*. 11 ed. rev., atual. e ampl. conforme a Reforma do Judiciário – Emenda Constitucional n. 45/04. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 78/80.

<sup>40</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *op. cit.* p. 565.

<sup>41</sup> Vide à guisa de exemplo: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.* p. 175/177; MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.* p. 73/80; PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *op. cit.* p. 431/437.

<sup>42</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *op. cit.* p. 433.

<sup>43</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.* p. 179.

Roberto Dromi<sup>44</sup> instrui que os serviços públicos fazem parte das funções administrativas do Estado. De acordo com seu magistério, se formos analisar os conceitos desenvolvidos pela doutrina, constataremos que todos apontam em comum para uma prestação técnica com fulcro na satisfação das necessidades públicas e sob a responsabilidade da administração.

Para concretizar os seus atos o Estado age por meio de representantes denominados de Agentes Públicos. Estes por sua vez se ramificam em outras espécies de agentes, entre ele a dos Servidores Públicos, *in casu*, civis.

### **1.2.2 INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO**

De acordo com o art. 37, inciso I e II, o ingresso no serviço público se dá por meio de realização e conseqüente aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma determinada em lei. Desta forma é assegurado aos brasileiros natos e aos estrangeiros legalmente habilitados, o acesso aos cargos, empregos e funções públicas, desde que sejam preenchidos os requisitos legais exigidos.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes<sup>45</sup> informa que o ingresso no serviço público, nos Estados Democráticos, é regido pelo “princípio da ampla acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas.”

O art. 11 da Lei 8.112/90, determina que o concurso público, de provas ou de provas e títulos, poderá ser efetuado em duas etapas, respeitadas as peculiaridades legais e respectivos planos de carreira. A participação do cidadão é condicionada ao pagamento da taxa de inscrição estabelecida no edital de abertura, devendo ser cobrada quando indispensável ao custeio do certame, observadas as hipóteses de isenção. Estes deverão constar expressamente no Texto do Edital.

O certame que terá validade de até dois anos, poderá, por igual prazo, se do interesse da administração, ser renovado, não se abrindo novo concurso

---

<sup>44</sup> DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 5 ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996. p. 531. Segundo o autor: “Los servicios públicos se encuentran dentro de las funciones administrativas. (...) Si analizamos las definiciones de servicio público formulados por la doctrina, veremos que en todas ellas existe un denominador común de prestación técnica para satisfacción o necesidad pública, a cargo de una organización pública.”

<sup>45</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Concurso público: o valor da taxa de inscrição*. Fórum Administrativo-Direito Público-FA. Belo Horizonte, ano 5, nº 51, p. 5505, mai.2005. Mensal. ISSN 1678-8648.

enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado.

Uma vez habilitado o concursado será investido no cargo, obedecida rigorosamente a ordem de classificação e a existência de vagas, através do processo que envolve a nomeação e posse, ocasião em que assinará o respectivo termo, no qual constará suas atribuições, deveres, responsabilidades e direitos inerentes ao cargo ocupado. A posse, que poderá ser efetuada por meio de procuração específica, ocorrerá no prazo fatal de trinta dias da data da publicação do ato de provimento na imprensa oficial. Oportuno lembrar que a Administração tem discricionariedade no que concerne à efetivação da nomeação. Resaltamos, ademais que só ocorre posse nos casos de provimentos de cargos por nomeação.

Adverte Hely Lopes Meirelles<sup>46</sup> que o concurso é o instrumento técnico de que dispõe a Administração Pública para adquirir moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público, propiciando a todos, condições de ingresso. Afirma o Prof. que é através do concurso público que se afastam “os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos.”

Não podemos perder de vistas que o concurso público ainda seleciona, pelo menos em tese, os candidatos mais capazes entre os que habilitaram no certame.

As funções de confiança, inciso V, do art. 37, da CRFB/1988, serão exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo. Com relação aos cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, serão preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos estabelecidos em lei, sendo reservados apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>47</sup> esclarece que tanto nas hipóteses de cargo em comissão quanto nos casos de cargo de confiança, “o provimento é de competência do Chefe de Poder de Estado ou do dirigente de entidade constitucional ou legalmente autônoma, em caráter discricionário, temporário e precário.”

<sup>46</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.* p. 412.

<sup>47</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo. Parte introdutória – Parte Geral e Parte Especial*. 13 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 286.

### 1.2.3 DIREITOS INERENTES AOS SERVIDORES PÚBLICOS

Aos Servidores Públicos civis são assegurados os direitos sociais estabelecidos nos incisos IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; e XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência, todos do art. 7º, da CRFB/1988, conforme determina o § 3º, do art. 39 da nossa Carta Política atual. Além destes, a doutrina costuma apresentar como direitos dos Servidores Públicos as férias, vencimentos/remuneração e aposentadoria.<sup>48</sup>

Acrescenta, ainda, a Prof. Maria Sylvania Z. di Pietro<sup>49</sup>, as licenças, assistência, direito de petição e disponibilidade.

Hely Lopes Meirelles<sup>50</sup> explica-nos que os direitos dos Servidores Públicos são consequência do exercício da função pública, e que os mesmos estão

---

<sup>48</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.* p. 447/448; PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. *op. cit.* p. 492; MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *op. cit.* p. 223/225.

<sup>49</sup> PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. *op. cit.* p. 492.

<sup>50</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.* p. 447/448.

previstos na Constituição ou na respectiva lei da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Na esfera Federal, *v. g.*, dispõe o art. 95<sup>51</sup>, da Lei 8.112/90, que o servidor poderá ausentar-se do País, pelo prazo máximo de quatro anos em virtude de missão ou para a realização de estudos, sem ônus para administração, para tanto far-se-á necessária à autorização do Presidente da República, Presidentes da Câmara e do Senado e do Presidente do STF.

#### **1.2.4 OBRIGAÇÕES DOS SERVIDORES PÚBLICOS**

As obrigações ou deveres dos Servidores Públicos vêm estabelecidos na legislação a que estiver vinculado. No âmbito da União, o art. 116, da Lei 8.112/90 assim dispõe sobre os deveres do Servidor: I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; II - ser leal às instituições a que servir; III - observar as normas legais e regulamentares; IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; V - atender com presteza: a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo; b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal; c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública; VI - levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo; VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público; VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição; IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa; X - ser assíduo e pontual ao serviço; XI - tratar com urbanidade as pessoas; XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

#### **1.2.5 SANÇÕES IMPOSTAS AO SERVIDOR PÚBLICO INFRATOR**

De acordo com o art. 127, da Lei 8.112/90, incisos I a VI, as sanções aplicáveis aos Servidores Públicos vão desde a advertência, até a destituição de cargo comissionado, passando pela pena capital, a demissão.

<sup>51</sup> O referido artigo possui a seguinte redação: Art. 95. O servidor não poderá ausentar-se do País para estudo ou missão oficial, sem autorização do Presidente da República, Presidente dos Órgãos do Poder Legislativo e Presidente do Supremo Tribunal Federal.

“Art. 127. São penalidades disciplinares:

I - advertência;

II - suspensão;

III - demissão;

IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

V - destituição de cargo em comissão;

VI - destituição de função comissionada.”

Determina o art. 128, da mesma Lei, que para se efetuar a aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais. Em seu parágrafo único, estabelece que o ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar.

A penalidade de advertência, art. 129, será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do artigo 117, incisos I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato; II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição; III - recusar fé a documentos públicos; IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço; V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição; VI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado; VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político; VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil; e XIX - recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado. A advertência somente será aplicada quando ocorrer inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave.

A pena de suspensão, disposta no art. 130, § 1º, estabelece que será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias. Será aplicada a princípio por 15 dias, e, o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, terá os efeitos da penalidade cessada uma vez cumprida a determinação.

A pena capital, demissão, prevista no art. 132, será aplicada nos seguintes casos: I - crime contra a administração pública; II - abandono de cargo; III - inassiduidade habitual; IV - improbidade administrativa; V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; VI - insubordinação grave em serviço; VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos; IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; XI - corrupção; XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do artigo 117<sup>52</sup>.

Em se tratando de ato de improbidade administrativa o Servidor Público terá, ainda, a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e a obrigação do ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, conforme dispõe o § 4º, do art. 37, da CRFB/1988.

Vale ressaltar aqui a assertiva de Fábio Medina Osório<sup>53</sup>: “os direitos políticos sofrem limitações cujas raízes se assentam na ordem constitucional, pois nenhum princípio ou direito fundamental é desprovido de limites.”

## **2. PROBIDADE ADMINISTRATIVA**

### **2.1 DEFINIÇÃO**

Conceituar ou definir não é uma tarefa das mais fáceis, talvez por este motivo que existam tantas divergências e peculiaridades quando se trata de ajuizar determinados fenômenos, coisas, seres e objetos.

<sup>52</sup> De acordo com os incisos IX a XVIII, do art. 117, da Lei 8.112/90, é vedado ao Servidor Público: IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública; X - participar de gerência ou administração de empresa privada, sociedade civil, salvo a participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação do capital social, sendo-lhe vedado exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro; XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições; XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro; XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas; XV - proceder de forma desidiosa; XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares; XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias; XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho.

<sup>53</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *As sanções da lei 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa*. Revista Jurídica. n° 259. p. 20. mai.1999. Mensal.

“A definição é, portanto, meio para fim que não consiste somente em indicar a significação de um nome, mas em precisá-lo pela determinação de seu conceito”, já dizia Irineu Strenger<sup>54</sup>.

“Definir (do latim: *definire*). É o mesmo que dizer tudo em poucas palavras. É dizer algo em forma de síntese. Não é absolutamente tarefa fácil. Daí a razão por que as definições sempre são incompletas.”, alerta Edgar Carlos de Amorim<sup>55</sup>.

As leis 8.112/90 e 8.429/92 não definem o que é probidade, mas dão alguns indícios do que seja ao punir o Servidor que se vale do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública (art. 117, IX, da Lei 8.112/90) ou as condutas relacionadas nos arts. 9, 10 e 11 da Lei. 8.429/92.

Segundo Caio Tácito<sup>56</sup>, a probidade pode ser conceituada como sendo “a norma que rege a conduta do agente público como elemento subjetivo na prática do serviço público.”

Juarez Freitas<sup>57</sup>, por sua vez, considera que a probidade, na órbita da Administração Pública é um princípio responsável pela vedação de atos ilegais praticados contra a Administração Pública, atos estes praticados por agentes públicos, *lato sensu*, senão vejamos: “... o princípio da probidade administrativa consiste na proibição de atos desonestos ou ilegais para com a Administração Pública, praticados por agentes seus ou terceiros, com os mecanismos sancionatórios inscritos na Lei nº 8.429/92.”

Em consonância, Maria Sylvia Z. di Pietro<sup>58</sup> explica que o princípio da probidade já constava do Decreto-lei nº 2.300/86, art. 3º, definindo-o como sendo o modo de proceder com honestidade.

---

<sup>54</sup> STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado – Parte Geral*. 2 ed. aum. São Paulo: RT, 1991. 1 v. p. 33.

<sup>55</sup> AMORIM, Edgar Carlos de. *Direito Internacional Privado*. 2 ed. rev., atual. e aum. com o Estatuto do Estrangeiro. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 8.

<sup>56</sup> TÁCITO, Caio. *Improbidade administrativa como forma de corrupção*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador. CAJ – Centro de atualização Jurídica, v. I., nº 8, nov, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acessado em 26/10/05.

<sup>57</sup> FREITAS, Juarez. *Do princípio da probidade administrativa e sua máxima efetivação*. Revista de Direito Administrativo. v. 204, p. 70/71, abr/jun.1996. Trimestral. ISSN 0034-8007.

<sup>58</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *op. cit.* p. 305.

Desta feita, considerar-se-á a probidade administrativa o princípio constitucional implícito que obriga o agente público a agir com retidão no trato da *res pública*, sob pena da suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.

## **2.2 DOS ATOS CONTRÁRIOS À PROBIDADE ADMINISTRATIVA**

### **2.2.1 DAS MODALIDADES DE ATOS ÍMPROBOS**

A improbidade administrativa configura-se por meio da prática de três tipos de atos, classificados segundo a repercussão que alcançam. Causando como reflexo da prática do ato ímprobo poderão ocorrer: a) ao patrimônio do Servidor; b) em prejuízo ao erário público; e c) a Administração Pública como um todo. Estas hipóteses serão objeto de nosso estudo.

### **2.2.2 DOS ATOS ÍMPROBOS QUE PROVOCAM O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO**

Se ao cometer o ato ímprobo, o agente público obtém vantagem patrimonial, está praticando atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito.

De acordo com o art. 9º, da Lei 8.429/92, constitui ato de improbidade administrativa resultando em enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Segundo George Sarmento<sup>59</sup>, após analisar as hipóteses relacionadas nos incisos I a XII do supracitado artigo, “o enriquecimento ilícito é a manifestação mais expressiva da improbidade administrativa no exercício de cargos públicos.” De acordo com sua análise o auferimento ilegal relaciona-se com as duas outras espécies de improbidade, vejamos:

“o enriquecimento ilícito mantém vários canais de intercomunicação com as demais espécies de improbidade administrativa, pois locupletamento do agente público implica, invariavelmente, prejuízos ao erário e violação aos princípios da administração pública.”

---

<sup>59</sup> SARMENTO, George. *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 84.

Juarez Freitas<sup>60</sup> adverte que as sanções aplicáveis nos casos de enriquecimento ilícito do Servidor, quando do exercício de seu mister, “precisam ser aplicadas de modo global, em função da gravidade do ato praticado.”

### **2.2.3. DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE PROVOCAM PREJUÍZOS AO ERÁRIO**

De acordo com o art. 10, da Lei 8.429/92, configura-se ato de improbidade administrativa que provoca lesão aos cofres públicos qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei.

O referido dispositivo estabelece nos incisos I a XV situações que configuram o tipo de improbidade em apreço.

Nestas hipóteses o Servidor Público pratica um ato danoso ao patrimônio público, atingido a *res pública*.

O ato pode ser comissivo ou omissivo, bem como doloso ou culposo. Configurar-se-á ato ímprobo, nesta modalidade, quando o agente, no que é de sua competência, pratica, age ou deixa de praticar, de agir e, desta forma, acarrete um prejuízo ao erário público. A ação ou omissão pode se dar visando ou não a consecução do fim danoso à Administração Pública. Na primeira hipótese teremos o elemento subjetivo do tipo que é o dolo. Agindo, o Servidor com sua ação ou omissão, provoca uma perda patrimonial à Administração Pública.

D’outra forma, se o agente não previu o prejuízo a ação ou omissão terá ocorrido por culpa, imperícia ou imprudência do Servidor Público.

Com relação às sanções incidentes sobre tais casos Juarez Freitas<sup>61</sup>, apesar de considerá-las graves, ver que estas são menos graves quando ocorre a conduta culposa.

Aduz George Sarmiento<sup>62</sup>:

“Ao contrário do enriquecimento ilícito, que só admite a conduta dolosa, a imposição de danos ao patrimônio público também pode ser culposa -

---

<sup>60</sup> FREITAS, Juarez. *O princípio jurídico da moralidade e a Lei de improbidade administrativa*. Fórum Administrativo-Direito Público-FA. Belo Horizonte, ano 5, n° 48. p. 5083 fev. 2005. Mensal. ISSN 1678-8648.

<sup>61</sup> FREITAS, Juarez. *op. cit.* p. 5084.

<sup>62</sup> SARMENTO, George. *op. cit.* p. 92.

se o ato denotar negligência, imprudência ou imperícia do agente público. Nas duas situações, o agente público é pessoalmente responsabilizado pelos prejuízos infligidos ao erário, mediante a aplicação de sanções como o ressarcimento integral do dano, multa cível e suspensão do direito político.”

#### **2.2.4. DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE CONTRARIAM OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Estabelece o art. 11 da Lei 8.429/92, que o ato de improbidade administrativa viola os princípios da Administração Pública quando há qualquer ação ou omissão que infrinja os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Da exegese deste dispositivo, percebe-se que além dos princípios constitucionais da lealdade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, o Servidor Público não pode desviar seu comportamento de posturas honestas, imparciais, lícitas e leais à Administração Pública.

Vera Scarpinella Bueno<sup>63</sup> instrui que as obrigações previstas no art. 11, da referida norma, visam a vedação da conduta ilícita. Penaliza o agente público de uma forma personalizada e rigorosa em virtude do cometimento do ato ímprobo, inobstante tenha havido prejuízo material ao erário.

“...no caso da aplicação da lei de improbidade, especialmente em se tratando dos deveres impostos pelo art. 11, e ainda que o ato de improbidade também se exteriorize como uma desconformidade objetiva com o ordenamento, é a conduta desonesta do agente que é repreendida pela aplicação das penas da lei de improbidade. O objetivo da lei é penalizar o agente público com uma pena personalíssima e bastante severa pelo desvio deliberado de conduta por ele empreendido, independentemente da ocorrência de dano material ao patrimônio público.”

Contudo, adverte que reprimenda aplicada ao Servidor infrator deve prescindir de uma acurada análise de sua conduta, pois “não é suficiente o mero

---

<sup>63</sup> BUENO, Vera Scarpinella. *O art. 37, §1º, da Constituição Federal, e a lei de improbidade administrativa*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador. CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 6, set. 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acessado em: 26/10/2005.

descumprimento dos deveres legais para que sejam aplicadas as sanções com base no art. 11 da lei.”<sup>64</sup>

Corroborando com esta assertiva, o Prof. Edílson Pereira Nobre Júnior<sup>65</sup> afirma que não é a simples inobservância da regra estabelecida no art. 11, da Lei 8.429/92, que demonstrará a conduta ímproba do agente. Aduz o magistrado federal que “não se pode equiparar, de modo puro e simples, o mero quebrantamento da legalidade com a figura em apreço.”, considerando ser “indispensável que a violação da legalidade esteja acompanhada de deslealdade, ou desonestidade para com o aparato administrativo.”

Não podemos olvidar que em virtude da natureza sancionadora da Lei 8.429/92, a interpretação venha a de ser restritiva, constituindo hipóteses *numerus clausus*, sob pena de ferir o princípio da tipicidade<sup>66</sup>.

### **3. DOS SUJEITOS DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

#### **3.1. SUJEITO PASSIVO**

A exegese das normas sancionadoras do ato ímprobo deixa claro ser o Estado, mais propriamente, os cofres públicos, o sujeito passivo do ato de improbidade.

Edílson Pereira Nobre Júnior<sup>67</sup> observa que o ato praticado pode ter sido em desfavor de qualquer um dos entes da administração Direta ou Indireta, de qualquer ente da Federação. De acordo com o Professor,

“Faz-se preciso que aquele que integra o gênero agente público venha a praticar ato em detrimento da administração Direta ou Indireta, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do distrito Federal, dos Municípios, de territórios e ainda de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação o erário haja concorrido, ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.”

---

<sup>64</sup> BUENO, Vera Scarpinella. *op.cit.*

<sup>65</sup> NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *op. cit.* p. 336-337.

<sup>66</sup> NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *op. cit.* p. 337.

<sup>67</sup> NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *op. cit.* p. 340-341.

Os limites impostos párea as sanções que porventura venham a ser aplicados, vêm expressamente delineados no art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.429/92, na forma a seguir:

“Art. 1º. Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta Lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.”

Emerson Garcia<sup>68</sup> explica que em virtude da concepção subjetiva constante do art. 1º da Lei de Improbidade, o termo administração compreende todas as pessoas jurídicas responsáveis por uma atividade pública, direta ou indireta.

Vale ressaltar que o ente legitimado para intentar a ação reparatória dos danos aos cofres públicos, é justamente, o ente vítima do ato danoso ao erário<sup>69</sup>.

### **3.2. SUJEITO ATIVO**

De acordo com a redação do art. 2º da Lei 8.429/92, considera-se agente público, para os efeitos da Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação

---

<sup>68</sup> GARCIA, Emerson. *Sujeitos dos atos de improbidade: reflexões*. Fórum Administrativo-Direito Público-FA. Belo Horizonte, ano 4, nº 46. p. 4794, dez. 2004. ISSN 1678-8648.

<sup>69</sup> GARCIA, Emerson. *op. cit.* p. 4794.

ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Emerson Garcia<sup>70</sup> constata que a *mens legis* do art. 2º acima, que a idéia de agente público não foi lastreada numa perspectiva simplesmente funcional, mas, ao contrário, definiu com fulcro da identificação do sujeito passivo, já que há “um nítido entrelaçamento entre as duas noções.”

Edílson Pereira Nobre Júnior<sup>71</sup> admite ter havido uma ampliação do conceito doutrinário de agente público, com o advento da Lei nº 8.429/92.

Concluimos que o sujeito ativo do ato de improbidade não é apenas o Servidor Público, nem poderia ser, já que não é somente este que exerce um *munus* público, mas todos aqueles que de alguma forma exercem, direta ou indiretamente, uma função pública, como, *v.g.*, os mesários nas eleições e os membros do júri. Temos, ainda, as pessoas privadas que recebem isenções, ou recursos públicos, e que podem pela malversação da verba recebida através da benesse estatal cometer improbidade.

#### **4. DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO SANCIONADOR DA CONDUTA ÍMPROBA**

##### **4.1. DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

Fruto do princípio da legalidade e do devido processo legal, o procedimento Administrativo Disciplinar – PAD, objetiva à apuração dos atos e fatos praticados por agente público, que no desempenho de suas atividades tenha tido uma conduta ímproba. Sem adentrar-nos as muçgas do ritual do PAD, nos ateremos, nos princípios que o norteia.

Com escólio no magistério de Floriano de Azevedo Marques Neto<sup>72</sup>, identificamos os princípios abaixo como sendo aqueles que norteiam o Procedimento Administrativo Disciplinar: I) do devido processo legal; II) da igualdade; III) da legalidade; IV) da finalidade; V) da motivação; VI) da razoabilidade; VII) da proporcionalidade; VIII) da moralidade; IX) da ampla defesa e contraditório;

---

<sup>70</sup> GARCIA, Emerson. *op. cit.* p. 4803.

<sup>71</sup> NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *op. cit.* p. 341.

<sup>72</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Princípios do processo administrativo*. Fórum Administrativo – Direito Público – FA. Belo Horizonte, ano 4, nº 37, p. 3506-3512. mar. 2004. ISSN 1678-8648.

X) da segurança jurídica; XI) do interesse público; XII) da eficiência; XIII) da formalismo moderado; XIV) da verdade material; XV) da publicidade; XVI) da oficialidade; XVII) da gratuidade; XVIII) da atipicidade; e XIX) da pluralidade de instâncias.

Como dito antes, nos afigura impróprio tratarmos detidamente deste tema, no entanto faremos uma breve análise do princípio nuclear, não só do processo administrativo bem como do processo civil, tributário e penal, isto é, do princípio do devido processo legal.

O devido processo legal é o princípio fundamental das garantias processuais. De origem inglesa tinha anteriormente denominação de *law of the land*, passando, no direito norte-americano, a locução do *due process of law*, molde hoje concebido<sup>73</sup>.

Nelson Nery Júnior<sup>74</sup> é enfático ao dizer: “Em nosso parecer, bastaria à norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa.”

## **4.2. DA REPRIMENDA CRIMINAL PELA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE**

Ao fim e ao cabo do Procedimento Administrativo Disciplinar, uma vez apurado o afeto do agente público, ser-lhe-á imposta uma das sanções previstas nos arts. 127 da lei 8.112/90 e 12 do art. 8.429/92, sem prejuízo do disposto no § 4º, do art. 37, da nossa *Lex Mater*.

Na esfera criminal, tem legitimidade o Ministério Público para apurar qualquer ato ilícito previsto na lei 8.429/92. A atuação do *parquet* poderá se dar *ex officio*, decorrente de requerimento por autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com disposto no art. 14, da citada mesma lei. O órgão ministerial poderá, ainda, requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo (art. 22, da Lei 8.429/92), para tanto terá o prazo prescricional de até cinco dias após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança do agente público (inciso I, do

<sup>73</sup> NASCIMENTO FILHO, Firly. *Princípios constitucionais do Direito Processual Civil*. in PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Coordenadores). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001. p. 313.

<sup>74</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7 ed. rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 p. 32.

art. 23); ou dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego (inciso II, do art. 23)<sup>75</sup>, a bem do serviço público.

Não podemos esquecer que a conduta ímproba poderá ser apurada também por meio da ação popular (art. 5, LXXIII, CRFB/88, e Lei 4.717/65), ajuizada por qualquer cidadão, por constituir-se este em titular do direito subjetivo e objetivo de fazer jus a uma Administração Pública isenta de atos ilícitos, imorais, e desonestos<sup>76</sup>.

Os crimes contra a Administração Pública estão previstos nos artigos 312 a 326, do Capítulo I, do Código Penal<sup>77</sup>, serão aplicados desde que haja Servidores Públicos responsáveis por conduta ímproba.

Registramos que de acordo com art. 326, *caput*, e seus §§ 1º e 2º, considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública (§1º). A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos no Capítulo supramencionado forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público (§ 2º).

<sup>75</sup> Para um maior aprofundamento sobre o tema sugerimos a leitura de COSTA, José Armando da. *Prescrição da falta disciplinar*. Fórum Administrativo-Direito Público-FA. Belo Horizonte, ano 3, nº 33, p. 3055-3063, nov. 2003. ISSN 1678-8648. que informa que a prescritibilidade das punições disciplinares é um “princípio mundialmente sacramentado. (...) ... é necessário que a responsabilização do agente faltoso seja promovida dentro de um certo lapso de tempo, sob pena de serem diluídos os seus medicinais efeitos.”

<sup>76</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *op. cit.* p. 43.

<sup>77</sup> Os crimes previstos no Título XI, Capítulo I do Código Penal, são: a) Peculato - Art. 312.; b) Peculato culposo - § 2º; c) Peculato mediante erro de outrem - Art. 313; d) Inserção de dados falsos em sistema de informações - Art. 313-A; e) Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações - Art. 313-B; f) Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento - Art. 314; g) Emprego irregular de verbas ou rendas públicas - Art. 315; h) Concussão - Art. 316; i) Excesso de exação - § 1º; j) Corrupção passiva - Art. 317; l) Facilitação de contrabando ou descaminho - Art. 318; m) Prevaricação - Art. 319. n) Condescendência criminoso - Art. 320; o) Advocacia administrativa - Art. 321; p) Violência arbitrária - Art. 322; q) Abandono de função - Art. 323; r) Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado - Art. 324; s) Violação de sigilo funcional - Art. 325; t) Violação do sigilo de proposta de concorrência - Art. 326.

## 5. DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO DEVER

Verificamos que a probidade administrativa foi alçada a categoria de princípio constitucional e intra-constitucional pelo nosso legislador em 1988 (Constituinte), bem como pelas Leis 8.112/90 e 8.429/92.

Oriundo do vetusto conceito romano do administrador *probus* e do *improbus*, instrui Hely Lopes Meirelles<sup>78</sup> que o Servidor Público tem o dever de agir de acordo com o princípio probidade.

A Prof. Vera Scarpinella Bueno<sup>79</sup> ressalta que o dever de probidade, espécie do gênero moralidade administrativa, impõe ao agente público o exercício de suas atribuições, com observância aos princípios norteadores da conduta ilibata. Assevera, também que “O dever de probidade é, no sistema brasileiro, a essência para o correto exercício das competências. É a base do “ser estatal”. Não há dever ou poder público que possa ser desempenhado sem probidade.”

Afirma que de acordo com o princípio da probidade administrativa “todos os agentes públicos têm”<sup>80</sup>, que desempenhar suas atividades explorando ao máximo suas potencialidades. Adverte que este dever não recai apenas sobre aqueles que a ordem jurídica delegou. Competência sob uma ótica transversa, corresponde ao dever de “não influenciar e de não ser beneficiado pelo desvio dos fins previstos no sistema.”<sup>81</sup>, em suma é o dever de probidade.

Seguindo o mesmo entendimento aduz José dos Santos Carvalho Filho<sup>82</sup>, para quem o dever de probidade administrativa é o primeiro e provavelmente “o mais importante dos deveres do administrador público.” A atuação do agente público deve, em toda e qualquer situação, ser pautada nos princípios da honestidade e moralidade, esteja este administrando ou mantendo relação com a Administração Pública. Esclarece, ainda que o Servidor Público não pode “cometer favoritismo nem nepotismo, cabendo-lhe optar sempre pelo que melhor servir à Administração.”

<sup>78</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.* p. 104.

<sup>79</sup> BUENO, Vera Scarpinella. *op.cit.*

<sup>80</sup> BUENO, Vera Scarpinella. *op.cit.*

<sup>81</sup> BUENO, Vera Scarpinella. *op.cit.*

<sup>82</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 42.

Vera Scarpinella Bueno<sup>83</sup> é enfática ao instruir que: “Assim, não há agente público no ordenamento jurídico brasileiro que não tenha o dever de estrita observância da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e da probidade.”

O dever de probidade imposta ao agente público, *lato sensu*, visa sua correta atuação, e uma inexorável vinculação dos seus atos a matriz principiológica esculpida na atual Carta Magna, na Lei 8.112/90 e na Lei 8.429/92.

## CONCLUSÃO

Após a apreciação a que nos propomos, verificamos que a atual conjuntura socioeconômica impôs ao Estado reformulações profundas quanto ao papel por ele exercido na sociedade. Sobretudo com o advento da globalização, o Estado Social tem cedido lugar a um Estado com feições que remontam ao vetusto Estado Liberal, atualmente denominado neoliberal.

A doutrina de um Estado neoliberal, prever uma intervenção mínima na vida privada dos seus administrados. No Brasil, esta política evidenciou-se durante os governos do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, que pautado pela metas ditadas pelo Fundo Monetário Internacional – FMI promoveu o maior processo já visto em nosso País de privatizações de empresas estatais, alegando que as mesmas não desempenhavam uma atividade essencial a nação brasileira. Há de haver controvérsias, pois considerar, *v. g.*, o setor de telefonia como não essencial à segurança do país é uma afronta a nossa compreensão, porém não nos cabe aqui maiores análises.

O que é importante ressaltar é que todo esse processo: globalização, Estado mínimo e privatizações, trouxe graves conseqüências para os Agentes Públicos, sobretudo para os civis, sem importar o Poder a que esteja vinculado. No caso do estado brasileiro este jeito de atuar da máquina segue os princípios abaixo comentados.

A Administração Pública brasileira atua sob o pálio dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, constitucionalmente estabelecidos no caput do art. 37 da CRFB/88. Deflui desta matriz principiológica que o Servidor Público, *in casu* civil, deve agir com retidão ao exercer sua função pública, tornando-se primordial o cumprimento de uma conduta

---

<sup>83</sup> BUENO, Vera Scarpinella. *op.cit.*

pautada na isenção, integridade, pura sem pechas. É neste sentido que seus atos têm que se amoldar aos ditames do princípio da probidade administrativa. Incidindo como um limitador de seu agir, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência farão com que suas ações sejam reconhecidamente probas, de acordo com este feixe principiológico, prescrito no *caput* do art. 37, da nossa atual Carta Política.

Surge desta estrutura jurídica, o dever e a obrigação dos Servidores Públicos terem em mente, na prática dos atos que lhe são afetos, o princípio da probidade administrativa, como reflexo do eixo principiológico estabelecido na Carta da República. Desta forma, afirmamos que o princípio da probidade administrativa se encontra implicitamente estabelecido na Constituição brasileira, guiando os agentes públicos pelo caminho da honestidade, retidão e lealdade, à Administração Pública, no seu mister maior, à consecução do bem comum.

Observamos, entretanto, que a Administração Pública, seja a Federal, Estadual, do Distrito Federal ou dos Municípios, ainda se encontra num momento de transição entre o modelo Social e o modelo Neoliberal, o que se verifica no caso brasileiro, pelas recentes reestruturações da máquina administrativa – privatizações, quebra do regime Jurídico Único – EC nº 19/98; modificações no sistema previdenciário – EC nº 20/98 e EC nº 41/03, resultando na sobrecarga de trabalho a ser suportada pelos Servidores que permaneceram em seus postos, já que o processo de privatização resulta, inexoravelmente, no desligamento de Servidores de alguns dos principais serviços públicos prestados à população, como o de energia elétrica e o de telefonia, por exemplo.

É neste contexto que, cada vez mais, se exige do Servidor Público uma conduta de acordo com o princípio da probidade sob pena de lhe serem impostas severas sanções administrativas, civis e penais, além da sanção política estabelecida no § 4º do art. 37, da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.

Ademais é necessário que o Estado crie mecanismos que possibilitem à população o exercício efetivo do controle dos atos dos Agentes Públicos, tendo em vista que o sujeito ativo do ato de improbidade não é apenas o Servidor Público, mas todos aqueles que de alguma forma exercem o *munus* público, como, *v. g.*, os mesários nas eleições, membros do júri, as pessoas privadas, jurídicas ou não, sendo que estas últimas quando não recebem isenções, recebem recursos públicos, e que podem pela malversação da verba recebida ou economizada cometer ato de improbidade administrativa, passível de punição.

## REFERÊNCIAS

### BIBLIOGRÁFICA

- AMORIM**, Edgar Carlos de. *Direito Internacional Privado*. 2 ed. rev., atual. e aum. com o Estatuto do Estrangeiro. Rio de Janeiro: Forense, 1992. 385 p.
- BASSI**, Franco. *Lezioni di Diritto Amministrativo*. 4 ed., reveduta e ampliata. Milano: Dott. A. Giuffré, 1995. 304 p.
- BULOS**, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 35/2001. São Paulo: Saraiva, 2002. 1.456 p.
- CARVALHO**, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional positivo*. 11 ed. rev., atual. e ampl. conforme a Reforma do Judiciário – Emenda Constitucional n. 45/04. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 862 p.
- CARVALHO FILHO**, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001. 901 p.
- CASSAGNE**, Juan Carlos. *Derecho Administrativo I*. 5 ed. actual. con las modificaciones introducidas por la Reforma Constitucional de 1994. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. 469 p.
- DROMI**, Roberto. *Derecho Administrativo*. 5 ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996. 1.069 p.
- ENTERRÍA**, Eduardo Garcia de; **FERNÁNDEZ**, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas Ediciones, S.L., 2000. 825 p.
- MEIRELLES**, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 28 ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2003. 792 p.
- MELLO**, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11 ed. rev., atual e amp. de acordo com as Emendas Constitucionais 19 e 20, de 1998. São Paulo: Malheiros, 1999. 720 p.

- MONTANER**, Luis Cosculluela. *Manual de Derecho Administrativo*. 8 ed. Madrid: Civitas, 1997. 571 p.
- MOREIRA**, João Batista Gomes. *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. 464 p.
- MOREIRA NETO**, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo. Parte introdutória – Parte Geral e Parte Especial*. 13 ed. rev., ampl. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 657 p.
- NASCIMENTO FILHO**, Firly. *Princípios constitucionais do Direito Processual Civil*. in **PEIXINHO**, Manoel Messias; **GUERRA**, Isabela Franco; **NASCIMENTO FILHO**, Firly. (Coordenadores). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001. 649 p.
- NERY JÚNIOR**, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7 ed. rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 265 p.
- OTERO**, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. 1.192 p.
- PIETRO**, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002. 725 p.
- PIETRO**, Maria Sylva Zanella di. *Discrecionariiedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 242 p.
- REALE**, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 393 p.
- SARMENTO**, George. *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002. 244 p.
- SILVA**, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 2 ed. rev. e atual nos termos da Reforma constitucional (até a Emenda Constitucional nº 35, de 20.12.2001). São Paulo: Malheiros, 2002. 878 p.
- STRENGER**, Irineu. *Direito Internacional Privado – Parte Geral*. 2 ed. aum. São Paulo: RT, 1991. 1 v. 456 p.

## ARTIGOS

- BARBOSA**, Sandra Pires. *Impacto da globalização sobre o princípio da eficiência*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. v. 224. p. 197-210. abr/jun.2001. Trimestral. ISSN 0034.8007.
- BUENO**, Vera Scarpinella. *O art. 37, §1º, da Constituição Federal, e a lei de improbidade administrativa*. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 6, set. 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acessado em: 26/10/2005.
- CEREIJIDO**, Juliano Henrique da Cruz. *O princípio constitucional da eficiência na Administração Pública*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. v. 226. p. 231-241. out/dez.2001. Trimestral. ISSN 0034-8007.
- COSTA**, José Armando da. *Prescrição da falta disciplinar*. **Fórum Administrativo-Direito Público-FA**. Belo Horizonte, ano 3, nº 33, p. 3055-3063, nov.2003. Mensal. ISSN 1678-8648.
- FERNANDES**, Jorge Ulisses Jacoby. *Concurso público: o valor da taxa de inscrição*. **Fórum Administrativo-Direito Público-FA**. Belo Horizonte, ano 5, nº 51, p. 5505-5506, mai.2005. Mensal. ISSN 1678-8648.
- FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves. *Corrupção e democracia*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. nº 226. p. 213-218. out/dez.2001. Trimestral. ISSN 0034-8007.
- FREITAS**, Juarez. *Do princípio da probidade administrativa e sua máxima efetivação*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 204, p. 65-84, abr/jun.1996. Trimestral. ISSN 0034-8007.
- FREITAS**, Juarez. *O princípio jurídico da moralidade e a Lei de improbidade administrativa*. **Fórum Administrativo-Direito Público-FA**. Belo Horizonte, ano 5, nº 48. p. 5075-5092. fev.2005. Mensal. ISSN 1678-8648.
- GARCIA**, Emerson. *A moralidade administrativa e sua densificação*. **Revista da AJUFE**. Brasília. nº 79. p. 29-58. jan/jun.2005. Semestral.
- GARCIA**, Emerson. *Sujeitos dos atos de improbidade: reflexões*. **Fórum Administrativo-Direito Público-FA**. Belo Horizonte, ano 4, nº 46. p. 4793-4813, dez.2004. Mensal. ISSN 1678-8648.

- MARQUES NETO**, Floriano de Azevedo. *Princípios do processo administrativo*. **Fórum Administrativo – Direito Público-FA**. Belo Horizonte, ano 4, n° 37, p. 3505-3512. mar.2004. Mensal. ISSN ° 1678-8648.
- MATTOS NETO**, Antônio José. *Responsabilidade civil por improbidade administrativa*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. v. 210. p. 159-170. out./dez.1997. Trimestral. ISSN 0034.8007.
- NOBRE JÚNIOR**, Edílson Pereira. *Improbidade Administrativa: alguns aspectos controvertidos*. **Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. n° 56. p. 320. abr/jun.2004. Trimestral. ISSN 010 3-4758.
- OSÓRIO**, Fábio Medina. *As sanções da lei 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa*. **Revista Jurídica**. n° 259. p. 19-31. mai.1999. Mensal.
- SOUZA PINTO**, Antônio Carlos Lombardi de. *Improbidade administrativa: uma violação dos princípios da administração pública*. **Revista Jurídica**. São Paulo. n° 256. p. 26-36. fev.1999. Mensal.
- TÁCITO**, Caio. *Moralidade Administrativa*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. v. 218. p. 1-10, out/dez.1999. Trimestral. ISSN 0034-8007.
- TÁCITO**, Caio. *Improbidade administrativa como forma de corrupção*. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ – Centro de atualização Jurídica, v. I., n° 8, nov.2001. Disponível em: <[http://www . direitopublico . com.br](http://www.direitopublico.com.br)>. Acessado em 26/10/05.

# SERVIDOR PÚBLICO E A PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

**Fernanda Teixeira Leite**

“[...] Quando a si próprio se perguntou um eminente filósofo o que é a justiça, ele respondeu a si próprio: eu sempre soube ou julguei saber, dentro de certa medida, o que é justo e o que injusto; mas, quando se me pergunta o que é justiça, eu já não sei mais se sei a respeito do tema. A mesma coisa se pode dizer da moralidade. Todos nós temos uma sensação clara de que sabemos que certos comportamentos são imorais e que certos comportamentos são morais; mas responder o que é moralidade- e a moralidade administrativa- é algo extremamente difícil [...]” Celso Antônio Bandeira de Melo, RDT 69/70.

## RESUMO

A pesquisa pretende suscitar a problemática da improbidade administrativa que aflige há sociedade brasileira a longas décadas, problema de difícil delimitação conceitual, tendo a Lei 8.429/92 sistematizado o tema. As críticas em torno dessa lei são inúmeras quanto a sua técnica de elaboração por condensar, em um mesmo texto, regras de natureza material e processual, de forma assistemática, além de conter vício formal de inconstitucionalidade. No entanto, a Lei de Improbidade, por meio da atuação ativa da pessoa jurídica de direito público lesada e do Ministério Público, conseguiu iniciar o processo de repressão e punição do administrador ímprobo, e conscientizar parcela da população da necessidade de expurgar do sistema esse administrador.

**PALAVRAS-CHAVE:** Administrativo; Servidor; Improbidade.

*Sumário: 1. Introdução; 2. O dever de lealdade; 3. Antecedentes históricos; 4. Conceitos de improbidade administrativa; 5. A efetividade da probidade administrativa com a Lei 8.429/92; 6. Conclusão; Referências Bibliográficas.*

## **1. INTRODUÇÃO**

Durante décadas, no Brasil, verifica-se a proliferação de administradores ímprobos que aceitavam reger a coisa pública somente para poder auferir benefícios individuais.

Iniciou-se há épocas uma paulatina construção doutrinária acerca da criação de mecanismos jurídicos com escopo de coibir a prática de atos de improbidade.

A grande dificuldade de criar instrumentos de combate a este mal foi a conceituação de improbidade, a diferenciação da moralidade, a distinção da simples ilegalidade.

A jurisprudência e a doutrina pátrias até a Constituição de 1988, e a promulgação da Lei 8.429/92, tiveram substratos jurídicos tímidos para elaboração de uma exegese compatível com a realidade da Administração Pública pátria.

Com a redemocratização do Brasil e o surgimento da Carta Cidadã deu-se início a um real e efetivo combate ao administrador que não baseava a sua gestão na moralidade e probidade.

A Lei 8.429/92 introduziu um alargamento na definição do destinatário da lei, a inclusão de inúmeras ações e omissões que, se praticadas pelo administrador, seriam reprimidas com punições severas, inclusive com a indisponibilidade de bens e a perda de cargo público.

A Lei de Improbidade atinge um grau de censura tão elevado que passa a tipificar como ato de improbidade o fato de inobservar os princípios da administração pública descritos no art. 37, *caput*, da Constituição.

A Lei de Improbidade, não obstante seja um avanço legislativo na repressão dos atos de improbidades, foi elaborada com uma série de imperfeições que variam desde a regulamentação de temas materiais e processuais até a inobservância do procedimento legislativo constitucionalmente disciplinado, levando, inclusive, ao questionamento junto ao Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade formal da norma.

Por outro lado, o Ministério Público Federal e a pessoa jurídica de direito público lesada têm, de forma progressiva, atuado com o escopo de tornar efe-

tiva a Lei de Improbidade, quando investigam as denúncias e acionam os responsáveis. Não obstante, o Poder Judiciário, em razão do excesso de demandas, encontrar-se lento na solução das ações de improbidade, verifica-se uma “punição” imediata da população, em especial, quanto aos ocupantes de cargos eletivos que, em regra, não são reeleitos quando estão sendo processados por atos de improbidade.

## **2. O DEVER DE LEALDADE**

No final do século XIX verifica-se uma acentuada tendência de aproximação do direito com a moral, em especial na França e na Alemanha, onde os estudiosos do direito passaram a questionar com veemência a identidade entre Estado e Direito<sup>1</sup>, visto que a lei seria insuficiente para explicar e disciplinar toda a diversidade social.

Nos séculos que antecederam ao XIX, a preocupação com a separação do direito e da moral por razões históricas foi intensa, pois o homem passou a tomar consciência da sua liberdade em contraposição ao sistema absolutista vigorante. Estudiosos como *Kant*, na sua obra *Metafísica dos Costumes*, e *Kelsen*, na *Teoria Pura do Direito*, contribuíram de forma decisiva para a distinção do direito da moral.

O direito privado, atento à necessidade de observância da moral, criou dispositivos normativos que inibiram o enriquecimento sem causa e o abuso de direito, tendo esta inclinação sido confirmada no novo Código Civil ao disciplinar expressamente a boa-fé objetiva e a função social dos contratos.

O direito público, por sua vez, incorporou a teoria do desvio de poder que enfatiza a característica imoral do ato, e não somente a ilegalidade.

A idéia de desvio de poder nasceu na França, em 1864, no caso *Lesbats*. No Brasil, este conceito encontra-se positivado na Lei da Ação Popular, a Lei 4.717/65, que no art. 2º, parágrafo único, “e” dispõe “[...] se verifica quando o agente pratica o ato visando o fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”<sup>2</sup>

Esse conceito induz à assertiva de que o desvio de finalidade tentou controlar o modo de agir do administrador, um dos problemas centrais nas formas

---

<sup>1</sup> Teoria defendida por *kelsen* na obra *Teoria Pura do Direito*.

<sup>2</sup> BRASIL. Lei 4.717/65. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em 25.10.2005.

de atuação do Poder Público frente à sociedade. Nesta medida, a legislação disciplinou a atuação discricionária da Administração, com vistas à exclusão de qualquer incidência no campo da arbitrariedade.

A teoria do desvio de poder no direito pátrio foi elaborada por Seabra Fagundes<sup>3</sup>, cujo efeito imediato seria a nulidade dos atos administrativos.

Um dos mais expressivos julgados acerca do tema brotou no acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, na Apelação Civil n. 1.422<sup>4</sup>, proferido em 1948, relatado pelo então desembargador Seabra Fagundes. Tratava-se da hipótese do exercício do poder de polícia, relativo à regulamentação do trânsito por autoridade estadual competente, que fixou o horário para o tráfego de determinada companhia de ônibus, visando preterir-la em benefício da sua concorrente. Decidiu o Acórdão que o ato da Administração estadual, não obstante encontrar-se no exercício do poder discricionário, não atendia a interesse público previsto em lei que consistia no bom funcionamento do serviço de transporte, sendo o ato declarado nulo.

Com a evolução do direito, a questão da moralidade ultrapassou a idéia de desvio de finalidade para atingir o conceito de democracia, acentuando o dever do representante do povo de agir com fim exclusivo do interesse público.

Assim, o administrador, ao gerenciar a coisa pública, passou a ser soldado da lei e da moral, visto que sua conduta tinha que ser pautada em valores como a lealdade institucional, a eficiência dos serviços públicos, a economicidade com o dinheiro público, as decisões objetivas e imparciais, a adoção do regime de mérito para o ingresso no serviço público, o combate ao desvio de verba pública.

Todas as características acima mencionadas exemplificativamente podem ser condensadas no conceito do dever de lealdade. O Professor Marcelo Caetano<sup>5</sup>, ao definir o dever de probidade, informa que o administrador deve, em seu labor, ter como princípio basilar a honestidade, exercendo suas funções com fim de realizar o interesse público.

Dessa forma, o dever de fidelidade deve permear todos os atos do administrador, que deve abster-se de qualquer comportamento que possa ser preju-

---

<sup>3</sup> FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1984.

<sup>4</sup> Disponível em: <http://www.tj.rn.gov.br>. Acesso em 27.10.2005.

<sup>5</sup> CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito*. Tomo II. 10 ed. Coimbra: Almedina, 1999. p.749.

dicial à Administração, e usar a função pública para fins pessoais, constituindo elemento indispensável à legitimação dos seus atos.

A tendência moralizadora do poder público fez com que várias nações adotassem códigos de ética pública, inclusive o Brasil, que em 1994 regulou a matéria por meio do Decreto 1.171.

No plano jurídico, a Administração funciona sob o controle da legalidade estrita, tendo como principal finalidade a defesa do interesse público. Assim, o principal desafio dos que exercem a função de administrar é cumprir os estritos ditames legais da forma mais ética possível.

### **3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

A preocupação da sociedade em fiscalizar os atos de seus representantes se manifestou de várias formas, no decorrer da evolução histórica.

A moralidade no âmbito do direito público, como princípio de observância indispensável pela Administração, foi introduzida na França, no início do século passado, com a obra de *Maurice Hauriou*<sup>6</sup>, idealizador da escola do Poder Público em oposição à do Serviço Público capitaniada por *Léon Duguit*.

*Maurice Houriou* sistematizou o tema da moralidade administrativa. Partiu da idéia de que os atos administrativos devem refletir a legalidade e os princípios consagradores da boa administração contra o desvio de poder.

No Brasil, vislumbra-se na Constituição Imperial de 1924 seu embrião, ao possibilitar a responsabilidade dos ministros de estado por suborno, corrupção, concussão e a dissipação dos bens públicos (art. 133, II e VI).

Em 1891, com o advento da primeira constituição republicana restou consignado na Carta a possibilidade de responsabilizar o Presidente da República, desde que houvesse previsão em lei especial, por ato que atentasse contra a probidade administrativa e a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos (art. 54, alíneas 6º e 7º).

Em razão do momento histórico da ditadura de Vargas que envolveu a elaboração da Constituição de 1934, não se vislumbra muitos avanços no campo da moralidade administrativa; apenas repetem-se as restrições contidas na constituição antecedente (art. 57, alíneas f e g). No entanto, foi nessa Constituição que a preocupação efetiva com o controle ético do administrador público

---

<sup>6</sup> DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p 471-473.

ganhou foro constitucional (art. 113), possibilitando a atuação a qualquer cidadão do direito/dever de anular atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios.

A Constituição de 1937, também, envolta por uma política ditatorial, repetiu a disciplina referente à moralidade contida na de 1891. No entanto, durante a sua vigência, em 1941 foi promulgado o Decreto-Lei n. 3.240, dispondo sobre o seqüestro de bens do indiciado por crimes que causassem prejuízo à Fazenda Pública, exigindo a verificação do locupletamento ilícito. A medida tinha o alcance abrangente a todos os bens do indiciado e deveria ser decretada pelo Poder Judiciário.

A Constituição de 1946 estabeleceu a possibilidade de caracterização de crime de responsabilidade do Presidente da República em razão da ofensa à probidade administrativa (art. 89, V), e a autorização para que a lei regulasse hipóteses de seqüestro e de perdimento de bens em caso de enriquecimento ilícito, decorrente da influência ou abuso no exercício de cargo ou função pública ou de emprego público em autarquia ( art. 141, § 31).

A Lei 1.079/50 surgiu nesse clima de moralização das atividades públicas, prevendo como crimes de responsabilidade, a ser imposta pelo Senado Federal nos processos em que figurem como réu o Presidente da República, os Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República. A lei demonstrou que mesmo os ocupantes dos cargos mais elevados da República não estariam isentos de controle social dos seus atos, prevendo inclusive de forma explícita o capítulo “*Dos Crimes Contra a Probidade na Administração*”.

A Lei 3.164/57, apelidada de Pitombo-Godoí Ilha, disciplinou a matéria ao estabelecer o seqüestro de bens em favor do Erário dos bens adquiridos pelo servidor público por influência ou abuso de cargo, função ou emprego público, se verificando mesmo nos casos de absolvição ou extinção da punibilidade.

Com o advento da Lei 3.502/58, conhecida como Lei Bilac Pinto, para complementar a sua antecessora estendeu as medidas nela previstas para as hipóteses de enriquecimento ilícito e alargou consideravelmente a abrangência dos agentes sujeitos ao controle, ao incluir o dirigente e o empregado da sociedade de economia mista, de fundação, empresa incorporada ao patrimônio Público e entidades que recebam e apliquem contribuições parafiscais. No entanto, deixou de prever hipóteses para punir atos somente de improbidade administrativa, e de incluir como punível a conduta dos terceiros estranhos ao serviço público, gerando uma grande impunidade.

Em seguida, ante a relevância de proteger o patrimônio público dos atos ilegais e abusivos, foi instituída a ação popular, por meio da Lei 4.717/65.

A Carta de 1967 reafirmou a possibilidade do Presidente da República ser responsabilizado por inobservar a probidade administrativa (art. 84, V), contanto que resultante de previsão legal. Verificam-se, ainda, algumas hipóteses de inelegibilidade em razão de condutas contrárias à ética na administração pública, que deveriam ser fixadas tendo em vista a defesa do patrimônio público daqueles que já tiveram oportunidade de se mostrarem ímprobos, e, portanto, imprestáveis ao exercício de atividades destinadas a homens de reputação ilibada.

Em 1968 foi editado o Ato Institucional n. 5, que concedeu ao Presidente da República, excluindo a apreciação judicial, o poder de decretar o confisco de bens daqueles que houvessem enriquecido ilicitamente no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquia, empresa pública e economia mista.

O Decreto-Lei n. 359/68 criou a Comissão-Geral de Investigação no Ministério da Justiça com o escopo de promover investigações que poderiam redundar em confiscos futuros, tendo o Ato Complementar n. 42/69 regulamentado o confisco e definido o enriquecimento ilícito.

O Ato Institucional n. 14/69 deu nova redação ao art. 150, §11 da Constituição vigente, que passou a remeter a legislação ordinária a regulamentação sobre o confisco e perdimentos de bens por dano causado ao Erário ou o enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração direta e indireta.

A Emenda n. 1/69 em regra não admitiu o confisco, exceto nos casos de guerra externa, revolucionária ou subversiva nos termos da lei. Estabeleceu, ainda, que a legislação infraconstitucional deveria dispor sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de funções públicas. Possibilitou ainda a suspensão dos direitos políticos, por prazo determinado, pelo Supremo Tribunal Federal, por representação do Procurador-Geral da República, na hipótese de restar caracterizado o abuso de direito, com propósito, além de outros, de corrupção.

Com a Emenda 11/78 o dano ao erário passou a integrar o conceito de improbidade administrativa no âmbito constitucional, e o decreto de confisco e perdimento de bens em favor da entidade administrativa lesada era de competência concorrente do Presidente da República e da instância judicial civil e criminal. A suspensão dos direitos políticos surgia como uma penalidade ao abuso de direito individual e político com o propósito de corrupção, sancionando o infrator o Supremo Tribunal Federal.

No período pré-constituente de 1988 verifica-se claramente uma incapacidade dos governantes de estabelecerem a diferença ente o público e o privado, constando-se que em muitas decisões tinham como escopo último um interesse privado, mesmo que reflexamente atendessem o público.

As modernas economias globalizadas que têm por base do investimento em determinado país a sua estabilidade econômica, encamparam uma política de combate às práticas nocivas ao patrimônio público.

A Carta Cidadã de 1988 procurou regular a moralidade administrativa de forma mais exaustiva em relação às suas antecessoras e viabilizou um arcabouço de medidas para punir gravemente o agente público que no trato da coisa pública não age com retidão de conduta. Insere-se a Constituição de 1988 pela primeira vez em uma Carta Magna a expressão improbidade administrativa.

O capítulo dedicado aos direitos políticos dispõe que os casos de inelegibilidade, além dos explicitamente expressos no texto constitucional, deverão ser previstos em lei complementar com o escopo de proteger de forma ampla a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato legislativo e executivo, conforme se pode extrair da dicção do art. 14, §9.

No art. 15, V, o constituinte originário enumerou como causa de suspensão dos direitos políticos a improbidade administrativa.

Ao tratar da Administração Pública, no art. 37, *caput*, fixou como um dos princípios basilares o da moralidade administrativa, e no § 4, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98, completou a disciplina, proclamando que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão de direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao Erário, na forma e gradação fixada em lei, preservada a repressão penal cabível.

Ainda, em sede constitucional, o art. 85, V, define os crimes de responsabilidade do Presidente da República, considerando como delito ato que atente contra a probidade administrativa.

De forma oblíqua, os dirigentes e empregados das sociedades de economia mista e as empresas públicas se submetem aos princípios da Administração Pública, nos termos do art. 173, §1, III, assim necessitando observar o princípio da moralidade administrativa.

Traçadas as diretrizes constitucionais com escopo de salvaguardar a moralidade pública, o legislador ordinário integrou os preceitos promulgando a Lei 8.429/92. No entanto, mesmo antes da existência de uma lei específica, a legislação tipificou como crimes puníveis como pena privativa de liberdade no Cód-

go Penal, a exemplo, do peculato, emprego irregular de verbas ou rendas públicas, concussão corrupção, prevaricação, crimes previstos na lei de licitação etc.

O Brasil, na época do Projeto de Lei n. 1.46/91 que deu origem à Lei 8.429/92, vivia uma crise de moralidade na Administração Pública. Denúncias contra a probidade do Presidente da República, que culminaram com a decretação do *impeachment*, passou a conscientizar a sociedade da necessidade de moralizar a Administração. Nesse contexto histórico, foi elaborada a Lei de Improbidade administrativa.

A Lei 8.249/92, de 02 de junho de 1992, teve a sua origem na mensagem do Poder Executivo de n. 406/91 ao Congresso Nacional, em agosto de 1991. No Poder Legislativo, o projeto composto de 13 artigos que faziam menção, exclusivamente, ao enriquecimento ilícito, sofreu emendas e foi relatado pelo Deputado Nilson Gibson, resultando no projeto de Lei n. 1.46/91.

Após aprovação na Câmara dos Deputados e remetido para apreciação do Senado Federal, o projeto teve sua redação alterada nesta casa, retornando posteriormente para a Câmara com o escopo de observar o procedimento legislativo. No entanto, na Câmara sofreu novas emendas que ensejavam um retorno ao Senado, que foi na época ignorado e remetido diretamente à sanção do Presidente da República, inobservando, portanto, o art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal.

Em razão da constitucionalidade duvidosa, o Partido Trabalhista Nacional ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, que recebeu o número 2.182-DF, cujo escopo era retirar da ordem jurídica vigente a norma, sob o argumento de inconstitucionalidade formal, bem como a anulação de todos os processos instaurados com base na Lei 8.249/92. O Supremo Tribunal Federal, por meio do voto do relator, o Ministro Maurício Corrêa, negou, por maioria, a concessão da liminar, reconhecendo a validade da tramitação legislativa que originou a lei em questão.

Não obstante a decisão favorável do Supremo Tribunal Federal, os doutrinadores criticaram de forma severa a Lei 8.249/92 pela patente inconstitucionalidade formal e por condensar em um mesmo texto normas de direito administrativo, civil, econômico, penal e processual penal, dificultando a sua interpretação e aplicação.

A Lei 8.249/92 disciplinou os atos de improbidade administrativa em três categorias. Os atos que importam enriquecimento ilícito (art 9º); os que causam prejuízo efetivo ao Erário (art.10) e os que atentam contra os princípios da

Administração pública. Ademais, definiu os sujeitos da relação processual, o procedimento, declaração de bens, prescrição, infração penal etc.

A norma acima apelidada de Lei de improbidade Administrativa, conceituou de forma ampla os atos que implicam a improbidade administrativa, não se limitando como as Leis 3.164/57 e 3.502/58 à hipótese do enriquecimento ilícito, visto que para a Lei 8.249/92, esta é apenas uma das três modalidades.

#### **4. CONCEITOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

A construção do conceito de improbidade administrativa encontra várias dificuldades e requer o exame conjuntural dos seus aspectos. Desta forma, precisamos buscar o seu sentido etimológico, semântico e legislativo.

A palavra improbidade vem do latim, *improbitas, atis*, significando, em sentido próprio, a má qualidade de uma coisa.

Inicia-se a descoberta do conceito por meio do seu significado comum. No Dicionário Contemporâneo de Língua Portuguesa de Caudas Aulete<sup>7</sup>, no verbete improbidade encontra-se: ausência de probidade, malícia, perversidade, maldade. Para tornar mais compreensível este conceito, indica como probidade: retidão ou integridade de caráter que leva à observância estrita dos deveres do homem público ou privado, honestidade, pundonor, honradez.

A doutrina também oferece valorosa contribuição na definição da improbidade administrativa. Para uma parte dos estudiosos, o conceito torna-se claro ao partir da distinção entre moralidade e probidade administrativa, sendo esta o gênero em que aquela é a espécie.

A extensão conceitual mais ampla da probidade abrangendo a moralidade encontra-se demonstrada, segundo esta corrente, na Lei 8.429/92, ao definir os atos de improbidade, os dividem em três categorias: os que ensejam enriquecimento ilícito, causem prejuízo ao erário e os que atentem contra os princípios da Administração pública, enunciados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, dentre os quais a moralidade administrativa.

Dentre os adeptos da corrente acima se encontra Flávio Sátiro Fernandes,<sup>8</sup> que define a improbidade administrativa como “*a má qualidade de uma*

---

<sup>7</sup> AULETE, Caudas. *Dicionário de língua portuguesa*. v.III 3. ed. Rio de Janeiro:Editora Delta, 1980.p.1924.

<sup>8</sup> FERNANDES, Flávio Sátiro. *Improbidade administrativa*. Revista de Informação Legislativa, n.136, ano 34, outubro/dezembro, 1997, p.1997.

*administração, pela prática de atos que impliquem enriquecimento ilícito do agente ou prejuízo ao Erário ou, ainda, violação aos princípios que orientam a pública Administração. Em suma, podemos dizer que todo ato contrário à moralidade administrativa é o ato configurador de improbidade. Porém, nem todo ato de improbidade administrativa representa violação à moralidade administrativa.”*

Desta forma, o ato de imoralidade afronta a honestidade, a boa-fé, o respeito à igualdade, as normas de condutas aceitas pelos administradores, o dever de lealdade, a dignidade humana, e o de improbidade traduz a má qualidade de uma administração pela prática de atos que impliquem em enriquecimento ilícito do agente ou prejuízo ao erário ou violação aos princípios basilares da administração.

Existe certamente uma dificuldade dos estudiosos do direito de determinar o real sentido de cada expressão acima mencionada. Tentar definir dever de lealdade é tão insólito como procurar a definição de interesse público.

Outra corrente doutrinária capitaneada pelo Professor José Afonso da Silva<sup>9</sup> afirma que o conceito de imoralidade administrativa é mais amplo do que o de probidade, entendendo esta última cuida de uma moralidade qualificada.

Segundo o entendimento do eminente professor, não haveria sentido de o constituinte originário haver distinguido a improbidade da moralidade administrativa se não tivesse elevado aquela a um conteúdo especial.

Por outro lado, argumenta que compreender a moralidade como inserida no universo da improbidade administrativa, em razão da divisão elencada pela Lei 8.429/92, significaria equiparar a improbidade à ilegalidade.

Se correta estiver a análise, pode-se associar os atos atentatórios à probidade como também violadores à moralidade administrativa. No entanto, não se está a afirmar a equivalência destes conceitos. Ao contrário, a probidade é peculiar e específico aspecto da moralidade.

A jurisprudência, por sua vez, tem delineado o significado de improbidade administrativa de uma forma restrita, como se pode observar no Resp 213.994/MG<sup>10</sup>, quando se verifica que em uma demanda ajuizada pelo Ministério Público em face de um prefeito, imputando-lhe a violação das três modalidades de

---

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p.243.

<sup>10</sup> Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 28.10.2005.

improbidade administrativa da Lei 8.429/92, em razão de o gestor público haver contratado pessoas sem a prévia realização de concurso público, o Superior Tribunal de Justiça entendeu não haver a conduta do réu caracterizado enriquecimento ilícito, nem prejuízo ao Erário e nem imoralidade, enfatizando que a mera inabilidade do Administrador não enseja a fixação das punições previstas na Lei de Improbidade, visto que o objetivo da lei é frear o desonesto. Assim, foi desconsiderado que a mencionada conduta macula o princípio da impessoalidade e da moralidade e, conseqüentemente, da improbidade.

Outro ponto enfatizado pela jurisprudência é a necessidade de o julgador examinar as imputações de improbidade, tendo em vista o quadro político-social, com escopo de caracterizar violação à Lei 8.429/92. Partindo desta premissa, o Superior Tribunal de Justiça, no Resp 403.599/PR<sup>11</sup>, entendeu que em demanda ajuizada pelo *parquet* sob alegação de violação da lei de improbidade pela presidente de Câmara de vereadores de um município, por haver gasto uma quantia significativa na aquisição de passagens de ônibus para pessoas carentes, não configurava a hipótese de ato de improbidade ao considerar que, em sociedade marcada fortemente pela exclusão social, a qual favorece o clientelismo político, não é imoral o ato praticado pelo agente político.

Parece-nos que a teoria que adota a probidade administrativa como gênero da qual a moralidade é espécie, é a mais acertada. Desta forma, passa-se a tecer considerações acerca das definições de improbidade consignadas na Lei 8.429/92.

Inicialmente, verifica-se que o art. 9º, *caput*, induz à necessidade de obtenção de vantagem patrimonial, de cunho econômico, não sendo razoável que enquadre neste artigo as que resultaram de vantagem de outra natureza. A confirmação encontra-se na própria noção de enriquecimento ilícito. No entanto, não se faz indispensável que se tenha verificado dano ao patrimônio público, como expressamente afasta o art. 21 da mesma Lei.

No art. 10 da Lei 8.429/92 são estabelecidas as hipóteses de improbidade administrativa que causem prejuízo ao Erário. Em regra, configuram-se mediante condutas de que decorram perdas patrimoniais, desvio, apropriação, dilapidação dos bens e entidades relacionadas na lei. Nesta hipótese, é necessário que haja desfalque patrimonial.

Ponto polêmico, neste artigo, é a menção à conduta por ação ou omissão, dolosa ou culposa. Uma corrente defende que para caracterização da improbi-

<sup>11</sup> Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 28.10.2005.

dade administrativa nesta modalidade, se faz necessária a vontade consciente do agente em violar o sistema jurídico, sendo inadmissível a sua modalidade culposa, visto que se mostra incompatível com a Constituição. Noutra linha de pensar, aceita-se que se cometa ato de improbidade a título de culpa, cabendo a aferição desta quando da fixação da sanção. Para uma terceira corrente, só seria possível a sanção da conduta dolosa ou culpa grave.

A jurisprudência e a doutrina, ainda, não se posicionaram a ponto de fixarem um entendimento majoritário, sendo ao nosso entender mais razoável o da segunda corrente, sob pena de apenar o administrador que não é imoral, mas, somente, inábil.

Por fim, a Lei de Improbidade, no seu art. 11, relaciona as condutas atentatórias aos Princípios da Administração Pública. Consistem em ação ou omissão capazes de violar os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade das instituições, à medida que inobservam os princípios basilares da Administração Pública previstos no art. 37, *caput*, da Carta Magna.

Em face do regramento jurídico pátrio acima referido, verifica-se a menção expressa da legalidade como princípio ensejador da improbidade. Entretanto, para que a infringência à legalidade possa ser apenada com as sanções da Lei 8.429/92, se faz necessário mais do que a mera inobservância de dispositivo legal; terá que haver a violação da legalidade acompanhada da deslealdade ou desonestidade com a Administração Pública.

Em razão das severas conseqüências que se extraem do cometimento das condutas explicitadas nos arts 9º, 10 e 11 da mencionada lei, pode-se concluir pela necessidade de interpretarmos de forma taxativa as mencionadas normas, não sendo permitida a utilização de interpretação extensiva ou analógica.

É oportuno informar que, com o advento da Lei 10.257/01, foram acrescentadas outras hipótese de improbidade administrativa ampliando o leque de condutas puníveis.

Uma questão importante acerca da delimitação do conceito de improbidade administrativa refere-se à necessidade de incluir ou não os atos de produção legislativa, em razão do art. 37, §4 da Constituição Federal mencionar apenas os atos administrativos como atos imorais que justificam a aplicação da Lei 8.429/92.

Em verdade, ao alargar-se o espectro de atuação, estar-se infringindo o princípio da tipicidade, necessária em matéria de improbidade administrativa,

uma vez que a Constituição e a Lei de Improbidade aludem a função administrativa, levada a cabo por agentes públicos de qualquer dos poderes estatais.

Inúmeras tentativas doutrinárias e jurisprudenciais para dar uma nova concepção ao conceito de improbidade têm como foco, especialmente, a distinção da moralidade e da ilegalidade.

A grande maioria dos estudiosos chega sempre à conclusão de que probidade administrativa é um subprincípio do direito mais importante que a legalidade, visto que engloba outros como o da razoabilidade, proporcionalidade, interesse público e da igualdade.

Entretanto, um conceito de dimensões tão dilatadas pode levar ao arbítrio, a compreensão pessoal do julgador em relação ao tema, levando, inclusive, para muitos aplicadores, uma vala comum da resolução dos mais variados problemas, gerando um perigoso resultado ante a insegurança jurídica.

Em razão da elasticidade do conceito de improbidade administrativa, os tribunais superiores têm uma clara tendência de enquadrar a modalidade da moralidade pública como legalidade em seu conceito amplo e moderno. O controle do ato de legalidade dar-se-ia de duas formas: a legalidade externa composta da competência, procedimento e forma; e a interna pelo conteúdo, motivos e intenção.

É essencial compreender que, a contemplação da probidade administrativa, passa por uma histórica tentativa mundial de moralização do Estado, visto que todos os atos administrativos dos três poderes estão sujeitos a esta nova exigência na condução do interesse público.

Assim, a boa administração, a avaliação dos meios, técnicas e procedimentos utilizados, não podem estar fora do controle jurisdicional e da própria administração que, em razão da constatação da improbidade, pode e deve anulá-los.

O constituinte, ao prever de forma repetitiva a necessidade de uma Administração proba, também impôs ao legislador ordinário e ao aplicador da lei a necessidade de um controle minucioso, não sendo razoável a não aplicação ante a densidade do conceito.

Assim, ao estudar a probidade administrativa, precisa-se ter em mente que não se trata da moral comum, mas da moral jurídica, entendida como um conjunto de regras de conduta necessárias à administração da coisa pública.

Nesta medida, o ato administrativo passa observar a legalidade e probidade, para que seja considerado irretocável pela própria administração e pelo Poder Judiciário.

## 5. A EFETIVIDADE DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA COM A LEI 8.429/92

A Lei de Improbidade traça contornos bem alargados quando disciplina qual o patrimônio é suscetível de quando lesado ensejar improbidade administrativa.

O legislador não satisfeito com a extensão atribuída ao *caput* do art. 1º que inclui a administração direta, indireta, fundacional de qualquer dos Poderes de todos os entes, empresas incorporadas ao patrimônio público e entidade para a criação ou custeio o erário tenha concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou receita anual, adiciona no parágrafo único, a entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas cuja criação ou custeio o Erário tenha concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou receita anual, limitando-se, nesta hipótese, à repercussão do ato sobre a contribuição do poder público, quando se tratar de sanção patrimonial.

Ante a amplitude do conceito, a jurisprudência tem admitido ser suficiente à empresa receber benefício, subvenção, incentivo, fiscal ou creditício, do Poder Público, e que o ato de improbidade guarde liame com os mencionados auxílios.

Capitaniando este entendimento, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que hospitais particulares e médicos conveniados com o Sistema Único de Saúde exercem função pública delegada e administram verba pública, podendo ser enquadrados como sujeitos ativos de atos de improbidade (Resp 416.329/RS<sup>12</sup>).

Criticas surgiram a respeito deste entendimento, sob o fundamento de inobservarem a restrição constante no parágrafo único do art. 1º da Lei 8.429/92. Isto porque o particular somente comete ato de improbidade, nessa hipótese quando atenta contra o patrimônio do ente que concede subvenção ou o benefício, ou de pessoa jurídica para cuja criação o erário tenha concorrido com menos de 50% do patrimônio ou receita anual.

Pode-se concluir que o traço comum entre os destinatários reside em suas atribuições de gestão de verbas públicas e de exercício de atividades públicas ou privadas.

Por outro lado, acompanhando a evolução mundial acerca do tema, a Lei de Improbidade ampliou o conceito de sujeito passível de cometer o mencio-

---

<sup>12</sup> Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acessado em: 23.10.2004.

nado ato, suplantando a idéia restrita de servidor público, e superando, inclusive, o conceito previsto no art. 327 do Código Penal.

Desse modo, são titulares do dever de probidade o agente público, independente da forma em que se encontra vinculado à Administração, além dos beneficiários e partícipes e os terceiros.

Com o conceito amplo do art. 2º, a lei encampa todos que se encontram vinculados à Administração, com ou sem remuneração, definitiva ou transitoriamente, abrangendo servidores e funcionários públicos, militares, agentes políticos, administrativos, honoríficos, delegados e credenciados, pessoas físicas ou jurídicas. Pode-se, assim, concluir que todo aquele que exerce função pública como mandato, cargo, emprego, independente do modo de investidura, seja nomeação, designação, eleição, contratação, credenciamento, delegação de serviço público, convocação, requisição, parcerias ou contrato de gestão.

A incidência da lei abrange também o particular em colaboração com a Administração, como os tabeliães, jurados, mesários e concessionárias de serviço público. É oportuno ressaltar que, para alguns doutrinadores, os agentes públicos delegados não podem cometer ato de improbidade administrativa. No entanto, entende-se que os agentes referidos se incluem no amplo conceito do art. 2º da lei, sob pena de criar-se uma hipótese muito propícia para o escoamento de verba pública e comportamento contrário à probidade administrativa.

O art. 3º estende a legitimidade passiva da ação de aplicação das sanções ao partícipe e beneficiário do ato de improbidade administrativa que podem ser agentes públicos ou não, pessoas físicas ou jurídicas.

Diferentemente da lei de ação popular, a de improbidade não distingue o beneficiário direto e indireto, contemplando as duas situações. Beneficiário é quem lucra com o ato e, na grande maioria das vezes, ele não pertence aos quadros da Administração pública, mas se torna responsável solidário pelo ressarcimento do dano por ter-se aproveitado da lesão ao interesse público. O beneficiário indireto é que de forma remota aufere vantagem com ato contrário à probidade pública.

O partícipe, por sua vez, é aquele que induz ou concorre por meio da influência, auxílio, colaboração, participação em atos preparatórios ou executórios, podendo ser pessoa estranha aos quadros da Administração para a prática de um ato de improbidade, já que o dever de velar pela probidade pública estende-se ao particular.

É importante compreender que os partícipes e beneficiários somente poderão ser penalizados levando em consideração a sua condição, eis que, caso

não pertença aos quadros da Administração, não poderão, por exemplo, perder cargo ou função que nunca possuíram.

Por outro lado, o terceiro somente poderá ser apenado quando tenha agido dolosamente ou culposamente, jamais o que por qualquer tipo de artifício restou impossibilitado de conhecer o seu real envolvimento no ato de improbidade.

O art. 8º traz outra norma referente aos destinatários da Lei de Improbidade. Trata-se da responsabilidade dos herdeiros limitadas as sanções derivada das hipóteses de perda dos bens ou valores ilicitamente acrescidos, e ao ressarcimento integral do dano, excluindo-se as demais sanções em razão do caráter personalíssimo. No entanto, a responsabilidade sucessiva tem que se restringir ao valor do patrimônio transferido com a sucessão *causa mortis*.

Ressalte-se que os atos de improbidade definidos no art. 52 da Lei 10.257/01 constituem infrações que somente podem ser praticadas pelo ocupante do cargo de prefeito. Para os demais agentes públicos que porventura tenham participado com a elaboração ou efetivação no ato de improbidade, o *caput* do art. 52 da referida lei esclarece que serão reservadas outras punições. Entretanto, entende-se que o mencionado regramento não exclui a possibilidade de participação de terceiros, agentes públicos ou não, em decorrência da aplicação do art. 3º da Lei 8.429/92.

Neste sentido, encontra-se o entendimento de Wallace Paiva Martins Júnior<sup>13</sup>, que ao analisar as hipóteses de improbidade administrativa consignadas no Estatuto das Cidades, explicitou “*Atribui, também, a responsabilidade do Prefeito pelos atos enumerados, sem obstar a colaboração e participação ou o benefício de terceiros (agente públicos e particulares) nos termos da regra geral de responsabilidade por improbidade administrativa dos arts. 2º e 3º da Lei 8.429/92*”.

Verifica-se pelo exposto que a Lei de Improbidade alargou o sujeito ativo como o passivo da ação de aplicação de sanção por cometimento de ato de improbidade definido por lei, com escopo de moralizar todas as hipóteses em que estivesse envolvido interesse público.

Outro ponto que merece destaque é a questão do foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa.

---

<sup>13</sup>MARTINS JÚNIOR. *Estatuto da cidade e improbidade administrativa*. Revista de Direito Imobiliário. n. 52, jan/jun 2002. p.41.

Tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei 6.905/02<sup>14</sup> que tinha como proposta a alteração do art. 84 do Código de Processo Penal, cujo parágrafo único ressuscitava a Súmula 394<sup>15</sup> do Supremo Tribunal Federal, que havia sido cancelada pela própria corte.

O relator da Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, o congressista André Benassi, apresentou substitutivo ao projeto de lei, propondo a extensão do foro por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa, tendo sido o substitutivo aprovado, com a seguinte redação:

“Art.84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§2º A Ação de improbidade, de que trata a Lei n. 8429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão da função pública, observado o disposto no §1º.”

O mencionado projeto foi aprovado, originando a Lei n. 10.628/02 e introduzindo a norma acima mencionada no ordenamento jurídico.

A linha de entendimento defendida nessa lei já tinha sido utilizada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim, em decisão monocrática na Reclamação 2.138-6-DF<sup>16</sup>.

Embora ponderáveis os argumentos expedidos no projeto de lei e no entendimento do ministro, a interpretação dedicada à Constituição Federal para justificar não mereceu amparo pelo pleno da Corte Constitucional

<sup>14</sup> Disponível em: [www.http//www.senadofederal.gov.br](http://www.senadofederal.gov.br). Acessado em 21/10/2005.

<sup>15</sup> Súmula 394: “*Praticado o ato no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional*”.

<sup>16</sup> Disponível em: [www.http//www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acessado em 23/10/2005

O Supremo Tribunal Federal recentemente por maioria de votos declarou a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 84 do Código de Processo Penal, que estabelece foro privilegiado a autoridades processadas por ato de improbidade administrativa

O relator, ministro Sepúlveda Pertence, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2797 e 2860) proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) e pela Associação Nacional dos Magistrados (AMB). Acompanharam esse voto os ministros Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Carlos Velloso e Celso de Mello. Os ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie divergiram do relator e o Ministro Nelson Jobim encontrava-se ausente.

O Superior Tribunal de Justiça não se distanciou deste entendimento, ao explicitar na Reclamação 591-SP<sup>17</sup> que a competência não se presume sendo indisponível e típica, não se podendo estender a competência dos crimes comuns e de responsabilidade aos atos de improbidade administrativa, visto que se trata de ação de natureza civil.

Assim, pacifica-se o entendimento de que a competência para julgamento das demandas que versem acerca de improbidade administrativa é do juízo de 1º Grau. Este entendimento jurisprudencial possibilita uma maior efetividade na repressão à improbidade, visto que ao pulverizar os julgamentos no juiz de 1º grau minimiza o retardo causado pelo afunilamento de numerosas demandas nos tribunais.

Por fim, tem-se como fator importante para a prevenção e punição dos atos de improbidade administrativa as severas penalidades previstas na Lei 8.429/92.

O art. 12 da legislação acima referida informa que o julgador aplicará sanções de improbidade de natureza civil, sem prejuízo das penais, administrativas e outras civis. Desse modo, não impede a aplicação das penalidades previstas na lei as sanções penais e administrativas, como demissão, suspensão, declaração de idoneidade para promover licitação, em razão da diferenciação jurídica de cada uma dessas penalidades.

A Lei penaliza a conduta ímproba de acordo com a escala de gravidade da conduta. O enriquecimento em ilícito no exercício da função é o ato mais grave, tendo previsão de sanções bastante severas. As penas que importam

---

<sup>17</sup>Disponível em: [www.http//www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acessado em 29/10/2005.

prejuízo financeiro ao Erário são de grau intermediário, conforme previsão do art. 12, II, da Lei 8.429/92, e as que violarão os princípios da Administração Pública têm menor gravidade.

É possível que em um mesmo ato o agente cometa improbidade administrativa na modalidade enriquecimento ilícito, lesão ao erário e atentado aos princípios da Administração pública.

As penalidades nas três espécies são qualitativamente idênticas, mas quantitativamente distintas quando se trata de prazo de suspensão de direitos políticos, o valor da multa civil e o prazo de proibição de contratar com o Poder Público ou receber investimento ou financiamento, devendo ser aplicadas com observância ao princípio da proporcionalidade. Vedado, no entanto, é, o acúmulo de condenações idênticas, resolvendo-se a questão pelo princípio da especialidade.

Importante salientar a necessidade de que a petição inicial exponha de forma distinta cada causa de pedir e o pedido, devendo requerer a aplicação das sanções previstas no art. 12 na forma e gradação da gravidade do ato praticado.

Na hipótese do pleito referir-se a vários atos de improbidade administrativa com diversos agentes, para a devida aplicação da lei deve o requerente especificar um pedido para cada conduta, com a exposição da causa de pedir, sendo lícita a cumulação de pedidos nos termos do art. 292 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, mesmo que não reste demonstrada a ocorrência do ato de improbidade na modalidade enriquecimento ilícito, mas haja comprovação do prejuízo ao erário por violação aos princípios do art. 37 da Carta Magna ou qualquer outra norma, caberá o ressarcimento do dano, nos termos do art. 5º da Lei 8.429/92.

As sanções típicas de improbidade configuram reparação de danos substanciados, em provimento de natureza condenatória, na hipótese de ressarcimento do dano, pagamento de multa civil, perda de bens e valores; desconstitutiva quando se tratam de perda de função pública, e restritiva de direitos quando impõem a vedação em contratar com o Poder Público, de receber benefícios e incentivos fiscais ou creditícios, e suspensão de direitos políticos.

A efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público não é indispensável para a aplicação de sanções e caracterização de ato de improbidade, como ressaltam o art. 12 ao aludir a expressão “quando ocorrer” e o art. 21. A Lei de Improbidade, ao distinguir modalidades, estabeleceu que existem hipóteses em que se deseja resguardar os valores morais da Administração.

O produto das sanções que geram valor econômico será revertido em favor da pessoa jurídica lesada pelo ilícito, nas hipóteses de reparação de dano e perda de bens adquiridos ilícitamente. A multa civil também reverterá em prol do lesado, não obstante não tenha previsão legal, já que a doutrina interpreta como ressarcimento por dano moral. Nos casos de já existirem bens conscritos do agente ou terceiro, em razão da decretação cautelar da indisponibilidade ou seqüestros, quando estiver em exame hipóteses de enriquecimento ilícito ou lesão ao erário, a procedência do pedido implicará em reversão ao patrimônio público.

Ao lado das sanções típicas, encontra-se as atípicas, previstas na ressalva do art. 12, *caput*, da Lei de Improbidade, quando possibilita a aplicação de outra sanção prevista em lei específica. Desta forma, seria possível a aplicação da nulidade de um contrato em observância ao art. 59 da Lei de Licitações, visto que inexistente incompatibilidade de cumular, em uma decisão decorrente de ato de improbidade, as conseqüências previstas em lei específica, desestimulando a prática de ações de improbidade. No entanto, há uma divergência jurisprudencial acerca da possibilidade de cumulação na ação civil pública de proventos típicos e atípicos.

Ao serem aplicadas pelo Poder Judiciário, as penalidades previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 devem fixar o *quantum* das penas que possuem um interstício, a exemplo da multa civil, suspensão dos direitos políticos, contratação com o Poder, recebimento de incentivos fiscais e creditícios. Para apurar a quantificação de forma acertada, se faz necessária a conjugação de dois fatores: a extensão do dano causado e o proveito patrimonial do agente, conforme previsão do parágrafo único do art. 12 da lei mencionada.

Parte da doutrina entende que os critérios acima são inadequados quando se trata de dosimetria de suspensão de direitos políticos e de multa civil, hipótese de que a sanção deveria ser aferida pelo grau de reprovabilidade da conduta ilícita, possibilitando uma aferição mais adequada nas hipóteses de grave ferimento dos princípios e dano inexpressivo ou na hipótese de modalidade culposa.

A opção legislativa da Lei 8.429/92 atende a remessa da lei ordinária estabelecida na Constituição, estabelecendo a forma e a graduação da sanção, prevista nos incisos do art. 12, para as diversas hipóteses de atos de improbidade administrativa constante nos arts. 9º, 10 e 11 da lei. A comprovação da possibilidade de cumulatividade das sanções é a existência de três incisos no art. 12, repetindo-se as espécies de sanções que variam somente em razão da quanti-

dade e do prazo na proporção da gravidade do ato de improbidade, sendo vedado à discricionariedade do Poder Judiciário excluir da aplicação qualquer delas, ou fixar abaixo do limite mínimo ou suplantar o máximo.

A doutrina sugere a necessidade da lei oferecer alguns mecanismos, a exemplo da de redução de sanção, no caso de o agente espontaneamente confessar e delatar o co-autor ou o terceiro. No entanto, com bases na legislação atual é vedada a transação ou conciliação, indicando a natureza indisponível dos interesses envolvidos no ato de improbidade.

Em uma interpretação sistemática constata-se que as sanções são aplicáveis aos terceiros de acordo com a sua qualidade. Não sendo o beneficiário ou participe agente público, não poderá sofrer sanções que pressupõem a condição de agente, a exemplo da perda de função, mas suportará as demais por força da solidariedade criada pelo art. 3º da Lei de Improbidade. Desta forma, em vários casos são os terceiros que perderão em favor do erário ou bens ou valores ilicitamente acrescidos. É oportuno ressaltar que se o particular exercer função pública como agente público delegado, o caso será de extinção da delegação, seja ela concessão, contrato de gestão etc.

A questão da perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio é sanção de natureza ressarcitória, inspirada por um componente de moralizar a Administração pública. Esta sanção encerra uma indenização por dano moral sofrido pela Administração, sendo lícita a sua aplicação desde que observe o devido processo legal.

É importante enfatizar que não há como defender o descabimento da pena de perda de bens por ausência de previsão constitucional, visto que se o constituinte previu a indisponibilidade de bens como consequência da prática de ato de improbidade, é porque pretendia impor ao agente a perda dos bens, punindo-se o enriquecimento ilícito.

Questão intrigante é a extensão do perdimento de bens pertencentes ao cônjuge. Adquirido o bem em razão de ato de improbidade na sua modalidade enriquecimento ilícito pelo agente público casado e integrando-se ao patrimônio do casal, é lógico que a sanção da perda deve abranger, também, a parte pertencente ao cônjuge inocente, já que a forma que adentrou a seu patrimônio foi ilícita, não obstante não tenha dado causa, mas majorou seu patrimônio sem uma causa legal. Outra interpretação não seria admissível, porque se estaria estimulando práticas desta natureza, ante a possibilidade de crescer ao patrimônio de ente querido.

A penalidade de ressarcimento do dano é obrigatória na hipótese de prejuízo ao erário prevista no art. 10 e dependente de prova nas modalidades enriquecimento ilícito e violação aos princípios basilares da Administração Pública.

Assim, todo prejuízo suportado pelo Poder Público advindo de ato doloso ou culposo de agente ou terceiro deverá ser ressarcido pelo seu causador, desde que haja repercussão negativa no patrimônio público, sendo presumida na hipótese do art. 10 e provada nas demais, combatendo-se o contínuo desfalque patrimonial que a Administração vinha sofrendo. Não sendo possível comprovar o dano, o ato poderá caracterizar outra espécie de improbidade administrativa, como a inobservância dos princípios da administração, e propiciar a aplicação de outras sanções.

O ressarcimento do dano deverá ser integral, abrangendo o prejuízo já verificado e as perdas e danos, sendo sanção imprescritível nos termos do art. 37, §5º da Carta Magna, ante a importância de nunca permitir o esvaziamento do patrimônio público.

A quantificação do dano não corresponde necessariamente à totalidade de um dispêndio público, podendo o valor do dano ser aferido pela apuração da quantia correspondente à lesão e a redução patrimonial suportada.

A Lei 8.429/92 não protege somente o aspecto patrimonial do dano, mas também o aspecto moral da Administração que viabiliza a aplicação de penas em razão da simples violação do dever de probidade com a coisa pública.

No entanto, na configuração do dano, a sua expressão é informada pelo efetivo prejuízo suportado, o que não implica necessariamente a obrigação de repor integralmente os valores retirados da Administração. Assim, não poderá ser admitida a hipótese de, por meio de reparação de dano, o Poder Público enriquecer ilicitamente, já que os serviços e bens foram prestados e aproveitados.

O agente público e os terceiros são solidariamente responsáveis pelo ressarcimento do dano, inclusive os sucessores nas forças da herança, conforme já restou consignado.

É importante lembrar que, no caso do art. 1º, parágrafo único da Lei 8.429/92, a sanção patrimonial é limitada à repercussão do ilícito sobre a parte que o erário público contribuiu, refletindo a real perda e evitando o locupletamento da Administração. No entanto, as demais sanções serão aplicadas, visto que a limitação acima mencionada restringe-se ao ressarcimento do dano.

Debate intrigante na extensão do ressarcimento do dano refere-se ao alcance de bens indivisíveis do responsável. A jurisprudência<sup>18</sup> tem respondido a esta indagação informando que o bem deverá ser levado por inteiro a hasta pública, reservado à esposa ou co-proprietário a metade do valor alcançado, em solução idêntica à adotada na hipótese de defesa de meação do cônjuge por aval prestado pelo marido sem anuência da consorte, nos termos da legislação antes do advento do Novo Código Civil.

A perda de função é uma outra modalidade de sanção aplicável a qualquer espécie de ato de improbidade, alcançando os vários vínculos, mandato, cargo, emprego ou função pública, delegação do agente ou terceiro com o Poder Público, salvo à hipótese de este não pertencer aos quadros da Administração. É uma sanção destinada a expurgar do Poder Público o agente que não observou a probidade, mesmo que já possua garantias como estabilidade e vitaliciedade.

Da mesma maneira, do agente público inativo ao praticar ato de improbidade na atividade, mas que o trânsito em julgado somente se operou quando o mesmo encontrava-se na inatividade, deve a sentença anular a aposentadoria e ser aplicada à perda de função.

É oportuno atentar que a perda da função pública na ação de improbidade é pena principal, desvirtuando-se do Código Penal onde encontra-se previsto como secundário, não se confundindo com perda de mandato por cassação de competência do Poder Legislativo decorrente de infração político-administrativa.

Em relação à sanção da perda da função pública existe uma controvérsia na doutrina acerca da possibilidade de aplicação desta ao Presidente da República. Os que excluem tal possibilidade argumentam que essa punição, quando aplicada ao chefe do Poder Executivo Federal é de competência exclusiva do Poder Legislativo, não havendo possibilidade do Judiciário usurpar tais atribuições. Para outra parcela da doutrina, é admissível a perda do cargo de Presidente, visto que a Constituição Federal não atribuiu exclusividade à instância político-administrativa, nem excluiu expressamente a possibilidade de aplicação.

As pessoas mencionadas no art. 2º e 3º da Lei de Improbidade estão submetidas à suspensão dos direitos políticos que visam subtrair a capacidade cívica do cidadão, tolhendo a sua elegibilidade, a assunção de qualquer outra função pública e a legitimidade de promover ação popular.

<sup>18</sup> Resp 16.950-0, Rel Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 05 de abril

A suspensão de direitos políticos é uma punição que varia na intensidade, dependendo da modalidade do ato de improbidade cometido, devendo o Poder Judiciário, ao fixar o período, observar os limites máximos e mínimos legais previstos.

A finalidade da suspensão dos direitos políticos é suprir por prazo determinado o direito de influir na vida pública, sendo um poderoso aliado na moralização em razão do temor, em especial, da classe política de passar determinado período sem poder concorrer às eleições.

Por outro lado, não obstante o reflexo político dessa sanção, possui natureza cível ação de improbidade, sendo aplicado pelo julgador de competência comum civil quando da sentença, não sendo necessário submeter à jurisdição eleitoral, em razão dos arts. 15, V e 37, §4º da Constituição Federal. Há, portanto, concorrência de competência de jurisdição com naturezas e efeitos diversos.

Ampliando a previsão constitucional referente à aplicação de punições, estipula a lei o pagamento de multa civil, a proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditício. Há respaldo constitucional para a mencionada dilatação das hipóteses. De ordinário, somente a legislação infraconstitucional compete à instituição de penalidades. Seguindo esta tendência, o art. 37, §4º da Carta Magna remeteu o disciplinamento da improbidade administrativa ao legislador ordinário, inclusive a sua repressão.

Sob outra perspectiva, a Constituição Federal traça no art. 5º, XLV e XLVI as punições possíveis, e no inciso XLVII, as proibidas, fixando os limites de atuação estatal em relação às repressões às condutas ilícitas. Nessa medida, a definição de sanções civis, administrativas, tributárias é da lei infraconstitucional, observadas as restrições constitucionais. No caso de improbidade administrativa será necessário observar, também, as sanções previstas no art. 37, §4º da Carta.

Desse modo, as penalidades criadas pela Lei 8.249/92 não extrapolam os limites constitucionais; muito pelo contrário, exercem as atribuições que lhe foram atribuídas.

Passa-se a considerações acerca da multa civil.

A multa civil representa uma sanção pecuniária contra o dano moral experimentado pela Administração Pública. Possui alíquota e base cálculo que variam de acordo com espécie de improbidade administrativa.

A natureza jurídica desta penalidade é receita extratributária da entidade que suportou o ato de improbidade, segundo os critérios de dosimetria previstos no parágrafo único do art. 12, sendo revertida para o seu patrimônio.

Quanto à vedação de contratar com o Poder Público e de receber benefícios e incentivos fiscais ou creditício, é providência que implica em suspensão temporária dos direitos dos agentes e terceiros em negociar com a Administração e receber valores públicos.

Essa penalidade se estende contra particular beneficiário da improbidade administrativa, mesmo quando não causa dano ao erário público, sendo um poderoso instrumento inibitório de atos de má-administração. Aproxima-se muito das sanções administrativas e eleitorais previstas, respectivamente, na Lei 8.666/93 e 9.100/95, mas com estas não se confundem.

A suspensão de contratar com o Poder Público e de receber benefícios irradia-se para os governos federal, estadual e municipal da Administração direta e indireta. O ressarcimento do dano não cessa a sua eficácia por ser de natureza distinta. A vedação é aplicada mesmo que praticada por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, sendo plenamente cabível nos casos de sucessão societária, consórcio, sociedade em conta de participação.

Não obstante seja penalidade destinada, a princípio, às pessoas jurídicas, pode incidir sobre os sócios quando aplicada à teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

A punição do ato de improbidade pelo Poder Judiciário e o pronunciamento do Tribunal de Contas e outros órgãos de controle interno são independentes e desvinculados, nos termos do art. 21, II da Lei de Improbidade, quando menciona que as penalidades serão aplicadas independentemente “*da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas, consagrando os interativos entendimentos da jurisprudência e doutrina*”.

A assertiva de soberania das decisões do Tribunal de Contas não prevalece. A Constituição Federal estabeleceu a inafastabilidade do controle judiciário dos atos da Administração, garantindo a ampla acessibilidade e vedando a exclusão da apreciação do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito, individual ou coletivo, como se extrai do art. 5º, XXXV, da Carta Magna, não tendo o Brasil adotado o sistema do contencioso administrativo, e não possuindo as decisões desse tribunal administrativo caráter de definitividade e imutabilidade.

Independente do pronunciamento do Tribunal de Contas acerca do ato enzejador da improbidade administrativa o início da demanda no Poder Judiciário, visto que esse deve julgar com base nas evidencias constantes dos autos. No entanto, sendo o pronunciamento da corte administrativa no sentido de julgar

irregulares as contas do administrador, em geral, constitui a prova ou o início do ato de improbidade, não obstante os legitimados ativos não estejam obrigados a iniciar uma demanda.

A jurisprudência não diverge dessa orientação, sob o fundamento de que o Tribunal de Contas é órgão auxiliar do Poder Legislativo, se restringindo a apreciação técnico-contábil, próprio do controle externo de fiscalização financeira e orçamentária, não excluindo o julgamento político e o jurisdicional.

Ressalta-se, no entanto, que a Lei 8.443/92 disciplina a atividade do Tribunal de Contas da União, prevê a possibilidade de aplicação de multa em algumas situações que coincidem com os tipos previstos na lei de improbidade. Neste ponto, seria necessário indagar se a aplicação de ambas não restaria configurado o *bis in idem*. Entende-se positivamente, visto que, sendo o agente punido com multa, por decisão irrecorrível do Tribunal de Contas da União, não poderia suportar a multa civil da improbidade administrativa, por possuírem a mesma natureza.

A vedação do *bis in idem* configura princípio geral de direito que supõe a proibição de duplicidade de sanções administrativas e penais em que se esteja diante de identidade do sujeito, fato e fundamento. Considerando este conceito, verifica-se que a multa instituída pela Lei 8.433/92 aplicada em virtude de dano ao patrimônio público, não apresenta traço distintivo decorrente de ato de improbidade; a diferença restringe-se, exclusivamente, a que uma delas é aplicada pelo Tribunal de Contas e a outra pelo Judiciário, fato que não influi da essência das sanções.

As regras de sanção previstas na Lei de Improbidade não excluem a repressão do mesmo ato com sanções de natureza administrativa, civil, eleitoral e penal, podendo, inclusive, serem aplicadas cumulativamente, sem, no entanto, ocorrer o *bis in idem*, em face da diversidade da natureza jurídica e a independência de instâncias da improbidade administrativa.

## **6. CONCLUSÃO**

Com o advento da lei de improbidade administrativa verifica-se um significativo impacto no comportamento e atitudes dos cidadãos, de fácil constatação quando se examina comparativamente o comportamento social antes e depois do surgimento do complexo normativo disciplinador dos atos dos agentes públicos, em vista da repressão da improbidade administrativa.

Durante os capítulos deste trabalho fez-se uma exposição paulatina dos antecedentes históricos; dos conceitos de improbidade administrativa com as

suas distinções, com legalidade e a moralidade; aspectos da Lei 8.429/92 relacionados aos destinatários da lei, o foro privilegiado e as sanções.

Demonstrou-se que o problema em reprimir a improbidade administrativa encontra-se inicialmente em defini-la, a ponto de não deixar lacunas por onde poderão ficar impunes os gestores que lesam o interesse público.

Com a redemocratização do Brasil, a promulgação da Constituição Cidadã em 1988 e o advento da Lei 8.429/92, o ordenamento jurídico foi agraciado com uma série de mecanismos capazes de inibir e punir severamente os administradores que não observarem a probidade administrativa.

Verificou um grande alargamento no conceito de destinatário, nos termos do art. 1.º da Lei de Improbidade, quando enumerou os órgãos ou entidades que podem ser vítimas de atos ímprobos, praticados por agentes públicos, em um conceito lato.

A Lei 8.429/92 disciplina, também, severamente, o mau administrador com sanções que variam da multa à perda do cargo público, em uma tentativa vitoriosa de inibir a prática de improbidade, visto que a repressão, nesta ceara, é muito mais danosa socialmente do que a prevenção.

A sociedade, nos mais de dez anos de existência da Lei de Improbidade, tem-se conscientizado da extrema necessidade de expurgar dos quadros públicos os administradores ímprobos não os reconduzindo aos cargos eletivos outrora ocupados.

Não restam dúvidas que existem várias falhas na sistemática da repressão ao mau administrador, e um terreno fértil para acrescentar formas de aperfeiçoamento. No entanto, a Lei de Improbidade, mesmo com todos os seus vícios, que geram verdadeiras guerras de interpretação entre a jurisprudência e a doutrina, tem sido um instrumento importante e eficaz no combate à improbidade administrativa, na medida do possível.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira; ROSA, Maria Virgínia de Figueiredo Pereira. *Apontamento de metodologia para ciência e técnica de redação científica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal anotado e legislação complementar*. 10. ed. São Paulo: RT, 2001.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de sociologia jurídica*. São Paulo: Forense, 1997.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à lei 8429/92 e legislação complementar*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GIACOMZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa: história de um conceito*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v.230, out/dez 2002, p 291-303.
- HORTA, Raul Machado. *Improbidade e corrupção*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v.236, abr/jun 2004, p 121-128.
- MAJADAS, Márcia Fratari. *Desvio de poder no direito comparado*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v.236, abr/jun 2004, p 111-120.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Improbidade administrativa, agentes políticos e foro privilegiado*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v.232, Abr/jun 2003, p 231/254.
- \_\_\_\_\_. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Improbidade administrativa: alguns aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v.235, jan/mar 2004, p 89/100.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa: observações sobre a lei 8429/92*. Porto Alegre: Síntese editora, 1998.
- PASSAGLINI FILHO, Marino. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.
- REGIS PRADO, Luiz. *Código penal anotado e legislação complementar*. São Paulo: RT, 1997.
- RIBEIRO JÚNIOR, Uberegue. *Moral e moralidade administrativa: aspectos ontológicos*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v.228, abr/jun 2002, p 209-242.

- SANTOS, Juarez Cirino dos. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- TOLOSA FILHO, Benedicto. *Comentários à lei de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. *Eficácia social da atuação do ministério público no combate à improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v.227, jan/mar 2002, p 253-263.

# **O PERFIL DO SERVIDOR PÚBLICO NA SOCIEDADE MODERNA**

**Valdir Soares Fernando**

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. O servidor público; 2. Suporte teórico; 2.1 Os problemas da burocracia; 2.2 A nova Administração Pública; 2.3 A Cultura Institucional; 3. Procedimentos metodológicos; 3.1 O estudo de caso; 3.2 Análise das entrevistas/observações; 3.3 A inovação no órgão; 3.4 Controle Institucional; 4. Papel Social da Organização Pública; 5. Valorização do Servidor Público; Conclusão; Referências Bibliográficas.

## **INTRODUÇÃO**

Funcionário público tem que ser eficiente uma só vez na vida: **NO DIA DO CONCURSO!**<sup>1</sup>  
(Desabafo de um cidadão de São Paulo e coletado na Internet no AOL Fórum)

Por que um cidadão brasileiro chegaria a tal conclusão? O que poderia ter acontecido ou mesmo vivenciado para que ele pudesse declarar tão negativa frase? Em que universo se perfectibilizou o senso comum de descrédito, de desconfiança, de ineficácia e de ineficiência, a ponto do seu espírito exteriorizar tamanha animosidade sobre uma atividade que deve ser desenvolvida para prestar serviços ao público, uma vez que foi criada para tal mister?...

João Francisco Neto, em seu artigo Serviço público e cidadania, nos traz o seguinte relato:

<sup>1</sup> [http://forum.aol.com.br/foro.php?id\\_top=1&id\\_cat=39&id\\_subcat=74&id\\_foro=5591&num\\_pag=3](http://forum.aol.com.br/foro.php?id_top=1&id_cat=39&id_subcat=74&id_foro=5591&num_pag=3)

Quem de nós nunca se defrontou com um funcionário mal-humorado, atrás de um balcão, com ares de enfado e pouquíssima atenção ao nosso problema? Infelizmente, essa imagem tem permeado toda nossa existência, de tal sorte que frequentemente o cidadão que procura o acesso a algum serviço público é submetido a uma situação de constrangimento, além de não obter o resultado que pretendia.<sup>2</sup>

Ainda em seu artigo, o estudioso nos lembra que essa tradição de mau atendimento no serviço público remonta à nossa formação ibérica. Boa parte da burocracia do Brasil colonial era comandada por administradores da Corte portuguesa que não tinham nenhum interesse no bom atendimento. Além disso, muitos daqueles que procuravam as repartições públicas nem eram considerados cidadãos, dentro da perspectiva colonial reinante à época. Desse modo foi sendo formado o corpo da administração pública: os funcionários de um lado, preocupados somente com sua posição; e o povo de outro lado, relegado à própria sorte.

A perversidade dessa estrutura entranhou-se na administração pública de tal forma que, com o passar do tempo, apesar das mudanças ocorridas a qualidade do atendimento ainda precisa melhorar. É enorme a dificuldade dos órgãos públicos quando resolvem quebrar essa estrutura e oferecer um serviço atencioso, pronto e eficaz.

Entremos num túnel do tempo. Nessa viagem ao passado vamos verificar a origem de muitas coisas. Pousemos na época do mandato presidencial de Epiácio Pessoa, bem perto da década de 30, vamos ver Lima Barreto. Segundo descreve o cientista social Eduardo Alves, em seu artigo *A mídia e os Servidores*, Lima Barreto em sendo negro e pobre, massacrava em suas crônicas o servidor público. Em *O Trem de Subúrbios*, de 1921, Lima escreve:

O tal cidadão, que fala tão imponentemente de importantes questões administrativas, é quase um analfabeto. O que fez ele? Arranjou servir adido à repartição que cobiçava, deixando o lugar obscuro que ocupava, numa repartição obscura do mesmo ministério. Tinha fortes pistolões e obteve. O diretor, que possuía também um candidato, para a mesma causa, aproveitou a vaza e colocou de igual forma o seu. Há um fim de ano de complacências parlamentares e todos eles arrancam do Congresso uma au-

---

<sup>2</sup> <http://www.sapereaudare.hpg.ig.com.br/direito/texto12.html>

torização, na cauda do orçamento, aumentando os lugares, na tal repartição cobiçada, e mandando também aproveitar os ‘adidos’. Está aí a importância do homenzinho que não cessa de falar como um orador.<sup>3</sup>

Interessante como parece falar dos dias de hoje. A imponência do cidadão, um burocrata que não respeita os outros trabalhadores e se aproveita do cargo que possui em repartições públicas para se dar bem. Não precisa ser corrupto; contudo, se o for, tem de fazer algo para equivaler à corrupção herdada pela própria sociedade.

Continuando em nossa viagem, vamos para 1951/52, época em que Armando Cavalcanti e Klécios Caldas escreveram *Maria Candelária* — que foi gravada em 1.952, por Blecaut —, famosa marchinha de carnaval lançada no último mandato de Getúlio Vargas, e que obteve grande sucesso por sua letra que atingia, em cheio, o servidor público inserido no imaginário do povo da capital. Ei-la:

Maria Candelária / É alta funcionária,  
Saltou de pára-quadras, / Caiu na letra Ó, oh, oh, oh, oh.  
Começa ao meio-dia, / Coitada da Maria,  
Trabalha, trabalha, trabalha de fazer dó, oh, oh, oh, oh.  
A uma vai ao dentista; / Às duas vai ao café; / Às três vai ao modista;  
Às quatro assina o ponto e dá no pé... / Que grande vigarista que ela é!<sup>4</sup>

Crítica e com vários tons de ironia, a letra tenta mostrar as nuances do servidor público tido como padrão. Aquele servidor que nunca trabalha, que se preocupa com os ditames da moda para ter o que mostrar em seu ambiente de trabalho, o qual, certamente, não exige competência. Essa era e continua sendo, para muitas pessoas, a idéia sobre o servidor público, ou seja: é aquele que ganha sem trabalhar, sem grandes preocupações!

Arremata, ainda, o supracitado estudioso que, hoje em dia, talvez o maior ícone da mídia, tratando-se de serviço público,

...seja a *Grande Família*, programa de grande audiência da Rede Globo, no qual vemos no personagem Lineu, a imagem do servidor público

---

<sup>3</sup> [http://www.sindifiscomg.com.br/downloads/a\\_midia\\_e\\_os\\_servidores.htm](http://www.sindifiscomg.com.br/downloads/a_midia_e_os_servidores.htm)

<sup>4</sup> <http://cifraclub.terra.com.br/cifras/marchinhas/maria-candelaria-jpww.html>

*exemplar*, segundo o senso comum da população brasileira. Não aceita propinas; não chega atrasado; não falta ao trabalho. Muito pelo contrário: vive o seu trabalho diariamente e, quem sabe, todas as horas do dia. De outro lado, o seu chefe é o *modelo comumente apresentado* de servidor público. É o próprio armador das *maracutaias*; o exemplo de como se utilizar do Estado para lucrar e tirar algum proveito; o estereotipado *es-perto* que mora em um luxuoso apartamento com banheira de hidromassagem. Não é apenas o suborno e a politicagem; é também o assédio e o poder que determina a lógica desse servidor.

Mas, quem diria, o melhor servidor é a peça principal para que a corrupção se desenvolva e se instale na seção. Com a manutenção de sua competência e com a intransigência de sua honestidade, acompanha tudo o que acontece e deixa que tudo aconteça. Melhor, não apenas deixa que aconteça como dá sustentação, com a sua função de profunda competência, para criar uma película que esconda o centro da corrupção. Lineu, o ideal servidor, é absolutamente conivente com tudo o que acontece. Nunca aceita um convite para participar das malandragens cariocas do chefe, mas finge-se de morto frente a todas. Nunca denuncia o seu chefe e é o servidor com mais prestígio, respeito e ascendência sobre o mesmo. Que triste, no entanto, o exemplo de servidor público é estratégico para que o serviço público apareça como algo desnecessário que só serve para lesar a pátria.

Firma-se assim uma ideologia de que a propriedade estatal, quase que por natureza, é corruptível. A corrupção, segundo esse ponto de vista, não aparece como efeito do modo de produção de exploração, mas sim como produto de uma forma de propriedade que não é privada. Deduz-se assim que, quanto mais propriedades estatais existirem, maior será a corrupção na sociedade. Essa visão que se pretende difundir parte do princípio de que as bases reais para o surgimento da corrupção residem na superestrutura e não nas relações sociais pelas quais homens e mulheres produzem e reproduzem sua vida. O que não dizem, com tanta ênfase, é que a corrupção não é uma propriedade dos aparelhos estatais, já que existe com todos os requisitos nos aparelhos privados. Certamente, alguns podem pensar: isso é obra do neoliberalismo! Triste equívoco, pois isso é produto da formação social brasileira.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> [http://www.sindifiscomg.com.br/downloads/a\\_midia\\_e\\_os\\_servidores.htm](http://www.sindifiscomg.com.br/downloads/a_midia_e_os_servidores.htm) Op. cit.

Voltando à nossa viagem no tempo, vamos buscar outro tipo de servidor: os barnabés. De acordo com o dicionário Aurélio, barnabé é nome imaginário de servidor público, ao qual se refere um samba de 1947, de Haroldo Barbosa e Antônio Almeida, fazendo uma sátira aos funcionários públicos acomodados. Com o passar do tempo, barnabé passou a designar o próprio setor profissional, cunhando a expressão que vigora até hoje, pois, em linguagem coloquial, a palavra remete ao servidor público, principalmente os de baixo escalão, conhecidos pelo desinteresse e pela malandragem.

Agora, o nosso túnel do tempo nos leva para o dia 15 de março de 1987, quando o ex-presidente Fernando Affonso Collor de Mello entrou no secular Palácio dos Martírios, eleito Governador do Estado de Alagoas, sendo apresentado nacionalmente como Caçador de Marajás, apelido que recebera da imprensa por ter adotado medidas severas de repressão aos interesses de servidores públicos alagoanos os quais recebiam salários superiores aos dos ministros. Assim, surge um novo tipo de servidor público: os marajás.

Fernando Collor de Mello foi buscar o termo na longínqua Índia, local onde o vocábulo dá nome aos príncipes, potentados ou pessoas muito ricas do país. Aqui, passou a designar os servidores públicos que recebem vultosos salários.

O povo agiu e tomou conta, formando desse modo a tríade: Marias Candelárias, barnabés e os marajás.

Mas... e em sendo maus, esses servidores públicos não são punidos? Na verdade, o texto da legislação pátria mostra-se bastante severo em relação a tal vertente. Basta ler os arts. 116 e 117 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, os quais elencam uma série de deveres e proibições entre outros impostos aos servidores públicos. Eis alguns exemplos:

— Exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo. Embora sejam cuidados que se equivalem, juntos, reforçam as qualidades esperadas da ação pública, a saber: presteza, perfeição e rendimento funcional contrapondo-se à negligência e ao desleixo ou desídia.

— Ser leal às instituições a que servir. Lealdade implica sinceridade e fidelidade às instituições e não aos dirigentes. Cuida-se da obediência às normas legais que regem as instituições a que o servidor se vincula.

— Observar as normas legais e regulamentares. A regra consagra o princípio da legalidade, já que a eficácia de toda atividade jurídica está condicionada ao atendimento da lei. Nesta regra se inclui o dever de obediência às normas e aos seus princípios gerais, como o de eficiência, eficácia, probidade, moralidade, prestação de contas, legalidade, publicidade e impessoalidade.

— Cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais. Constitui infração disciplinar a desobediência às ordens superiores. Trata-se, aqui, do respeito ao princípio hierárquico, comportamento indispensável ao bom e correto funcionamento da máquina administrativa. A exceção quanto ao cumprimento de ordem emanada de superior hierárquico, diz respeito à ilegalidade das ordens, na medida em que o servidor público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e do bem comum, não podendo deles se afastar ou desviar, sob pena de invalidade do ato que praticar, expondo-se à responsabilidade administrativa, civil e criminal, conforme o caso.

— Atender com presteza. A lei determina presteza no atendimento do pedido ou da requisição que, se não for imediato, deverá ocorrer na primeira oportunidade. No entanto, a Lei 9784/99 que regula os Processos Administrativos de modo geral, estabelece vários prazos, em situações diversas que deverão ser observados. Contudo, devendo-se evitar os atos de desrespeito ao ser humano, decorrentes da procrastinação ou da negativa de informação de que necessita o usuário, como de resto, a humilhação, o dano moral, a disfunção social.

— Levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo. A norma impõe ao servidor a obrigação de noticiar, ao superior hierárquico, irregularidades de que tiver conhecimento, em razão do cargo que ocupa. A norma não estimula, assim, regime de delação e nem propõe interferência abusiva e indevida em serviços que não são os do servidor. O desrespeito a esse dever, entretanto, pode configurar condescendência criminosa de que cuida o Código Penal, Art. 320.

— Zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público. A norma veda o desperdício, o estrago, o uso negligente e indevido, devendo o servidor evitar gastos inúteis, preservar o patrimônio público e agir com parcimônia no trato do material posto a sua disposição para a execução do serviço público. Trata-se de decorrência natural do indeclinável dever de prestar contas, resultantes do encargo de gestão administrativa de bens e interesses alheios.

— Guardar sigilo sobre assunto da repartição. A regra impõe a discrição funcional, ou seja, os fatos passados no âmbito da administração não devem ser divulgados, antes de sua publicação oficial. Todavia, deverá ser mantida a transparência em relação aos assuntos da repartição, que não tenham o caráter de reservado, sigiloso ou confidencial.

— Manter conduta compatível com a moralidade administrativa. O desempenho da função pública deve ser, por princípio, inarredável, confiável e

respeitoso, por isso que exigido do servidor a observância, tanto na vida pública como na vida privada, das regras de boa conduta, como as de educação, tratamento cortês e conveniente apresentação.

— Ser assíduo e pontual ao serviço. Os serviços públicos devem ser desempenhados com regularidade, continuidade e ininterruptamente, no local e horário designados.

— Tratar com urbanidade as pessoas. O objetivo é manter o melhor nível de relacionamento resultante da convivência diária do servidor, com os seus colegas e o público a que serve. A urbanidade compreende tratamento cortês, afável e respeitoso, e nela se compreende, ainda, as iniciativas de cooperação e solidariedade, na medida em que o servidor trabalha para a coletividade.

Por seu turno, o art. 127 do supracitado estatuto do servidor público no âmbito federal, prevê as penalidades disciplinares que podem ser aplicadas aos servidores estatutários: advertência; suspensão; demissão; cassação de aposentadoria ou disponibilidade; destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada. O art. 130, § 2º, dessa lei, ainda prevê a possibilidade da pena de suspensão ser convertida em multa, na base de 50% por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço. Cabe à autoridade competente decidir por essa conversão, quando houver conveniência para o serviço.

## **1. O SERVIDOR PÚBLICO**

Mas, o que realmente é o servidor público? Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>6</sup>, servidor público é expressão empregada ora em sentido amplo, para designar todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício, ora em sentido menos amplo, que exclui os que prestam serviços às entidades com personalidade jurídica de direito privado.

É de se observar que a Constituição em nenhuma vez utiliza o termo funcionário, embora este seja de uso comum na legislação ordinária, entretanto, outros capítulos preceituam acerca de pessoas que exercem funções públicas, quer administrativas, quer legislativas ou jurisdicionais, e ainda, pessoas que exercem tais funções sem vínculo empregatício com o Estado. Por conseguinte, con-

---

<sup>6</sup> Di Pietro, Maria Sylvia Zanella – Direito Administrativo. 14. ed. – São Paulo : Atlas, 2002, pg. 430/431.

clui-se, então, seja imperiosa a adoção de outro vocábulo, de sentido bem mais amplo de que servidor público, para designar as pessoas que exercem a função pública, com ou sem vínculo empregatício, surgindo a figura do agente público — que é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta.

Deste modo, a classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello, na qual foram introduzidas as necessárias alterações em face da Constituição de 1988 e da Emenda Constitucional nº 18/98, nos demonstra que são quatro as categorias de agentes públicos: agentes políticos; servidores públicos; militares<sup>7</sup>; e particulares em colaboração com o Poder Público.

\*\*\*\*\*

Como pano de fundo, vimos que as manifestações apresentadas pela sociedade moderna brasileira já descortinam um pensamento de peso acerca do servidor público, traçando em linhas gerais aspectos de um perfil de início preocupante.

O que deve então ser feito? O que a Administração Pública realmente está fazendo para que as Marias Candelárias, os barnabés e os marajás saiam definitivamente de cena?

Bem, a seara é deveras muito extensa, sendo, de todo modo, impossível açambarcar todos os problemas neste estudo. Mas, como existe a certeza de que o perfil do servidor público é traçado pela sociedade moderna de acordo com a satisfação do público cliente, delimitamos o nosso trabalho num pequeno universo: uma vara na qual funcionam dois juizados federais especiais cíveis (um para o juiz titular e outro para o juiz substituto).

Mediante uma estratégia de pesquisa qualitativa, foram realizadas várias entrevistas em profundidade com funcionários dessa vara federal, ao lado de observações sistemáticas no trabalho desses servidores, durante 60 (sessenta) dias, quando do atendimento ao público, confrontando os principais aspectos do trabalho em face dos servidores envolvidos perante a clientela recebida, ou seja, tendo o resultado/satisfação do receptor dos serviços como ponto fundamental da análise.

<sup>7</sup> Inclusão feita em atenção à EC 18/98, embora, conceitualmente, não haja distinção entre os servidores civis e militares, a não ser pelo regime jurídico, parcialmente diverso.

Levando-se em consideração a sistemática utilizada na vara em estudo — diariamente são escalados dois atendentes: um servidor e um estagiário remunerado para atendimento às partes, advogados e procuradores — durante os dois meses também foram coletadas informações com as pessoas que procuraram os serviços da vara, sendo também pesquisadas as diversas mensagens depositadas na caixa de sugestões/reclamações existente no balcão.

Os resultados encontrados revelam que o nível intelectual de cada servidor, muitos formados e até com pós-graduação, às vezes não condiz com o seu grau de sensibilidade no sentido de procurar compreender as pessoas — a maioria pobre, moradoras de periferia, muitas portadoras de necessidades especiais, e, ainda, imaturas no que concerne ao acesso à justiça — que procuram os serviços judiciais oferecidos pelos juizados, dando azo à falta de paciência, à intolerância e ao desentendimento. A tudo, soma-se a lógica burocrática, com suas inflexíveis normas internas, as quais tendem a apresentar uma sistemática complexa entre os funcionários e a instituição, acarretando reflexos negativos ante o cidadão comum receptor.

Antes de qualquer coisa, torna-se imperativo que saibamos em qual cultura organizacional está inserto o objeto de estudo, vez que tal aspecto vem despontando no oferecimento de dados úteis para a compreensão dos problemas encontrados.

Ora, a vara federal na qual funcionam os juizados especiais federais cíveis, segundo os ditames da lei, foi criada para atender demandas singulares, inclusive, havendo a possibilidade de ajuizamento de ações sem a presença/necessidade de advogado. Na verdade, tal providência democratiza mais o acesso à justiça, já que o cidadão comum, antes da criação dos juizados, na grande maioria dos casos, sentia-se totalmente excluído desse bem fundamental. Por outro lado, no que concerne a órgão público, os elementos subjetivos sempre nortearam a administração, tornando-se necessário avaliarem-se também e com maior ênfase, os elementos objetivos e enfrentados no dia a dia cartorário. Só assim poderíamos traçar com maior realismo o perfil do servidor público envolvido nesse universo da sociedade moderna.

Vimos, então, que a norma rígida e inflexível apresentada ao servidor envolvido, embora este com esmero intelectual, mas, às vezes desprovido da sensibilidade necessária ao seu trabalho, influencia, sobremaneira, os fatores decisivos para o delineamento do perfil do servidor público na sociedade moderna. Não seria o momento de repensar o ambiente organizacional? Não seria necessário pensar-se acerca das diversas variáveis da nova realidade social? Não

seria oportuno preocupar-se com um novo perfil do servidor público em nome do resultado/satisfação do cliente-cidadão. Creio que sim!

Pensando nesses enfoques como objeto do estudo, este trabalho foi dividido em quatro campos, a saber: o suporte teórico, o método utilizado, a análise/discussão dos dados, e, por último, as conclusões.

## **2. SUPORTE TEÓRICO**

### **2.1 OS PROBLEMAS DA BUROCRACIA**

Segundo Weber<sup>8</sup>, a burocracia sustentada pelo conhecimento técnico, determina a hierarquia, racionaliza o trabalho, distribui atividades e, ao fim, busca a eficiência administrativa. Entretanto, a norma criada para servir de padrão, por ser inflexível, tende em ser uma fonte de conflitos com o público, vez que o servidor, no trato dos casos concretos vivenciados na sua rotina diária, sentiria dificuldade — diante da norma imutável — em tentar resolver de forma não padronizada — uma situação peculiar.

Assim, é mínima a dinâmica existente. Cresce o desestímulo e a acomodação, sendo bem menor a busca de resultados, principalmente pela garantia do emprego e do salário; eis aí algumas características facilmente encontradas nos órgãos públicos, como bem dizem Medici e Silva.<sup>9</sup>

Na visão de Kliksberg,<sup>10</sup> apesar das mudanças econômicas e sociais que acontecem no mundo exterior, os órgãos públicos, como imensos elefantes brancos, continuam em sua jornada, lentos, improdutivos, caros e, aparentemente, sem qualquer interesse pelas necessidades do cidadão.

Preceitua Bresser Pereira<sup>11</sup> que o Estado hoje deve se preocupar com a competitividade internacional, para tanto há de melhorar os seus sistemas de

---

<sup>8</sup> WEBER, M. A objetividade do conhecimento nas ciências sociais. 4. ed. São Paulo: Ática, 1991. p. 79-127.

<sup>9</sup> MEDICI, A. C.; SILVA, P. L. B. A administração flexível. Revista de Administração Pública, v. 27, n. 3, p. 26-36, jul./set. 1993.

<sup>10</sup> KLIKSBERG, B. Como transformar o estado. Brasília: ENAP, 1992. Revista de Administração Pública, v. 28, n. 3, p. 5-25, jul./set. 1994.

<sup>11</sup> BRESSER PEREIRA, L. C. Da administração pública burocrática à gerencial. Revista do Serviço Público, v. 120, n. 1, p. 7-41, jan./abr. 1996.

gestão na busca da eficiência em benefício da sociedade. E como isso deve ser feito? Eliminando os elefantes brancos da autonomia administrativa. O cidadão/cliente tem que ser encantado pela nova visão gerencial, que de forma pragmática, deve ter agilidade, resposta imediata e eficiência nos serviços prestados, tudo sem esquecer a diminuição dos custos operacionais.

## **2.2 A NOVA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Se de um lado a nova administração pública preocupa-se com as necessidades do cidadão/cliente, e ainda em prestar-lhe contas, por outro ângulo, em nome de uma estrutura administrativa reformada, usa a descentralização e a delegação de autoridade ao lado do incentivo à criatividade e à inovação, numa salutar mudança na estratégia gerencial do órgão. Desse modo, o servidor público em tendo acesso a iniciativas para resolução dos casos contextualizados tenderia em diminuir a sua anterior acomodação e desinteresse, dando lugar a uma maior eficiência e humanização, aumentando o seu compromisso de melhor resolver os novos problemas que se lhe fossem apresentados.

O foco no cidadão seria a mola-mestra, o fio condutor, o grande objetivo. Tal necessidade conduz a um modelo gerencial que não é fácil de ser criado, principalmente no serviço público, por exigir estratégia, sistemas, prioridades, atitudes e comportamentos. Na verdade, seria uma completa mudança da cultura da instituição.

## **2.3 A CULTURA INSTITUCIONAL**

Os instrumentos enraizados no ambiente institucional funcionam como símbolos tanto nos próprios órgãos como também em relação aos seus dirigentes, consoante o entendimento de Barbosa<sup>12</sup>.

Também não pode ser esquecido que muitas vezes o servidor público passa grande parte do seu tempo no ambiente de trabalho para onde transporta não apenas seus conhecimentos técnicos, como também todas as características de suas personalidades; assim, cada ambiente institucional é ímpar, que pode mudar por motivação externa ou interna.

---

<sup>12</sup> BARBOSA, L. N. H. Cultura administrativa. Revista de Administração de Empresas, v. 36, n. 4, p. 6-19, out./dez. 1996.

Toda e qualquer mudança do padrão organizacional tende a receber fortes resistências, pois, de certa forma, pode mexer nas relações de poder, daí a necessidade da análise dos padrões comportamentais não escritos.

Reuniões frequentes com o corpo de servidores seriam ótimas oportunidades para a troca de experiências e idéias com o objetivo de discutir a melhor forma para a resolução das questões enfrentadas no dia a dia, inclusive, acerca da aplicabilidade das normas superiores, implantadas de cima para baixo, na maioria das vezes expedidas por autoridades gerenciais que desconhecem as verdadeiras raízes dos problemas em discussão.

### **3. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS**

E veio o grande desafio. Como traçar o perfil do servidor público na sociedade moderna, em todos os seus aspectos? Bem, objetivando-se investigar o assunto em profundidade, optou-se pela técnica do estudo de caso.

No objeto de análise — vara onde funcionam dois juizados especiais federais cíveis — por ter características institucionais próprias, pode ser avaliada a performance burocrática x resultado/satisfação do cidadão/cliente x servidor envolvido x delineamento do perfil desse servidor pelo cidadão/cliente.

Composta por dezoito servidores, cinco estagiários remunerados e outros tantos voluntários, o objeto de estudo, embora não possuía ampla representatividade em termos estatísticos, atende, de forma adequada, aos objetivos deste trabalho, por ter características típicas para a observação do fenômeno, ou seja, o contato diário com o cidadão que procura os serviços cartorários diante de uma sistemática burocracia institucional.

A coleta de dados foi efetuada mediante entrevistas informais com todos os envolvidos, ao lado de observações diárias nas quais se procurou captar procedimentos individuais, modos de tratamento e de resolução de problemas, utilização da burocracia, em suma, todo e qualquer valor que pudesse ser compartilhado no labor do objeto de estudo.

#### **3.1 O ESTUDO DE CASO**

A vara federal pesquisada foi instalada em 14 de janeiro de 2002, criada pela Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, obedecendo, no que não conflitar com a referida lei, o disposto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que, em seu art. 2º, preconiza que o processo será orientado pelos critérios da ora-

lidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Integra a Seção Judiciária de Pernambuco, que hoje funciona com 24 (vinte e quatro) varas, sendo 17 (dezesete) na capital, incluindo as 03 (três) varas onde funcionam os juizados, e 07 (sete) no interior do Estado.

Das 03 (três) varas dos juizados, uma surge de forma inovadora com os processos virtuais, acarretando a diminuição dos processos físicos, hoje em torno de 9000 (nove) mil para as outras duas. Entretanto, com o incremento das mencionadas demandas virtuais, os mapas estatísticos apontam cada unidade com aproximadamente 5400 processos, sendo atendidas, em média, 500 (quinhentas) pessoas por mês, só no balcão.

### **3.2 ANÁLISE DAS ENTREVISTAS X OBSERVAÇÕES**

A informalidade das entrevistas teve um ponto muito importante, cada servidor manifestou-se sem amarras sobre a questão proposta. Falaram de suas concordâncias e discordâncias. Opinaram, idealizaram, sonharam... Ao final, tais relatos subsidiaram uma melhor análise acerca da burocracia existente no órgão x resultado/satisfação do cidadão/cliente, salientando-se, desta forma, as variáveis que poderiam influenciar a idéia da sociedade moderna no que concerne ao perfil do servidor público.

A visão institucional dos juizados é pautada pela informalidade. Por exemplo: numa vara normal a anexação de qualquer documento é precedida de um termo formal de juntada; no juizado é público e notório que tal procedimento é tido por desnecessário, apesar disso, na última visita da Corregedoria muitos processos receberam a seguinte observação: *Falta o carimbo de juntada no documento de fl. X.*

Nas Correições anteriores nenhum Corregedor se preocupou com esse detalhe. Realmente eu não sei para que tanta burocracia. (**RELATO**).

Tal exigência despertou em alguns servidores um sentimento de desdém e de ironia — que podem gerar o desânimo e o desinteresse —, como se coisas muito mais importantes pudessem ter sido destacadas pelo órgão Correcional.

A Direção do Foro da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, considerando a deliberação dos Diretores de Secretaria das Varas — quando discutiam as principais dificuldades enfrentadas pelos servidores no atendimento

—, expediu um Ato de Serviço determinando que o atendimento às partes, advogados e procuradores no balcão só poderia ser feito quando o interessado estivesse de posse da Consulta de Movimentação Interna do dia, ou simplesmente: CI.

No térreo da Seção funcionam vários computadores nos quais tais CI podem ser retiradas, após o enfrentamento das necessárias filas. Muitas vezes chega o cidadão no balcão da vara sem a CI ou mesmo com uma CI de data anterior e o servidor exige a consulta atualizada, sem a qual não poderá ser atendido.

Por que, em nome de um melhor atendimento, não se coloca um computador de consulta na frente do balcão de cada vara? Como deve se sentir um cidadão que ajuizou uma ação sem advogado, ou até que seja com advogado, mas que há muito não tem notícia do seu processo, que não tem acesso à Internet, vem de um bairro distante, é portador de situação especial, e, esquece de apanhar a indigitada CI, e que, ao chegar no balcão, recebe a referida exigência? Eu me sentiria muito mal! (**RELATO**).

É bem sabido que para o advogado não existem porteiros nem cancelas. A lei assim o diz! No balcão da vara objeto de estudo existe uma máquina que disponibiliza senhas para que o atendimento seja sistemático e organizado. Entretanto, entra um advogado e pergunta: — *Advogado também pega senha, ou tem prioridade?*

É bom lembrar que, se num Juizado a parte pode ajuizar uma ação sem a presença de um advogado, creio que o cidadão comum seria tratado com desigualdade, se ao advogado fosse dada a prioridade, e deixar que ele fosse atendido sem pegar a necessária senha (**RELATO**).

Ah, não! Comigo, não. O Advogado tem muitos processos. Comigo ele tem prioridade, sim. Faça de um jeito que não cause constrangimento, mas eu sempre dou prioridade ao Advogado. (**RELATO**).

### **3.3 A INOVAÇÃO NO ÓRGÃO**

Todos nós sabemos que mudar não é um processo fácil. Principalmente no setor público. A resistência a qualquer mudança pode ter suas raízes na tradição do sistema, que pode limitar o potencial oriundo das novas idéias.

Às vezes é surgida alguma idéia que confronta a determinação burocrática estabelecida, e tal idéia ao ser levada ao chefe pode sofrer, de imediato, toda uma série de bloqueios. Não é muito difícil, tempos depois, aquela mesma idéia ser lançada no ambiente institucional, após a aceitação da autoridade superior, com resultados positivos e ao chefe a quem foi dada inicialmente a mencionada idéia, serem creditados todos os louros. (**RELATO**).

Um outro aspecto que tem que ser pensado é que a rotina diária é dinâmica. Casos e casos não previstos acontecem sempre e, para isso, a norma burocrática rígida não será adequada. Daí a necessidade da flexibilização.

Tomemos o seguinte exemplo: diante da determinação no sentido de que informações sobre processos, por telefone, não podem ser dadas, devendo o usuário ser orientado a procurar o seu advogado, consultar o seu processo pela internet ou comparecer à Vara para ter as aludidas informações. Vejamos algumas variantes:

A inovação ou mesmo a flexibilização da norma burocrática deve ser realizada de acordo com a necessidade, de acordo com cada caso concreto. Ora, sabemos que não é para dar informações por telefone, é bem mais fácil esquecer o problema e dizer ao usuário que não pode dar tais informações. Entretanto, a sensibilidade do servidor entrará em pauta, no momento em que cada caso é analisado de *per si*. Dependendo da situação, eu esqueço a norma burocrática e resolvo o problema desse usuário. (**RELATO**).

Ainda em nome da flexibilização/inovação, vejamos outro caso. Muitas vezes as partes desacompanhadas dos seus respectivos advogados comparecem no balcão agindo como manda a norma estabelecida. Dirigiram-se anteriormente ao saguão, apanharam a CI e vêm para o devido atendimento. Qual não é a sua surpresa quando o atendente declara: — ***O senhor perdeu a questão e o processo foi arquivado.*** Em resposta, geralmente ouvimos: — ***Mas... eu nunca soube nada do meu processo. Dava, pelo menos, para eu ter uma cópia da sentença?***

De acordo com a norma institucional, a parte deve formalizar um pedido de desarquivamento, o qual deverá ser despachado. Em sendo deferido, expedir-se um memorando nunca com poucos pedidos, pois tendo em vista ganhar

algum tempo, sempre se aguarda para solicitar o desarquivamento de mais de um feito. O memorando é entregue no arquivo, sendo lá despachado por quem de direito. Vários dias depois, o processo é entregue pelo arquivo na vara e a parte é intimada para comparecer à Secretaria, no prazo de lei, para atendimento do seu pleito. Muitas vezes a intimação é falha, o prazo finda e o processo volta ao arquivo.

Dias depois, a parte interessada comparece ao cartório e mais uma vez tem a ingrata surpresa de que o seu processo veio e voltou ao arquivo.

Não. A maioria das vezes eu não trabalho assim. Já resolvi problemas semelhantes em menos de 30 (trinta) minutos. Muitas vezes houve situações nas quais solicitei a uma estagiária que fosse ao arquivo e, informalmente, apanhasse o processo considerado, tudo feito por meio de protocolo. O processo chegava, eu explicava à parte o ocorrido, tirava uma cópia da sentença, perguntava se havia mais alguma dúvida, solicitava a devolução do processo ao arquivo também mediante protocolo e a parte, que até havia perdido a ação, sai satisfeita e para mim o mais importante: com um sorriso nos lábios! **(RELATO)**.

### 3.4 CONTROLE INSTITUCIONAL

É bem sabido que o *patrão* do servidor público é o Estado. Assim, como estabelecer um controle institucional eficiente? Na vara estudada foi observado o controle do horário de trabalho mediante *ponto eletrônico*. Assim, dentro do cômputo das horas trabalhadas, o que excedesse às 35 (trinta e cinco) horas semanais ficava como crédito que poderia ser utilizado em momento posterior em benefício do servidor.

Ora, no serviço público só existe o chefe imediato. Se o chefe chega atrasado, por que é eu não posso chegar? **(RELATO)**.

O expediente ao público é das 12 às 18 horas de segunda a quinta-feira e, na sexta, é das 08 às 13 horas. Mas eu digo uma coisa: de segunda á quinta, quando der 18 horas, e na sexta, 13 horas, eu arrumo minhas coisas e vou embora. Não fico nem mais um minuto a mais! **(RELATO)**.

Embora alguns critiquem a existência de ponto eletrônico, ou mesmo o controle anterior, livro de ponto, não houve qualquer registro de apuração de falta não justificada de servidores, sendo um assunto tipo por não importante.

Eu acho esse controle muito discutível. O fato do servidor estar no ambiente de trabalho, não quer dizer que ele esteja efetivamente trabalhando. Pode estar na internet ou fazendo coisas particulares. Por outro lado, hoje em dia, com o sistema virtual, o servidor poderia trabalhar até em casa, pelo seu computador pessoal. Bastaria que ele recebesse uma meta a produzir. **(RELATO)**.

#### **4. PAPEL SOCIAL DA ORGANIZAÇÃO PÚBLICA**

Para todos os servidores entrevistados o objeto de estudo tem um grande caráter social, grande diferenciador das organizações privadas.

A grande procura da população pelos Juizados, além de mostrar que havia uma demanda reprimida, caracteriza muito mais o caráter social do nosso trabalho, e também fora dele. **(RELATO)**

Outro aspecto ressaltado é que o trabalho dos Juizados, além dos servidores e dos magistrados, envolve outro órgão — o INSS —, o qual, de certo modo, influencia de forma negativa, a percepção das pessoas acerca do trabalho das pessoas envolvidas, trazendo malefícios para a imagem e para a concepção do perfil do servidor público. Muitas vezes a insatisfação do usuário é sentida quando existe em seu processo uma sentença transitada em julgado no sentido de que o INSS cumpra a obrigação de fazer no prazo de 60 (sessenta) dias, e tal comando não é cumprido. Muitas são as multas aplicadas pelo Juízo ao Réu/INSS, apesar disso inúmeros são os processos nos quais são apontados o descumprimento da sentença judicial.

Que juiz é esse que dá uma ordem e o INSS não cumpre? Por que é que isso acontece? A ordem é para ser cumprida em 60 (sessenta) dias, já passaram dos seis meses e nada foi feito. E agora, a quem eu vou recorrer? **(RELATO)**

Na verdade, a dinâmica organizacional do Juizado — que possui como réu principal o INSS —, depende, de certa forma, da estrutura do próprio INSS. Na tentativa de minimizar tais conflitos com os servidores envolvidos, e em nome dos princípios fundamentais que regem os Juizados, para a celeridade do cumprimento das ordens judiciais foi criado um Posto do INSS, na própria

Seção Judiciária: o Posto Prisma. A implantação ocorreu em junho de 2004, inicialmente com 02 (dois) servidores. Hoje, funciona com 09 (nove), com previsão para atingir 15 (quinze). Tal célula do INSS, que funciona da 07 às 13 horas, não atende às partes, procuradores e advogados, pois existe tão-somente para dar o efetivo cumprimento das decisões judiciais.

Entretanto, muitos são os problemas enfrentados nesse labor, por conta das limitações impostas ao Posto, pelo próprio INSS.

Várias entrevistas foram feitas com os operadores do supracitado Posto Prisma. Eis alguns relatos importantes:

A gente se sente muito impotente. Muitas vezes o nosso sistema leva quase 40 (quarenta) minutos para dar um retorno de pesquisa. **(RELATO)** Em muitos casos, quando o benefício é de outra gerência, digamos, do interior, temos que enviar o processo para lá. E isso atrasa muito. A base de dados da nossa gerência não atinge nem a totalidade da Região Metropolitana do Recife. **(RELATO)**

Quando uma pessoa falece e a informação chega ao Sistema de óbitos, este suspende o benefício de todos os homônimos, para forçar que eles se apresentem e confirmem os seus benefícios. Eu discordo disso, pois cada benefício tem o seu respectivo número: o NB. **(RELATO)**

Os nossos equipamentos de informática são bem antigos e de pouca potência. Isso inibe a nossa capacidade produtiva. **(RELATO)**

Para se ter uma idéia, ainda não estamos em condições de atender aos processos virtuais, pois, o Sistema Creta ainda não chegou ao Posto Prisma. Para cumprirmos as primeiras decisões desse Sistema, tivemos que receber todos os dados do processo como se fosse físico, isto é, fazer cópias das principais peças, montar um dossiê e prosseguir. **(RELATO)**

Na verdade, no aprofundamento deste trabalho, foi constatada a preocupação dos magistrados acerca dos problemas existentes no INSS, em relação ao cumprimento das decisões judiciais. Tanto é que inúmeras reuniões estão sendo realizadas com a procuradoria, gerências, magistrados e demais autoridades envolvidas nessas questões, principalmente acerca do grande valor das multas pagas pelo INSS, pela demora no cumprimento das decisões.

Enfim, muitos esforços estão sendo envidados tendo como objetivo principal o acerto dos desajustes para que, confiantes, possam partir todos, unidos, em busca do objetivo comum — prestar um melhor serviço ao cidadão.

## 5. VALORIZAÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO

O texto do art. 39, § 7º da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 19/98, determina que lei ordinária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos provenientes da economia com despesas correntes em suas administrações diretas e indiretas em diferentes programas que estimulem o servidor público. Tais programas estarão voltados para a qualidade, produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização e reaparelhamento e racionalização do serviço público, podendo ser sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.

Já em 2002, a presidente da Escola Nacional de Administração Pública-ENAP, Regina Pacheco, numa entrevista concedida à repórter Rosa Pecorelli, da Assessoria de Comunicação do MEC, respondeu a várias perguntas, eis algumas bastante oportunas:

— O servidor público está indo onde o povo está?

— A gente tem notado na premiação que os servidores estão saindo das suas repartições pra prestar o serviço ao cidadão onde ele está, e da maneira como ele precisa. Essa é a lógica da nova gestão pública, da visão empreendedora: o servidor não organiza a prestação de serviço de acordo com a sua facilidade, mas com a necessidade do seu público alvo. Se o cidadão não pode chegar até ele, ele vai até o cidadão. Com o uso de carros, barcos, satélites pra ligar computadores nos confins da Amazônia, consulados itinerantes. Ou seja, o foco do serviço é no cidadão e não na organização interna, na maneira que o servidor está acostumado a trabalhar.

— Houve uma mudança no perfil do servidor público?

— Sim, mas principalmente há uma mudança na cultura, na mentalidade do servidor, e o Concurso espelha um pouco disso ao registrar as experiências de melhora na gestão. Quando se fala em mudança de perfil nos referimos à escolaridade, qualificação, porcentagem de servidores com nível superior, o que, aliás, também está ocorrendo de maneira muito rápida. Em 2000, pela primeira vez na história da administração pública federal, mais da metade dos servidores tinham nível superior. Mas acredito que o Concurso mostra mais uma mudança de postura, porque as equipes são mistas.

— O que significa essa nova cultura?

— O servidor é pago para prestar um serviço ou formular uma política. O seu compromisso não é apenas fazer sua parte, mas trabalhar para que aquele serviço seja bom. De onde vem isso? De uma série de fatores. As propostas da reforma do Estado contribuíram muito, mas, sobretudo, a própria sociedade está cobrando mais.

— Qual postura a sociedade espera do servidor e do serviço público?

— Mesmo nos países em que houve uma reforma de Estado mais profunda, mais radical, como Inglaterra, Nova Zelândia e Austrália, está muito claro que a sociedade quer um Estado atuante, saúde pública, educação, sistema de previdência confiável etc. Essa pressão é que está fazendo as coisas mudarem. É a pressão da sociedade sobre o servidor público.

— E o servidor, o que pensa de tudo isso?

— Ele não suporta mais conviver com a pecha de incompetente, daquele que ganha para não fazer nada. A imagem do serviço público do início do século, quando era um privilégio trabalhar na administração federal, mudou totalmente nos anos 80. A partir daí virou vergonha ser servidor, ele passou a ter uma imagem de alguém que não dava certo em nada. Nas nossas discussões, em 1995, nos perguntávamos como iríamos reverter a imagem de desvalorização, da incompetência. Até porque é uma imagem injusta, mesmo nos momentos de maior crise do setor público: sempre existirá gente que faz corpo mole, mas há também uma quantidade de gente com garra. O que está claro é que a imagem só vai mudar na hora que a qualidade do serviço melhorar, quando o cidadão chegar numa repartição e resolver o problema dele sem precisar voltar cinco vezes, sem ser empurrado daqui para lá porque o funcionário não sabe dar uma explicação, ou porque fica falando no telefone por vários minutos.

— Como reagem as equipes premiadas?

— Nas cerimônias de premiação a gente observa o orgulho e a alegria das pessoas, mesmo ganhando apenas um certificado de reconhecimento. É alta emoção o tempo todo, porque a equipe vê seu esforço sendo divulgado. Nunca houve prêmio em dinheiro, e só agora os prêmios estão turbinados (três premiados farão visita técnica a três países). Então, antes era só uma satisfação, e acho que isso fala muito da natureza do serviço público e de porque as pessoas decidem se tornar servidores: a sensação de estar fazendo algo pelo país traz muita alegria. A honra do servidor público é seu bem mais precioso, como disse outro dia o Ministro Pedro Parente. Isso ficou em segundo plano nos anos de crise, quando as coisas

não funcionavam, mas precisa ser retomado. O concurso mostra que há muita coisa boa acontecendo na administração federal, e aponta para questões que precisam ser retomadas, como a razão das pessoas trabalharem no serviço público, o que é vocação, etc.

— A exemplo dos outros países, o brasileiro está exigindo mais?

— Acho que o brasileiro está reivindicando mais do serviço público, o que é bastante positivo. A exigência começa no básico, que é não aceitar mais corrupção e desvio de dinheiro, e vai até não aceitar ser mal atendido no balcão, seja ele um balcão de banco ou uma fila da Previdência.<sup>13</sup>

Fabiana de Menezes Soares, mestra em Direito Administrativo pela UFMG e professora da Universidade Federal de Viçosa-UFV, em seu artigo *Função administrativa, estabilidade e princípio da neutralidade: alguns apontamentos sobre a reforma administrativa*, preconiza que a necessidade

[...] de um Estado eficiente é hoje uma das grandes questões discutidas no seio dos Governos de vários Estados países e dentro deles, pelos mesmos, tanto de descentralização política (nos estados federados), como de descentralizações.

[...] Entretanto, são necessários critérios para que a reforma, como o próprio nome indica, seja capaz efetivamente de dar uma nova definição para a função pública de modo a torná-la mais eficaz, transparente e democrática. No Brasil, quando se fala em reforma administrativa, a 1ª questão que surge diz respeito à estabilidade dos servidores públicos. Toda crítica endereçada aos serviços públicos no Brasil, leia-se ineficientes, onerosos, clientelistas e até mesmos desnecessários, repercute na figura do funcionário público, aquele que recebe todas as vantagens enquanto não executa ou executa mal suas funções.<sup>14</sup>

Diz a insigne professora que a Conferência Mundial de Administração Pública realizada no ano de 1993, em Toluca, no México, colocou em discussão

---

<sup>13</sup> PACHECO, Regina. O servidor público está indo onde o povo está. 19.06.2002. Entrevista concedida a Rosa Pecorelli.

<sup>14</sup> SOARES, Fabiana de Menezes. *Função administrativa, estabilidade e princípio da neutralidade*. Revista de Informação Legislativa – Brasília a. 34, nº 136. out/dez. 1997, pg. 87 e 90.

o perfil do estado e conseqüentemente da Administração Pública em face da denominada explosão de complexidade das funções estatais que mudaram dos modelos clássicos passando para o molde mais eficaz, transparente e democrático. Só assim a credibilidade da função pública pode ser restaurada, inclusive como forma de incentivo para que o servidor público possa sentir que seu trabalho é apreciado e reconhecido pela sociedade.

Traz, ainda, em suas considerações, que

[...] um profundo estudo feito nos EUA e em países industrializados da Europa demonstrou que os cidadãos têm mais confiança na função pública do que nas grandes empresas para resolver seus problemas.<sup>15</sup>

Com o objetivo de difundir no Governo Federal o conhecimento das modernas práticas de gestão aplicáveis à administração pública, com vistas à implantação da gestão empreendedora; estabelecer uma linha uniforme de aprendizado que garanta a solução dos problemas da gerencia operacional ou supervisão, respeitando-se as peculiaridades dos órgãos; e garantir o processo de desenvolvimento contínuo e permanente do servidor que exerce a gerencia operacional ou supervisão, criou-se o Programa Valorização do Servidor Público no plano de ação do Governo Fernando Henrique Cardoso para o período 2000-2003, o qual desenvolveu projetos voltados para o aprimoramento profissional do servidor, com o objetivo de melhorar seu desempenho e, em consequência, das organizações públicas.

Ainda no Governo de Fernando Henrique Cardoso veio o Decreto nº 2.794, de 1º de outubro de 1998 que institui a Política Nacional de Capacitação dos Servidores para a Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional tendo em vista o disposto nos arts. 87 e 95 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a ser implementada pelos órgãos envolvidos, com as seguintes finalidades, dentre outras: melhoria da eficiência do serviço público e da qualidade dos serviços prestados ao cidadão; e valorização do servidor público, por meio de sua capacitação permanente.

Em recente mensagem aos servidores do Governo Federal, o Ministro Paulo Bernardo Silva, do Planejamento, Orçamento e Gestão esclarece que desde 2003 o Governo está envidando esforços concentrados em ações de valorização do servidor público das quais queria destacar:

<sup>15</sup> SOARES, Fabiana de Menezes. Função administrativa. Op. Cit.

- Negociações setoriais que resultaram na estruturação ou reestruturação de 51 carreiras e 112 tabelas remuneratórias;
- Criação da Ouvidoria do servidor;
- Aumento do ticket alimentação;
- Destinação de 70% dos cargos de confiança para servidores;
- Devolução do Plano de Seguridade Social – PSS;
- Pagamentos de exercícios anteriores em 2004 e 2005;
- Pagamento de passivos antigos, históricos, como os 47,11% aos servidores do INSS e da seguridade social;
- Crédito consignado com desconto em folha para o servidor; e
- Recomposição da força de trabalho no serviço público com a autorização de 60.466 novas vagas, sendo 19.576 para substituir servidores terceirizados.<sup>16</sup>

Tais iniciativas governamentais e outras como o Concurso de Inovações na Gestão Pública Federal – Prêmio Hélio Beltrão, servem como estímulo e motivação ao servidor público, no sentido de que sejam prestados serviços de excelência em nome da satisfação da comunidade.

Não só na seara federal, vemos também nos Estados a mesma preocupação. Criar uma ação voltada diretamente ao servidor público. Foi com esse objetivo que o governo do Estado do Pará implantou o Programa de Desenvolvimento e Valorização do Servidor Público (PDVS). O PDVS atua como agente de valorização, qualificação e reciclagem do servidor e demais atores públicos, através de ações bem definidas as quais buscam oferecer ao servidor mecanismos para o seu desenvolvimento e participação mais efetiva no contexto organizacional das instituições onde trabalham.

No Estado de São Paulo temos o Prêmio Mario Covas – Inovações na Gestão Pública no Estado de São Paulo o qual reconhece, anualmente, as melhores práticas de gestão pública em nível estadual. Seu objetivo é apoiar a modernização da administração pública do Estado de São Paulo, motivando os servidores e valorizando os trabalhos por eles desenvolvidos, bem como divulgar esses trabalhos e possibilitar a troca de experiências. O Prêmio é uma iniciativa conjunta da Casa Civil do Estado de São Paulo e da Fundação do Desenvolvimento Administrativo (Fundap).

---

<sup>16</sup> SILVA, Paulo Bernardo. Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão. Mensagem aos servidores públicos em 27.10.2005. Disponível em [http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim\\_contato/bol\\_contato\\_05/contato\\_51.htm](http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim_contato/bol_contato_05/contato_51.htm). Acesso em 02.11.2005.

No Distrito Federal, a Secretaria da Gestão Administrativa-SGA, em seu Plano Estratégico 2003-2004, criou o programa de valorização da Função Pública, que procura motivar o servidor e aperfeiçoar sua preparação para o exercício de sua cidadania e desempenho de seu papel, enquanto agente transformador da gestão pública. Desse modo, reafirma a vocação da SGA como gestor sistêmico de Recursos Humanos, no âmbito da Administração Direta, Autárquica e Fundacional; e promove a valorização do servidor público, buscando a excelência humana. A diretriz está consubstanciada em propiciar a valorização do servidor público do GDF, aliando seus objetivos pessoais aos da Administração, de forma a torná-lo agente comprometido com a excelência na prestação dos serviços públicos ao cidadão.

Por sua vez, o Decreto nº 18.494, de 8 de setembro de 2005 regulamenta o programa Servidor Cidadão, previsto na Lei nº 6.121, de 30/07/1991, considerando a necessidade de propiciar a valorização do servidor público da Administração Pública do Estado do Rio Grande do Norte, aliando seus objetivos pessoais aos da Administração, de forma a torná-lo agente comprometido com a excelência na prestação dos serviços públicos ao cidadão.

O Projeto Reconhecer, desenvolvido pela Secretaria de Administração e Recursos Humanos, por intermédio da Subsecretaria de Pessoas, tem o objetivo de atualizar o registro de servidores da Prefeitura de Juiz de Fora/MG e identificar o perfil de cada um deles, consoante um mapeamento dos trabalhadores das unidades diretas e indiretas da PJF. A partir dessas informações, está sendo possível avaliar as necessidades de formação e treinamento profissional para atender às demandas da referida Prefeitura. Desta forma, a intenção também é potencializar o conhecimento coletivo de modo a aumentar a capacidade de resposta e de inovação pessoal, o que será revertido numa melhor prestação de serviços ao cidadão juizforano.

Para os municípios do Rio Grande do Sul, o Núcleo de Estudos e Pesquisas em Gestões Públicas-NUTEP, criou o projeto Valorização do Servidor Público, com o objetivo de fomentar o espírito de equipe, a criatividade, a motivação, a disposição para o trabalho, a pontualidade nos compromissos, a capacidade de ouvir as pessoas, a definir prioridades, as formas de dizer não sem ofender, a cumprir com as promessas, demonstrar reconhecimento e respeitar as diferenças.

A própria mídia que muitas vezes denigre, em vários outros momentos, até por força do novo contexto social, publica notícias de cunho muito positivo. Eis alguns excertos, colhidos no jornal Folha de São Paulo

## Estado é atraente no início e no fim da vida profissional

Os empregos públicos se tornaram especialmente atraentes para profissionais que se enquadram em dois extremos opostos: de um lado, recém-formados são seduzidos por salários iniciais muito mais altos do que os que encontrariam no mercado privado; do outro, quem já passa dos 40 anos acha nos concursos oportunidades inexistentes nas empresas. Apesar de os servidores federais ganharem em média 16% mais do que seus colegas do setor privado, a carreira pública não é indicada para quem é inquieto e ambicioso: a ascensão é lenta, e o teto salarial, menor.

## Carreiras típicas têm privilégios

Algumas carreiras públicas não têm paralelo na iniciativa privada. São as chamadas carreiras típicas de Estado, que incluem as ligadas à auditoria e à gestão de recursos públicos, as carreiras jurídicas (juiz, promotor e procurador da República), a diplomacia e os cargos das polícias.

## Mais da metade dos federais têm entre 41 e 50 anos

Dados do Ministério do Planejamento mostram que, pela primeira vez desde 1996, a faixa etária entre 41 e 50 anos passou a representar mais da metade dos concursados que atuam na administração federal. Em novembro de 2003, 72% dos servidores da administração direta (incluindo autarquias e fundações, mas sem contar Banco Central e Ministério Público) na ativa tinham mais de 40 anos. Comparado com dados de 1996, o índice subiu 16 pontos percentuais. Mais experiência, menos juventude. A faixa de funcionários do Executivo federal com até 40 anos despencou de 43,9% do total em 1996 para 28,3% em 2003.

O envelhecimento do funcionalismo pode trazer problemas a longo prazo, afirma o professor de economia da PUC-SP Nelson Marconi, ex-diretor de carreiras e remuneração do Ministério do Planejamento. Com funcionários de diferentes faixas etárias você permite uma oxigenação dos quadros e evita desfalques no caso de um grupo envelhecer e correr para a aposentadoria.

## Desemprego incentiva concursos

Os níveis recordes de desemprego na região metropolitana de São Paulo (20,6% da população economicamente ativa em março, segundo a Fundação Seade e o Dieese) levam mais pessoas a sonhar com um emprego estável.

As pessoas atualmente estão inseguras e querem garantir o seu trabalho. Muita gente chega aqui dizendo que a única maneira que encontrou para conseguir alguma estabilidade foi tentar um concurso público, conta José Luís Romero, diretor do cursinho preparatório Central de Concursos.

## Cargos regionais são atraentes

Os postos públicos mais atrativos não estão todos na esfera federal. Ainda que em menor escala, as Prefeituras e Governos estaduais oferecem oportunidades dignas de nota. Na área jurídica estão algumas das vagas com as melhores remunerações.<sup>17</sup>

## CONCLUSÃO

Mãe, se a Senhora continuar a interceder desse jeito, pelas pessoas, o Inferno vai terminar virando uma repartição pública. Existe... mas não funciona!<sup>18</sup>

(Jesus Cristo falando para Nossa Senhora, após o julgamento final dos personagens do filme O Auto da Compadecida)

Acredito que se o diretor Guel Arraes pensasse em produzir o filme O Auto da Compadecida hoje, o diálogo acima talvez tivesse que ser um pouco diferente do que no ano da sua produção, em 2000, pois o Brasil está mudando. A Administração Pública está mudando. O servidor público está mudando. A sociedade está mudando. E tem que mudar!

Neste estudo vimos que os servidores envolvidos percebem nitidamente o alto grau de preocupação que a instituição tem por eles e pela excelência na

---

<sup>17</sup> PEREIRA, Rafael Alves; VALDEJÃO, Renata de Gáspari. Especial Guia de Concursos. Folha de São Paulo, São Paulo, 02.05.2004. Caderno de empregos, p. 2.

<sup>18</sup> O Auto da Compadecida. Brasil: Globo Filmes, 2000.

prestação dos serviços. Vimos também que, além do Governo Federal, outras autoridades também estão envolvidas nessa valorização, pois sabem que quanto mais enaltecido o servidor, maior estímulo ele terá e melhor serviço prestará ao cidadão, não só como dever, mais ainda com prazer.

Observa-se que a imagem que os servidores entrevistados possuem a respeito do trabalho realizado não condiz com os dados do senso comum da nossa sociedade. Por outro lado, apesar de todos os problemas inerentes aos órgãos públicos, cada servidor sabe que é necessário para que a máquina funcione e que o Governo precisa investir em processos de valorização funcional — financeiros ou mesmo simbólicos —, a fim de que a motivação possa ser despertada e desempenhe o seu papel e utilidade. Só assim a auto-imagem do servidor público será desenvolvida e o reflexo será facilmente percebido na prestação dos serviços à comunidade.

Entretanto, pergunta-se: até que ponto tal valorização contribui para a cultura de uma instituição burocrática, em face da desvalorização da figura do servidor público no contexto geral e o processo de desmotivação decorrente? A resposta vai muito além do texto escrito e do rigor da lei. Vai tocar a consciência de cada servidor para que entenda que o cidadão, seja ele quem for, tem o direito a ser servido com excelência. E é o resultado desse serviço, que é para o público, que cada cidadão vai ter em sua mente, ao pensar e falar sobre o servidor público. E a sociedade vai oferecer uma conclusão com o conjunto dessas reflexões, traçando, em conclusão, um perfil, que hoje, creio, só tende a melhorar.

De tudo, crê-se que os pontos tratados nas entrevistas, não esgotam o assunto, de toda sorte, dão margem a considerações a respeito das formas de manifestação e percepção da dinâmica institucional pelas pessoas envolvidas no sistema, levando em consideração o perfil do servidor público na sociedade moderna.

Somos uma parcela privilegiada da sociedade. É uma pena que a grande maioria dos servidores públicos não possa dizer o mesmo, pois não têm o seu valor reconhecido pelo Governo e pela sociedade. Daí vem, em consequência, o descompromisso com o desempenho no trabalho. As autoridades deveriam se preocupar mais no sentido de que os órgãos públicos, como um todo, pudessem responder de forma adequada, aos anseios da sociedade. (**RELATO**)

Marcimedes Martins da Silva, Doutor em Psicologia Social pela PUC-SP, em seu artigo O Servidor Público do Século XXI, quando analisa o perfil do servidor público, diz que...

[...] é, pois, desenhado a partir da nova ordem mundial e do novo Estado Brasileiro. Ele tem que dominar o conhecimento e a tecnologia de maneira a que as máquinas lhe sejam obedientes. Tem que se preocupar com a higienização de si mesmo e do ambiente. Precisa aprender a trabalhar em equipe e dentro de um sistema de rede de informações. Precisa ser intollerável à corrupção. Necessita tratar a todos como cidadãos, reconhecendo-lhes o direito de ser bem atendidos, sem ser autoritário e sem admitir que seja tratado com autoritarismo. O verdadeiro servidor público deve ser empreendedor. Empreender é um estado de espírito de quem não aceita ser moldado, mas de quem busca mudanças, age criativamente e enfrenta desafios. Significa também agir politicamente, não aceitando passivamente os acontecimentos, mas fortalecendo todas as organizações da sociedade civil nas quais possa participar.<sup>19</sup>

Muito embora tenhamos abordado a trilha num estudo específico — vara de juizados —, as conclusões deste estudo, com a devida cautela, podem servir à generalização, uma vez que essas unidades jurisdicionais existem na área de abrangência dos cinco Tribunais Regionais Federais do Brasil, e, ainda, tendo em vista que os problemas vivenciados com o réu/INSS, não podem ser restritos a um contexto particular.

Os dados coletados nos fazem concluir que a burocracia institucional pode influenciar a atuação de cada um, ou seja: o servidor consciente, que analisa, que sugere, que opina, que quer resolver o problema do cidadão que procura o órgão. E o outro, estável, politizado, seguro de si, mas, inerte, desmotivado, desinteressado, que não se preocupa, incapaz de sair do que está escrito, principalmente por existir a norma e o manual para guiá-lo. A maioria das pessoas resiste a mudanças, não seria diferente no serviço público, mas é exatamente aí que o novo modelo gerencial tem que atuar, buscando a razão da falta do incentivo, saber o que pensa, saber acerca das suas idéias, encorajá-lo a participar da equipe, e, assim, trazer aquele servidor para o grupo, motivando-o, incenti-

<sup>19</sup> SILVA, Marcimedes Martins da. O servidor público no século XXI. Disponível em <http://www.avesso.net/Psp/artigo4.html>. Acesso em 23.09.2005

vando-o, mostrando a grande importância do seu mister. A sociedade moderna agradece.

Vimos, assim, que a Administração Pública não pode ficar inerte. O novo modelo gerencial, sem esquecer o necessário aspecto burocrático, que de todo modo, dá suporte à sistemática institucional e é inerente a qualquer órgão público, tem que pensar mais na flexibilização dos procedimentos administrativos, não podendo ser tão-somente uma retórica de modernização. A sociedade exige que a prestação do serviço público, suas práticas e melhorias efetivas rumem à satisfação das demandas dos seus cidadãos. Só dessa maneira, minimiza-se a depredação e caminha-se para a mudança da imagem do servidor público.

Particularmente falando sobre a clientela do objeto deste estudo, pode-se dizer, sem qualquer dúvida, que os juizados aproximaram a Justiça Federal, antes tida como elitizada, da grande população. As porteiros e cancelas foram abertas e o povo passou a conhecer o juiz federal.

Deve-se também refletir que a clientela do juizado, certamente já foi rejeitada por muita gente. Talvez pela família, certamente pelo Estado, pelo INSS que não analisou o seu pedido administrativo como deveria... E é aqui que o cidadão vai encontrar a sua cidadania, quando traz ao balcão de atendimento os seus sentimentos, as suas frustrações. Aquele ser humano, fraco, frágil, desinformado, humilde, excluído até, pois pertence a um outro Brasil, merece o nosso respeito. E o servidor envolvido nessa seara tem o dever, a obrigação de atender bem.

Muitos pensam até que foi criada uma nova Justiça. Com certeza o perfil do servidor público traçado por essa parcela da população tende a ser altamente positivo. E esse é o caminho. Que seja amplamente imitado!

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

**ALVES, Eduardo. A mídia e os servidores.** Disponível em [http://www.sindifiscomg.com.br/downloads/a\\_midia\\_e\\_os\\_servidores.htm](http://www.sindifiscomg.com.br/downloads/a_midia_e_os_servidores.htm). Acesso em: 04.09. 2004.

**AUTO** da Compadecida. Produção de Guel Arraes. Brasil: Globo Filmes, 2000.

**BARBOSA, L. N. H.** Cultura administrativa: uma nova perspectiva das relações entre antropologia e administração. **Revista de Administração de Empresas**, v. 36, n. 4, p. 6-19, out./dez. 1996.

**BRASIL.** Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

**BRASIL.** Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Decreto nº 2.794, de 1º de outubro de 1998 que institui a Política Nacional de Capacitação dos Servidores para a Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 13.10.2005

**BRESSER PEREIRA, L. C.** Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 120, n. 1, p. 7-41, jan./abr. 1996. Estratégia e estrutura para um

novo estado. **Revista do Serviço Público**, v. 124, n. 1, p. 5-25, jan./abr. 1997.

**DICIONÁRIO AURÉLIO** eletrônico; século XXI. Rio de Janeiro, Nova Fronteira e Lexicon Informática, 1999, CD-rom, versão 3.0.

**DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella** – **Direito Administrativo**. 14. ed. – São Paulo : Atlas, 2002, pg. 430/431.

**Fórum AOL.** Perguntas e Respostas on line. Disponível em: [http://forum.aol.com.br/foro.php?id\\_top=1&id\\_cat=39&id\\_subcat=74&id\\_foro=5591&num\\_pag=3](http://forum.aol.com.br/foro.php?id_top=1&id_cat=39&id_subcat=74&id_foro=5591&num_pag=3) — Acesso em: 13.10.2005.

**KLIKSBERG, B.** **Como transformar o estado** - para além de mitos e dogmas. Brasília: ENAP, 1992. Redesenho do estado para o desenvolvimento sócio-econômico e a mudança: uma agenda estratégica para a discussão. **Revista de Administração Pública**, v. 28, n. 3, p. 5-25, jul./set. 1994.

**MARCHA CARNAVALESCA**, Maria Candelária. de Armando Cavalcanti e Klécio Caldas. Disponível em <http://cifraclub.terra.com.br/cifras/marchinhas/maria-candelaria-jpjw.html>. Acesso em 10.10.2005

**MARTINS DA SILVA, Marcimedes.** O servidor público no século XXI. Disponível em <http://www.avesso.net/Psp/artigo4.html>. Acesso em 23.09.2005

- MEDICI, A. C.; SILVA, P. L. B.** A administração flexível: uma introdução às novas filosofias de gestão. **Revista de Administração Pública**, v. 27, n. 3, p. 26-36, jul./set. 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de.** **Apontamentos sobre os agentes públicos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975a.
- NETO, João Francisco.** **Serviço público e cidadania.** Disponível em: <http://www.sapereaudare.hpg.ig.com.br/direito/texto12.html>. Acesso em: 14.06.2004.
- PACHECO, Regina.** O servidor público está indo onde o povo está. Assessoria de Comunicação do MEC. 19.06.2002. Entrevista concedida a Rosa Pecorelli.
- PEREIRA, Rafael Alves; VALDEJÃO, Renata de Gáspari.** Especial Guia de Concursos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 02.05.2004. Caderno de empregos, p. 2.
- SILVA, Paulo Bernardo.** Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Mensagem aos servidores públicos**, em 27.10.2005. Disponível em [http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim\\_contato/bol\\_contato\\_05/contato\\_51.htm](http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim_contato/bol_contato_05/contato_51.htm). Acesso em 02.11.2005.
- SOARES, Fabiana de Menezes.** Função administrativa, estabilidade e princípio da neutralidade: alguns apontamentos sobre a reforma administrativa. *Revista de Informação Legislativa – Brasília* <sup>a</sup> 34, n° 136. out/dez. 1997, pg. 87 e 90
- WEBER, M.** **A objetividade do conhecimento nas ciências sociais.** In: COHN, G. (Org.) Max Weber. 4. ed. São Paulo: Ática, 1991. p. 79-127.



# ARTIGOS



## DOM HELDER E OS DIREITOS HUMANOS

**Margarida de Oliveira Cantarelli**

*Desembargadora Federal*

Creio que a questão inicial que passa pela mente de todos é: o que poderá dizer uma juíza sobre Dom Helder Câmara, especialmente depois que tantos escreveram com profundidade sobre o seu pensamento, no Brasil e no exterior? A resposta mais simples é a de que sempre me detive na vida e obra de Dom Helder, à sua luta pela **Justiça Social**. Assim, a **Justiça Social** seria o primeiro elo que poderia me identificar com ele. Todavia, devo afirmar, que esta é apenas uma parte da resposta.

A **Justiça**, de um modo geral, e a **Justiça Social**, de modo específico, são aspectos que me ligaram profundamente a Dom Helder, como um ícone da obstinada e incessante luta pela **Justiça Social e pelos menos favorecidos**. Dedicar-se, determinadamente, à causa da Justiça Social, é a **primeira lição** que podemos tirar do seu exemplo de vida que deve ser seguido por todos, sobretudo por nós, magistrados, que, por ofício ou missão, temos nas nossas mãos o dever e a oportunidade de dirimir litígios e demandas. E, ao decidi-los, muitas vezes enfrentamos uma parte revestida de **poder** — quer seja político ou econômico, público ou privado. Essa lição se torna mais importante pela constatação de que o poder público, não raro, coloca-se distante ou contrário aos interesses dos menos favorecidos.

Como decorrência, poderemos extrair uma **segunda lição** do exemplo de Dom Helder — o destemor, a **coragem**. Assim, para quem julga, que as decisões tomadas, quer agradem ou desagradem, estejam apenas e tão-só de acordo com a convicção e a consciência de quem as prolata, sem nunca temer ou ceder aos poderosos do momento, porque eles passam, enquanto a causa da Justiça é permanente.

Observei, em diversos textos que tenho lido sobre Dom Helder, que muitos dos que conviveram pessoal e proximamente com ele retiram de episódios, frutos dessa convivência, marcos da sua personalidade ou exemplos a serem seguidos.

Devo dizer, de logo, que a minha admiração e respeito por Dom Helder são muito antigos. Deu o seu nome à minha turma de bacharéis da Faculdade de Direito do Recife e celebrou a missa da formatura na Matriz de Santo Antônio, ressalto que em **dezembro de 1966**. Dois anos, portanto, após a sua chegada ao Recife e em pleno período de exceção em que viveu o País. Hoje pode ser fácil escrever sobre Dom Helder, exaltando o seu exemplo, porém naquela época, não!

Mas a nossa convivência, que selou uma grande amizade, se deu em razão da visita do Papa João Paulo II ao Recife, quando, então, exercia eu a Chefia da Casa Civil do Governo de Pernambuco e — por questões protocolares, uma vez que o Papa também é Chefe de Estado — coube ao Itamaraty (Ministério das Relações Exteriores) a coordenação geral da visita, ficando nos Estados a cargo da Casa Civil.

Foram meses e meses de conversas, visitas, reuniões. Participavam delas não só representantes do Governo do Estado e da Arquidiocese, como também da Prefeitura do Recife e dos Comandos militares. Nas reuniões tudo era discutido e as decisões negociadas, desde o roteiro pela cidade aos detalhes da missa. Dom Helder sempre com a preocupação de que não se gastasse muito, sendo a **simplicidade** a marca da sua conduta e das suas decisões (nem sempre fáceis).

Uma **terceira lição** que ele permanentemente nos dava era a da **simplicidade** em qualquer situação ou perante qualquer autoridade, por mais importante que ela fosse.

Por essa amizade, fruto da admiração e do respeito — e por tantos outros fatos que ainda poderia narrar — é que me sinto à vontade para juntar e alinhar alguns pontos sobre a sua exuberante trajetória de vida, ordenando-os sob a ótica de uma professora de Direitos Humanos (da Faculdade de Direito do Recife). Vejo no exemplo que deu ao Brasil e ao mundo, com a sua incansável luta pela concretização dos Direitos Humanos fundamentais (quer de *primeira, segunda* ou *terceira gerações* ou *dimensões*, como preferam chamá-los), importantíssimo marco que não pode deixar de ser ressaltado e exaltado em todas as oportunidades em que a sua vida missionária e profética for lembrada.

Dom Helder sempre esteve em plena sintonia com a efetivação dos Direitos Sociais (chamados de *segunda geração* ou *dimensão*) como bandeira internacionalmente assumida, especialmente no mundo ocidental, no pós-Segunda Guerra Mundial. A Igreja, grandemente levada pela força dos seus ideais e da sua voz, também as empunhou através do Concílio Vaticano II e, na América Latina, em Puebla e Medelin.

Os Direitos Sociais buscavam a igualdade efetiva entre os seres humanos e se configuravam em direitos que o Estado deveria prover aos seus cidadãos de modo a eliminar, ou pelo menos diminuir, as diferenças entre classes e pessoas. É o Direito dos pobres — à educação, à saúde, à habitação, ao trabalho, à igualdade de salários para trabalhos iguais, entre muitos e muitos outros que todos conhecemos perfeitamente. A sua concretização é a Justiça Social.

Mas, ao mesmo tempo, o nosso país, na época da sua chegada ao Recife, retrocedia em matéria política; viviam-se dias de regime de exceção e, como tal, era preciso defender os Direitos Humanos de primeira geração, quais sejam — as liberdades. Aqueles direitos inscritos desde a Declaração da Virgínia, de 1776, e a da Revolução Francesa, de 1789, e absorvidos pelo constitucionalismo moderno, objeto de capítulos em todas as constituições dos séculos XIX e XX. Aqueles direitos que estavam consubstanciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e mais que tudo inscritos na consciência dos povos que desejavam ser e permanecer livres. Direito à vida, à liberdade de locomoção, de pensamento e de sua expressão, de opções políticas, de reunião, de poder manifestar a sua crença, dentre outros igualmente evidentes e já incorporados, definitivamente, às convicções dos que defendem e crêem no Estado Democrático e de Direito.

As pessoas perseguidas por motivos políticos encontravam em Dom Helder um refúgio. Jamais se furtou a estender a mão aos que a buscavam e não se omitiu de empunhar também essa velha bandeira da liberdade que, para outros povos, já estava pacificamente consagrada.

Pela força das suas idéias e pelo carisma como as transmitia, tornou-se um peregrino mundo afora. Entendia, acertadamente, que só a Justiça Social levaria à paz interna e internacional. Era a paz positiva, paz cooperação, paz solidariedade, que não se confunde com a paz negativa — *non war* — que é a simples ausência da guerra e, como tal, frágil e quebradiça. A História assim nos prova. Como defensor da paz e do desenvolvimento, tornou-se também um arauto dos Direitos Humanos de terceira geração ou dimensão. “Dom Helder, o artesão da paz”, como tão propriamente apreendeu o título da obra publicada pelo Senado Federal, contendo alguns dos seus muitos discursos.

Creio que, se vivo fosse, estaria hoje cuidando também dos direitos de quarta geração, que se delineiam como os decorrentes das mutações genéticas e biológicas, propugnando pela prevalência da ética nas suas manipulações, mas com a mente aberta para o novo desde que os enxergasse acordes com os planos de Deus.

Fixemo-nos um pouco mais detidamente em alguns ângulos dos Direitos Humanos nos quais Dom Helder marcou presença, quer com sua atuação concreta, quer com a elaboração de conceitos ou, ainda, aliando as ações ao pensamento. Não seguiremos, aqui, a cronologia da sua vida, mas as diferentes dimensões dos direitos que ardorosamente defendeu.

## **DOM HELDER E AS LIBERDADES:**

### **- DIREITOS HUMANOS DE 1ª DIMENSÃO -**

A instabilidade política existente em diferentes regiões do mundo não desapareceu no século XX, sendo fato historicamente constatado. A América Latina foi palco de inúmeros exemplos de revoluções e golpes de Estado, incontáveis até. O Brasil não fugiu a tais situações, sendo rompida a ordem constitucional em vários momentos da nossa História, com tempos longos de exceção representados pela ausência do Estado de Direito e, portanto, da democracia. Sem democracia não há liberdade.

Foi exatamente em abril de 1964, como lembrei, início do último período de exceção que atravessou o nosso país, ocasião em que Dom Helder chegava ao Recife como seu arcebispo. Era um momento de antagonismos de difícil compatibilização. De um lado, o regime político autoritário; do outro, a posição de Dom Helder em defesa da democracia e das liberdades. Novamente antepunham-se, de uma parte, Dom Helder, assumindo o novo pensamento da Igreja formulado no Concílio Vaticano II, apontando a opção preferencial pelos pobres e a busca da Justiça Social; de outra parte, a desconfiança do governo estabelecido em relação a tudo o que se referisse a atividades com o povo ou para o povo. O que tivesse o cunho “popular” ficava estigmatizado como sinônimo de ação contra o regime.

Logo no seu discurso de posse, Dom Helder deixou bem claro a que vinha, ao afirmar:

*“Ninguém se espante me vendo com criaturas tidas como envolventes e perigosas, da esquerda ou da direita, da situação ou da oposi-*

*ção, anti-reformistas ou reformistas, anti-revolucionárias ou revolucionárias, tidas como de boa-fé ou de má-fé.*

*Ninguém pretenda prender-me a um grupo, ligar-me a um partido, tendo como amigos os seus amigos e querendo que eu adote as suas inimizades.*

*Minha porta e meu coração estão abertos a todos, absolutamente a todos. Cristo morreu por todos os homens: a ninguém devo excluir do diálogo fraterno.”<sup>1</sup>*

E, no mesmo texto, logo a seguir, afirmava:

*“Claro que, amando a todos, devo ter, a exemplo de Cristo, um amor especial pelos pobres. No julgamento final, nós todos seremos julgados pelo tratamento que tivermos dado a Cristo, a Cristo na pessoa dos que têm fome, têm sede, andam sujos, machucados e oprimidos...”<sup>2</sup>*

No seu discurso de instalação da Comissão de Justiça e Paz, criada por ele em Pernambuco, assim se expressou, em 1968:

*“Verão, os que têm olhos de ver e almas não toldadas por preconceitos, que se instala um dispositivo de defesa dos direitos fundamentais do homem, tão solenemente proclamados há 20 anos pela ONU e ainda hoje tão esquecidos e pisados por 2/3 do nosso Continente. Minhas palavras adquirirão ressonância dramática quando, hoje e aqui, começarem a repercutir, nesta sala, vozes que clamam por justiça em termos de bradar aos céus”.<sup>3</sup>*

Ao mesmo tempo demonstrava, claramente, um aspecto importantíssimo da sua forma de proceder: que a luta pelos Direitos Humanos deve ser sem violência:

---

<sup>1</sup> Dom Helder: o artesão da paz/ Raimundo Caramuru Barros e Lauro de Oliveira, organizadores – Brasília: Senado Federal Coleção Brasil 500 anos, 2000. p.86.

<sup>2</sup> Dom Helder: o artesão da paz. p. 86.

<sup>3</sup> Dom Helder: o artesão da paz. p. 121.

*“A Comissão que hoje se instala nesta Casa é demonstração patente de que confiamos nos processos democráticos. Quando muito dos nossos melhores jovens, em toda a América Latina, partem para a radicalização e a violência, queremos tentar uma demonstração clara e insofismável da validade da pressão legítima e democrática. Rigorosamente dentro da lei e dentro da não-violência, procurando enfrentar injustiças venham de onde vierem, mesmo de todo-poderosos, capazes de fazer a terra desaparecer debaixo dos pés e o ar rarefazer-se, e os amigos sumirem, e testemunhas se intimidarem, e fecharem-se, perigosamente, veículos de comunicação social”.*<sup>4</sup>

Se estas eram as suas palavras (e muito mais poderia citar), não menos incisivas foram as suas ações. A lição que nos deu de que é possível lutar, sim, mas violência não, está consubstanciada na própria criação da Comissão de Justiça e Paz. Essa comissão, cuja atuação está a merecer mais estudos, representou um organismo institucionalizado, sob o seu manto, para defender indivíduos ou grupo de pessoas que sofriam opressão em razão de situações concretas, de violação aos Direitos Humanos, às liberdades fundamentais. Embora os objetivos da comissão fossem bem mais amplos (e foram), naquele momento um dos papéis principais era a defesa dos presos políticos e a busca dos desaparecidos, vítimas da atuação político-policial. Em nenhum momento acovardou-se ou acomodou-se, afirmando-se como um símbolo de resistência à opressão e do respeito às liberdades, sem jamais usar ou pregar a violência. ***A lição da não-violência*** também deve ser anotada como importante contribuição ao País e ao mundo.

Incontáveis, os perseguidos que procuraram e encontraram em Dom Helder o acolhimento caloroso, o abrigo possível e, acima de tudo, a firmeza que transmitia até nas horas mais difíceis que atravessou: *“Se é a mim que buscam, levem-me e deixem os meus em paz”*, afirmou, após o doloroso episódio da morte do Padre Henrique.

Dom Helder, guardião das liberdades, protetor dos perseguidos, defensor da não-violência, é um símbolo da reconstrução da democracia no nosso país.

<sup>4</sup> Dom Helder: o artesão da paz. p.122.

## DOM HELDER: OPÇÃO PELOS POBRES – JUSTIÇA SOCIAL - DIREITOS HUMANOS DE 2ª GERAÇÃO: A IGUALDADE SOCIAL

Tive a grata oportunidade de ouvir, aqui no Recife, a frase emblemática do Papa João Paulo II: “D. Helder, irmão dos pobres, meu irmão”. Se para o Papa ele era um irmão, para nós, seus amigos e admiradores, o parentesco é ainda mais forte. Não se enquadra nas normas do Direito Civil, mas, sim, nas normas maiores da consciência cristã e do sentimento de humanidade, que nos permite afirmar: Dom Helder, nosso pai e nosso irmão! Pai, enquanto seguidores dos seus ensinamentos, da sua palavra; irmão, por também estarmos incluídos na mesma imensa fraternidade dos pobres deste mundo afora. Ou parafraseando a sua dedicatória em livro a Roger Garaudy: “irmãos na fome e na sede de Justiça”.

A opção pelos pobres é o ponto inicial da caminhada pela Justiça Social. Sem a primeira, jamais se alcançará a segunda. Em Dom Helder, há perfeita sintonia entre o pensar e o agir, o que demonstra a coerência da sua vida e das suas propostas nem sempre compreendidas. E isso está bem claro na sua conhecida frase: “Quando dou comida aos pobres, chamam-me de santo. Quando pergunto por que eles são pobres, chamam-me de comunista”. Como bem lembrou o dominicano Albert Nolan, ao comentar essa frase: “A transição do ato de alimentar os pobres para o de perguntar por que eles são pobres é o mesmo movimento que vai da ‘caridade’ para a Justiça”.<sup>5</sup> Esta constatação é mais um ensinamento, uma outra lição, que poderemos extrair do seu exemplo: **a coerência**.

Ele era AÇÃO quando iniciou, no Rio de Janeiro, com o Padre José Távora, pela década de 50, o trabalho com os migrantes, oriundos das áreas rurais de todo o País, que acorriam para a cidade grande levados pelo sonho do trabalho e da sobrevivência digna. O êxodo rural. Ali eram atirados na periferia urbana, encarapitados nos morros, favelizando-se com a exclusão social a que ficavam expostos.

Ele era ação quando enfrentou três grandes desafios próprios dos excluídos: o primeiro foi o da habitação popular (um dos Direitos Sociais), criando a Cruzada São Sebastião, uma das primeiras experiências no Brasil e que teve o mérito maior de trazer a lume o problema da falta de habitações dignas, um dos

---

<sup>5</sup> Helder, o Dom. Zildo Rocha, org. – Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 3ª edição, 2000. p. 54.

pontos da favelização dos morros do Rio. Há referência de que o Papa João XXIII teria comentado: um nome pouco feliz, para uma iniciativa de tamanho valor evangélico.<sup>6</sup>

O segundo desafio foi a criação do Banco da Providência, um sistema de crédito para empréstimos de pequeno valor, destinado igualmente à população carente, visando atender às suas necessidades imediatas. Nessa experiência pode ser visualizado o embrião do que viria a ser conhecido como Banco do Povo.

O terceiro foi o trabalho de recuperação de marginais, apoiado pelo seu amigo, o *Abbé Pierre*, criando no Rio a versão brasileira dos Trapeiros de Emaús, considerada como uma das experiências mais bem-sucedidas para recuperação de pessoas marginalizadas, com casos tidos como perdidos.

Dom Helder era PENSAMENTO quando extraiu dos problemas concretos — com os quais convivía, trabalhando para eliminá-los — e levantou questões à reflexão, à formulação de enfrentamento e à busca de soluções: migrações internas (intra-estatal ou inter-regional), favelas e condições da vida rural. Detenhamo-nos em apenas dois aspectos dessa sua contribuição.

O primeiro foi quando se voltou à questão do desenvolvimento (regional). Sob a inspiração do pensamento do seu amigo, o Papa Paulo VI, que pregava “o desenvolvimento do homem todo e de todos os homens” e, com maior extensão, “o desenvolvimento como o novo nome da paz”;<sup>7</sup> e do Padre Le Bret, com o movimento Economia e Humanismo, Dom Hélder lançou-se no Governo Juscelino às questões relativas ao desenvolvimento do Nordeste.

Dom Marcelo Carvalheira lembra, com precisão, as palavras de Dom Helder: “Desenvolvimento, sim, mas com Justiça Social”. Na segunda metade da década de 50, reuniu, com entusiasmo, os bispos do Nordeste — Campina Grande e Natal — “visando ao soerguimento das populações dessa Região”, e diz, ainda, Dom Marcelo:

*“e logo se iniciaram as etapas de um processo oficial que veio a desembocar na criação da Sudene. Era uma espécie de ministério es-*

<sup>6</sup> Dom Helder: o artesão da paz. p. 39.

<sup>7</sup> “A paz é, antes de mais nada, obra de Justiça; ela supõe e exige a instauração de uma ordem justa; na qual todos os homens possam realizar-se como homens, onde a sua dignidade seja respeitada, suas legítimas aspirações satisfeitas, seu acesso à verdade reconhecido e sua liberdade pessoal garantida. Uma ordem na qual os homens não sejam objeto mas sim agentes de sua própria vitória. Portanto, onde existem injustiça, desigualdade entre os homens e as nações, atenta-se contra a paz”- Mensagem de Paulo VI, em 1º/1/68.

*pecial voltado para essa região subdesenvolvida do Brasil, mas rica de valores humanos e recursos da natureza. Dom Helder se mostrava, então, empolgado e irradiante, identificado com as grandes causas do homem nordestino. O Criador e Pai, dizia ele, ‘não queria salvar somente as almas, queria salvar o homem todo, corpo e alma, com herança na terra e no céu também’*”.<sup>8</sup>

Como é sabido, o Plano de Metas elaborado pelo BNDE, adotado em 1956 pelo Governo Juscelino Kubitschek, apesar das muitas propostas saídas da reunião dos bispos em Campina Grande, deixara o Nordeste praticamente ao largo. Mas, graças à determinação do presidente e aos efeitos da devastadora seca de 1958/1959, foi solicitada ao BNDE uma proposta de política governamental específica para a Região, cabendo a um economista do Banco, Celso Furtado, a feitura do famoso relatório: *Uma política para o desenvolvimento econômico do Nordeste*. Com ele nascia a Sudene, trazendo, também, todos os anseios de desenvolvimento do Nordeste, mas, infelizmente, não concretizados.

O segundo ponto diz respeito à reforma agrária. O problema da má distribuição das terras no Brasil vem dos seus primórdios, e a tão esperada reforma agrária arrasta-se sempre em ritmo inferior à necessidade. Dom Helder, nordestino de nascimento e convivendo com os migrantes das áreas rurais, não poderia ficar afastado da grave situação vivida no campo — a estrutura fundiária injusta, as condições desumanas impingidas ao trabalhador rural e à sua família, além do fenômeno cíclico das secas, que fazem do sertanejo um retirante, levavam-no a pensar e buscar soluções para o problema.

Ao encontro das suas aspirações, veio a Constituição de 1946, que, no parágrafo 16, do art.141 (*Dos Direitos e Garantias Individuais*), flexibilizava o direito de propriedade, introduzindo a possibilidade de desapropriação por interesse social:

*“É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro”*.

---

<sup>8</sup> CARVALHEIRA, Marcelo. Fioretti do Irmão Francisco, in Helder, o Dom. p.42.

É verdade que a Constituição de 1934, de efêmera duração, também consagrara no parágrafo 17, do art.113:

*“É garantido o direito de propriedade que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma em que a lei determinar”.*

Mas, com o advento do Estado Novo e a outorgada Constituição de 1937, desapareceu o aspecto social do direito de propriedade. Assim, era de se saudar com esperança a norma constitucional de 1946, que reintroduzia o interesse social como uma das possibilidades de desapropriação.

Na mesma direção da norma constitucional, Dom Helder soube aproveitar alguns espaços dentro do chamado *Ponto IV*, ou seja, o programa que os Estados Unidos ofereceram como ajuda ao Brasil no pós-guerra (o primo pobre do *Plano Marshall*), que previa, dentre outras atividades, o apoio para a modernização do setor agropecuário, com crédito e extensão rural. O Ministério da Agricultura criou órgãos para a implementação dos programas e, em cooperação com os mesmos, Dom Helder promoveu cursos para sacerdotes que atuavam na área rural e as Semanas Ruralistas. Na primeira delas, ocorrida no sul de Minas, ao perceber a presença de apenas proprietários rurais, fez introduzir um parágrafo na carta que seria lançada no evento: “Conosco, sem nós, ou contra nós, irá se fazer a reforma agrária”.

O regime de exceção que limitou fortemente a atuação de Dom Helder na proposição das políticas públicas inibiu, com certeza, uma das maiores contribuições que este país poderia ter recebido para a solução das históricas mazelas sociais que tínhamos e que, lamentavelmente, continuamos a conviver com elas, hoje em escala bem maior e com um fosso bem mais profundo.

Embora limitado na sua atuação concreta, Dom Helder não esmoreceu no seu trabalho com os pobres. Estão aí os exemplos dos Engenhos Ipiranga, Guaretama e outros; o trabalho com as comunidades carentes de Tururu e dos Coelho, além de uma infinidade de outras ações que conseguiu desenvolver *malgré tout*.

O dominicano Albert Nolan faz uma afirmação extremamente apropriada: “De particular importância foi, para nós como para tantos outros pelo mundo afora, o fato de Dom Helder ter personificado tudo aquilo que se queria significar com a expressão ‘opção pelos pobres’”.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Helder, o Dom. p.54.

## **DOM HELDER E O MUNDO: ARTESÃO, TECELÃO OU SEMEADOR DA PAZ! DIREITOS HUMANOS DE 3ª GERAÇÃO: A FRATERNIDADE**

O desenvolvimento que pregava era o caminho da paz que tanto buscava. Desenvolvimento, meio ambiente saudável e paz são direitos humanos fundamentais, que, por sua natureza, são direitos difusos que não pertencem apenas a um indivíduo ou a um grupo determinado, mas a todos em qualquer lugar onde se encontrem. Não têm limites de fronteiras nem devem ficar adstritos à soberania de um Estado, mas decorrentes simplesmente da própria natureza humana. Dom Helder soube associá-los, com precisão, aos verdadeiros titulares desses direitos, aqueles que não tinham voz, mas integravam a maioria da população da Terra — os pobres do mundo inteiro. Ele foi um dos grandes intérpretes desse sentimento que o século XX conheceu.

E isso se tornou possível porque Dom Helder foi o único pássaro que, ao ter as asas cortadas, conseguiu alçar vôos bem mais altos. E o Concílio Vaticano II foi o espaço onde pôde contribuir para que se firmasse a visão da Igreja da opção preferencial pelos pobres. Naquela oportunidade, soube articular com maestria os seus pensamentos e seus ideais. E daí poderemos retirar mais uma lição da sua maneira de ser — **a articulação** como um mecanismo de levar adiante as convicções, de modo a vê-las recebidas e aceitas de forma pacífica e consensual.

O mundo inteiro queria ouvi-lo, quando no Brasil a sua voz era inoportuna e incômoda. Portanto, deveria ser inaudível. Os incontáveis títulos de “Doutor Honoris Causa”, concedidos pelas mais respeitáveis universidades; os inúmeros títulos de cidadania, como demonstração dos muitos que o queriam como cidadão; os prêmios, como reconhecimento da sua contribuição à causa da humanidade, bem demonstram o respeito e a aceitação dos seus ideais expressados por suas palavras em diferentes idiomas.

Tive o prazer e a oportunidade de ouvi-lo, por diversas vezes, fora do Brasil. Pude presenciar a maneira como era recebido e tratado: um profeta está entre nós, era o que saltava dos olhos dos que iam assisti-lo. Uma vez, nos arredores de Londres, fui com mais dois colegas da Universidade (Professor Carlos Osório e Prof. Ferreira) ouvir uma conferência. Ao nos ver na platéia, saudou-nos com tanto afeto que nos valeu, no final da solenidade, até pedidos de autógrafos. A nós, imaginem a ele!

A sua mensagem batia bem dentro do espírito de todos que desejam paz, desenvolvimento com justiça social em qualquer parte do mundo. Todos que se escandalizassem com 2/3 da humanidade passando fome; com o fosso entre os países pobres e ricos; com os gritantes preconceitos raciais, étnicos ou religiosos. Todos que defendessem a não violência ativa como meio de solucionar conflitos sociais ou condenassem a guerra como solução de conflitos internacionais. Todos que rejeitassem as diferentes formas de exclusão social e entendessem que a cidadania se estendia igualmente aos pobres que deveriam ser os sujeitos da sua própria história. Por isso a sua voz não poderia ser calada, nem os seus sonhos desfeitos, porque ele não temia as utopias, reafirmando sempre que quando partilhadas se tornam a “mola da história”

Mas, ao concluir, o faço com as suas próprias palavras ao receber o *Prêmio Popular da Paz*, na Alemanha, em 1974, portanto, há trinta e dois anos passados, e que são a expressão bem maior de tudo o que eu pudesse lhes deixar como mensagem:

*“Até que ponto o prêmio que a vossa generosidade me entrega dirige-se a um ingênuo visionário de uma paz impossível ou a um sonhador que entrevê e antevê uma paz sólida e próxima, baseada na justiça e no amor?”*

*Creio na humanização dos homens!*

*Até hoje, é verdade, minorias continuam decidindo guerras sempre mais mortíferas e covardes. Até hoje, minorias continuam explorando uma paz enganosa — como a dos pântanos! —, paz baseada na apatia e no fatalismo de mais de 2/3 da humanidade, cujo sangue alimenta a sociedade do desperdício [...]*

*Se me perguntardes em que se firma a minha crença na humanização dos homens — crença que parece ingênua e impraticável —, direi que muito mais ingênuo e impraticável e incomparavelmente mais audacioso é o sonho, ou melhor, o plano, ou melhor ainda, o desígnio do Pai de divinizar o homem.*

*[...]*

*Delírio? Utopia? O impossível dos impossíveis se tornou realidade: o Filho de Deus se encarnou e se fez Homem, se fez nosso Irmão. Depois desse prodígio, que mais poderemos esperar? O Pai, preparando a divinização do homem, certamente nos ajudará no trabalho urgente e inadiável da humanização do homem”.*<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Artesão da Paz. p. 162/3

Que Dom Helder nos ajude a, pelo menos, nos conservarmos fiéis aos seus ideais e difundi-los com o nosso exemplo e as nossas ações, e que as nossas pegadas se tornem as marcas da sua passagem.



## **DAS PENAS ALTERNATIVAS**

**Paulo de Tasso Benevides Gadelha**

*Desembargador Federal*

É princípio aceito universalmente, o de que uma das preocupações fundamentais do Estado é manter a segurança pública, garantindo a paz social.

Aliás, Hobbes, já no século 17, teorizava, sustentando esta tese.

Com a natural evolução da sociedade, o tema cresceu em discussão, análise, interpretação.

Assim, o estudo das penas centra o debate, isto é, punir ressocializa o homem repondo-o na senda do bem-estar social?

Em síntese lapidar, o criminalista Roque de Brito Alves, no seu livro Direito Penal – Parte Geral, no estudo do capítulo com o título de Generalidades sobre a pena, página 238, no tópico relativo à teoria mista da pena, doutrina com elegância e conhecimento de causa: “A pena tem um caráter retributivo, mas também busca os fins de readaptação social do criminoso e a intimidação geral. Sustenta, assim, o caráter retributivo de pena porém com a função utilitária a ressocialização do delinqüente”.

### **SÍNTESE HISTÓRICA DA EVOLUÇÃO DA PENA**

Desde os tempos imemoriais, a preocupação em punir era componente atavicamente ligado à vida dos povos.

Era uma verdade que inadmitia contradita: a cada transgressão correspondia um castigo.

Despiciendo dizer que a pena impunha castigos desumanos a quem violasse os padrões até então existentes, não havendo, assim qualquer proporção entre a conduta delitativa e o castigo, já que valia, naturalmente, a vontade do mais poderoso.

A Lei era, em qualquer agrupamento social, o império do mais forte. Obviamente, mandava quem podia.

Com a Lei de Talião, insculpida no Código de Hamurabi, em 1680, A.C., surgiram lineamentos básicos que buscavam, ainda que perversamente, estabelecer uma relação de proporcionalidade entre o agir do infrator e a punição.

Surge, a partir deste instante, a clássica teoria de “dar a vida por vida, olho por olho, dente por dente”.

Era um tempo de suplícios inomináveis.

Depois, com a mudança da esfera penal – saindo da órbita privada para o universo público – a aplicação da pena ficou adstrita aos interesses do Estado.

Absoluto no seu decidir, a sociedade estatal exagerava na dosimetria da pena, ensejando, por outro lado, um caráter carnavalesco ao ato de julgar.

Assim, dentro de tal liturgia, os castigos como a guilhotina, a amputação de órgãos, o uso da força eram exibidos festivamente, como meio de intimidar a todos.

A história, todavia, não acolheu a teoria preconizada.

Michel Foucault, por exemplo, na clássica obra – Vigiar e Punir – tradução de Lígia Pondé, página 58, lembra que “... assim, não havia aceitação pública, pelo caráter de espetáculo da execução das penas, sendo que as pessoas eram estimuladas e compelidas a seguir o cortejo até o local do sacrifício, e o preso era obrigado a proclamar sua culpa, atestar seu crime e a justiça de sua condenação”.

Numa outra fase da história, a proposta espiritualista adquiriu força como instrumento de punição, surgindo como consequência, os Tribunais de Inquisição que instituíram, digamos, um processo sumário, para o julgamento, sem, contudo, a adoção do contraditório e da ampla defesa, valores que consagram o Estado de Direito.

O estágio de anomalia penal sofreu um freio com a visão dialética e a sensibilidade humana, por exemplo, de um Cesare Beccaria, a primeira grande voz a se levantar, insurgindo-se contra uma legislação penal desumana, condenando, assim, a prática de métodos execráveis, como os julgamentos secretos, as torturas empregadas como meio de produção de provas, o confisco dos bens do condenado.

Nesta luta, também, registre-se, o concurso de John Haward e Jeremias Bentham.

Tudo isso, obviamente, desaguando nos ideais da Revolução Francesa e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

## **CENÁRIO BRASILEIRO**

Não há, no caso do Brasil, diferenças radicais no que tange à experiência histórica da legislação criminal em relação à evolução da pena.

Por muito tempo, no Brasil Colonial, as ordenações Afonsinas, Manuêlinas e Filipinas eram os cânones que se aplicavam.

Declarada a independência, em 1822, e revogadas as Ordenações Filipinas (as últimas existentes), um sopro de dignidade processual começou a varrer o País.

Em 1830, o Código Criminal do Império agasalha os princípios da equidade e da justiça, sem olvidar – é claro – que nos cursos jurídicos criados (1827 – em São Paulo e Olinda) proclamava-se, escreve Thompson, citado por René Ariel Dotti, no livro – Bases e Alternativas para o Sistema de Penas – que “não deveria ficar impune o delito, nem ser castigada a inocência, pois a justa medida das penas está na razão composta da gravidade do delito e do dano por ele causado”.

Depois, a Legislação Penal de 1890, nos albores da República, buscou dar um desenho mais humano da penas, determinando, por outro lado, que nenhuma prisão poderia exceder 30 anos.

Por outro lado, o Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, em plena vigência do Estado Novo, que instituiu o Código Penal, no seu artigo 1º, determinou: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Até os dias atuais, foram feitas alterações, buscando adaptar a norma penal do Brasil ao momento histórico porque passa o Direito Penal do mundo.

Registre-se, assim, como modificações substantivas à Lei Penal, a Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977 e a Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, que alteraram a parte geral do Código Penal, bem como a Lei nº 7.210/84, que cuida da Execução Penal, garantindo os direitos dos réus.

## **DAS PENAS ALTERNATIVAS**

É esta a dicção do artigo 32, do Código Penal brasileiro:

Artigo 32. As penas são:

I – privativas de liberdade;

II – restritivas de direitos;

III – de multa.

Pena, di-lo de forma concisa e objetiva Soler, citado por Damásio E. de Jesus, no seu Código Penal Anotado, Saraiva, 2003, página 155: “é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos”.

Ínsito, pois, o seu caráter intimidativo.

A pena, assim, existe/existiria para inibir o novo delinqüente.

Era o discurso que exaltava a proposta ressocializadora do apenamento.

Os fatos, porém, desautorizaram o argumento. Desmentiram a retórica.

A pena privativa de liberdade transformou-se numa usina geradora de criminosos.

Evandro Lins e Silva, estudioso e mestre dos temas penais e penitenciários, citado por Damásio de Jesus, no livro – Penas Alternativas – Saraiva, 2ª edição, ano 2000, página 12, doutrinou com veemência na condenação à prisão segregacionista: “Ela perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime. Se não a pudermos eliminar de uma vez, só devemos conservá-la para os casos em que ele é indispensável”.

Aliás, Von Liszt, no seu “Programa de Marburgo”, escrito em 1882, já demonstrava preocupação com a falência da prisão, sustentando que a “pena justa é a pena necessária”.

Era, pois, o aceno histórico à reformulação do modelo prisional vigente.

Por isso, entre 1888 e 1889, nos primeiros passos da União Internacional do Direito Penal, penalistas da estirpe de Von Liszt, Adolph Prins, Garofalo e Von Hammel levantaram a tese e sustentavam a necessidade de se encontrar penas que se alternassem ao já obsoleto sistema de encarceramento.

A idéia ganhou espaços e cooptou juristas, especialmente na Europa antiga.

A Rússia, nos idos de 1926, foi o primeiro país a adotar um arquétipo de prisão alternativa.

Fê-lo com a instrumentalização dos chamados serviços comunitários. Depois, a Inglaterra, em 1948, instituía a prisão de fim de semana, castigando os que cometiam transgressões de pequena potencialidade.

A Alemanha, em 1953, adaptou o procedimento inglês, para os infratores jovens.

## O BRASIL E AS PENAS ALTERNATIVAS

A primeira tentativa de modificar o modelo de prisão brasileiro surgiu com a Lei nº 6.416, de 1977, uma experiência de compartimentar a prisão em três regimes: o fechado, semi-aberto e aberto. Depois, a Lei 7.209/84 buscou contornos mais definidores.

A idéia não foi coroada de êxito, por falta de condições técnicas.

De fato, no Brasil, as penas alternativas surgiram após a participação do Brasil, em 1995, no IX Congresso das Nações Unidas Sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, realizado no Cairo, capital do Egito, em 1995, onde a delegação brasileira, da qual faziam parte o então Ministro da Justiça e atual Presidente do Supremo Tribunal Federal Nélson Jobim, o professor Damásio de Jesus e o Embaixador do Brasil Márcio Dias, avaliou os resultados obtidos por países que adotaram as penas alternativas e conseguiram reduzir os índices de reincidência, como Cuba e Alemanha, onde 85% e 83%, respectivamente, aplicavam penas alternativas e somente 25% dos apenados voltavam a delinqüir.

É bom lembrar, por outro lado, que no citado simpósio era nítida a influência da Regras de Tóquio, também chamadas de Constituição Mundial das Medidas Não-Privativas de Liberdade, um projeto elaborado pelo Instituto da Ásia e do Extremo Oriente, que estuda o delito e o delinqüente, aprovado no 8º Congresso de Havana.

No Brasil, o grande instrumento que normaliza e disciplina as penas alternativas é a Lei 9.714/98, que alterou o Código Penal nos artigos 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77.

Sem maiores divagações doutrinárias ou hermenêuticas, o espírito da lei citada é buscar um discurso socialmente mais humano para o condenado.

Neste encarte, urge lembrar à memória fugidia dos homens a lição de que as penas alternativas são destinadas a criminosos não tão perigosos e infrações de menor gravidade, objetivando substituir as penas detentivas de curta duração e as penas privativas de liberdade quando a sentença de prisão não for superior a quatro anos.

Ou como magistralmente doutrina Damásio E. de Jesus, no seu livro – *Penas Alternativas* – Editora Saraiva, 2ª edição, ano 2000, página 14, *in verbis*: “É crença errônea, arraigada na consciência do povo brasileiro, a de que somente a prisão configura a resposta penal (João Macedo de Araújo Júnior, *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*, cit., p. 78). A pena privativa de liberdade,

quando aplicada genericamente a crimes graves e leves, o que Michel Foucault chamaria de “punição generalizada” (Vigiar e Punir, cit., p.69), só intensifica o drama carcerário e não reduz a criminalidade. Com uma agravante: a precariedade dos estabelecimentos prisionais no Brasil, como observa José Ferreira, “propicia o convívio indistinto de pessoas de periculosidades diversas, constituindo-se numa autêntica universidade do crime organizado, onde os detentos assimilam as sofisticadas condições e técnicas voltadas para a prática criminosa” (A crise de recursos no sistema penitenciário nacional, Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Previdenciária, Brasília, concluindo o mestre Damásio de Jesus: “A Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, que ampliou o rol das penas alternativas, é mais uma esperança. Aguardamos que, aplicadas e fiscalizadas as novas medidas, torne-se uma realidade”.

De logo, emerge o desenho das três vertentes unanimemente consagradas como indispensáveis às transformações do mundo das penas: a) redução da criminalidade; b) agilização dos processos; c) diminuição do número de encarcerados.

As penas alternativas têm tal desiderato: humanizar a pena.

É que, realmente, a paisagem brasileira, em termos criminais, é assustadora.

A Folha de São Paulo, edição de 8 de janeiro de 2004, no caderno Folha Cotidiano, página C1, em texto assinado por Luciana Constantino, da sucursal de Brasília, diz que “O Brasil é o quinto em um ranking de 67 países com as maiores taxas de homicídios de jovens na faixa dos 15 aos 24 anos. A cada 100 mil jovens brasileiros, 52,1 foram assassinados em 2000. Somente Colômbia, Ilhas Virgens, El Salvador e Venezuela tiveram taxas superiores”.

E continua a matéria do respeitável jornal paulista: “De 2000 para 2002, a situação no país piorou: a taxa passou para 54,5 assassinatos por 100 mil jovens. Analisando a evolução entre 1993 e 2002, detecta-se um aumento de 88,6% nas mortes de jovens”.

Depois, os registros dos números absolutos de morte no país indicam, exagero à parte, uma situação de verdadeira guerra civil. Em 2002, foram assassinados 49.640 brasileiros. Uma média de mais de quatro mil patrícios assassinados por mês do ano lembrado.

Depois, a política carcerária é extremamente iníqua. Sobram presos para as prisões, imundas e desumanas.

Em 2003, as estatísticas indicavam ter o Brasil 250 mil detentos para 100 mil vagas, sem esquecer 300 mil mandados de prisão não cumpridos.

As cadeias, de fato, usinas geradoras de criminosos.

Para tamanha monstruosidade, há uma luz no fim do túnel: a política de penas alternativas.

As nações mais desenvolvidas do mundo pragmatizaram a sua instrumentalização.

O Brasil, estranhamente, ainda reluta em enfatizar o seu uso.

Há dados estatísticos que aconselham a sua prática. Além do reduzido espaço prisional em relação ao número de condenados, um outro valor precisa ser trazido à colação. É a relação agente carcerário/apenado.

O exemplo que se traz, aqui e agora, é o do Rio de Janeiro, onde, em 10 anos, como lembra o jornal o Estado de São Paulo, edição de 2 de junho de 2004, com o editorial – Penas Alternativas – página A-3, o número de presos cresceu 122%, passando de 9 mil para 20 mil, enquanto que o número de agentes carcerários subiu de 2,6 mil para apenas 3,3 mil, sem esquecer que, desse total, só 1,4 mil exercem realmente as suas verdadeiras funções.

Para o enfrentamento de tão caótico quadro, o caminho é agilizar o discurso moderno da Lei 9.714/98, que pode ser aplicada em 10 situações, para quem cometeu crime com pena de até quatro anos e não é reincidente.

Sem dúvida, é pouca acionada a referida Lei, pois em 2003 somente 33 mil sentenças foram prolatadas com respaldo na Lei de Penas Alternativas, representando 12% do número de apenados.

Depois, ressalte-se, o caráter reeducativo do preso é evidente. Os gráficos o confirmam. Dos que cumpriram prisão na órbita das penas alternativas, só 12% voltam ao mundo do crime. Ao passo que, os que ficaram encarcerados, a taxa é de 80% na reincidência.

Depois, os custos são exageradamente diferenciados.

Na cadeia, o preso custa, aos cofres do Estado, em média, 700 reais por mês, enquanto o que cumpre penas alternativas custa apenas, em média, 70 reais por, também, um mês.

O Código Penal, antes do advento da Lei 9.714/98, contava com seis penas alternativas substitutivas (multa, prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana, proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, proibição de exercício da profissão e suspensão da habilitação para dirigir veículo). Com o advento da Lei 9.714/98, foram acolhidas quatro novas sanções restritivas: prestação pecuniária em favor da vítima, perda de bens e valores, proibição de frequentar determinados lugares e prestação de outra natureza.

Os crimes sujeitos às penas alternativas são: pequenos furtos, apropriação indébita, estelionato (falsificação), acidente de trânsito, desacato à autoridade, uso de drogas, lesões corporais leves e outras infrações de menor gravidade.

Com o advento da nova lei, as penas alternativas são as seguintes:

1) Prestação pecuniária (art. 43, I, CP) - consiste no pagamento à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 nem superior a 360 salários mínimos.

2) Perda de bens e valores pertencentes ao condenado em favor do Fundo Penitenciário Nacional (art. 43, II, CP). Deve ser considerado para a estipulação do montante o prejuízo causado pela infração penal ou o proveito obtido por ele ou terceiro.

3) Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, IV, e art. 46 do CP) - consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado (art. 46, § 1º) em entidades assistenciais, escolas, hospitais ou outra instituição com essas finalidades.

4) Proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo (art. 47, I, do CP).

5) Proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação oficial, de licença ou autorização do Poder Público (art. 47, II, do CP).

6) Suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo (art. 47, III, do CP).

7) Proibição de freqüentar determinados lugares (art. 47, IV, do Código Penal).

8) Limitação de fim de semana ou “prisão descontínua” (art. 43, VI e art. 45, § 1º, do CP).

9) Multa (art. 44, § 2º do CP).

10) Prestação inominada (art. 45, § 2º do CP) em que havendo aceitação do condenado, o juiz poderá substituir a prestação pecuniária em favor da vítima por qualquer prestação de outra natureza.

A espécie de pena alternativa a ser aplicada depende da apreciação de elementos objetivos e pessoais do condenado, bem como da segurança de sua efetiva execução. Além disso, as penas alternativas são condicionais, isto é, somente poderão ser aplicadas se os condenados realmente cumprirem as obrigações que lhes foram impostas.

Segundo os juízes competentes para aplicação das penas alternativas, a alternativa penal mais eficaz é a prestação de serviços à comunidade, consistente na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

As penas e medidas alternativas poderão ser revogadas, isto é, poderão ser convertidas em pena privativa de liberdade quando o condenado descumprir a restrição imposta ou, quando sobrevier condenação à pena privativa de liberdade. Na primeira hipótese, a conversão é obrigatória, na segunda a conversão é facultativa.



## A REFORMA DAS LEIS PROCESSUAIS <sup>(\*)</sup>

**Francisco Wildo Lacerda Dantas**

*Desembargador Federal*

*1. Introdução 2. Bases ideológicas de qualquer reforma processual 3. Breve noção da linha evolutiva dos sistemas processuais e identificação do sistema processual civil brasileiro 4. Resumo das reformas das leis processuais civis brasileiras: 4.1 – Natureza e diretrizes 4.2 – Breve resumo das reformas já realizadas 4.3 – Exame sucinto da última fase da reforma, com ressaltos para a apreciação de duas modificações introduzidas pela EC nº 45/2004: o prazo razoável e a Súmula Vinculante: a) O prazo razoável: I - Conceito II - A questão da responsabilização pelo não atendimento da exigência b) A Súmula Vinculante I – Argumentos favoráveis II – Opinião de J. C. Barbosa Moreira III – Nossa opinião 5. A reforma que falta (crítica a algumas mudanças processuais).*

### **1. INTRODUÇÃO**

O presente artigo é o registro da palestra proferida no III Encontro Regional dos Juízes Federais da 5ª Região, em atendimento ao convite feito pelo Desembargador Federal Dr. MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS, Vice-Diretor e Desembargadora Federal Dra. MARGARIDA CANTARELLI, atual Diretora da Escola Superior da Magistratura da 5ª Região – ESMAFE.

(\*) Pesquisa que serviu de lastro para a palestra realizada, sob esse título, em 30.07.2005, em Gravatá, no III Encontro Regional dos Juízes Federais da 5ª Região.

Naquela oportunidade não se fez menção ao trabalho – que não podia deixar de ser mencionado de MAURO CAPPELLETTI, inspirados das reformas processuais no mundo ocidental e especialmente da nossa - quando apreciou o que denominou de “Problemas e Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas”<sup>1</sup>. Nesse trabalho, o referido autor se referiu aos problemas sumariados pelo colega brasileiro ALCIDES MUNHOZ DA COSTA, cujo convite atendera para proferir a palestra (de que resultara o artigo) sobre os novos rumos do processo civil na sociedade moderna, nomeadamente, *a morosidade na distribuição da justiça, a insuportável demora dos processos, a deficiência dos serviços de assistência judiciária e a insuficiente atuação da oralidade*, com a observação de que se tratavam de problemas comuns a muitos outros países, inclusive a Itália.

Procede, a partir daí, interessantes observações sobre esses problemas, que devem ser brevemente sumariados antes do registro da palestra proferida a respeito do tema.

Começa por apreciar a aplicação do princípio da oralidade, onde observa, como remissão a FRANZ KLEIN, que o direito processual é um espelho da cultura da época, para acrescentar – em respeito a esse princípio – que não se trata de um remédio infalível porque, “em um processo, no qual, por exemplo, faltasse certas garantias fundamentais ao Juiz e às partes, possivelmente seria mais perigoso o processo oral do que o processo escrito”<sup>2</sup>.

Anota, em respeito ao princípio da imparcialidade do juiz – o que inclui a apreciação que faz sobre o princípio dispositivo (em que distingue o princípio dispositivo substancial ou próprio do princípio processual ou impróprio), que muito embora esse princípio sirva de base à independência da magistratura diante do poder político, isso significa que o juiz deve ser imparcial em respeito ao conteúdo da controvérsia, mas não quanto à relação processual propriamente dita, porque, pelo contrário, constitui – em respeito ao princípio dispositivo em sentido processual, ou impróprio - um dever específico do juiz de assegurar que o processo se desenvolva de maneira regular, rápida (tanto quanto possível) e leal<sup>3</sup>, orientação já recepcionada pelo nosso CPC quando, no art. 125, estabe-

<sup>1</sup> O trabalho foi publicado na obra coletiva “O Processo Civil Contemporâneo”, organizada por Luiz Guilherme Marinoni, publicada pela Ed. Juruá, Curitiba, 1994, às p. 09-30

<sup>2</sup> Cf. ob. cit., p. 12.

<sup>3</sup> Idem, ibidem, p. 23.

lece o poder-dever de o juiz conduzir o processo para que alcance aos fins ali estabelecidos.

Observa, em seguida, que qualquer reforma processual há de contemplar a dimensão social do processo, por considerá-la uma espécie de revolução copernicana no processo, em que se abandona a apreciação do direito do ângulo apenas dos produtores do direito, para apreciá-lo, também, a partir da perspectiva dos usuários, com a preocupação de que a resposta ofertada na tutela jurisdicional opere de forma efetiva e não apenas formal.

Traça, em seguida, observações a respeito do efetivo acesso à justiça, onde traça preciosas considerações para o que denominou de *justiça coexistencial*, como espécie de via alternativa de tutela, onde se privilegia a conciliação – em que se busca tutelar os interesses de todos os envolvidos - antes de que à resolução autoritativa do conflito – onde se tutela apenas um dos interesses, firme na regra *dura lex sed lex* – por considerar que a forma de justiça tradicional, que denomina de contenciosa, olha mais para o passado do que para o futuro e bem por isso é uma justiça que serve para bem ser aplicada nas relações do tipo tradicional, mas não para aquelas própria da vida moderna, onde assumem importância vital as chamadas instituições integrais, como as fábricas, escolas, condomínios, freguesias de bairro, a que acrescentamos a previdência social.

Nessa nova justiça, o ideal da luta pelo direito (*Kampf ums Recht*), tão apregoadado pelo RUDOLF VON IHERING, deve ser substituído pela luta pela equidade, por uma solução justa e aceitável por todos os contendores (*Kampf um Billigkeit*), pois a justiça coexistencial – em lugar da justiça contenciosa: legal, técnica, profissional, estritamente jurisdicional – não serve para situações em que se busca atender à totalidade do problema e não apenas partes, ou, como prefere afirmar:

“Trata-se de uma Justiça que leva em conta a totalidade da situação na qual o episódio contencioso está inserido e que se destina a curar e não a exasperar a situação de tensão”<sup>4</sup>.

Além de outras considerações, esse autor observa que o processo é sempre movido por fatores de ordem ideológica, o que põe por terra as premissas,

---

<sup>4</sup> Cf. ob. cit., p. 21.

que considera falsas, de neutralidade e de passividade do juiz, para insistir que o juiz deva, de um lado, ter assegurada a sua imparcialidade, de outro, poder ser responsabilizado, tanto no campo jurídico – em sua aspecto penal, administrativo e disciplinar – quanto em respeito à responsabilidade social, o que se traduz na obrigação de motivar os julgamentos e na possibilidade de tornar públicas as declarações de votos divergentes no âmbito dos órgãos colegiados<sup>5</sup>.

Essa última observação se ajusta com início do que se expôs na palestra cujo resumo é feito no presente artigo.

## **2. BASES IDEOLÓGICAS DE QUALQUER REFORMA PROCESSUAL**

Como explicou o Prof. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, eminente processualista português, ao proceder estudos sobre as modificações introduzidas no CPC daquele país, toda reformação que se proceda no processo civil é decorrente do fato de que o processo jurisdicional não é imune à ideologia política, antes é profundamente influenciado por ela.

A circunstância de o processo jurisdicional realizar-se perante um órgão da justiça e, por isso, colocar as partes em contato direto com um órgão da soberania estatal – mais precisamente um Poder independente e harmônio com os demais, na forma do art. 2º da CF/88 – determina que nele se reflitam as concepções sobre as relações entre os indivíduos e o Estado. Essas relações, no entanto, devem ser entendidas num duplo sentido: de um lado, a intervenção do Estado no campo da autonomia privada, portanto, na posição do Estado perante o indivíduo; e, de outro, da submissão ao poder jurisdicional do Estado, a que ele recorre para resolverem-se os conflitos de interesse, o que resume a posição do indivíduo perante o Estado.

O processo representa um traço de união entre o interesse particular, ou seja, das partes, para que se reconheça o direito que dizem ter, e o interesse estatal de realizar a justiça.

Esse paradoxo vai desembocar nas duas grandes posições doutrinárias acerca da natureza jurídica da ação, como reconheceu HUGO ALSINA: a concepção privatista, capitaneada pelos juristas franceses, em que se põe o processo a serviço das partes e o Estado passa a desempenhar o papel de um terceiro chamado a dirimir a contenda e a concepção publicista, que teve início com

<sup>5</sup> Idem, *ibidem*, p. 27-28.

GIUSEPPE CHIOVENDA, quando se passou a considerar a ação como uma condição para a atuação dos órgãos do Estado<sup>6</sup>.

### **3. BREVE NOÇÃO DA LINHA EVOLUTIVA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS, E LOCALIZAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

ALEXANDRE MÁRIO PESSOA VAZ, respeitado processualista português, traçou uma visão panorâmica e sucinta da linha evolutiva dos sistemas processuais, que considero importante para entender-se o sentido das reformas ainda recentemente introduzidas no CPC atual:

- a) Processo comum europeu medieval;
- b) Processo liberal introduzido pela Revolução Francesa;
- c) Processo social;
- d) Processos socialistas.

*O processo comum europeu medieval* se caracteriza como um processo que assenta nos privilégios de classe do tipo feudal (justiça privilegiada, desigualitária e patrimonial), com procedimento de natureza secreta, escrita e meditada, descontínuo e de grande duração, em que se consagra o regime da prova legal (verdade formal) e de sentença imotivada, constituindo um sistema de justiça autoritária, opressiva e arbitrária.

*O processo liberal introduzido pela Revolução Francesa* assenta na supressão das jurisdições privilegiadas e no princípio da igualdade de todos perante a lei e os tribunais, mas cria uma igualdade puramente formal, inspirada no princípio individualístico do *laissez faire, laissez passer*. O processo reveste-se de natureza pública, oral, imediata e concentrada. Consagram-se os princípios da livre convicção do juiz na apreciação da prova, garantia do segundo grau de jurisdição, da documentação da prova e da motivação das sentenças. Adota, porém, o conceito do juiz passivo (princípio dispositivo).

*O processo do sistema social* - ou *processo social* – por sua vez, correspondente, consagra – segundo esse autor – de maneira rigorosa e efetiva os

---

<sup>6</sup> Cf. “Naturalex Jurídica de la Acción”, texto publicado na coletânea “Acción, Pretensión y Demanda”, compilada por Juan Morales Godo, Palestra Editores, Centro Iberoamericano de Estudios Jurídicos y Sociales, Peru – Lima – 2000, p. 129-163, mais precisamente p. 159.

princípios da oralidade, imediação, da concentração e da publicidade e assenta no princípio da livre apreciação da prova e concede as garantias do recurso de apelação e da motivação exaustiva da sentença, da rigorosa documentação da prova, do juiz ativo, responsável e assistencial, no sentido de ser um juiz que procura criar entre as partes uma igualdade real e efetiva e não meramente formal – como acontece nos juizados Especiais Cíveis, observo – para construir uma estrutura processual com caráter acentuadamente publicístico, dominado pelo princípio da investigação oficiosa da verdade material pelo juiz (princípio inquisitório ou de investigação *Forchunsprinzip*), estrutura essa que FRANS KLEIN qualificou como um instituto de bem estar social – *Wohlfahrtseinrichtung*).

Por derradeiro, o quarto e último sistema – o *processo socialista* – é apresentado como o que tem, fundamentalmente, as mesmas características do sistema anterior, mas que confere ainda maior força e acentuação ao princípio do juiz ativo e assistencial, da igualdade efetiva das partes, da descoberta da verdade material ou objetiva, sofrendo variações a depender do país que o adote, como a Checoslováquia<sup>7</sup>.

O sistema processual civil brasileiro bem se ajusta ao *processo do sistema social* ou *processo social*, pois que nele se encontra recepcionado, com todo o rigor e efetividade, o princípio da oralidade, até por mandamento constitucional, como se lê no art. 93, IX, da CF atual e se lê, também, no art. 44 do CPC; imediatidade, como se lê no art. 446, I, do CPC em vigor; concentração, como se lê no art. 455 do CPC, consagra o princípio da livre convicção racional do juiz, como se lê no art. 131 do CPC, que se encontra obrigado a fundamentar todas as decisões que profere, tanto por mandamento constitucional, no dispositivo já mencionado, quanto porque o art. 458, II, do CPC, assim o obriga, revestindo-se a atuação do juiz no processo de forte poder de iniciativa, correspondente ao juiz ativo, como o reconhece o art. 125 do CPC.

Por ser o sistema processual civil brasileiro um processo do sistema social, ou processo social, como resulta mesmo do art. 1º do texto constitucional, não se pode conceber nenhuma reforma processual divorciada do modelo traçado no texto constitucional, sendo indispensável obedecer às duas grandes vertentes constitucionais:

---

<sup>7</sup> Cf. “Direito Processual Civil – Do Antigo e o Novo Código”, Livraria Almedina, Coimbra, 1998, p. 129-131.

- a) a tutela constitucional do processo;
- b) a jurisdição constitucional das liberdades<sup>8</sup>.

## **4. RESUMO DAS REFORMAS DAS LEIS PROCESSUAIS CIVIS BRASILEIRAS**

### **4.1 NATUREZA E DIRETRIZES**

Impulsionado pela Associação dos Magistrados Brasileiros e, depois, absorvido pela Escola de Magistrados Brasileiros, optou-se por promover as modificações que se entendessem necessárias, sem proceder a uma reforma estrutural do CPC, para evitar a demora prolongada que daí decorreria.

Procurou-se evitar a experiência, de certo modo frustrante, da reforma do Código Civil que, finalmente, se encontra em vigor e já se revela como um Código desatualizado em muitas coisas. Tem-se, pois, que a natureza da reforma das leis processuais em andamento não tem natureza de uma reforma única, mas de uma reforma pontual, contínua, tanto que o CPC quando de várias leis que integram o sistema processual civil brasileiro, inclusive o que considero sub-sistema de processo; o coletivo e o processo próprios dos Juizados Especiais Cíveis.

Como se sabe, para isso, constituiu-se uma comissão Revisora, composta pelos Ministros do STJ SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Diretor da referida Escola e ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, que adotou as seguintes diretrizes de trabalho:

- a) localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional;
- b) deixando de lado divergência de ordem doutrinária meramente acadêmica, assim como pontos merecedores de modificação, apresentar sugestões somente de simplificação, agilização e efetividade;
- c) encaminhar as sugestões não em um único anteprojeto, mas através de vários, setoriais, inclusive para viabilizar a aprovação no Congresso Nacional, considerando que um único pedido de vista poderia comprometer todo o trabalho;
- d) aproveitar a própria disposição dos artigos existentes, abrindo espaço para os novos, se necessário (c. g. arts. 272-273, 478-479), mas sem alterar a fisionomia do Código;

---

<sup>8</sup> Cf. Cândido Rangel Dinamarco, “instituições de Direito Processual Civil”, vol. I, Ed. Malheiros, São Paulo, 2004, 4ª ed. revista e atualizada, p. 179.

- e) buscar o consenso nas alterações proposta, democratizando o debate, fazendo a reforma não uma manifestação isolada da Magistratura, mas uma reivindicação uníssona de todos os segmentos interessados, nela integrando o foro e universidade, professores e profissionais, juízes, advogados, defensores e representantes do ministério Público<sup>9</sup>.

## **4.2 BREVE RESUMO DAS REFORMAS JÁ REALIZADAS**

Segundo CÂNDIDO DINAMARCO, as modificações legislativas introduzidas a partir da década de 80, à qual se associou a Reforma do Código de Processo Civil em 1994 e 1995, dotaram o sistema processual civil brasileiro atual de uma nova fisionomia, em que se destaca o seguinte:

- I – oferta de tutelas jurisdicionais coletivas;
- II – universalização da jurisdição, com a criação dos Juizados Especiais cíveis;
- III – medidas tendentes a assegurar a efetividade do processo, inclusive com reforço dos poderes do juiz para a imposição do cumprimento de obrigações de fazer e de não-fazer, como se vê na nova redação do art. 461 do CPC;
- IV – medidas de aceleração da tutela jurisdicional consistente na antecipação da tutela (com a nova redação do art. 273 do CPC), no julgamento (especialmente em caso do efeito da revelia: arts. 319 e 330 do CPC) – a que acrescento a inovação introduzida no art. 515, § 3º, acrescentada pela Lei nº 10.353/2001 – as técnicas do processo monitorio, introduzidas com o acréscimo dos arts. 1.102<sup>a</sup> até 1.102c<sup>10</sup>.

## **4.3 EXAME SUCINTO DA ÚLTIMA FASE DA REFORMA, COM RESSALTO PARA A APRECIÇÃO DE DUAS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA EC Nº 45/2004: O PRAZO RAZOÁVEL E A SÚMULA VINCULANTE**

Tratando-se de uma breve exposição a respeito da reforma processual em andamento, nos limitaremos a apreciar, em respeito às reformas derivadas

<sup>9</sup> Cf. Sálvio de Figueiredo Teixeira, “A efetividade do processo e a reforma processual”, Revista AJURIS, VOL. 59, Nº 4, p. 258-259.

<sup>10</sup> Cf. “Instituições de Direito Processual civil”, vol. I, ob. cit., p. 179/180.

da recente Emenda Constitucional nº 45/2004, a examinar, sucintamente, a garantia do prazo razoável e a imposição da Súmula Vinculante.

**a) O prazo razoável**  
**I – Conceito**

A razoabilidade da duração do processo é uma garantia constitucional encartada nas principais Declarações de Direito do Homem, como se observa na recente Carta de direitos Fundamentais da união européia”, editada em 7 de dezembro de 2000, e já constava, expressamente, da Convenção americana de direitos humanos, que ficou conhecida como Pato de San José de Costa Rica, que tem o Brasil como um dos signatários<sup>11</sup>. Mesmo antes dessa inovação, muitos autores, como JOSÉ ROBERTO BEDAQUE, CÂNDIDO DINAMARCO E BARBOSA MOREIRA, entre outros, haviam procedido a uma interpretação atualizada do art. 5º, XXXV da CF/88 – numa espécie, pois, de *aggionarmen-to* – para considerar-se que a garantia do direito de ação ali estampada incluía o direito à tutela jurisdicional e esta somente seria completa se desse em prazo razoável.<sup>12</sup>

Trata-se de um conceito indeterminado. Deve-se considerar que a Justiça deve procurar atender ao interesse público de solução das controvérsias, mediante a autação jurisdicional, de forma breve, para ser eficaz, mesmo porque com a prestação tardia o direito pode ter perecido na prática ou perdido muito do significado para o seu detentor<sup>13</sup>.

Discordo, porém, da afirmação de ALESSANDRA MENDES SPALDING, que, na mesma obra coletiva consultada, que o prazo razoável para o julgamento de um processo que tramita pelo procedimento ordinário do processo de conhecimento será, em princípio de 133 dias, compulsados todos os pra-

---

<sup>11</sup> Cf. “Direito Fundamental à Tutela Tempestiva à Luz do Inciso LXXVII do art. 5º da CF inserido pela EC nº 45/3004”, trabalho que integra a obra coletiva “Reforma do Poder Judiciário”, coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 31-40, mais precisamente p. 37.

<sup>12</sup> Idem, *ibidem*, p. 32.

<sup>13</sup> Cf. Ana Maria Goffi Flaquer Scartezzini, “O Prazo Razoável para a Duração dos Processos e a Responsabilização pela Demora na Outorga da Prestação Jurisdicional”, na obra coletiva citada, p. 41-58, mais precisamente p. 43.

zos definidos no CPC<sup>14</sup>. Essa questão não pode ser resolvida através de simples operação aritmética.

## **II – A questão da responsabilização pelo não atendimento da exigência**

O exame dessa nova garantia, porém, implica apreciar-se a questão de saber-se se poderá atribuir-se responsabilização, na hipótese do não atendimento dessa exigência e, em caso positivo, quem seria o responsabilizado e em que condições, já havendo alguma contribuição doutrinária a respeito.

Nesse sentido, MÁRCIA FERNANDES BEZERRA, advogada militante em Curitiba, escreveu que, ne experiência italiana, onde há dispositivo semelhante, essa previsão constitucional veio acompanhada da criação de um mecanismo legal que, se não prevenia a demora excessiva na prestação jurisdicional, previa, ao menos, a reparabilidade dos eventuais danos decorrentes do desrespeito a esse preceito, sendo certo que essa era, também, a intenção do legislador pátrio, pois, no art. 8º da EC nº 96/1992, aprovada na Câmara dos Deputados, que veio dar origem à PEC nº 45/2004, que a efetivou, era prevista a inserção, no art. 95 da CF/88, de um parágrafo único, com a seguinte redação: *União e os Estados respondem pelos danos que os respectivos juízos causarrem no exercício de suas funções jurisdicionais, assegurado o direito de regresso em caso de dolo*, sendo certo que o então Deputado NELSON JOBIM, atual Presidente do STF, fizera constar, no relatório com que apresentara a referida Emenda, que já era tempo “de afastar, entre nós, a tese da irresponsabilidade do Estado por atos de juízes, predominante ainda hoje tanto em doutrina quanto na jurisprudência firmada nos tribunais”<sup>15</sup>.

O responsável, pois, era o Estado, com responsabilidade objetiva, nos exatos termos do § 6º art. 36 da CF/88, cabendo-lhe ação regressiva contra o magistrado quando este atuar com dolo. Essa responsabilização, porém – que seguramente se fará através de outro processo – já provoca comentários que

---

<sup>14</sup> Cf. “Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional à Tutela Jurisdicional Tempestiva à Luz do Inciso LXXVII do Art. 5º da CF, inserido pela EC nº 45/2004, p. 31-40.

<sup>15</sup> Cf. artigo “O Direito à Razoável Duração do Processo e a Responsabilidade do Estado pela Demora na outorga da Prestação Jurisdicional”, inserto na obra coletiva já citada “Reforma do Judiciário”, p. 467-469, mais precisamente p. 471-472.

revelam a desconfiança de nossos operadores do direito, como se vê da afirmação de FLÁVIO LUIZ YARSHEL, conhecido advogado paulista:

“O grande problema é saber quanto tempo demorará para o pleito indenizatório do jurisdicionado ser julgado”<sup>16</sup>.

Para que a aplicação dessa nova garantia não caia no descrédito nem se transforme num instrumento de enriquecimento para alguns em detrimento do interesse de todos, deve-se atentar para as cautelas recomendadas por ANA MARIA GOFFI FLAQUER SCARTEZZINI, no que respeita às causas reais que impõem essa demora excessiva e que são de três ordens:

- I – excesso de feitos com inadequada máquina judiciária;
- II – existência de expedientes protelatórios utilizados por uma das partes;
- III – desídia do magistrado.

Dentro desse quadro, tem-se que a última dessa hipótese – que se considera muito rara – pode e deve ser corrigida com os meios próprios já existentes: comunicação da conduta do magistrado aos órgãos superiores encarregados da correição no âmbito do Poder Judiciário. Nessa circunstância, a eventual responsabilidade do Estado somente pode ocorrer se caracterizada inércia em respeito à adoção das medidas disciplinares pelos órgãos competentes, remanescendo, nessa única hipótese, a possibilidade da responsabilização individual do próprio magistrado, nos exatos termos do art. 133 do CPC.

Quando a prestação jurisdicional restar excessivamente demorada em razão do excesso de feitos ou em virtude da inadequada máquina judiciária, torna-se imprescindível a atuação do Poder Executivo, responsável maior pela administração do Estado, no sentido de adotar providência para sanar definitivamente o problema, o que vai depender da mobilização da sociedade civil organizada nesse sentido. Em qualquer das hipóteses, vale a observação final da articulista: “A omissão deverá ser identificada, bem como os danos por ela causados, com a respectiva caracterização do nexo causal e a conseqüente responsabilização

---

<sup>16</sup> Cf. “A Reforma do Judiciário e a promessa de ‘duração razoável do processo’”, artigo publicado na Revista

da autoridade. A complexidade da questão não pode, entanto, servir de escudo para a escusa na evolução do tema”<sup>17</sup>.

**b) A Súmula Vinculante**  
**I – Argumentos favoráveis**

A criação de Súmula com efeitos vinculantes que, nos termos da EC nº 45, passa a produzir efeitos modo vinculativo, nomeadamente, “... aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal...” provocou acirrados debates, alinhando os argumentos levantados por quem se posicionava favoravelmente ou contrariamente à sua adoção.

No trabalho que publicara a Respeito, SÉRGIO SEDI SHIMURA relacionou os argumentos contrários à adoção dessa medida, que resumimos aos seguintes:

- a) implicaria retirada do direito fundamental de o cidadão ter um Poder Judiciário independente, porque se estaria verticalizando o entendimento do STF, tribunal formado ao gosto e feição do Executivo, titularizado pelo Presidente da República;
- b) possibilidade de as súmulas conterem um resumo de uma interpretação distorcida da realidade vivenciada pelos juízes inferiores, podendo, quando muito, servirem como subsídio interpretativo e fonte de consulta na estruturação e consolidação do sistema jurídico;
- c) representaria um retrocesso, pois já havia sido experimentada e extinta, como se deu em países como Portugal, em respeito aos chamados assentos “com força geral e obrigatória, revogados na reforma processual de 1995, através do Decreto-lei nº 329-A”<sup>18</sup>.

Há, também, outros argumentos, não alinhados por esse autor, em breve síntese:

- a) O amplo acesso à jurisdição é a pedra de toque do Estado de Direito. Desse princípio deriva o princípio do juiz natural – o juiz para o caso

<sup>17</sup> Cf. ob. cit., p. 48.

<sup>18</sup> Cf. “Súmula Vinculante”, parte integrante da obra coletiva “Reforma do Judiciário”, cit., p. 761-766

concreto – sendo certo que o juiz de primeira instância é o mais recomendado para dar início à jurisprudência porque é ele que irá aplicar, dialogicamente – isto é, ouvindo as partes, no indispensável contraditório – o direito previsto na norma;

- b) O controle judicial nasceu com a República – o juiz não tinha poderes para interpretar a lei no Império, cuja Constituição o proibia expressamente, por ser atribuição do Poder Legislativo. A súmula Vinculante retornará ao entendimento dessa época – próprio da Escola da Exegese – o que será grande retrocesso. Baseia-se no controle do *stare decisis*, mas, no direito anglo-saxônico de onde proveio, este não é o ponto de chegada, mas o ponto de partida.<sup>19</sup>
- c) Pretende-se instituir decisões homogêneas, para que se possa avaliar seu impacto na economia, para que, nos investimentos, os que investem – notadamente os não nacionais – possam avaliar o “custo Brasil”, inclusive o custo de diversas decisões do Judiciário<sup>20</sup>;

O mesmo SÉRGIO SHIURA, anteriormente mencionado, alinha os argumentos favoráveis à criação da Súmula com Efeitos Vinculantes:

- a) A morosidade é uma das formas mais perversas de injustiça e a adoção da Súmula Vinculante visa a eliminá-la;
- b) A uniformidade de entendimento jurisprudencial fortalece a autoridade do judiciário, inspira confiança e diminui as tensões sociais;
- c) Uma total ausência de segurança jurídica, mínima que seja – proporcionada pela falta da súmula Vinculante – afeta a sociedade em geral, impede o crescimento social e econômico, conspira contra a celeridade do processo e atinge diretamente a parte que tem razão;
- d) Se as partes tiverem alguma previsibilidade no resultado do litígio ou do processo, evitar-se-á o ajuizamento de muitas demandas e uma interposição de recursos desnecessários. A Súmula Vinculante, nesse ponto, serviria como vacina contra a multiplicação de demandas de idêntico teor<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Cf. Desembargadora Federal Suzana de Camargo Gomes, “O Controle Judicial dos Ato Administrativos e a Súmula Vinculante”, Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, p. 33-45, mais precisamente p 34 e 43

<sup>20</sup> Cf. Lúcia Valle Figueirêdo, “O Controle judicial dos Atos Administrativos e a Súmula Vinculante”, Revista do TRF da 3ª Região, p. 33-46, mais precisamente p. 45.

<sup>21</sup> Cf. ob. cit., p. 762.

Acrescentem-se, mais, a esses argumentos, os seguintes:

- a) O valor do precedente – que caracteriza a Súmula Vinculante – reside em outros fatores, como o tratamento igual a todos que buscam justiça, se aplicada a mesma regra em casos análogos e repetidos<sup>22</sup>;
- b) Montesquieu observava: *Mas se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos*<sup>23</sup>;
- c) O juiz está subordinado somente à lei, é o óbvio na ciência jurídica, mas usar o axioma como argumento contrário à vinculação em certos casos, é raciocinar ao inverso, posto que a decisão de um colegiado de juízes, por maioria qualificada, tem a presunção absoluta de total submissão à lei e á sua melhor interpretação<sup>24</sup>;
- d) “Entre nós, por esta ou por aquela razão, durante decênios se controverte sobre um tema, e não chega a termo o dissenso. Dou um exemplo: o Banco do Brasil está sujeito a impostos municipais ou não está. É possível arrolar mil decisões num sentido e mil e uma, em sentido inverso. Ora, isso não pode continuar indefinidamente. O *princípio da utilidade* tem de se fazer sentir, ainda que isso importe, aqui e ali, certas situações menos confortáveis. É um princípio de utilidade jurídica, social política, utilidade em seu sentido mais amplo”<sup>25</sup>;

### **III – Nossa Opinião**

Posiciono-me favorável á adoção das Súmulas Vinculantes e até mesmo, excepcionalmente, das Súmulas com Efeitos Vinculantes, com algumas cautelas, já apontadas por alguns autores, como TERESA ARRUDA ALVIM;

<sup>22</sup> Cf. André de Barros Balsalobre, “A Súmula Vinculante como instrumento de Uniformização de Jurisprudência”, Revista do TRF da 1ª Região, Agosto 2002, p. 1849, mais precisamente p. 21.

<sup>23</sup> Cf. “O Espírito das leis”, Livro XI, Cap. VI, Ed. Martins Fontes, são Paulo, 1996, p. 170.

<sup>24</sup> Cf. Saulo Ramos, “Questões do Efeito Vinculante”, artigo publicado em “Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política”, vol. 4, n.º 16, jul/set., p. 35-37

<sup>25</sup> Cf. observação constante de voto proferido pelo Min. Do STF Paulo Brossard na ADC 1-1-/93-DF, que teve como Relator o min. Moreira Alves.

- 1º - As súmulas só podem dizer respeito a situações capazes de se repetirem ao longo do tempo, de modo absolutamente idêntico;
- 2º - É absolutamente necessário que se tenha uma noção imprescindível daquilo que pode ser sumulado e que isso seja apenas questões de direito;
- 3º - O enunciado da súmula não pode deixar dúvida nenhuma a respeito da situação a que se aplicaria. Por isso, não se recomenda, por exemplo, sobre questões de direito de família;
- 4º - A súmula deve ser menos abrangente do que a lei e deve ser redigida de modo a gerar menos dúvidas interpretativas;
- 5º - A Súmula deve ser reservada apenas para os Tribunais Superiores e utilizada tão somente em matéria extraordinária e que abranjam todo o território nacional<sup>26</sup>.

Penso, então, que:

- a) A adoção de Súmula com Efeitos Vinculantes não impede que o juiz exerça o importante papel de intérprete do fato objeto de julgamento, da lei e da própria Súmula, para bem aplicar a lei;
- b) A súmula se apresenta como uma norma geral e abstrata, cabendo ao juiz monocrático examinar se ela tem ou não incidência no caso concreto, de modo a fundamentar a sua aplicação ou a sua rejeição;
- c) Não se poderá jamais impedir que o juiz decida a respeito da incidência ou não da súmula. Para isso, deve procurar a *ratio essendi* do precedente e observar se ela – a súmula – se ajusta à questão sob exame, sob pena de excluir-se do juiz o poder de julgar, o que implicaria retirar-lhe a jurisdição.
- d) Modificar-se a recente EC nº 45/2004, para transformar a Súmula com Efeitos Vinculantes em Súmula Impeditiva de Recursos, além de contribuir para o hábito que desgraçadamente se vem reforçando de desamor pela constituição, diante das emendas constantes que a ela se faz – já agora com Emenda sobre Emenda – vai abastardar a medida, transformada de meio legítimo para facilitar a missão do STF na guarda da CF/88 em mero expediente de a parte evitar o oferecimento de recursos.

---

<sup>26</sup> Cf. Saulo Ramos, ob e loc. citados.

## 5. A REFORMA QUE FALTA (CRÍTICA A ALGUMAS MUDANÇAS PROCESSUAIS)

Muito embora a reforma tenha sido iniciada com o propósito expresso e reiterado de agilizar a prestação jurisdicional, racionalizando o processo, buscando retirar-lhe todos os escolhos a uma prestação jurisdicional rápida e eficaz, apesar de todos os esforços dispendidos e do reconhecido bom êxito em respeito à adoção de algumas medidas, nomeadamente a antecipação da tutela – introduzida na primeira fase da reforma, com a Lei nº 8.952/94, e as medidas mais recentes, algumas delas já para aperfeiçoar medidas anteriormente adotadas, como a que se deu com os acréscimos feito à mesma medida de antecipação da tutela, com a Lei nº 10.444/2002, quando finalmente se instituiu a fungibilidade entre essa medida e a medida cautelar e permitiu que se antecipassem os efeitos da tutela jurisdicional definitiva quando um ou mais dos pedidos, ou parcela deles revelar-se incontroverso, com o que se atendeu sugestão insistentemente feita por GUILHERME MOARINONI, penso que a reforma processual – pontual e ainda em andamento – deixou muito a desejar em respeito à realização mesma do direito.

Como se sabe, o processo se revela sob dois aspectos importantes: num primeiro momento, a atividade jurisdicional desenvolvida nos processos limita a certificar a existência do direito, a dizer o direito, conceito que, embora incorreto, tornou-se lugar comum na definição de jurisdição. Isso se refere, como é óbvio, ao processo de conhecimento.

Num outro momento, porém, o processo cuida da realização mesma do direito, da satisfatividade do direito material prometido pelo Estado e cuja realização é por ele garantida. Esse momento, como também se sabe, corresponde ao processo de execução.

Ainda que alguns juristas já tenham advertido para isso, como o fez – por todos – MAURO CAPPELLETTI, quando advertiu para a importância do acesso à justiça como o direito de todo o cidadão a uma prestação jurisdicional rápida que não se limite apenas a dizer o direito, mas a realizá-lo, a satisfazê-lo – o que, entre nós, CÂNDIDO DINAMARCO denominou de processo de resultado, não vislumbro, na reforma até aqui realizada o atingimento desses propósito, sobretudo no que se refere à Justiça Federal.

Penso mesmo que nosso país, apesar de proclamar a unicidade de jurisdição, tem primado por construir um Estado Democrático de Direito singular: de um lado, com as inovações das medidas processuais adotadas, no manifesto

intuito de agilizar e tornar mais célere a prestação jurisdicional, que são normalmente aplicadas, sem maiores problemas, quando se refere à esfera cível – particular ou privada – ainda que essa expressão *esfera privada*, como já se disse, cheire mal. Do outro, a criação de medidas que buscam obstacularizar, retardar, procrastinar, enfim, a prestação jurisdicional, quando diga respeito a ações movidas contra a Fazenda Nacional.

Essa distinção odiosa – que imagino tenha ficado na consciência dos magistrados brasileiros como resquício do regime militar em que se criaram duas ordens jurídicas: uma particular, normal, em que o Poder Judiciário atuava livremente – exceto com as limitações decorrentes da influência política, mas não institucional e outra, uma ordem supralegal, ditatorial, dita revolucionária, que dizia respeito aos supremos interesses do Estado, que podem se identificar na fugidia expressão *interesse público*, que o Judiciário estava proibido de apreciar e que, no momento atual, se traduz na proibição de se decidir contrariamente.

Penso que somente em razão dessa influência nefasta se pode identificar como prática abusiva, infelizmente tornada comum:

- 1º - A autorização para intervenção da União Federal nos feitos em que é parte sociedade de economia mista: art. 5º da Lei nº 9.469/1997. Nosso entendimento. Dispositivo que me parece inconstitucional, por haver-se alargado, por meio de lei ordinária, a competência da Justiça Federal, considerada competência de jurisdição, somente modificável através de Emenda Constitucional.
- 2º - Abrir-se vistas às partes, já na fase final do procedimento da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, do teor da requisição, permitindo que a Fazenda Nacional se manifeste, por haver-se criado uma 3ª fase do precatório requisitório, através de uma simples Resolução do CJF, a de nº 438/2000, do CJF;
- 3º - Alteração no art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da CF/88 – mercê da EC nº 30/2000, onde se estabeleceu que, com a ressalva dos créditos de natureza alimentar, o valor dos créditos pendentes de pagamento na data da promulgação da CF/88, incluído o remanescente de juros e correção monetária, fosse pago em prestações anuais, iguais e sucessiva, no prazo máximo de oito a dez anos, a partir de 1º de julho de 1989<sup>27</sup>;

---

<sup>27</sup> Como já reconhecido por Toshiro Mukai, no artigo “A dilação do pagamento dos precatórios: inconstitucionalidade aberrante (Emenda Constitucional nº 30, de 14.09.2000)”, publicado na revista “Fórum Administrativo”, Belo Horizonte, ano I – nº 01 – março de 2001.

- 4º - O acréscimo – através da EC nº 30/2000, do parágrafo 5º ao art. 100 da CF/88 – para estabelecer que o Presidente do Tribunal que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular dos precatórios incorra em crime de responsabilidade, quando não se tem notícia de que nenhum deles houvesse adotado essa conduta, mas não se criou medida semelhante para as autoridades administrativas ordenadoras de despesas que deixam de cumprir a obrigação de fazer de incluir, nos exatos termos do § 1º do art. 100 da CF/88, a verba necessária ao pagamento desses débitos. Tal medida me parece, com todo o respeito, um exemplo de procurar-se resolver um problema por simplesmente atribuir-se a culpa ao mordomo, deixando o responsável – no caso, a autoridade administrativa que não reserva verba no orçamento da entidade administrativa para atender a esses pagamentos, sem que se criar nenhuma norma que, nessas condições - e desde que se lhe assegure ampla defesa – lhe impute a prática de ato de improbidade administrativa;
- 5º - Finalmente, a medida mais brutal e mais recente, que se refere à modificação introduzida pelo art. 19 da Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, que submete o pagamento do precatório requisitório, já expedido, ao pronunciamento da Fazenda Pública, para que somente lhe autorize o pagamento apenas se constatar que não há nenhum débito pendente por parte do beneficiário. Medida já considerada em sede doutrinária<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Medida já também reconhecida como inconstitucional por Kyoshi Harada, em artigo publicado na Revista Consulex, ano IX, nº 200, 15 de maio/2005, p. 49/53.

## APONTAMENTOS SOBRE A REDUÇÃO DA MENORIDADE CIVIL

**Rogério Roberto Gonçalves de Abreu**

*Juiz Federal*

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, a sociedade brasileira vive mais uma vez a instabilidade criada por uma profunda alteração no ordenamento jurídico nacional, dada a inevitável interação entre os diversos ramos do Direito, todos permeados pelos conceitos e normas do Direito Civil.

De fato, podemos afirmar, sem exagero, que as questões estudadas em Direito Civil constituem freqüente fundamento de compreensão e mesmo de aplicação de diversos institutos jurídicos relativos às demais ciências jurídicas. Questões como a existência da pessoa (física ou jurídica), sua personalidade, direitos inerentes, capacidade para a prática de atos jurídicos e as formas de supressão da incapacidade, os bens, a estrutura da relação jurídica, o negócio jurídico, sua formação e extinção, prescrição e decadência dos direitos, a estrutura da obrigação, os contratos, a propriedade etc. O rol é praticamente infinito.

O advento de um novo Código Civil, portanto, apesar de mantidas as estruturas da maioria dos institutos, gera a inevitável necessidade de uma profunda reformulação em outros campos, a exemplo do que deve ocorrer em face das modificações introduzidas nas normas que tratam, *verbi gratia*, da sucessão da companheira.

Dentre as diversas modificações levadas a efeito pelo novo Código, uma, de grandiosa relevância em razão da influência que exercerá em vários ramos jurídicos, já começa a despertar a curiosidade dos intérpretes e operadores do direito. Trata-se da **redução da menoridade civil**, de vinte e um para dezoito anos de idade. **A partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, será civilmente capaz, para todos os atos jurídicos, aquele que, não interditado, haja atingido dezoito anos de idade.**

De fato, diz o Código Civil, em seu artigo 5.º, *caput*, que “A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.” Desse modo, rompendo com a tradição do direito civil brasileiro, reduz a nova lei para dezoito anos de idade o limite biológico entre a relativa incapacidade e a plena capacidade civil, prevendo, ainda, em seu parágrafo único, as hipóteses em que, antes dessa idade, poderá ocorrer a emancipação (a aquisição da plena capacidade civil antes da maioridade).

Controvérsias das mais cáusticas têm aparecido sobre o tema, mormente em decorrência da comprovada interdependência entre os ramos do Direito. Tal se deve, via de regra, quando uma dada disciplina jurídica tende a atrair (real ou aparentemente) o conceito civil de maioridade como pressuposto ou condição de sua eficácia. Aqui reside o cerne das principais discussões sobre a matéria.

No Direito Penal, por exemplo, prescreve o respectivo Código (art. 65, I) ser **circunstância atenuante** o fato de estar o réu com menos de vinte e um anos de idade na data do fato criminoso, bem como que se lhe haverá de contar pela metade o **prazo prescricional** (art. 115). Na parte especial, definindo o crime de **rapto consensual**, diz o Código Penal ser crime “se a raptada é maior de 14 (catorze) anos e menor de 21 (vinte e um) anos, e o rapto se dá com seu consentimento”. Com a redução da menoridade civil para dezoito anos de idade, urge saber se **tais normas estariam revogadas pelo novo CC ou, ao contrário, se teriam permanecido imunes ao impacto do redimensionamento legal da maioridade civil.**

Outra questão que vem ganhando considerável fôlego diz respeito à revogação ou não do artigo 2.º, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prescreve que “nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade”. **Estariam excluídos os maiores de dezoito anos de idade, a partir da entrada em vigor do novo Código Civil, do regime estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente?**

Perfilhando o entendimento de haver sido referida norma revogada, teríamos de admitir que, uma vez submetido o adolescente a medida sócio-educativa de internação, deveria ser compulsoriamente liberado ao completar dezoito anos de idade. Restaria modificada, portanto, a regra do artigo 121, § 5.º, do ECA, a qual determina a liberação compulsória do internado apenas quando atingir os vinte e um anos de idade.

Outra ferrenha controvérsia que dividia os estudiosos do Direito Processual Penal versava sobre a permanência (ou não) da necessidade de nomeação

de curador ao chamado “indiciado menor” ou ao “réu menor”, ou seja, ao maior de dezoito e menor de vinte e um anos de idade.

Por fim, a questão fica ainda mais tormentosa na seara previdenciária. De fato, na definição do que sejam **dependentes no Regime Geral da Previdência Social**, diz a Lei n.º 8.213/91 (Plano de Benefícios da Previdência Social), em seu artigo 16, que “são beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, na condição de dependentes do segurado”, além de outros, “o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido” bem como “o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido”.

Em qualquer caso, devemos apurar se a modificação da disciplina da maioridade civil surtirá efeitos modificativos no que concerne a tais questões. Devemos buscar, pois, um critério que permita aferir quando a capacidade civil terá efetiva relevância para os institutos que vinculam efeitos ao atingimento da idade de vinte e um anos.

O raciocínio é simples. A redução da maioridade civil tem efeitos precisos na área da **capacidade civil de exercício**. Sendo assim, apenas haverá uma vinculação entre o art. 5.º, *caput*, do Código Civil (redução da menoridade civil) e os dispositivos acima comentados **se e quando estes houverem “importado” a idade de vinte e um anos diretamente do Código Civil de 1916, por ter sido considerada relevante, pelo legislador, a questão da plena capacidade civil.**

Adotado este critério, já se nos torna viável observar que as normas do Código Penal (com exceção da norma que define o crime de rapto consensual) e do Estatuto da Criança e do Adolescente jamais tiveram por fim proteger o civilmente incapaz ou, melhor dizendo, **a incapacidade civil**. Caso fosse este o objetivo, teriam expressamente excluído o **emancipado** que, embora menor de vinte e um anos, seria plenamente capaz para os atos da vida civil. Contudo, é sabido que, a despeito de emancipado, continuava o réu menor de vinte e um anos, sob a égide do CC/16, a fazer jus à circunstância atenuante e ao privilégio do prazo prescricional contado pela metade (CP, 65, I e 115). Nada mudou com o CC/2002.

Diversa é a conclusão quanto ao crime de rapto consensual. A norma do art. 220 do Código Penal fixa limites de idade, estabelecendo um critério para desconsideração de eventual manifestação de vontade pela vítima. Presume, de forma absoluta, que sua vontade estaria viciada e, portanto, o “consentimento” da ofendida não excluiria o crime. Ora, a vontade só pode estar presumidamen-

te viciada em razão da idade (critério biológico) quando se cogita de **incapacidade para consentir**. Trata-se, como se pode ver, de um **critério de aferição da capacidade para manifestação válida do consentimento**. Assim, devemos concluir que a idade de vinte e um anos contida no dispositivo em questão pautava-se na norma que negava plena validade à declaração de vontade manifestada pela menor civilmente incapaz.

Entendemos, portanto, que a norma do art. 220 do Código Penal, ao contrário dos mencionados arts. 65 e 115, fora modificada pelo novo Código Civil, bem como que o rapto consensual somente poderá ser praticado contra pessoa maior de quatorze — uma vez que, se tiver a vítima idade inferior, presume-se a violência e a adequação típica deverá ser feita no tipo do art. 219 do Código Penal (rapto violento) — e menor de dezoito anos de idade.

No caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao prefixar a idade de vinte e um anos como excepcional limite de aplicação de suas normas, não tinha em mente o legislador proteger o civilmente incapaz. Caso houvesse sido realmente este seu intento, teria feito exclusão do emancipado. Assim não fez o legislador, justificando o entendimento de que, a exemplo do Código Penal, estabeleceu-se a idade de vinte e um anos como uma simples **tarifação legal**. Poderia ter sido escolhida outra idade, como vinte e dois, vinte e cinco anos etc. Escolheu-se, contudo, a idade de vinte e um anos **para ter efeitos no sistema do próprio Estatuto**, não atraindo do Direito Civil, neste caso específico, a disciplina de maioridade civil, motivo pelo qual a alteração normativa desta não lhe poderia surtir efeitos.

Resolvendo em definitivo a questão, firmou o Superior Tribunal de Justiça entendimento segundo o qual a redução da menoridade civil operada pelo CC/2002 não revogou as normas do ECA que disciplinam a aplicação e execução das medidas sócio-educativas aos maiores de dezoito e menores de vinte e um anos de idade. Assim se posicionou a 5.<sup>a</sup> Turma do STJ em julgamento de Habeas Corpus (Processo n.º 200302092395) proferido em 11 de maio de 2004:

HABEAS CORPUS. ECA. MEDIDA SÓCIO EDUCATIVA. INTER-  
NAÇÃO. MAIORIDADE CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE EXTIN-  
ÇÃO DA MEDIDA.

Esta Corte tem sufragado o entendimento de que deve ser considerada a idade do menor infrator à data do fato, consoante dispõe o art. 104, parágrafo único, da Lei n.º 8.069/1990, sendo que a liberação obrigatória deverá ocorrer somente quando o mesmo completar 21 anos de idade, a

teor do art. 121, §5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao contrário do que defende o impetrante, esse dispositivo legal não foi revogado pelo atual Código Civil (Lei n.º 10.406/2002).

Ordem denegada.

No que concerne aos problemas enfrentados na seara do Direito Processual Penal, podemos afirmar que, com o advento da Lei n. 10.792/2003, foram em grande parte resolvidos, precisamente em razão do fato de haver dita lei revogado o dispositivo do CPP que determinava a nomeação de curador ao “réu menor” quando de seu interrogatório judicial. De fato, dizia o art. 194 do Código de Processo Penal (expressamente revogado pela apontada lei) que “se o acusado for menor, proceder-se-á ao interrogatório na presença de curador”.

Com o advento do novo Código Civil, passamos a entender desnecessária a nomeação de curador ao réu maior de dezoito e menor de vinte e um anos de idade, uma vez que, sendo plenamente capaz, não necessitaria o réu maior de dezoito anos de qualquer medida que lhe servisse de “complemento” à capacidade para a prática de atos jurídicos, ainda que tais atos jurídicos fossem “atos processuais”.

De fato, somente faz sentido falar em curatela quando há necessidade de integrar, por tal instituto, a relativa ou absoluta incapacidade que determinado sujeito tenha para a prática de atos jurídicos válidos. Serve, pois, como forma de viabilizar aos incapazes a participação na vida jurídica. Sendo o maior de dezoito anos, via de regra, a partir de 2002, plenamente capaz, qual o sentido de se lhe nomear curador se não há incapacidade a ser suprida?

Mais evidente ainda é o efeito operado pela redução da menoridade civil nas disposições que tratam da legitimação concorrente para o exercício do direito de queixa e de representação, bem como para concessão e aceitação do perdão, precisamente arts. 38, 52 e 54 do Código de Processo Penal, os quais apresentam a seguinte redação:

Art. 34 – Se o ofendido for menor de 21 (vinte e um) e maior de 18 (dezoito) anos, o direito de queixa poderá ser exercido por ele ou por seu representante legal.

(...)

Art. 52 – Se o querelante for menor de 21 (vinte e um) e maior de 18 (dezoito) anos, o direito de perdão poderá ser exercido por ele ou seu representante legal, mas o perdão concedido por um, havendo oposição do outro, não produzirá efeito.

(...)

Art. 54 – Se o querelado for menor de 21 (vinte e um) anos, observar-se-á, quanto à aceitação do perdão, o disposto no art. 52.

A pergunta que surge é a seguinte: ressalvada a possibilidade de haver sentença judicial de interdição, **o maior de dezoito anos precisa de representante legal?** Obviamente que, com a ressalva de alguma anomalia psíquica, devidamente comprovada e que tenha dado azo a uma sentença judicial de interdição, uma vez atingida a idade de dezoito anos completos, inexistente a figura do representante legal. **Tais disposições, assim, teriam sofrido os efeitos da modificação da menoridade civil?** A resposta, em nosso modesto entender, só poderá ser afirmativa.

Não obstante fortíssima corrente em contrário, sustentamos que, a partir do início da vigência do Código Civil de 2002, teria sido definitivamente extinta a figura do impropriamente chamado “réu menor” e, conseqüentemente, a necessidade de sua curatela, seja para o inquérito policial, seja para o processo judicial.

Entretanto, a derrogação do Código de Processo Penal, nesta parte, não foi completa. Revogando expressamente o art. 194 do estatuto processual, deixou o legislador, contudo, de prescrever a revogação do CPP em seus arts. 15 e 564, III, “c”, os quais tratam diretamente da questão do curador ao “réu menor”. Estão assim redigidas as mencionadas disposições legais:

Art. 15 - Se o indiciado for menor, ser-lhe-á nomeado curador pela autoridade policial

(...)

Art. 564 – A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

(...)

III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

(...)

c) a nomeação de defensor ao réu presente, que não o tiver, ou ao ausente, e de curador ao réu menor de 21 (vinte e um) anos;

A manutenção de tais dispositivos no texto do Código de Processo Penal nos impõe investigar se assim teria agido o legislador por efetiva vontade de mantê-los vigentes ou — o que parece ser a hipótese mais provável — se foram mantidos os citados artigos por um lamentável equívoco.

Se entendermos que houve a consciente manutenção de tais dispositivos no Código de Processo Penal, teríamos um absoluto contra-senso: estaria eliminada a designação de curador ao “réu menor” no processo judicial (em que poderia o réu até sofrer uma condenação), permanecendo indispensável, contudo, no inquérito policial (que tão somente serve à formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público). A medida de proteção, assim, seria imprescindível no momento em que sua dispensa poderia causar menor mal, ao passo que seria prescindível quando, já no curso da fase processual, estivesse o réu exposto a uma condenação e, pois, a mal maior.

Por outro lado, permaneceria o estatuto processual penal falando em nulidade com a falta de nomeação de curador ao “réu” (portanto, com processo já instaurado), quando, na verdade, a norma legal que prescrevia a obrigatoriedade de dita nomeação já teria sido expressamente revogada em momento anterior. A nulidade estaria a refletir o descumprimento de norma inexistente e, por conseguinte, teria perdido completamente seu objeto.

Sendo assim, parece-nos lógico que o legislador, inadvertidamente, esqueceu-se de revogar os artigos 15 e 564, III, “c” (bem como todos aqueles que prescrevem prerrogativas concorrentes em matéria de atos processuais), todos do Código de Processo Penal. Contudo, interpretando os dispositivos do estatuto repressivo em sintonia com o CC/2002, bem como com a sintomática revogação do art. 194 do CPP, chegaremos ao resultado que melhor se adapta à modificação operada no critério biológico de aquisição da plena capacidade civil em razão da idade. **Unificando o legislador as idades para aquisição da plena capacidade civil e penal, coloca, de uma vez por todas, um ponto final nos problemas daí derivados e simplifica visivelmente a interação entre os dois ramos jurídicos.**

Por fim, resta-nos examinar os reflexos da redução da menoridade civil na seara previdenciária: a mais problemática e, talvez, sensível de todas que foram assoladas pelo fenômeno até aqui estudado.

O problema aparece com a necessidade de conciliação entre o art. 5.º, *caput*, do Código Civil de 2002 e o art. 16, I e III, da Lei n. 8.213/91. Antes do advento do CC/2002, tanto a legislação civil como a previdenciária estabeleciam a idade de vinte e um anos como critério para produção de certos efeitos: aquisição da plena capacidade civil e perda da qualidade de dependente do segurado, respectivamente. Adquirida a plena capacidade civil, agora, aos dezoito anos de idade, deverá ou não permanecer o critério previdenciário em vinte e um anos?

De fato, há institutos de previdência (no geral, de servidores públicos) sustentando que, com a redução da maioridade civil, a perda da qualidade de dependente teria sido antecipada para os dezoito anos de idade, dada a aquisição da plena capacidade para todos os atos da vida civil, com a conseqüente eliminação da dependência. Mediante tal argumentação, benefícios previdenciários foram sumariamente cancelados.

Opondo-se a tal interpretação, argumentam os prejudicados que teriam adquirido direito à percepção dos benefícios até a idade de vinte e um anos, não podendo legislação posterior, em manifesto desrespeito à garantia constitucional correlata, prejudicar-lhes a situação jurídica já consolidada.

A questão não encontra fácil solução. Nos termos do antigo Código Civil, o menor de vinte e um anos não contava com a plena capacidade para a prática de todos os atos da vida civil, de modo que estava a depender, ordinariamente, da assistência de seus pais. Havia, por assim dizer, uma espécie de “dependência jurídica”, menos saliente que a dos menores de dezesseis anos, mas ainda assim existente até o advento da plena capacidade (seja pela maioridade, seja pela emancipação).

Quanto à norma da legislação previdenciária que atribui ao filho menor de vinte e um anos a condição de dependente, surge a pergunta: tal parâmetro fora inspirado nos mesmos vinte e um anos previstos na legislação civil da época? Por outras palavras, teria a lei previdenciária “importado” os vinte e um anos do Código Civil para a definição do “dependente previdenciário”? A resolução do problema quanto à influência da redução da menoridade civil passa, necessariamente, pela adequada solução dessa questão.

Defendíamos, inicialmente, a tese de que a modificação da menoridade civil teria realmente implicado na alteração do critério previdenciário da dependência, e assim nos posicionávamos de acordo com o seguinte raciocínio: a observação dos casos de aquisição antecipada da capacidade civil plena (emancipação) sugere que, além da dependência jurídica já mencionada, a incapacidade civil fazia presumir uma correlata dependência econômico-financeira. De fato, os casos de emancipação previstos no novo Código Civil (art. 5.º, parágrafo único) conduzem à ilação de que o emancipado deixa de depender economicamente dos pais ou responsáveis, passando a ser responsável por sua própria pessoa.

Os dois primeiros casos se resumem, em essência, a um só: a manifestação de vontade dos pais. Na hipótese do inciso I este fator é absolutamente claro. Com relação ao inciso II, embora seja verdade que a emancipação de-

corra do casamento, não é menos certo dizer que, antes dos dezoito anos (vinte e um anos segundo o CC/16) de idade, depende o nubente, via de regra, de autorização dos pais e, assim, novamente a manifestação volitiva do responsável legal *lato sensu* é exigida (dispensada apenas por intervenção judicial).

Nas duas hipóteses acima, entendemos que poderá intervir o Poder Judiciário em manifesto “veto” aos efeitos e conseqüências jurídicas da emancipação. Quando, no caso concreto, a artificial aquisição da capacidade civil traduzir risco ou prejuízo ao adolescente em vias de se emancipar, culminando-lhe no desamparo por seus pais ou responsável, poderá o juiz objetar a tal ato, negando-lhe efeitos, por exemplo, em ações judiciais de alimentos, reparação de danos etc. A continuidade da dependência econômica implica na permanência do vínculo de responsabilidade.

Os três últimos incisos são cristalinos na vinculação da dependência jurídica (assistência ao relativamente capaz) à dependência econômico-financeira. O exercício de emprego público efetivo (inciso III), o estabelecimento civil ou comercial com economia própria e a existência de relação de emprego (inciso V) presumem o auferimento de rendas pelo emancipado, de modo a lhe ser possível vida independente. Se a plena capacidade, por um lado, perfaz instrumento necessário ao exercício de tais atividades, por outro lado, revela-se como conseqüência dessa mesma atividade, já que, uma vez empregado e adquirindo condições de auto-subsistência, a aquisição da plena capacidade, no caso do inciso V, será posterior — uma conseqüência, portanto.

Finalmente, o inciso IV confere a plena capacidade civil ao menor de dezoito anos em razão da colação de grau em curso de nível superior. Novamente a lei revela a preocupação em vincular a dependência jurídica à dependência econômica, reconhecendo no portador de diploma de curso universitário a aptidão para manter a si próprio. Por outro lado, confere-lhe instrumento jurídico indispensável (a capacidade de exercício) ao regular desempenho profissional em sua área de graduação.

Em todos os casos de emancipação previstos no Código Civil, parece-nos bastante clara a vinculação feita pela lei entre as duas modalidades de dependência. Não nos parece, contudo, que a incapacidade seja conseqüência da dependência econômica. De fato, não raro encontramos casos em que uma pessoa maior de vinte e um anos é casada, titular de um diploma de curso em nível superior e, ainda assim, economicamente dependente dos pais. Seria civilmente incapaz? Não por esses motivos. Mas, dessa forma, que vinculação haveria entre a dependência jurídica e a dependência econômica? **A resposta, segundo cremos, está na verificação de uma presunção legal.**

Em nosso ponto de vista, a menoridade e, conseqüentemente, a incapacidade civil faria presumir, de forma relativa, a dependência econômico-financeira — mesmo que, no plano fático, ela realmente não existisse. Uma vez reunidos os pressupostos para a emancipação, o adolescente maior de dezesseis e menor de dezoito anos pode obter sua plena capacidade para os atos da vida civil. Sob o ponto de vista econômico, poderá ou não ser dependente. **Não mais será, contudo, “presumidamente dependente”.**

Seguindo esta linha de raciocínio, teríamos que, com a colação de grau em nível superior, o maior de dezesseis e menor de dezoito anos perderia tão-somente a “presunção de dependência econômica”, devendo, a partir de então, prová-la concretamente — não para manter-se (juridicamente) incapaz, mas para continuar fazendo jus a benefícios derivados do estado de dependência (jurídica e econômica), a exemplo do direito à prestação alimentícia.

Concluimos, dessa maneira, que a incapacidade para os atos da vida civil gera uma presunção de dependência econômico-financeira. Com a antecipada aquisição da capacidade (através da emancipação), não se tem a automática eliminação da dependência, mas da “presunção de dependência econômica”. Pretendendo o emancipado continuar a fazer jus a certos benefícios (como a percepção de alimentos), não estando mais acobertado pela presunção legal, deverá provar a permanência do estado de dependente, da mesma forma que o devem fazer aqueles que adquirem a plena capacidade através da maioridade.

Fincadas as bases civilistas, passemos ao exame da questão previdenciária.

Devemos buscar, de antemão, o fundamento teleológico do sistema previdenciário. Basta uma rápida conferência do texto da Lei n. 8.213/91 (Plano de Benefícios da Previdência Social) para identificarmos os destinatários das prestações: os segurados e dependentes. Estes últimos seriam os economicamente dependentes dos segurados, aqueles cuja sobrevivência é garantida pelos primeiros. Os segurados são aqueles trabalhadores (exceto o facultativo) que recolhem contribuições aos cofres públicos com vistas à formação do patrimônio que lhes poderá assegurar, no futuro, uma inatividade digna ou a proteção de seus dependentes.

A dependência aqui tratada não tem base puramente econômica. Deve ser igualmente encarada sob um aspecto social. Os benefícios e prestações previdenciários, por sua vez, não são destinados apenas aos dependentes, como se viu, nem tampouco aos segurados que se tornam incapazes para o trabalho. Se assim fosse, é inegável que, uma vez aposentado, não poderia o trabalhador

retornar ao trabalho remunerado (pois deixaria de ser dependente daqueles proventos, como ocorre no caso do benefício assistencial de prestação continuada - LOAS).

Este é, em verdade, o nosso principal fundamento de combate à tese sustentada pelos institutos previdenciários acima mencionados. Por que motivo o trabalhador aposentado por idade ou tempo de contribuição pode voltar a trabalhar sem medo de ver cancelado seu benefício de aposentadoria, mesmo sabendo que tal prestação previdenciária se destinaria a lhe garantir uma “inatividade confortável”? Porque a seguridade social, como lhe indica o próprio nome, tem natureza predominantemente SECURITÁRIA. Tem natureza de seguro, um seguro social, sim, mas ainda assim um seguro.

Nesta linha, vejamos interessante julgado do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, reconhecendo a natureza securitária das contribuições de financiamento da seguridade social e sua conseqüente vinculação aos benefícios previdenciários legalmente previstos:

Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO

Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 01243334

Processo: 198901243334 UF: PA Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA

Data da decisão: 04/08/1992 Documento: TRF100014834

PREVIDENCIA SOCIAL - TRANSAÇÃO - DESNECESSIDADE DE ANUENCIA DOS ADVOGADOS DAS PARTES - GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE PAGA HABITUALMENTE A SERVIDORES DA CAIXA ECONOMICA FEDERAL E SOBRE A QUAL INCIDIA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIARIA - INCONFORMAÇÃO AOS CALCULOS DOS PROVENTOS DEVIDA.

1. “A TRANSAÇÃO E NEGOCIO JURIDICO COMO QUALQUER OUTRO. PARA CELEBRAÇÃO DO ACORDO, QUE NÃO EXIGE FORMA ESPECIAL, BASTA QUE OS SUJEITOS SEJAM CAPAZES, SENDO DISPENSAVEL O CONSENTIMENTO DOS ADVOGADOS DAS PARTES.”

2. AS PARCELAS SALARIAIS SOBRE OS QUAIS INCIDE A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIARIA DEVEM SER COMPUTADAS NO CALCULO DO SALARIO-DE-BENEFICIO DO APOSENTADO PORQUE **ESSA CONTRIBUIÇÃO TEM NATUREZA SECURITARIA E, PORTANDO, EXIGE DO ORGÃO PREVIDENCIARIO,**

## **SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA, A CONTRA- PRESTAÇÃO CORRESPONDENTE.**

3. TRANSAÇÃO ENTRE OS AUTORES E A RÉ HOMOLOGADA.
4. REMESSA DA RÉ PREJUDICADA.
5. APELAÇÃO DO RÉU DENEGADA.
6. SENTENÇA CONFIRMADA. (**grifado**).

Diante de tal natureza securitária, a paridade entre contribuição e prestação é formulada segundo cânones que ultrapassam os lindes da ciência jurídica. É a ciência atuarial que dita as regras da formação do patrimônio securitário e, assim, forma as bases sobre as quais se construirá o edifício da socialização do risco social. E tal atividade, mais que importante, é fundamental para a viabilidade de todo o sistema.

Considerando que as contribuições sociais (além de todas as demais fontes de receita previstas na CF/88) financiam a seguridade social, surgem as seguintes questões: as contribuições sociais de financiamento da seguridade social tiveram seus valores dimensionados para o pagamento de prestações previdenciárias tomando por base os critérios de dependência previstos em sua legislação ou na legislação civilista? Com a redução da menoridade civil, houve o redimensionamento de alíquotas ou bases de cálculo para tais contribuições, considerando uma virtual diminuição do período de pagamento de certos benefícios, a exemplo da pensão por morte?

À primeira pergunta, respondemos que os critérios foram puramente previdenciários, considerando que a dependência econômica implicitamente contida na dependência jurídica do Código Civil não se pode sobrepor à natureza securitária do vínculo entre segurados/dependentes e o INSS (e demais institutos de previdência). Quanto à segunda questão, respondemos negativamente: não houve um redimensionamento da receita. Não havendo tal redimensionamento, e prescrevendo a CF/88, em seu art. 201, *caput*, a necessária observância de critérios para preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, só existe uma conclusão plausível: **não houve minoração da receita por não ter havido qualquer diminuição da despesa.**

Por tais fundamentos, entendemos que a mudança do paradigma civilista para a obtenção da plena capacidade civil não surtiu efeitos modificadores na legislação previdenciária para efeito da concessão ou supressão de benefícios previdenciários, ou mesmo para o enquadramento como dependente. Permanece intacto, pois, o critério previsto no art. 16, I e III, da Lei n. 8.213/91, quali-

ficando-se como dependente, para efeitos previdenciários, o filho e o irmão não inválidos, menores de vinte e um (e não dezoito) anos, militando, quanto ao primeiro, presunção absoluta de dependência *in concreto*.

Em conclusão, devemos dizer que a entrada em vigor da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), com a efetiva vigência e aplicação da norma que reduz a maioria civil, num primeiro momento, deverá dar azo a uma considerável celeuma de posições doutrinárias, principalmente acerca da acomodação dessa regra às normas interdependentes prevista na legislação de outros ramos do Direito. A partir da judicialização dos conflitos regidos por tais normas é que teremos a exata dimensão do quão tormentosa nos promete ser a resolução definitiva de tais problemas. Lançado está, mais uma vez, o convite ao debate, e certamente a última palavra ainda está longe de ser dada.

### **OBRAS CONSULTADAS**

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 21. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v.1.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 39. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 3. ed. 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- PRADO, Luiz Régis. *Comentários ao código penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito previdenciário avançado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v.1.



# DO PREQUESTIONAMENTO FICTO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INSTRUMENTALIDADE, ECONOMICIDADE E CELERIDADE DO PROCESSO

**Frederico Augusto Leopoldino Koehler**

*Juiz Federal*

## RESUMO

Trata-se de estudo acerca da divergência existente entre as Súmulas 356 do STF e 211 do STJ, procurando-se, através da análise de diversos aspectos, demonstrar que a solução do Excelso Pretório, adotando o prequestionamento ficto, é a que proporciona maior grau de concretude aos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo.

*Sumário: 1. Introdução; 2. Da análise dos diversos aspectos referentes ao tema; 2.1. Da ausência de prejuízos ao recorrido na posição do STF; 2.2. Da negativa de vigência à lei pela omissão em aplicá-la; 2.3. Da atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial; 2.4. Da possibilidade de interposição de recurso extraordinário contra acórdão do STJ que aplique a Súmula 211; 2.5. Da transformação dos Tribunais Superiores em Cortes de Casação pelo entendimento do STJ; 2.6. Da criação de uma via crucis pela Súmula 211 do STJ; 2.7. Da aplicação do princípio da fungibilidade recursal à matéria; 3. Conclusão; 4. Bibliografia.*

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo foi elaborado com vistas à realização de uma análise crítica acerca da divergência jurisprudencial e sumular existente entre o Supre-

mo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, com relação à solução adotada quanto aos casos em que ocorre omissão em acórdão proferido por Tribunal local, são opostos embargos declaratórios prequestionadores, porém os mesmos não são conhecidos ou providos.

Tal controvérsia surgiu, pois o STJ editou, em 01/07/1998, a Súmula 211, com o seguinte enunciado: “*Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo*”, sustentando ser necessário, *in casu*, que o embargante interponha recurso especial alegando infringência ao art. 535 do Código de Processo Civil, para que o STJ anule o acórdão proferido nos embargos e devolva os autos à Corte de origem, a fim de que essa prequestione a matéria federal, possibilitando o recurso especial referente à questão de fundo.

O STF, em entendimento diametralmente oposto, originariamente no julgamento do RE 210.638/SP, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, por sua Primeira Turma (vide Informativo nº 107 do STF), e depois, por seu Pleno (vencido o Min. Marco Aurélio), no RE 219.934-2/SP, Rel. Min. Octávio Gallotti, julgado em 14.6.2000 (vide Informativo nº 193), decidiu reinterpretar a sua Súmula 356 (“*O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento*”), de modo a entender que, opostos os embargos de declaração, já se encontra prequestionada a matéria, incumbindo ao Tribunal Superior, de logo, examinar a questão de fundo.

Serão analisados os argumentos de ambas as posições, na tentativa de atingir-se a solução mais consentânea com os princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo.

## **2. DA ANÁLISE DOS DIVERSOS ARGUMENTOS REFERENTES AO TEMA**

### **2.1. DA AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS AO RECORRIDO NA POSIÇÃO DO STF**

Muito se alardeia (como faz, v.g., Samuel Monteiro<sup>1</sup>) que o entendimento adotado pelo STF na Súmula 356 ocasionaria supressão de instância e surpreenderia a parte adversa. Tal entendimento é, *data venia*, equivocado, não exis-

---

<sup>1</sup> Apud PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. Prática dos recursos especial e extraordinário. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 95/96.

tindo a indigitada surpresa, porque nos embargos declaratórios não se traz questão nova, além do que, quando tais embargos têm efeitos infringentes, é usual intimar-se o embargado para apresentar contra-razões. Ademais, os recursos extraordinário e especial também têm contra-razões, na qual será realizado o contraditório.

Outrossim, também não ocorre a supressão de instância, pois a Corte *a quo*, além de julgar o mérito, teve ainda oportunidade de manifestar-se novamente nos embargos. Assim, verifica-se a inoportunidade de julgamento *per saltum* na adoção da Súmula 356 do STF, eis que houve mais de um *decisum* do Tribunal de origem.

## **2.2. DA NEGATIVA DE VIGÊNCIA À LEI PELA OMISSÃO EM APLICÁ-LA**

O silêncio do órgão julgador representa sinônimo de lesão à norma jurídica aventada pela parte como fundamento de seu direito. A esse respeito, veja-se a lição de Rafael Bielsa<sup>2</sup>: “*a juicio nuestro si el tribunal federal o el tribunal local, sin declarar la invalidez de la ley cuestionada, dejan de aplicarla, puede considerarse que la resolución del juez es implícitamente contraria al derecho invocado*”.

Com efeito, o papel das partes é explicitar os fatos corretamente, devendo o juiz julgá-los, aplicando o direito à espécie (*iura novit curia*). A propósito, vêm a calhar os ensinamentos de Rodrigo da Cunha Lima<sup>3</sup>: “*Ademais, não há motivo, em princípio, para se recusar aplicação ao brocardo latino narra mihi factum dabo tibus ius em sede de recurso especial*”. Também no mesmo sentido, manifesta-se Galeno Lacerda<sup>4</sup>: “*Em outras palavras, deve prevalecer, sempre, o princípio iura novit curia*”.

Ao não aplicar um artigo de lei, o Tribunal *a quo* já o está lesionando (por negativa de vigência); daí porque não é necessária a interposição de recurso especial com o fito de prequestionamento na Corte de origem. Não sendo a

---

<sup>2</sup> Apud MEDINA, José Miguel García. O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: RT, 1997, p. 306.

<sup>3</sup> FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Prequestionamento implícito em recurso especial. NERY JÚNIOR, Nelson (coord.) e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: RT, 2001, p. 978.

<sup>4</sup> LACERDA, Galeno. Prequestionamento. Forense. Vol. 346, abr/jun. 1999, p. 208.

questão nova, e já tendo sido oportunizado o debate no processo, a omissão do Tribunal *a quo* justifica, de *per si*, os recursos extraordinários *lato sensu*.

### **2.3. DA ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL**

Enquanto o posicionamento do STF permite que seja eventualmente pleiteado efeito suspensivo ao recurso extraordinário (pois este tratará logo da matéria de fundo), a posição do STJ não o permite. Com efeito, seguindo-se a Súmula 211 do STJ, terá que ser interposto recurso especial objetivando a anulação do acórdão proferido pela Corte *a quo*, sendo que, não tendo sido admitido recurso pelo Tribunal Superior com relação ao mérito da lide, não poderá esse atribuir efeito suspensivo; também o Tribunal *a quo* não atribuirá tal efeito, porque terá como incorreta a interposição de recurso especial contra seu acórdão que negou/não conheceu os embargos de declaração.

A propósito, o art. 543 do CPC, c/c o seu §1º, determina que, quando interpostos simultaneamente recursos extraordinário e especial, via de regra, aquele ficará sobrestado enquanto esse é julgado. Isso pode prejudicar ainda mais a parte recorrente, porque pendente o recurso especial de julgamento no STJ, essa Corte aplicará a sua Súmula 211, e enquanto se percorre o longo caminho determinado por esse entendimento, o recurso extraordinário não poderá ser examinado.

### **2.4. DA POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONTRA ACÓRDÃO DO STJ QUE APLIQUE A SÚMULA 211**

*Quid juris* se, após a denegação dos embargos declaratórios, a parte sucumbente entra com recurso especial, alegando apenas a matéria de fundo (sem alegar nulidade por omissão com base no art. 535 do CPC)? O STJ, com fulcro na Súmula 211, simplesmente não conhecerá do recurso especial, em face da ausência de prequestionamento.

Entretanto, há uma opção que pode salvar o recorrente nesse caso. Após o não conhecimento do recurso especial, deve a parte entrar com embargos declaratórios no STJ para prequestionar o art. 105, inciso III, da CF, e depois (quando esse Tribunal não conhecer/não prover os embargos), entrar com recurso extraordinário contra esse último acórdão do STJ, alegando ofensa àquele dispositivo.

O recurso seria provido pelo STF e enviado de volta ao STJ para que julgasse o mérito do recurso especial (na verdade, o STF forçaria o STJ a cumprir o determinado em sua Súmula 356). Confirmando tal possibilidade, José Theophilo Fleury informa que<sup>5</sup>:

*“Em julgado recente, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal não deu provimento a recurso extraordinário contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça – que não conheceu de recurso especial por ausência de prequestionamento, não obstante a oposição de embargos de declaração pela parte -, tão-somente porque o recurso extraordinário foi mal interposto (alegou-se afronta ao devido processo legal e ao contraditório, quando se haveria que invocar afronta ao art. 105, III, CF). Contudo, consignou-se expressamente a contrariedade desta orientação do STJ à Súmula 356 do STF e ao art. 105, III, CF”*. (grifou-se)

Fortalece tal hipótese, ainda, uma das conclusões da obra de José Miguel Garcia Medina<sup>6</sup>, a seguir transcrita:

*“75) O cabimento do recurso extraordinário em face de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça pode surgir em dois momentos: 1º) quando o Superior Tribunal de Justiça não conhece recurso especial, pois, considerando que os pressupostos de admissibilidade do recurso especial encontram-se na Constituição Federal, pode-se inferir que, quando o Superior Tribunal de Justiça não admite o recurso especial, estaria sendo desrespeitada a Constituição Federal; (...)”*.

Interessante observar-se que poderá ser pedido ao relator que dê provimento de imediato ao recurso extraordinário ora sugerido, com base no art.

---

<sup>5</sup> FLEURY, José Theophilo. *Do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário: súmula 356/STF X súmula 211/STJ?* ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda (coord.), NERY JÚNIOR, Nelson (coord.) e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. São Paulo: RT, 2000, p. 430.

<sup>6</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. Série Recursos no processo civil – vol. 6. 2. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 313.

557, §1º-A, do CPC (acrescentado pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998), eis que o STF considerará (como visto no voto retrotranscrito) que o acórdão do STJ está em confronto com a sua Súmula 356, podendo ser acelerado, assim, o *iter* processual.

## **2.5. DA TRANSFORMAÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES EM CORTES DE CASSAÇÃO PELO ENTENDIMENTO DO STJ**

A orientação da Súmula 211 do STJ tende a transformar STJ e STF em Cortes de Cassação (as quais se limitam a anular o *decisum* e remeter os autos de volta ao órgão julgador de origem, para que este se pronuncie sobre o mérito), o que não pode ocorrer, pois os Tribunais pátrios devem anular o acórdão e julgar o mérito. Acerca disso, observe-se o que dispõe a Súmula 456 do STF: “*O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie*”.

Com efeito, Jorge Tosta (em artigo escrito na Revista de Processo, n. 84, p. 378), já fazia essa crítica<sup>7</sup>. Os Tribunais Superiores pátrios devem sim julgar o mérito da questão de fundo dos recursos especial e extraordinário, não se limitando a determinar novo julgamento pelo Tribunal *a quo*. Esse último procedimento deve ser usado apenas quando se trate de *error in procedendo*, e não de *error in iudicando*. Nesse sentido leciona José Carlos Barbosa Moreira<sup>8</sup>:

“*O Superior Tribunal de Justiça, porém, é competente para “julgar” (...) as causas*” (Constituição da República, art. 105, n° III) – o que significa que, quando conheça do recurso especial, não se cingirá a fixar a tese jurídica a seu ver correta, mas a aplicará à espécie. Incide, então, o art. 512 do Código de Processo Civil, a não ser que se trate de *error in procedendo*, capaz de invalidar o acórdão recorrido (cf. *supra*, §17, n° III, 2)”.

<sup>7</sup> Vide comentário em OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Prequestionamento. NERY JÚNIOR, Nelson (coord.) e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. São Paulo: RT, 1999, p. 255, nota 18.

<sup>8</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Novo processo civil brasileiro. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p 160.

E o acórdão que não examina determinada matéria, a despeito de ter sido a mesma suscitada pela parte, incide sim em *error in iudicando*, se a sua omissão puder provocar alteração no resultado da lide (efeitos infringentes). De fato, isso comumente ocorre nos casos de embargos declaratórios prequestionadores, pois a parte embargante sustenta que o Tribunal *a quo* se omitiu, tendo essa omissão provocado um julgamento incorreto (= má aplicação da lei), isto é, um *error in iudicando*, e que a Corte Superior deveria corrigir isso.

Há que se ver, também, que os embargos declaratórios são, muitas vezes, improvidos no mérito. E, uma vez julgado o mérito, pelo Tribunal *a quo*, deverá o Tribunal *ad quem* também julgá-lo por inteiro. Se o STJ conhecer o recurso especial, deve julgá-lo no mérito, só retornando os autos à Corte de origem se essa última não tiver julgado o mérito. Contudo, nos casos em discussão no presente estudo, já houve julgamento de mérito, o que torna imprescindível que o Tribunal Superior também emita decisão meritória.

Relevante notar-se o que diz a respeito de tal tema Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>9</sup>: “*Cassado o acórdão, os autos deverão retornar ao tribunal de origem, para que sejam julgados, pelo mérito, os embargos de declaração, vale dizer, para que o tribunal, suprindo a omissão, decida a questão federal ou constitucional*”. Ora, o mérito já foi julgado pelo Tribunal *a quo* quando os embargos de declaração foram improvidos<sup>10</sup>. Se o STJ discorda do *decisum* da Corte de origem, deve reformá-lo no mérito, e não remeter o processo de volta àquele órgão julgador, forçando-o a emitir um pronunciamento predeterminado pelo Tribunal Superior, contrário ao *decisum* meritório adrede manifestado pelo próprio Sodalício *a quo*.

## **2.6. DA CRIAÇÃO DE UMA VIA CRUCIS PELA SÚMULA 211 DO STJ**

O Ministro Eduardo R. de Oliveira<sup>11</sup> faz a seguinte crítica à posição adotada pelo STF: “*Com a devida vênia, entender que se faz imprescindível o pedido de declaração, mas que nada importa o que disso advenha, corresponde a simplesmente cumprir um ritual*”.

---

<sup>9</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. São Paulo: RT, 2001, p. 225 (nota 63).

<sup>10</sup> Ressalte-se que o mérito dos embargos declaratórios prequestionadores consiste justamente em julgar se há ou não omissão a ser suprida.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Op. cit. P. 254.

Na verdade, mais ritualística é a solução que decorre da aplicação da Súmula 211 do STJ, eis que terá que ser percorrida uma onerosa, demorada e inútil *via crucis* a fim de atingir objetivo que poderia ter sido de logo cumprido, qual seja, a análise da questão de fundo pelo Tribunal Superior.

De fato, não há sentido em remeterem-se os autos de volta à Corte de origem, para que esta profira um novo julgamento cuja finalidade é de antemão sabida: aclarar a omissão, prequestionando a matéria federal, de modo a abrir à parte a via do recurso especial. Ora, qual o sentido de percorrer-se todo esse *iter* quando já se sabe com antecedência o resultado que será gerado?

Realmente, o novo julgamento do Tribunal inferior será, invariavelmente, no sentido de informar que os dispositivos que se querem prequestionar não devem ser aplicados à lide. Assim, haverá um retorno à estaca zero, com o início de novo recurso especial no intuito de julgar a questão de fundo (que por um período ficara totalmente obnubilada), quando tudo já poderia ter sido resolvido antes, com maior celeridade e economicidade e dando maior ênfase à efetividade processual do que ao formalismo.

## **2.7. DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL À MATÉRIA**

Em casos de divergência jurisprudencial como essa, sobre a qual agora nos debruçamos, deve ser adotado o princípio da fungibilidade recursal, que determina seja aceita a interpretação que possibilite o conhecimento e julgamento de mérito do recurso. Nesse sentido, confira-se o brilhante posicionamento de Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>12</sup>:

*“Parece operativo que, não havendo consenso, como já se observou de passagem anteriormente, aceitem-se as concepções possíveis a respeito do “prequestionamento”, possibilitando-se sejam julgados no mérito recursos em que houve prequestionamento, mesmo segundo concepção diferente daquela que tem a Turma que deve julgá-lo. (...). Tal princípio, em absoluta consonância com o processo civil moderno, parte da premissa de que a parte não pode ser prejudicada pela ausência de unanimidade (=dúvida objetiva) existente nos*

<sup>12</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit. P. 226.

*tribunais e/ou na doutrina, relativamente aos MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES ou AOS MEIOS DE SE PLEITEAR ALGO PERANTE O JUDICIÁRIO. Em casos de zona cinzenta, zonas de penumbra, não pode ser a parte jungida a adivinhar qual o meio que o tribunal consideraria idôneo para pleitear algo ou para impugnar decisão. O mesmo deve necessária e imperiosamente dizer-se quanto às “formas” de prequestionar-se. Não pode a parte sujeitar-se à sorte (ou ao azar) para ver seu recurso admitido”. (grifou-se)*

Destarte, diante do inegável fato de que a posição mais favorável ao julgamento de mérito do recurso é a espelhada na Súmula 356 do STF, a mesma deve ser, por mais esse motivo, adotada (até porque em termos de controvérsia, o entendimento que prevalece, acaso esgotados todos os recursos, é o da Corte Suprema).

### 3. CONCLUSÃO

Ante a argumentação acima expendida, concluímos que a posição mais consentânea com a realização dos princípios da instrumentalidade, celeridade e economicidade do processo é a perfilhada pelo Supremo Tribunal Federal, na interpretação que o Plenário imprimiu à Súmula 356.

Sobre a necessidade de um enfoque mais enfático na instrumentalidade do processo, transcreve-se a augusta lição de Cândido Dinamarco<sup>13</sup>, *in verbis*:

*“Não basta afirmar o caráter instrumental do processo sem praticá-lo, ou seja, sem extrair desse princípio fundamental e da sua afirmação os desdobramentos teóricos e práticos convenientes. Pretende-se que em torno do princípio da instrumentalidade do processo se estabeleça um novo método do pensamento do processualista e do profissional do foro. (...). O que importa acima de tudo, como ficou dito, é colocar o processo no seu devido lugar, evitando os males do exagerado “processualismo” (tal é o aspecto negativo do reconhecimento do seu caráter instrumental) – e ao mesmo tempo cuidar de*

---

<sup>13</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 309/310.

*predispor o processo e o seu uso de modo tal que os objetivos sejam convenientemente conciliados e realizados tanto quanto possível (v. concl. n. 45). O processo há de ser, nesse contexto, instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa.*

(...).

***O processualista contemporâneo e atualizado vai deixando as posturas puramente técnicas e dogmáticas, que desempenharam seu relevantíssimo papel a partir da fundação da ciência do processo na segunda metade do século passado e durante a primeira deste. Tal foi a fase da autonomia do direito processual, que superou os males do sincretismo multissecular, mas que agora já cumpriu seu ciclo de vida. Não se trata de renegar as finas conquistas teóricas desse período que durou cerca de um século, mas de canalizá-las a um pensamento crítico e inconformista, capaz de transformar os rumos da aplicação desse instrumento. Propõe-se, em outras palavras, a duplicidade de perspectivas, para encarar o sistema processual a partir de ângulos externos (seus escopos), sem prejuízo da introspecção do sistema”.***

Ainda sobre esse tópico, pede-se licença para trazer-se à baila o ensinamento de Cássio Scarpinella Bueno<sup>14</sup>:

***“Mais do que nunca a discussão sobre o tema é fundamental, assim como a uniformização de entendimentos a respeito, sob pena de total ineficácia do sistema recursal, tal qual delineado na Constituição Federal. Até porque uma das missões institucionais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça reside, precisamente, na inteireza do ordenamento jurídico. Destarte, a questão já não pode ser mais vista ou examinada como se fosse de cunho e de importância exclusivamente acadêmicos. Seu cunho e aplicabilidade práticos são indesmentíveis”*** (grifou-se).

---

<sup>14</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Prequestionamento – reflexões sobre a súmula 211 do STJ. ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda (coord), NERY JÚNIOR, Nelson (coord.) e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. São Paulo: RT, 2000, p. 78.

Em suma, esperamos ter contribuído para o estudo de tema tão relevante e controverso no cotidiano dos Tribunais Superiores, sendo da maior importância, como dito anteriormente, a unificação dos pensamentos do Excelso Pretório e do Superior Tribunal de Justiça, com vistas a racionalizar a interposição dos recursos extraordinário e especial em nosso ordenamento jurídico.

#### **4. BIBLIOGRAFIA**

##### **LIVROS**

- ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral. *Admissibilidade do recurso especial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.
- BOMFIM, Edson Rocha. *Recurso especial: prequestionamento, interpretação razoável, valoração jurídica da prova*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. Vol. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. Série Recursos no processo civil – vol. 3. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. Série Recursos no processo civil – vol. 6. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo processo civil brasileiro*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- NEGRÃO, Perseu Gentil. *Recurso especial: doutrina, jurisprudência, prática e legislação*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. Série Recursos no processo civil – vol. 1. 5. ed. São Paulo: RT, 2000.

PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. *Prática dos recursos especial e extraordinário*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Questões práticas de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: RT, 2001.

### **COLETÂNEAS DE ESTUDOS JURÍDICOS**

ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda (coord), NERY JÚNIOR, Nelson (coord.) e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos* (vários colaboradores). São Paulo: RT, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson (coord.) e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98* (vários colaboradores). São Paulo: RT, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson (coord.) e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Série Aspectos polêmicos e atuais dos recursos – vol. 4 (vários colaboradores). São Paulo: RT, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário* (vários colaboradores). São Paulo: RT, 1997.

### **REVISTAS**

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial*. Forense. Vol. 347, jul/set. 1999, pp. 29-49.

CARRAZA, Roque Antônio. *Do recurso extraordinário e do recurso especial*. Justitia. São Paulo. N. 167, a. 56, jul/set. 1994, pp. 51-57.

CASTRO, Honildo Amaral de Mello. *Admissibilidade do recurso especial*. Forense. Vol. 329, jan/mar. 1995, pp. 77-85.

CORREIA, André de Luiz. *O prequestionamento viabilizador da instância excepcional*. Revista de Processo. N. 96, 1999, pp. 280-289.

LACERDA, Galeno. *Prequestionamento*. Forense. Vol. 346, abr/jun. 1999, pp. 199-210.

LEÃO, Antônio Carlos Amaral. *O prequestionamento para a admissibilidade do recurso especial*. RT. São Paulo. N. 650, dez. 1989, pp. 236-239.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Pquestionamento*. RT. São Paulo. N. 692, jun. 1993, pp. 197-198.



## UMA TEORIA SOBRE A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

**Ives Gandra da Silva Martins**

*Professor*

A evolução do direito constitucional, desde o aparecimento das duas Constituições modernas (Americana 1787 e Francesa 1791), sem esquecer o delineamento constitucional inglês, com a Magna Carta Baronorum (1215) e o “Bill of Rights” (1678 e 1688), tem demonstrado uma notável adaptação às próprias soluções políticas que as comunidades organizadas em Estado vão estabelecendo, com a percepção ou geração de novos direitos –antes pouco refletidos ou inexistentes- e a repactuação dos convívios dos organismos internacionais, ou novas formas e acordos<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Celso Bastos sobre a evolução inglesa escreveu: “O século XVIII registrou conquistas muito importantes. Os dois primeiros Reis Stuarts sofreram violenta reação do Parlamento quando tentaram regredir para o absolutismo monárquico. Logo em 1628, foi arrancada do rei a petição de direitos, pela qual se confirmavam direitos e liberdades anteriormente adquiridos.

Sucederam-se os conflitos entre o rei e o Parlamento que conduziram à dissolução deste último durante onze anos. Após esse período convocou-se novo Parlamento, sobreveio a Guerra Civil, decapitou-se o rei e implantou-se a República em 1649, que no fundo encerrava uma ditadura parlamentar contra a qual se insurgiu uma revolução liderada por Cromwell, que estabeleceu um governo autoritário e pessoal. Com a sua morte a monarquia foi restaurada, O que é certo, contudo, é que nada obstante ter o Parlamento sofrido nesta época grandes dificuldades, fundamentalmente foram mantidas as prerrogativas obtidas no seu período áureo (ditadura parlamentar).

O Reinado dos Stuarts terminava com a Revolução Gloriosa de 1688 que, sem derramamento de sangue, destronou o rei e colocou um outro, de uma nova dinastia, no seu lugar (Guilherme de Orange), Abriu-se, então, um período de grandes conquistas parlamentares. Os próprios fatos históricos estavam a demonstrar que a nova monarquia era implantada por decisão do Parlamento. Na ocasião; inclusive, extraiu-se nova concessão régia, denominada Bill of Rights, que encerrou a trasladação, para o Parlamento, de uma série de prerrogativas que até então eram exercidas pelo rei. Vê-se, assim, como foi-se processando, na Inglaterra, uma gradual deslocação dos privilégios monárquicos em favor do Parlamento” (Série Realidade Brasileira, 2ª. ed., Parlamentarismo ou Presidencialismo?, Ives Gandra Martins e Celso Bastos, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1993, p. 4/5).

Há direitos que são inatos aos homens e mesmo nos 3 modelos constitucionais que formataram o constitucionalismo moderno, em que apenas os denominados direitos e garantias individuais deveriam ser realçados, já eram assim considerados, a meu ver, não por um processo historicista-axiológico, mas por serem inerentes aos seres humanos. Não é porque a evolução da cultura humana revelou que determinados direitos e princípios são bons e merecem ser garantidos e protegidos pelo Estado, que são eles naturais, mas porque verdadeiramente intrínsecos à natureza humana. Não cabe ao Estado outorgá-los em decorrência de sua percepção da realidade, mas, ao contrário, cabe-lhe apenas reconhecê-los, e não criá-los, por serem próprios do ser humano.

Nesta percepção de que há direitos que o Estado pode criar e outros que apenas pode reconhecer, reside a essência dos direitos fundamentais da pessoa humana, de certa forma realçados nos 3 primeiros modelos, em que o Estado (a Coroa, no início do modelo inglês) serviria apenas como entidade a serviço do cidadão ou do governado<sup>2</sup>.

O equilíbrio, no modelo inglês, entre o Estado (Coroa) e o povo (barões e servidores); a predominância do conceito de pátria, a que governo e povo deveriam servir, no modelo americano e a predominância do destinatário, ou seja, do cidadão, no modelo francês, formatam a origem do constitucionalismo moderno, preocupado em dizer quais são os direitos dos cidadãos e por que formas o Estado pode, através de seus governos, estar a serviço dos ideais da comunidade.

<sup>2</sup> Javier Hervada ensina: “El derecho se inserta en el sistema racional de relaciones sociales, que son relaciones interpersonales —de persona a persona— en las cuales el hombre actúa en su condición de ser personal y responsable; son, pues, los que hemos llamado actos humanos aquellos a través de los cuales el hombre actúa jurídicamente, esto es, actúa como persona en el mundo de las relaciones jurídicas. Si recordamos la distinción de la ciencia jurídica entre actos y hechos, es claro que los actos de los que habla la ciencia jurídica pertenecen a la categoría de los que en moral reciben el nombre de actos humanos; en cambio, los llamados en moral actos del hombre deben ser considerados por el jurista como hechos, pues no tienen mayor relevancia jurídica que el resto de los eventos o acontecimientos físicos o naturales. En consecuencia, el tratado de los actos según la ciencia del derecho natural ha de fundarse en la teoría del acto humano.

2. La actuación personal del hombre en la vida jurídica —la actuación jurídica o actos de la persona en el mundo jurídico— reviste dos modalidades:

a) El acto justo, o sea, el acto por el cual el hombre cumple lo justo conmutativo, legal o distributivo; dentro de esta actuación reviste especial importancia lo referente a la justicia legal, es decir, aquellos actos que son conformes con la ley (acto lícito). En sentido contrario se dan el acto injusto y el acto ilícito. Un ejemplo puede ser el delito.

b) Un segundo tipo de actuación se da a través de aquellos actos que originan, modifican o extinguen relaciones jurídicas y, con ellas, derechos y obligaciones o deudas. Este tipo de actos se llaman actos jurídicos. Por ejemplo, los contratos, el testamento, etc.” (Cuatro Lecciones de Derecho Natural, Eunsa, Pamplona, 1998, p. 22/23).

As questões sociais decorrentes da industrialização e concentração das populações nas cidades, com sensível exploração da parte mais fraca (o empregado), levaram às diversas teorias socialistas, culminando com o diploma máximo para solução de tais embates (a Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII), assim como com as Constituições Mexicana (1917) e Alemã (1919), onde houve a inclusão dos direitos sociais. Seguiram-se diversos outros textos, já, a partir da segunda metade do século passado, com inserção de novos direitos, como os ambientais, à informação, os coletivos e difusos, à qualidade de vida comunitária, falando-se, pois, em direitos de 3ª e 4ª. gerações.

O certo, também, é que as estruturas políticas dos governos e as composições dos Estados foram se alterando, com as monarquias sendo substituídas pelas Repúblicas e as democracias prevalecendo sobre as ditaduras, nada obstante as recaídas próprias dos choques, das diferenças entre os povos, da corrupção de governos democráticos, das guerras regionais ou globais, por força de interesses econômicos ou sonhos de domínio, visto que a natureza humana não é confiável, no poder.

Não sem razão, Montesquieu, ao idealizar, lastreado em Locke, sua tripartição de poderes, sublinhava ser importante o poder controlar o poder, porque o homem não é confiável no poder<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Escrevi: Montesquieu, ao escrever o seu *Do Espírito das Leis*, fê-lo a partir de duas realidades que o impressionaram vivamente, a saber: o sucesso político do modelo inglês e a absoluta descrença na natureza humana.

Do modelo inglês tirou, pelas lições de Locke e por sua observação pessoal, a certeza de que o controle exercido pela monarquia e pelo povo sobre o Parlamento e o Gabinete ofertariam a estabilidade necessária à harmonia de poderes, posto que ninguém poderia exercê-los de forma absoluta, em função dos freios e contra-freios de uns sobre os outros.

Montesquieu introduziu, de forma científica, a tripartição dos poderes, acrescentando à observação inglesa e aos estudos de Locke, o Poder Judiciário, como poder independente.

É interessante notar que a lição inglesa não permitia fosse realçado o Poder Judiciário, visto que o exercício da administração da justiça na tradição costumeira insular —mais dádiva do Estado e do monarca que um direito da plebe— levou Montesquieu a nele descartar um complexo orgânico formado a partir da lição dos romanos, pela influência do pretorianismo semi-independente, assim como da dos bárbaros e povos autóctones pela experiência milenar do direito repetitivo. Não se esqueceu, por outro lado, da influência da Igreja até a Reforma. Assim, não obstante, à época de Montesquieu, o poder-dever de julgar e a certeza da administração de justiça ter evoluído, na Inglaterra, a razoável grau de independência, Locke não chegou a descartar força própria de separação, como o fez Montesquieu.

Montesquieu intuiu a importância de tal independência, na medida em que a natureza humana é fraca e a fraqueza a serviço da força do poder provoca, decorrencialmente, a prática de uma justiça injusta.

A necessidade, portanto, de o poder controlar o poder, fê-lo separar o exercício da feitura das leis (Poder Legislativo), de execução das normas (Poder Executivo) e de interpretação oficial do Direito e aplicação da Justiça (Poder Judiciário) Ao dizer: “Acontece sempre que todos os homens, quando têm poder, se inclinam a seu abuso, até encontrar limites” e ao concluir que necessário seria que o “poder constitua um freio para o poder” sintetizou sua praticidade a partir da descrença na natureza humana.

Se Lord Acton dizia que o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente, é de se lembrar, no “Conceito do Político”, a lição de Carl Smitt, que, na sua teoria das oposições, considera a Ciência Política como aquela que opõe o amigo ao inimigo, retornando a teoria Maquiavélica de que é bom o príncipe que mantenha o poder, mesmo que mau governante, e mau o príncipe que perca o poder, mesmo que bom governante.

A Comunidade Internacional, principalmente após a 2ª. guerra mundial, está em franca mudança, com as colônias adquirindo independência, os países desenvolvidos dando saltos de qualidade no desenvolvimrnto econômico e cultural com consideráveis reflexos sociais, mas abrindo um fosso em relação aos emergentes, em face do diferencial de crescimento de progresso, em uns e outros. Os países desenvolvidos crescem em progressão geométrica, contra a progressão aritmética dos emergentes, alguns deles sem alcançar qualquer espécie de evolução.

E a partir do momento em que o terceiro mundo deixou de ser o fiel da balança -cortejado que era pelo primeiro e pelo segundo mundo, o que lhe dava um certo poder de barganha- o drama se agravou, pois parte do 2º mundo passou a ser o 3º, ingressando no rol dos emergentes, e, outra parte, se colocou em patamar inferior ao dos países desenvolvidos, embora em melhor grau, pois prevalecendo, nas negociações e acordos, sua condição de potências com domínio da tecnologia nuclear, mais do que a força de sua economia.

O certo é que as configurações sociais foram mudando, com o aparecimento de blocos, cujo fortalecimento agrega um componente novo à teoria constitucional, como ocorreu e está ocorrendo com a União Européia –que, como tenho realçado, não é uma Confederação, mas uma autêntica Federação de países. O conceito de soberania ampla cede ao de soberania limitada, pela cessão de elementos em prol de uma sobre-soberania comunitária, em que os organismos respectivos (Parlamento Europeu, Comissão, Conselho, Tribunal Euro-

A tipologia clássica externa dos governos bons ou maus, ou de governos monárquicos, aristocráticos ou democráticos ou, na preocupação da época, a sua divisão em repúblicas, monarquias e governos despóticos, se acrescentou, em Montesquieu, a tipologia interna da divisão dos poderes, quaisquer que sejam as formas exteriores que apresentam. Sua pessoal visão excluiu, entretanto, os governos despóticos, isto porque a tripartição apenas se torna possível em governos moderados.

Foi Montesquieu criticado, no período, porque se entendia que o poder dividido não é o poder e nem pode ser acionado, convenientemente, nos momentos de crise nacional, em face dos próprios freios criados. O tempo veio demonstrar, todavia, que há mecanismos capazes de dar eficiência maior de funcionamento ao sistema misto que ao poder absoluto e concentrado” (Separação de Poderes no Brasil, volume IV, ed. PrND/IASP, 1985, p. 27/28).

peu, de Contas e Banco Central) estabelecem diretrizes a serem seguidas pelas comunidades, sem possibilidade de contestação interna, por força da prevalência das decisões do Tribunal Europeu sobre os tribunais locais, em assuntos comunitários.

É de se lembrar que a própria Constituição Européia, cujo texto atual – que será certamente reformado- foi rejeitada por dois países (Holanda e França), de rigor, não altera o contexto da União Européia, até por que a Constituição Européia é a consolidação das diretrizes que já conformam o direito comunitário, estando em plena vigência e eficácia<sup>4</sup>.

Em outras palavras, o fato de ter sido rejeitado o texto atual, por Holanda e França não altera o outro fato, de que Holanda e França estão subordinadas às diretrizes que aprovaram e que tinham sido consolidadas no texto mencionado.

<sup>4</sup> O preâmbulo do texto europeu é o seguinte: “SUA MAJESTADE O REI DOS BELGAS, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA CHECA, SUA MAJESTADE A RAINHA DA DINAMARCA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DA ESTÔNIA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA HELÊNICA, SUA MAJESTADE O REI DE ESPANHA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA FRANCESA, A PRESIDENTE DA IRLANDA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA ITALIANA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DE CHIPRE, A PRESIDENTE DA REPÚBLICA DA LETÔNIA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DA LITUÂNIA, SUA ALTEZA REAL O GRÃO-DUQUE DO LUXEMBURGO, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DA HUNGRIA, O PRESIDENTE DE MALTA, SUA MAJESTADE A RAINHA DOS PAÍSES BAIXOS, O PRESIDENTE FEDERAL DA REPÚBLICA DA ÁUSTRIA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DA POLÔNIA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA PORTUGUESA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DA ESLOVÊNIA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA ESLOVACA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DA FINLÂNDIA, O GOVERNO DO REINO DA SUÉCIA, SUA MAJESTADE A RAINHA DO REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE:

- INSPIRANDO-SE no patrimônio cultural, religioso e humanista da Europa, de que emanaram os valores universais que são os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana, bem como a liberdade, a democracia, a igualdade e o Estado de Direito,
- CONVENCIDOS de que a Europa, agora reunida após dolorosas experiências, tenciona progredir na via da civilização, do progresso e da prosperidade a bem de todos os seus habitantes, incluindo os mais frágeis e os mais desprotegidos, quer continuar a ser um continente aberto à cultura, ao saber e ao progresso social, e deseja aprofundar o carácter democrático e transparente da sua vida pública e actuar em prol da paz, da justiça e da solidariedade no mundo,
- PERSUADIDOS de que os povos da Europa, continuando embora orgulhosos da respectiva identidade e história nacional, estão decididos a ultrapassar as antigas discórdias e, unidos por laços cada vez mais estreitos, a forjar o seu destino comum,
- CERTOS de que, “Unida na diversidade”, a Europa lhes oferece as melhores possibilidades de, respeitando os direitos de cada um e estando cientes das suas responsabilidades para com as gerações futuras e para com a Terra, prosseguir a grande aventura que faz dela um espaço privilegiado de esperança humana,
- DETERMINADOS a prosseguir a obra realizada no âmbito dos Tratados que instituem as Comunidades Europeias e do Tratado da União Européia, assegurando a continuidade do acervo comunitário,
- GRATOS aos membros da Convenção Européia por terem elaborado o projecto da presente Constituição, em nome dos cidadãos e dos Estados da Europa, designaram ...”.

Estou convencido de que, se não tivessem os órgãos comunitários optando pelo referendo, mas pela mera aprovação dos textos, pelas Casas Legislativas nacionais, aquela rejeição não teria ocorrido, lembrando-se que, na França, a rejeição foi mais ao governo Chirac do que a própria Constituição, o que influenciou a rejeição holandesa.

O certo é que o constitucionalismo comunitário trouxe novos elementos, principalmente para os diversos blocos que vão se firmando, seja como zonas de livre comércio, como uniões aduaneiras ou mesmo como Mercados Comuns, estágios preparatórios de uma comunidade de nações.

A par de tais acordos, é de se lembrar toda a espécie de acordos com os mais variados objetivos e a aceitação, pelos principais textos constitucionais, da prevalência dos tratados internacionais sobre o direito local.

Tudo isto leva a uma nova concepção da teoria da constituição, neste mundo em permanente alteração.

As diversas teorias sobre a Constituição focam-na em face de sua dimensão, de seu conteúdo, de seus princípios, dos regimes jurídicos que hospeda, dos tipos de direitos que são prevaletentes, das técnicas que introduz de interpretação da legislação decorrencial, da supremacia de suas normas, sempre, todavia, o elemento jurídico sendo o prevaletente<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Paulo Otero inclusive relativiza a supremacia da Constituição ao dizer: “A hierarquia das normas integrantes deste modelo de sistema jurídico, encontrando a sua unidade numa abóbada cimentada pela Constituição, parte, porém, de dois pressupostos: o monopólio da lei como modo de revelação do Direito e o monopólio do Estado como criador e aplicador da lei.

Sucedee, todavia, que nem a lei é a única fonte de Direito, nem o Estado tem o monopólio da criação do Direito: a Constituição não tem, por isso mesmo, o exclusivo definidor das fontes de Direito, nem goza de uma supremacia absoluta dentro do sistema jurídico.

A força normativa da Constituição encontra-se, por efeito de um erro nos respectivos pressupostos conceptuais, relativizada: num sistema jurídico que não se esgota no direito escrito ou proveniente de fontes formais, a Constituição nunca pode ser vista como a cúpula ou a abóbada de todo o sistema.

2. A relativização da força normativa da Constituição pode dizer-se que começou historicamente dentro da própria Constituição, produzindo-se, por esta via, um verdadeiro fenómeno de fragmentação hierárquico-normativa interna ao texto constitucional: a Constituição foi gerando no seu seio diferentes graus de força jurídica das suas normas, permitindo delas extrair um entendimento que, ao contrário das concepções dominantes, configura a existência de um estratificado escalão de níveis de incidência ordenadora da realidade.

Nem todas as normas integrantes de uma Constituição formal têm igual força jurídica: a força normativa da Constituição dependerá, por conseguinte, dos diferentes níveis de força operativa das normas constitucionais, habilitando que deles se extraia uma ordenação hierárquica das regras, princípios e valores constitucionais, razão pela qual também aqui se poderá falar em relativização da força normativa do texto constitucional.

Não existe, deste modo, uma igualdade hierárquica entre todos os preceitos constitucionais, verificando-se que o princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição, postulando a exclusão de relações de supra e infra ordenação dentro da lei constitucional, se afirma como postulado contrariado pela história e pela técnica das normas constitucionais” (O direito contemporâneo em Portugal e no Brasil, Ed. Saraiva, 2004, p. 33/34).

Nada obstante ser a Constituição um documento apenas formalmente jurídico, mas intrinsecamente político, econômico e social, para nós, os constitucionalistas, o elemento jurídico é sempre o mais relevante, embora nitidamente veiculador, em face do conteúdo que albergue.

Por esta razão há uma tensão permanente entre as normas constitucionais, que o jurista luta por fazer prevalecer, e a prática constitucional, que o político termina por impor, levando, em todos os países do mundo, os Tribunais Superiores -mais políticos que jurídicos- a tenderem fazer prevalecer o aspecto político da estabilidade institucional sobre o aspecto jurídico formal de garantias e soluções, muitas vezes consideradas utópicas.

Assim, por exemplo, a Constituição Americana impõe que a entrada dos Estados Unidos em uma guerra seja precedida de autorização do Congresso americano<sup>6</sup>.

Desde 1941 -última vez que o Congresso americano pronunciou-se para autorizar o país a entrar em guerra- em todos os conflitos de que os americanos participaram, essa participação deu-se por determinação exclusiva do presidente americano, com o artifício, aceito pela Suprema Corte, de ausência de declaração de guerra -com o que a guerra real não representa guerra formal, para a “práxis” estadunidense desde 1941, com o aval da Justiça.

<sup>6</sup> Edward S. Corwin assim se refere sobre a origem do inciso XI da Seção VII do artigo 1º da Constituição americana: “11. Declarar guerra, conceder cartas de corso e de represálias e ditar regulamentos relativos às presas feitas em terra e no mar.

O Poder de Guerra; Teorias sobre sua fonte

Este parágrafo, junto aos parágrafos 12, 13, 14, 15, 16 e 18, seguintes, compreende o “Poder de Guerra” dos Estados Unidos, mas, em conjunto, não exaurem tal poder. Formularam-se três opiniões diferentes da fonte e objetivo desse poder nos primeiros anos da Constituição, tendo as mesmas durante mais de um século e meio batalhado pela supremacia. No Federalista, sustentou Hamilton a teoria de que o poder de guerra é um agregado de poderes particulares — os mencionados acima. Em 1795, elaborou-se a teoria de que ainda anteriormente à adoção da Constituição o povo americano havia afirmado seu direito de combater na guerra como uma unidade e agir, no tocante a todas as suas relações estrangeiras, como uma unidade, sendo pois tal direito um atributo da soberania; e, por conseguinte, não dependente de concessões expressas da Constituição. Uma terceira opinião foi vagamente sugerida pelo Chief-Justice Marshall, quando, em *McCulloch v. Maryland*, citou o poder “de declarar e conduzir a guerra” como um dos “poderes enumerados” de que podia ser deduzido o poder do Governo Nacional de autorizar o funcionamento do Banco dos Estados Unidos. Durante a Guerra Civil, as duas últimas teorias foram endossadas pela Corte Suprema. Mas depois da primeira Guerra Mundial, a Corte, através do juiz Sutherland, como relator, de repente bandeou-se firmemente para a teoria do “atributo da soberania”. Disse, então: “O poder de declarar e conduzir a guerra, os de concluir a paz, realizar tratados e manter relações diplomáticas com outras soberanias teriam sido outorgados ao Governo Federal como poderes inerentes da nacionalidade, ainda que não houvessem sido mencionados na Constituição”; e embora a Corte, em 1945, tenha emprestado sua aprovação, talvez um pouco ao acaso, à teoria dos «poderes enumerados», não pode haver dúvida de que o atributo da «teoria da soberania» justifica melhor as atuais decisões da Segunda Guerra Mundial” (A Constituição Norte-Americana e seu significado atual, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, p. 85/6).

Esta permanente tensão entre a realidade política de um país e os princípios constitucionais, que opõe, permanentemente, o jurista ao aplicador do Direito, o intérprete ao governo e o povo ao Estado, torna grande parte das teorias de reflexão acadêmica passíveis de aplicação apenas em tempos de absoluta normalidade, de paz e de progresso incontestáveis, o que vale dizer, em períodos que quase nunca ocorrem, na história da espécie humana.

Em verdade, viver em sociedade é viver em permanente alerta, que, no século em que estamos, cresceu de tal forma, que se pode dizer: viver já não é mais viável para amadores. O homem, para ser bem sucedido, no plano interior, individual e social deve encarar uma competição que ultrapassa, em grande parte, a sua resistência psíquica, razão pela qual os consultórios de psicólogos e psiquiatras estão cada vez mais repletos.

E, no campo político, isto é, na arte-ciência de governar segundo os princípios da Constituição, principalmente nos regimes democráticos –nas ditaduras, o ditador impõe e elimina seus adversários-, a questão que se põe é consideravelmente mais complexa. As teorias constitucionais de reflexão acadêmica são de pouca utilidade, na medida em que a evolução humana impõe, de forma crescente, soluções novas, que ultrapassam de muito as formulações universitárias e doutrinárias, que caminham sempre atrás dos acontecimentos políticos e históricos.

Em outras palavras, não são as doutrinas, os princípios e as normas constitucionais que formatam a história e o evoluir da espécie humana, mas, exclusivamente, os fatos por ela gerados, que terminam por dar perfil à doutrina e aos princípios do direito primeiro, que é o constitucional.

Exceção àquelas normas que o Direito apenas pode reconhecer -ou seja, os princípios fundamentais da dignidade humana, que são pertinentes ao direito natural- todas as demais conformações e normas de convivência, desenhadas no texto constitucional, são decorréncias, formuladas pelos doutrinadores após a percepção dos acontecimentos que permitem ao homem viver em sociedade, organizar-se sob um determinado regime e constituir um Estado, com poder, povo e território reconhecido pela comunidade internacional<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Escrevi: “A essência da lei natural moral, como afirma Messner, é dirigir o homem para a plenitude de sua natureza, o que vale dizer, para o seu verdadeiro ser.

Não sendo a conduta moral para ele uma necessidade fatal, mas decorrência de sua autodenominação, pode, evidentemente, no convívio social, ordenar-se ou para a sua plena realização ou para sua gradual corrupção e extermínio.

Muito embora o livre exercício de sua vontade não decorra de uma tendência irreversível, há algo que se vincula à tendência de buscar essa plenitude e que o homem experimenta como imperativo de consciência,

Na teoria do direito constitucional moderno, todas as reflexões realizadas – como já era no passado – são decorrenciais dos acontecimentos históricos, que permitem aos doutrinadores formular mera classificação dos acontecimentos, à luz do Direito.

As teorias de direito constitucional não são senão um processo classificatório das soluções políticas que a história vai revelando e que são adotadas pelas comunidades, como forma de sobrevivência e convivência social.

Exemplo típico é aquele da Constituição Européia, que referendada ou não, tem relevante existência, como forma de consolidação das diretivas, nas democracias que integram o ambiente comunitário. Se não vier a ser aprovada por todos os países, vigerá, por força das diretrizes que nela foram consolidadas, pois, mesmo os países que não a aprovarem, já estão, em grande parte, subordinados às suas regras.

É um fato novo a Constituição supranacional, que, no entanto, já existia sem este nome, em face das normas comunitárias aceitas pelos países signatários, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais reconhecidos e preservados pelo Tribunal Europeu<sup>8</sup>.

de tal maneira que, quando age contra esta, há um período em que sente tal violação. Mesmo quando o hábito de violentar a consciência a amortece, fazendo-a perder a sensibilidade, essa necessidade subsiste independente dos aspectos positivos ou negativos que a vão afetar. Kant afirma que “a consciência de uma livre submissão a não-violação à lei” liga-se “a uma coação inevitável”.

Messner, por essa razão, considera que tal necessidade é “simultaneamente condicional e condicionada”, porque depende da mesma forma da autodeterminação e da procura da plenitude da natureza. Para mostrar que a plenitude da natureza não tolera senão um agir conforme a lei natural, mostra como basta um homem infringir a lei natural para perder sua plenitude e agir de uma maneira infra-humana .

Por isso, a necessidade da consciência, como imanente, é uma necessidade de dever-ser e não de coação, de tal maneira que a deontologia vincula, por consequência, o homem à lei natural-moral. E, portanto, a lei natural-moral um imperativo da natureza” (Teoria da Imposição Tributária, 2ª. ed., LTR, 1998, p. 385/6).

<sup>8</sup> Na Declaração de 9 de maio de 1950 da Alemanha e França, lê-se: “A Europa não se fará de um golpe, nem por virtude de uma construção global. Far-se-á mediante realizações concretas, criando antes de mais uma solidariedade de fato. Mediante a colocação em comum de produções de base e a instituição de uma Alta Autoridade cujas decisões vincularão a França, a Alemanha e os países que a ela aderirem, esta proposta realizará as primeiras bases concretas de uma federação européia indispensável à preservação da paz”, que Maria Teresa de Cárcomo Lobo esclarece: “Com base na Declaração de Schuman, em 18 de abril de 1951, foi assinado em Paris pela Alemanha, França, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo — Estados que vão constituir a então chamada Europa dos Seis — o Tratado que instituiu a primeira Comunidade Européia, a Comunidade Européia do Carvão e do Aço — CECA, que entrou em vigor em 25 de julho de 1952 e foi extinta em 23 de julho de 2002.

Dando prosseguimento ao processo da integração européia, a CECA foi seguida da criação de outras duas Comunidades Européias, a Comunidade Econômica Européia — CEE, e a Comunidade Européia da Energia Atômica-CEEA, vulgarmente designada por Euratom.

Em 25 de março de 1957, foram assinados em Roma os Tratados que instituíram aquelas duas Comunidades, entrando em vigor em janeiro de 1958” (grifos meus) (Manual de Direito Comunitário, A ordem jurídica da União Européia, 2ª. Ed., Juruá, 2004, p. 23).

Em síntese, o que pretendo, de forma perfunctória, dar relevo, neste breve estudo, é que as teorias do direito constitucional:

- 1) são uma classificação da história política juridicizada dos diversos povos;
- 2) decorrem de processos históricos e pouco os influenciam, servindo de mero “estoque de prateleira”, à disposição dos movimentos políticos, em permanente mudança;
- 3) adaptam-se às novas realidades —como a Constituição formal europeia, já em pleno vigor sem tal conformação, através das diretivas comunitárias—, formulando-se sempre novas soluções; as passadas servem, no máximo, para reflexão acadêmica e evolução de países menos avançados nos caminhos da democracia;
- 4) são permanentes, em todos os textos modernos, os direitos fundamentais do ser humano —a meu ver, direitos inatos e imodificáveis— que conformam os regimes democráticos;
- 5) a escultura das modernas constituições é decorrente de um processo historicista-axiológico e as teorias constitucionais meras adaptações posteriores, classificatórias e enunciativas dos acontecimentos que as antecedem e as perfilam;
- 6) vale o seu referencial, menos para orientar os processos políticos geradores do direito constitucional de um povo ou de uma comunidade de nações, e mais para permitir aos não-políticos —juristas e operadores do Direito— a percepção do fenômeno social e da vida política, individual e social do homem, ao longo da história, ajudando-o a conviver, na sociedade democrática<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Karl Loewenstein lembra que: “Llegado a este punto, nuestro análisis del fenómeno del poder se ve confrontado con un hecho psicológico fundamental. Es evidente, y numerosas son las pruebas de ello, que allí donde el poder político no está restringido y limitado, el poder se excede. Rara vez, por no decir nunca, ha ejercido el hombre un poder ilimitado con moderación y comedimiento. El poder lleva en sí mismo un estigma, y sólo los santos entre los detentadores del poder —y dónde se pueden encontrar?— serían capaces de resistir a la tentación de abusar del poder. En nuestra exposición ha sido hasta ahora usado el concepto «poder» para designar un elemento objetivo del acontecer político sin ninguna cualificación ética; sin embargo, el poder incontrolado es, por su propia naturaleza, malo. El poder encierra en sí mismo la semilla de su propia degeneración. Esto quiere decir que cuando no está limitado, el poder se transforma en tiranía y en arbitrario despotismo. De ahí que el poder sin control adquiera un acento moral negativo que revela lo demoníaco en el elemento del poder y lo patológico en el proceso del poder. De esta doble faz del poder fue plenamente consciente Aristóteles cuando enfrentó las formas «puras» de gobierno a las formas «degeneradas»: las primeras están destinadas a servir al bien común de los destinatarios del poder; las segundas, al egoísta interés de los detentadores del poder. El famoso —frecuentemente mal citado— epigrama de lord Acton hace patente de manera aguda el elemento patológico inherente a todo proceso del poder: «Power tends to corrupt absolute power tends to corrupt absolutely». El poder tiende a corromper y el poder absoluto tiende a corromperse absolutamente” (Teoría de la Constitución, Ariel Derecho, Barcelona, 1986, p. 28/29).

# LOTÉRIAS NO BRASIL LEGALIDADE E ILEGALIDADE

**Davi Duarte**  
*Consultor Jurídico*

**RESUMO:** Origem das loterias e dos jogos de azar. Legalidade e ilegalidade dessa prática, com foco na atuação da Caixa Econômica Federal, administradora das loterias federais no Brasil e na destinação social dos valores arrecadados.

Palavras-chave: Loterias. Jogos de azar. Legalidade e ilegalidade.

## 1. LOTERIA E JOGOS DE AZAR.

A loteria é uma “espécie de jogo para obtenção de um prêmio em dinheiro, ou em bens, que se realiza por meio da venda ou colocação de bilhetes numerados ou por outro processo, em que se distribuam os números, que participarão de um sorteio”<sup>1</sup>.

Ao tipificar a conduta de “promover ou fazer extrair loteria, sem autorização legal”, a Lei das Contravenções Penais assim a descreve: “Considera-se loteria toda ocupação que, mediante a distribuição de bilhete, listas, cupões, vales, sinais, símbolos ou meios análogos, faz depender de sorteio a obtenção de prêmio em dinheiro ou bens de outra natureza”<sup>2</sup>. Idêntica descrição previa a legislação anterior, que consolidara as disposições sobre o serviço de loterias.<sup>3</sup>

Portanto, loteria é a atividade humana que faz depender de sorteio e não de habilidade a possibilidade de obter bens, vantagem econômica ou financeira,

---

<sup>1</sup> De Plácido e Silva. Vocabulário jurídico, Forense, 10ª edição – RJ, 1987.

<sup>2</sup> §2º do Decreto n. 3.688, de 03-10-1941.

<sup>3</sup> Art. 40, par. único do DL n. 2.980 de 24-01-1941.

mediante a apresentação de comprovante, pago ou gratuito, correspondente à participação no evento.

Diz-se jogo de azar porque o resultado não depende do exercício de habilidades – diversamente do que ocorre com outros jogos: xadrez, futebol, esgrima, etc. No jogo de azar o apostador fica na exclusiva dependência do acaso. Em regra não se vence no jogo e ganhar é exceção. Daí advém a expressão que se tornou usual para identificar essa espécie de jogo.

## **2. A ORIGEM DAS LOTERIAS E DOS JOGOS DE AZAR NO MUNDO**

Desde o início da história da humanidade as loterias e os chamados jogos de azar exercem um fascínio sobre as pessoas, porque encerram a possibilidade de enriquecimento imediato. São veículos da esperança e assentam-se em dois suportes principais: credibilidade, de que o pagamento do prêmio será honrado, e segurança de que não haverá interferência externa no resultado dependente da sorte.

Há registros de que as primeiras loterias datam da época de César, entre os anos 100 a 44 AC.

Na China, em 100 AC, durante a dinastia Hun foi lançado o Keno, que é um jogo randômico, assemelhado ao bingo. É jogado utilizando-se uma série de números de 1 a 80. Atualmente pode-se selecionar - ou optar pela “escolha rápida” – até 10 números desta série. O computador da loteria escolhe, aleatoriamente, 20 números vencedores, entre 1 e 80 para cada jogo de Keno, e informa esses números no monitor. Ganha-se com base na maior escolha de números iguais aos sorteados. Essa prática gerou recursos para a construção da Muralha da China.

No século 18, as loterias européias, que sofriam pressão da igreja por serem consideradas atividade pecaminosa, passaram a destinar parcela de seus recursos para obras sociais e, com isso, puderam ter livre curso mesmo entre os povos cristãos.

Em 1770 surge, no México, a Real Loteria General de Nueva España, atual Loteria Nacional para la Assistência Pública.

Entre 1790 e 1865, nos Estados Unidos, os recursos das loterias foram utilizados para a construção de 50 faculdades, 300 escolas e 200 igrejas, destacando-se as Universidades de Harvard, Yale, Princeton e Columbia.

Em 1783 tem início a exploração da loteria em Portugal, pela Santa Casa de Misericórdia de Lisboa, entidade que tem mais de 500 anos.

A Loteria Moderna, atual Loteria Nacional de Bilhetes, da Espanha, foi lançada em 1811.

A par desses registros, a maioria dos autores indica que loterias já eram praticadas nas festas da Roma antiga. Augusto tornou-as populares durante os períodos festivos; Nero tê-las-ia instituído “a favore del popolo”. Para alguns, o vocábulo “lotto” tem origem na palavra “hlauts” que, em linguagem gótica, significava “sorte” (Eurico de Qiuli, verbete “Lotterie e tombole”, Enciclopedia giuridica italiana, Vol. IX, 187). Aliás, muitos sustentam que a Bíblia, ao relatar a forma como Moisés distribuiu entre seu povo as terras próximas ao Rio Jordão, faz alusão à autêntica “loteria”. Inúmeras guerras santas teriam sido financiadas por loterias, bem assim a restauração de castelos. Notícia-se que a primeira loteria européia correu no dia 9 de maio de 1.445, na cidade de Bruges, e serviu para financiar a construção de uma imponente porta da cidade. A idéia da realização de loterias expandiu-se para a Alemanha e, posteriormente, para a Itália. Já no século XV, os genoveses apostavam sobre o resultado nas eleições do Conselho da comuna; em 1.620, houve a idéia de substituir os 45 nomes dos candidatos por números. Nasceu, assim, a loto numérica. Na Alemanha, a primeira loteria foi organizada para viabilizar a construção de uma penitenciária. Em meio à Guerra dos Trinta Anos, o Senado de Hamburgo realizou a primeira loteria da Europa com escopo social (a favor dos pobres da cidade).

A primeira “loteria de Estado”, propriamente dita, teria sido fundada por Luís XV, no ano de 1.776. Mas há notícias de que em 1.694 o Parlamento da Inglaterra, visando angariar recursos para a Guerra, votou a aprovação de uma loteria de 1.200,00 esterlinas. Sobre a história das loterias, vale conferir a reseña bibliográfica realizada por FANTOZZI, no verbete “Lotto e lotterie”, Enciclopedia del Diritto, Milano, Giuffé, t. XXV, 41, nota 4. Indispensável, também, as referências históricas sobre o jogo trazidas por POTHIER, em seu “Traité du contrat du jeu” em Oeuvres de Pothier, 2ª ed., Paris, 1.861, v. V, 365. Sobre as divergências entre os historiadores especializados, v. o verbete “Ordinamento del lotto pubblico”, no Nuovo Digesto Italiano, Torino, UTET, 1.939, t. XVII, 202, de TOMMASO FERRARA.

### **3. A ORIGEM DAS LOTERIAS NO BRASIL E SUA NORMATIZAÇÃO**

Em 1784 surge no Brasil a primeira loteria como meio para captar recursos – usando o conceito de “contribuição voluntária” – os quais foram utilizados na construção da casa de Câmara e Cadeia de Vila Rica, em Minas Gerais.

Entre 1809 e 1815 são edificados no Brasil, com recursos oriundos das Loterias, o Teatro Municipal da Bahia, o Hotel São José, no Rio de Janeiro e a Casa de Misericórdia de São Paulo (SP).

Em 1.844 a primeira Lei das Loterias foi promulgada pelo Imperador D. Pedro II. Aos 24-01-1941 o Decreto-Lei n. 2.980 consolida as disposições sobre o serviço de loterias. Em 01-10-1941, com o Decreto-Lei n. 3.688 (Lei das Contravenções Penais), são tipificados os jogos de azar até hoje. Em 10-02-1944 é baixado o Decreto-Lei n. 6.259, que em seu artigo primeiro dispõe sobre o serviço de loteria federal ou estadual em todo o País, mediante concessão precedida de concorrência pública.

De 1940 a 1960 as loterias foram exploradas por particulares. Com a edição do Decreto n. 50.954, de 14-07-1961, “considerando haver sido rescindida a concessão do serviço de loteria federal e a conveniência de ser submetido dito serviço ao regime de execução direta, a fim de assegurar-se a aplicação dos apreciáveis recursos que proporciona às finalidades de natureza educativa e assistencial, determinadas pelo Decreto-lei n. 6.259 de 10 de fevereiro de 1944”, o serviço da loteria federal passa a ser executado pelo Conselho Superior das Caixas Econômicas em colaboração com as Caixas Econômicas Federais.

Em 27-02-1967, foi editado o Decreto-lei n. 267, cuja vigência e diretrizes perduram até hoje e foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 (“...é dever do Estado, para salvaguarda da integridade da vida social, impedir o surgimento e proliferação de jogos proibidos que são suscetíveis de atingir a segurança nacional e a exploração de loterias constitui uma exceção às normas de direito penal, só sendo admitida com o sentido de redistribuir os seus lucros com finalidade social em termos nacionais”).

E os artigos 1º e 2º dispõem:

“Art. 1º A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas de Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-lei.

“Parágrafo único. A renda líquida obtida com a exploração do serviço de loteria será obrigatoriamente destinada a aplicações de caráter social e de assistência médica, empreendimentos do interesse público.

“Art. 2º A Loteria Federal, de circulação em todo o território nacional, constitui um serviço da União, executado pelo conselho Superior das

Caixas Econômicas Federais, através da Administração do Serviço de Loteria Federal, com a colaboração das Caixas Econômicas Federais.”

Importante marco legal o Decreto-lei n. 204/67 proibiu a criação de novas loterias estaduais. Aquelas existentes foram preservadas, nos estritos limites em que operacionalizadas, haja vista que “não poderão aumentar as suas emissões ficando limitadas às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação deste Decreto-lei” (art. 32).

Face a isso, as novas loterias são ilegais. Identicamente a parcela de emissões excedentes (número de bilhetes e séries) ou modalidades diversas, mesmo que praticadas pelas loterias estaduais existentes em 28-02-1967.

Com o advento do Decreto-lei n. 759, de 12-08-1969, foi constituída a Caixa Econômica Federal que, por força do artigo 2º, tem por finalidade “explorar, com exclusividade, os serviços da Loteria Federal do Brasil e da Loteria Esportiva Federal...”.

Por meio da Lei n. 5.768, de 20-12-1971, foi autorizada a distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concursos a título de propaganda. Essa modalidade especial de sorteio depende de “prévia autorização do Ministério da Fazenda, nos termos desta lei e de seu regulamento”.

Modalidade especial de loteria, prevista na Lei n. 7.291, de 19-12-1984, c/c o Decreto n. 96.993, de 17-10-1988, autoriza as entidades turfísticas a explorar, exclusivamente nas dependências de seus hipódromos, sedes sociais, subsedes, agências autorizadas e por intermédio de agentes credenciados, diretamente e mediante autorização expedida pela Comissão Coordenadora da Criação do Cavalo nacional (CCCCN), a venda de apostas sobre corridas de valos que promoverem.

O escopo da lei é proteger e subsidiar a criação e desenvolvimento do cavalo nacional. Daí porque não se mostra legal a tentativa de, com base nessa norma, implantar o simulcasting internacional, modalidade esportiva calcada na transmissão diária (ao vivo) de corridas internacionais, administradas por empresas multinacionais, que permanecerão no controle do negócio, não obstante resulte de convênio com Jóqueis Clubes nacionais.<sup>4</sup>

Em nível constitucional, o art. 22, inciso XX, da Constituição Federal de 1988 prevê que “compete privativamente à União legislar sobre sistemas de

---

<sup>4</sup> Vide IN 21, de 27-10-2005, do MAPA.

consórcio e sorteios”. Assim, privativa da União essa competência, não há espaço para que o legislador estadual disponha acerca de qualquer espécie de loterias, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, o que tem sido reiteradamente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal<sup>5</sup>.

#### **4. A LOTERIA É SERVIÇO PÚBLICO**

A loteria, sob qualquer de suas formas, é serviço público, tanto por expressa disposição legal quanto pela natureza da atividade.

No âmbito do Judiciário, a tese é corroborada por inúmeros julgados, dentre os quais este: “A Loteria Esportiva Federal se insere numa instrumentalidade de serviço público da União, como se vê da legislação pertinente, e o concurso respectivo de prognósticos é disciplinado por normas gerais, expedidas regularmente, modelando-se num contrato-tipo imposto unilateralmente pela Administração, a que adere o apostador” (RE n. 94.291-2/RJ, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 15 de março de 1.983).

A doutrina igualmente segue essa esteira, por expressivos autores, dentre os quais Luiz Roberto Barroso, que é peremptório ao afirmar que a exploração de loterias é um serviço público:

“São serviços públicos as atividades que a lei definir como tal, submetendo-as a uma disciplina específica. (...) Portanto, no que se refere à natureza jurídica da atividade lotérica, legem habemus. É possível afirmar, assim, em linha de coerência com a posição doutrinária prevalecente acima explicitada, que no Brasil a atividade de exploração de loterias é qualificada desde muito tempo, e até o presente, como serviço público. Desse modo, mesmo não se tratando de atividade vital ou indispensável para a comunidade, as loterias são tratadas pelo ordenamento jurídico e exploradas pelo Estado como serviço público”. (Loteria – Competência Estadual – Bingo – Revista de Direito Administrativo, 220:263, 264 - 2.000).

Igualmente Caio Tácito, em Loterias estaduais (criação e regime jurídico)”, publicado na Revista de Direito Público, 77:77, 78 (1.986), assevera:

<sup>5</sup> ADI 2847/DF.

“As loterias, tanto federal como estaduais, são consideradas como **serviço público** desde 1.932, quando pela primeira vez se consolidou o direito federal a esse respeito. É certo que a loteria instituída pela União ou pelo Estado não tem a natureza ontológica ou essencial de um serviço público próprio, como prerrogativa inerente à atividade do Estado. Trata-se de uma forma de canalizar recursos para a receita pública em sentido lato, como processo de financiamento de atividades de assistência social ou de benemerência pública. (...). Quando, porém, o Poder Público, federal ou estadual, recorre a tal procedimento de captação de meios para financiar obras de caráter social, a atividade assim constituída não se relaciona com o Direito Penal, de que se distancia pelo próprio ato estatal que lhe dá origem. Assumindo a natureza de um serviço público, a exploração lotérica deve comportar-se em função do território sob o qual opera a competência administrativa da pessoa de direito público interno que a institui”

Para CIRNE LIMA, serviço público é “todo serviço existencial, relativamente à sociedade, ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa” (Princípios de Direito Administrativo. 5 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.982, 82).

Assim, ao atender o interesse social, no caso das loterias, o Estado presta, via CAIXA, inegavelmente, típico serviço público.

Este o entendimento de EROS GRAU: “Ao exercer atividade econômica em sentido amplo, em função de imperativo da segurança nacional ou para atender a relevante interesse coletivo, o Estado desenvolve atividade econômica em sentido estrito; de outra banda, ao exercê-la para prestar acatamento ao interesse social, o Estado desenvolve serviço público” (GRAU, A ordem econômica na Constit. de 1.988, 8 cd., Malheiros, São Paulo, 2.003, 111).

#### **4.1. NORMAS DE REGÊNCIA DA ATIVIDADE LOTÉRICA**

A CAIXA atua no mercado por meio de suas próprias unidades (agências, postos de atendimento, banco 24h, etc.) e por uma extensa rede de permissionários lotéricos e não lotéricos.

Na atividade lotérica, exercida por delegação do Poder Público, a CAIXA está legitimada a credenciar pessoas físicas ou jurídicas como revendedores

lotéricos, sob o regime de permissão, outorgada em regular procedimento licitatório, como disposto na Lei n. 8.987/95 e Decreto-Lei n. 204/67.

A permissão é conceituada como a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco (art. 2º, IV, da Lei n. 8.987, de 13-01-1995), sendo formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos da Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente (art. 40).

A chamada rede lotérica e não lotérica tem desempenhado importante trabalho, posto que por meio dela a CAIXA atua em todos os municípios brasileiros, implementando as políticas sociais do governo, mediante o pagamento de benefícios sociais, dentre os quais: bolsa-escola, bolsa família, pagamento de aposentadorias, etc.

## **5. CONTROLE DOS JOGOS PELO ESTADO**

O controle efetivo do Estado sobre loterias e jogos de azar é muito importante sob diversos aspectos. Em primeiro lugar assegura a proteção dos direitos dos apostadores que, devido a certo encantamento com a possibilidade de enriquecerem, por meio da sorte, adotam postura de demasiada boa-fé, tornando-se “presas fáceis” à ação de empresários inescrupulosos, bem como para que a comercialização de jogos se enquadre nas leis vigentes, assegurando a manutenção da ordem social e a geração de recursos para as chamadas “boas causas sociais”, definidas legalmente.

E a proteção estatal, na medida em que tipifica o jogo ilegal, além de canalizar recursos para os fins sociais, dificulta a ação criminosa orientada a obter vultosos recursos, que desembocam na prática de outros delitos, dentre os quais lavagem de dinheiro, tráfico, e corrupção.

## **6. FUNDAMENTOS DO CONTROLE EXERCIDO PELO ESTADO**

Independentemente de as loterias e jogos serem explorados pelo Estado, de forma direta ou indireta, pelo Estado, é importantíssimo que as leis regulamentadoras dessa atividade estabeleçam a existência de 1) mecanismos que possibilitem ao Estado exercer o controle e a fiscalização necessários à garantia da conformidade legal das loterias e jogos comercializados; 2) a destinação dos

recursos arrecadados, visando assegurar a manutenção de obras e projetos sociais; 3) mecanismos de aferição e acompanhamento da aplicação social dos recursos gerados pelas loterias e jogos; 4) a divulgação de informações sobre os processos interferentes com a administração dos jogos lotéricos, como forma de assegurar à sociedade o conhecimento dos fatos, a transparência e a lisura na administração dos valores auferidos.

## **7. DESTINAÇÃO SOCIAL DOS VALORES AUFERIDOS COM AS LOTERIAS FEDERAIS**

O controle exercido pelo Estado, por meio da CAIXA, sobre a exploração de loterias e jogos, no âmbito federal, tem possibilitado o repasse de recursos às áreas sociais, conforme exemplificado a seguir:

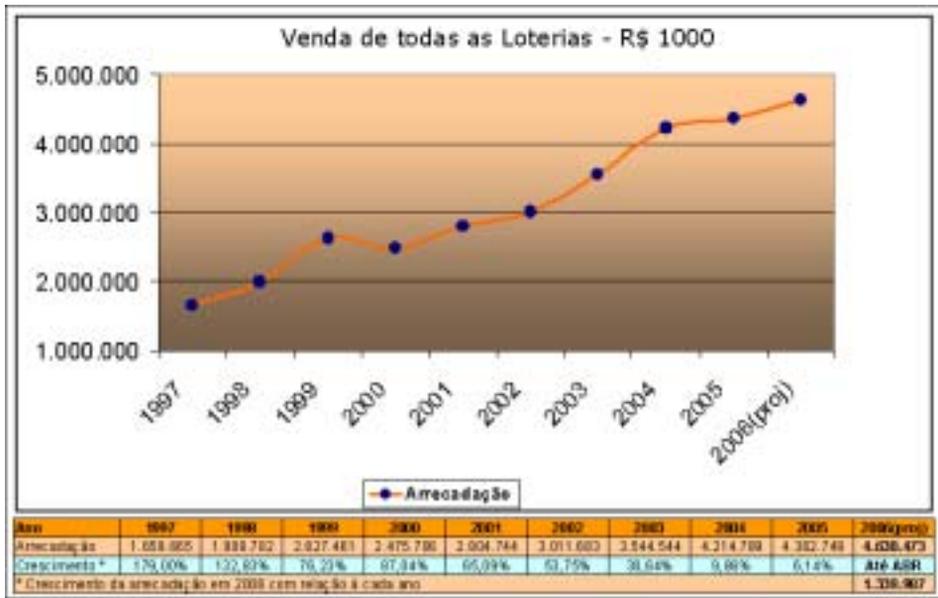
<b>PAISES IBERO-AMERICANOS – MEMBROS DE CIBELAE</b>	
Argentina	Desenvolvimento Social e Meio Ambiente
Bolívia	Setor de saúde e programas de beneficência e salubridade
Brasil	Seguridade Social, Educação, Esporte, Cultura, Segurança Pública
Colômbia	Saúde
Costa Rica	Bem estar social, saúde
Chile	Organizações infantis, de idosos, saúde e esporte
Equador	Saúde, Educação, Idoso
El Salvador	Sociedade e ajuda à comunidade com benefícios sociais
Espanha	Saúde
Guatemala	Assistência à infância
Honduras	Assistência à infância
México	Educação e Saúde
Nicarágua	Financiar programas e projetos do governo
Panamá	Saúde, Esporte
Portugal	Saúde e Bem-estar de crianças
Porto Rico	Saúde
República Dominicana	Obras filantrópicas, tais como ajuda a crianças carentes e asilos para doentes mentais
Uruguai	Tesouro Nacional

Fonte: site Lottery Insider e sites das Loterias de Estado

## **8. REPASSES SOCIAIS**

As Loterias Federais repassam 48% da sua arrecadação ao Governo Federal (inclusive nesse percentual o imposto de renda) para aplicar em programas sociais. São beneficiários legais: seguridade social; educação (Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior - FIES); cultura (Fundo Nacional da Cultura-FNC); justiça (Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN); esporte (Ministério do Esporte e Comitês Olímpico e Para-olímpico Brasileiros). Cerca de 30 a 35% é distribuído a título de prêmios e o saldo destina-se à administração, incluindo a rede lotérica (esta percebe 13%).

## 9. ARRECADAÇÃO – 1997 A 2006



### 9.1. REPASSES AOS BENEFICIÁRIOS LEGAIS (EM R\$ 1.000,00 - DE 2000 A ABRIL/2006 ESSES RECURSOS ULTRAPASSARAM R\$ 10 BILHÕES).

Os valores repassados às entidades beneficiárias, pela Caixa Econômica Federal, seguem as datas e percentuais definidas em leis específicas.

Destinação	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006 (Abr)	T O T A L
Ministério do Esporte	102.723	116.807	125.520	149.030	176.565	184.925	56.540	912.110
Comitê Olímpico Brasileiro - COB	0	17.915	48.844	57.572	68.471	70.897	21.761	285.460
Comitê Paraolímpico Brasileiro - CPB	0	3.161	8.620	10.160	12.083	12.511	3.840	50.375
Clubes de Futebol	7.812	7.565	6.239	6.786	5.769	7.361	2.043	43.576
Fundo de Investimento do Estudante Superior-FIES/ Crédito Educativo	191.135	205.296	204.408	249.500	299.236	309.173	94.950	1.553.698
Fundo Nacional da Cultura - FNC	35.165	81.881	86.248	101.598	120.831	125.113	38.401	589.237
Seguridade Social	479.854	529.446	520.667	602.556	719.180	743.493	227.888	3.823.083
Testes Especiais (APAE, Cruz Vermelha, COB e CPB)	861	703	416	689	828	402	343	4.242
Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN	70.783	80.305	87.292	106.494	126.633	131.127	40.223	642.858
Subtotal	888.333	1.043.080	1.088.253	1.284.384	1.529.596	1.585.003	485.990	7.904.639
Imposto de Renda	302.000	340.342	386.495	451.982	479.573	508.310	144.316	2.613.018
<b>TOTAL</b>	<b>1.190.333</b>	<b>1.383.423</b>	<b>1.474.748</b>	<b>1.736.366</b>	<b>2.009.169</b>	<b>2.093.313</b>	<b>630.305</b>	<b>10.517.657</b>
Prêmios Prescritos (repassados ao FIES no período)	47.036	53.879	53.652	75.880	77.151	79.296	18.483	405.378
Prêmios Prescritos (repassados a Seguridade Social no período)	16.334	10.140	5.993	0	0	0		32.467
Prescritos (repassados ao Ministério dos Esportes no período)	0	0	0	0	0	13.788	65.523	13.788

## **9.2. OUTROS BENEFICIÁRIOS - PATROCÍNIOS**

Além do repasse de recursos aos beneficiários legais, as Loterias Federais também têm investido, por meio de patrocínios, no desenvolvimento do esporte para-olímpico e em projetos culturais voltados para melhorar as condições de pessoas com deficiência física.

Ao efetuar o patrocínio do Comitê Para-olímpico Brasileiro o retorno foi extraordinário, pois em nenhuma competição da espécie o Brasil havia obtido tão expressivos resultados. Os valores liberados foram estes:

2004 = R\$ 1 milhão (R\$ 1 milhão (US\$ 480,7 mil\*).

2005 = R\$ 3,4 milhões (US\$ 1,6 milhões\*).

2006 = R\$ 3,8 milhões (US\$ 1,8 milhão\*).

Ao Programa Arte sem Barreiras, da Fundação Nacional da Arte (FUNARTE), por meio do qual são incentivadas pessoas portadoras de necessidades especiais, também o retorno social foi surpreendente. E os valores liberados foram os que seguem:

2005 = R\$ 221 mil (US\$ 106 mil\*).

2006 = R\$ 1 milhão (US\$ 480,7 mil\*).

(\* Cotação do dólar = R\$ 2,08, conforme Banco Central do Brasil (Bacen) do dia 11/05/2006).

## **10. CONFORMIDADE LEGAL, VISIBILIDADE E TRANSPARÊNCIA**

Os processos relacionados à operacionalização e administração das loterias são submetidos à fiscalização do Tribunal de Contas da União, da Corregedoria-Geral da União e, em algumas oportunidades, ao Ministério Público Federal, dentre outros órgãos, além de fiscalizados por auditores internos.

Por meio de seu site, a CAIXA divulga, mensalmente, os valores repassados a cada beneficiário legal, além de publicar, freqüentemente, matérias elucidativas e institucionais sobre o assunto<sup>6</sup>.

Realiza, igualmente, ações publicitárias, por meio da divulgação em veículos de comunicação (rádio, TV, revistas e jornais), de campanhas dirigidas a

---

<sup>6</sup> www.gov.br. O que você procura? – loterias: repasses.

público formador de opinião para que, ciente do correto trabalho desenvolvido pela Administradora das Loterias Federais, efetuem permanente acompanhamento das arrecadações e destino dos recursos, levando ao público em geral informação confiável, o que se traduz por um jornalismo responsável.

A CAIXA, todavia, para bem desenvolver a atividade de administradora das loterias, além da fiscalização de órgãos, conta com a importante atuação do Ministério Público, em especial no combate aos jogos ilegais. Concretamente houve o ajuizamento de inúmeras Ações Diretas de Inconstitucionalidade, buscando afastar do mundo jurídico as normas que, em matéria de loterias e jogos, afrontam a Carta Magna.

Marcante exemplo da atuação ministerial está consubstanciado no julgamento que o STF empreendeu à ADI n. 2.847/DF, Relator o Sr. Min. Carlos Velloso, ação que abarcava pedido de inconstitucionalidade de 3(três) leis do governo do Distrito Federal.

O voto está posto nestes termos:

“Sustenta-se que as leis distritais objeto da causa, que dispõem sobre a Loteria Social do Distrito Federal, são inconstitucionais, porque usurpam competência da União para legislar sobre direito penal (C.F., art. 22, I), bem como sobre sistema de consórcios e sorteios, incluindo-se, nesse contexto, as loterias e bingos (C.F., 22, XX).

“Tanto o ilustre Advogado-Geral da União, Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa, quanto o não menos ilustre Procurador-Geral da República, Prof. Geraldo Brindeiro, opinam no sentido da inconstitucionalidade das leis objeto da causa. O primeiro registrou:

“(...) A estrita observância à jurisprudência dessa Excelsa Corte conduz ao entendimento de que a legislação distrital instituidora e regulamentadora de loteria não se coaduna com a diretriz estabelecida sobre essa matéria na Constituição da República.(...)” (fl. 93)

“O eminente Procurador-Geral da República assim se manifestou:

“(...) 5. Conforme determina o art. 1º, do Decreto-Lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967, a exploração de loteria dar-se-á como derrogação excepcional das normas de Direito Penal, constituindo serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão, sendo permitida apenas nos termos do mencionado Decreto-lei.

“6. Dessa forma, e com fulcro no que dispõe o inciso I do art. 22 da Constituição Federal, tratando-se de excepcional derrogação das normas de Direito Penal, resta evidente ter a Câmara Legislativa e o Governador do Distrito Federal invadido competência privativa da União para legislar sobre matéria afeta ao direito penal.

“7. Nesse sentido, válido transcrever manifestação do eminente Ministro-Relator ILMAR GALVÃO, quando do julgamento da ADIMC nº 1.169/DF, publicada no DJ de 29 de junho de 2001, no que tange à inobservância da competência privativa da União para legislar sobre direito penal, in verbis:

‘(...) A competência legislativa, entre nós, para autorizar a prática de loteria, como tal considerada ‘toda ocupação que, mediante a distribuição de bilhete, listas, cupons, vales, sinais, símbolos ou meios análogos, faz depender de sorteio a obtenção de prêmio em dinheiro ou bens de outra natureza’ (art. 51, § 2º, do DL 3.688/41), sem sombra de dúvida, é da União, ente a que a Constituição Federal conferiu privativamente a iniciativa legislativa sobre direito penal (art. 22, I, da CF/88), da qual se infere, por via de consequência, a competência de descriminalização das loterias, por meio da autorização prevista no referido decreto-lei (art. 51, § 3º).’

8. Ademais, as Leis distritais ofenderam ainda o disposto no inciso XX do citado art. 22, haja vista estarem as loterias abrangidas pela terminologia sorteios, utilizada pela Constituição Federal no mencionado dispositivo legal. Afinal, o conceito de sistema de sorteios, preconizado pelo constituinte originário, abrange toda espécie de jogo cujo resultado dependa do acaso. Assim sendo, forçoso concluir pela inconstitucionalidade formal das normas distritais ora impugnadas, na medida em que houve clara inobservância aos ditames de competência legislativa fixados pelo Texto Maior.

“9. Válido, pois, trazer à colação trecho do voto proferido pelo eminente Ministro CARLOS VELLOSO, nos autos da supra mencionada ADIMC nº 1.169/DF, vejamos:

‘(...) De outro lado, a lei, no § 1º do art. 57, ao dizer que ‘o órgão competente de cada Estado e do Distrito Federal

normatizará e fiscalizará a realização dos eventos de que trata este artigo’, faz tábula rasa do disposto no art. 22, inciso XX, da Constituição, ao estabelecer que compete privativamente à União legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios. Na verdade, a Lei 8.672, de 1993, institui jogatina desenfreada nas grandes cidades dos Estados e quer fazer destes o regulamentador e disciplinador dessa desenfreada jogatina, que não presta obséquio à sociedade brasileira e serve apenas para enriquecer grupos de pessoas’.

“11. Ante o exposto, e pelas razões aduzidas, opina o Ministério Público Federal pela procedência da presente ação direta, para que seja declarada a inconstitucionalidade das Leis nº 1.176, de 29/07/1996; 2.793, de 16/10/2001; 3.130, de 16/01/2003; bem como da Lei nº 232, de 14/01/1992, tendo em vista a possibilidade de efeito repristinatório (...).” (fls. 103-105).

“Corretos os entendimentos.

“Tem-se, com a exploração de loteria, derrogação excepcional de normas de Direito Penal: D.L. 204, de 27.02.67. A competência legislativa, por isso mesmo, é da União, na forma do que dispõe o art. 22, I, da Constituição Federal. Nesse sentido, aliás, o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.169-MC/DF, Relator o Ministro Ilmar Galvão.

“Ademais, porque as loterias estão abrangidas pela terminologia sorteios, segue-se que a competência para legislar a respeito é da União: C.F., art. 22, XX.

“Reporto-me, no ponto, ao voto que proferi quando do julgamento da citada ADI 1.169-MC/DF, transcrito nas manifestações dos ilustres Advogado-Geral da União e Procurador-Geral da República.

“Do exposto, julgo procedente a ação e declaro a inconstitucionalidade das Leis 1.176, de 29.7.96, 2.793, de 16.10.2001, 3.130, de 16.01.2003, e 232, de 14.01.92, todas do Distrito Federal”.<sup>7</sup>

Em idêntico sentido o julgamento imprimido às ADI 2948 MT, ADI 3259 PA, relatadas pelo Ministro Eros Grau, a última com a seguinte ementa:

<sup>7</sup> DJ de 26.11.2004.

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.570/03 DO ESTADO DO PARÁ. SERVIÇOS DE LOTERIAS. REGRAS DE EXPLORAÇÃO. SISTEMAS DE CONSÓRCIOS E SORTEIOS E DIREITO PENAL. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA. INCONSTITUCIONALIDADE.

“1. Ao mencionar “sorteios” o texto da Constituição do Brasil está a aludir ao conceito de loteria. Precedente.

“2. Lei estadual que disponha sobre espécies de sorteios usurpa competência exclusiva da União.

“3. Flagrante incompatibilidade entre a lei paraense e o preceito veiculado pelo artigo 22, inciso X, da CB/88.

“4. A exploração de loterias constitui ilícito penal. A isenção à regra que define a ilicitude penal da exploração da atividade vinculada às loterias também consubstancia matéria de Direito Penal. Compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal - artigo 22, inciso I, CB/88.

“5. Pedido de declaração de inconstitucionalidade procedente.”

A par desses julgados há cerca de outras 12 ADI em trâmite, ajuizadas pelo MPF contra a edição de leis estaduais. Esse fato põe à mostra que os Estados, mesmo contra expresso texto constitucional, lançaram ao mercado as suas loterias. No entanto, angariam poucos recursos, porquanto dados não oficiais dão conta de que a destinação de recursos às atividades sociais não ultrapassa cerca de 10% do valor total arrecadado, pois essas loterias são, na quase totalidade dos Estados, administradas por terceiros.

Idêntico tratamento – reconhecendo a legitimidade exclusiva da União para legislar sobre loterias - tem conferido o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, como se vê no julgamento da MC 8315-PR (DJ de 28-02-2005, p. 185), Rel. Min. Francisco Falcão e do CC 38.647/SP (DJ de 06-09-2004, p. 164), Rel. Min. Paulo Galotti.

Interessante julgado ocorreu no REsp 760.294, Rel. Min. José Delgado (DJ de 13-03-2006, p. 219), quando foi reconhecida a competência da justiça estadual para processar e julgar ação ordinária de cessação de atividade ilícita ajuizada pelo MP Estadual. Eis a ementa:

“PROCESSUAL CIVIL. DIREITO PÚBLICO. JOGOS DE AZAR. ATIVIDADE DE EXPLORAÇÃO DE MÁQUINAS ELETRÔNICAS

PROGRAMADAS. CAÇA-NÍQUEIS E SIMILARES. AÇÃO ORDINÁRIA DE CESSAÇÃO DE ATIVIDADE ILÍCITA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

“1. Cuidam os autos de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra decisão que indeferiu pedido de antecipação de tutela para suspender a atividade ilícita de exploração de máquinas caça-níqueis, videopôquer, vídeobingo e equivalentes, e o bloqueio de contas bancárias da ré. O TJRS ao apreciar o feito, declarou sua incompetência absoluta e julgou prejudicado o agravo de instrumento por entender competente a Justiça Federal com base na ADIN 2874/DF. Descontente, o MP/RS interpôs recurso especial pela letra “a” da permissão constitucional por violação do artigo 113, caput, do Código de Processo Civil. Foram apresentadas contra-razões assegurando o acerto do decisório impugnado.

“2. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADIN 2847/DF, apenas determinou que “A Legislação sobre loterias é da competência da União”, nos termos do art. 22, I e XX, da Constituição Federal vigente. Tal fato, por si só, não estabelece a competência da Justiça Federal para julgar as ações ordinárias para cessação de ato ilícito por exploração de máquinas caça-níqueis, videopôquer, vídeobingo. A exploração das máquinas caça-níqueis jamais poderia ser autorizada ou fiscalizada pela Caixa Econômica Federal, portanto, não há que se falar em interesse da União no feito a justificar a competência da Justiça Federal.

“3. Como muito bem registrado pela douta SubProcuradoria Geral da República “A competência da Justiça Federal apenas se daria se detectada a presença de interesse, serviço ou bem da União, o que não é o caso. Na espécie, o MP/RS empreendeu estratégia contra atividade ilícita. Portanto, o deslocamento do foro só se daria caso houvesse intervenção da União, do Ministério Público Federal ou de entes Federais, em face da intervenção específica da União, que não se apresenta no caso em exame.”

“4. A ação proposta pelo órgão ministerial postulante tem como fim precípuo a tutela cível, buscando resguardar a sociedade dos efeitos danosos do jogo sem regulamentação. Inexiste interesse da União, CEF ou outros entes federais no feito.

“5. Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a competência da justiça estadual e determinar sejam os autos reenviados ao TJRS para julgamento do mérito do agravo de instrumento.”

## **11. ADMINISTRAÇÃO DAS LOTERIAS PELA CAIXA**

De parte do TCU a CAIXA tem sido alvo de inúmeras inspeções, dentre as quais merece relevo a fiscalização referente ao processo de internalização do sistema concernente ao canal lotérico e não lotérico. Da Corte de Contas a empresa pública recebeu expressa recomendação para substituir a atual prestadora de serviço, a qual também foi objeto de minuciosa investigação pela CPI dos Bingos.

A atuação da CAIXA, no entanto, sempre esteve pautada pelos princípios da legalidade, moralidade, eficiência, transparência e outros, de sorte que não pode ser imputado a seus dirigentes responsabilidade alguma.

Nesse sentido a seguinte entrevista coletiva, concedida pelo Exmo. Procurador da República, Dr. Lucas Furtado, logo após a divulgação do Relatório Preliminar da CPI dos Bingos, a respeito da contratação pela CAIXA da atual prestadora de serviço:

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (TCU) discorda das conclusões do relatório parcial produzido pela CPI dos Bingos enfocando o contrato entre a CAIXA e a Gtech. O procurador Lucas Furtado, em depoimento no Senado e depois em entrevista coletiva, na última quinta-feira, afirmou que “não há, hoje, como concluir que houve crime por parte dos presidentes (da CAIXA, em relação ao contrato Gtech e seus aditamentos e prorrogações)”.

Furtado ressaltou que não se referia “apenas ao atual governo, mas aos presidentes de distintos governos”. E explicou: “as decisões eram colegiadas, tomadas por toda a diretoria, diante de parecer de um dos diretores, apresentado como solução única e acabada. Se um presidente, qualquer quer fosse, dissesse que não renovaria aquele contrato, que ‘não concordo com essa repactuação’, o sistema loteria da CAIXA parava”. A questão, segundo Furtado, “é essa: é preciso examinar quem levou a proposta de renovação, de vigência de contrato. Com base apenas na participação das reuniões não dá para caracterizar crime, como de peculato ou de improbidade administrativa”. E mais: “com base no processo

que existe no TCU, não há, hoje, como concluir que houve crime por parte dos presidentes. Não me refiro ao atual governo, refiro aos presidentes de distintos governos”.

O procurador junto ao TCU criticou, porém, a situação de dependência tecnológica em que a CAIXA caiu, pois, “ou mantinha e renovava esse contrato ou o sistema de loteria do Brasil parava”. Para Furtado, a CAIXA deveria, desde 1996, ter exigido a abertura de custos da Gtech, para negociar, então, a margem de lucro.

Especialista em fiscalização de contratos governamentais, o procurador afirmou que a área de informática é a que mais gera dependência, a mais sensível. “No caso da CAIXA ela precisava da Gtech para fazer com que o sistema funcionasse como um todo”.

“A CAIXA vem tentando, desde 2000, rever essa situação. Não dá para levar para o campo político um problema que vem de um governo para o outro, tanto no que foi ruim como no que foi bom. A CAIXA vem tentando se livrar da Gtech desde 2000. Foram feitas licitações, ainda no governo Fernando Henrique, que foram paradas pela Justiça Federal. Tentou-se dar continuidade a essas licitações no governo Lula. Só agora, recentemente, no ano passado é que o STJ liberou essas licitações. Agora, dizer que havia vontade política de um governo A ou B, para continuar com a Gtech, não havia” - disse Lucas Furtado.

A última renovação, no início de 2003, para Lucas Furtado, “tinha quer ser feita, tinha de renovar! Havia liminar concedida pela Justiça Federal, proibindo a CAIXA de licitar, um absurdo! A liminar dizia que (a CAIXA) tinha que manter o contrato com a Gtech. Conseqüência: a única empresa em condições de assumir todo o sistema de relacionamento, fornecimento de equipamento e transferência de dados entre as loterias e a CAIXA é essa empresa multinacional que é a maior empresa do mundo na área de loterias”.

“O quadro de dependência tecnológica já está se alterando e a CAIXA já conseguiu encerrar os pregões e está executando esses contratos. Já tem contratada a transmissão de dados; já tem contratados os equipamentos, bobinas, e, mesmo assim, “ainda hoje, tem que continuar com a Gtech, tamanha é a dependência tecnológica” - disse o procurador.

“Agora, dizer que em razão de processo de uma dependência tecnológica, alguém que assume a direção ou a presidência da CAIXA, por ter mantido algo que já herdou do passado - um passado de erros que não

tinha como se prever -, praticou crime? Em princípio podemos falar em erro administrativo, mas em crime? Pelo que existe no processo do TCU eu jamais concluiria pela prática de crime de alguns dirigentes”, afirmou Lucas Furtado.

Para exemplificar a situação, disse o procurador:

“Por conta de eu ser diretor de uma empresa, de eu participar de uma reunião e um diretor leva uma proposta dizendo: está aqui o parecer jurídico favorável; a solução técnica é adequada e área técnica disse que o preço é compatível. Eu sou outro diretor e os regimentos da CAIXA dizem que a decisão tem que ser tomada em diretoria, que postura eu tomaria? Das duas uma: ou eu sairia da empresa dizendo que eu não quero assumir essa responsabilidade e aí me acovardo, ou assumo o ato. Ou seja, é questão de se exigir, ou não, daquele diretor ou gestor, uma conduta diversa. Havia como, naquele momento, aquele diretor ou aquele presidente adotar uma solução diversa daquela que era apresentada? Em princípio não!”

Em relação à proposta de indiciamento proposta pelo relator da CPI, Lucas Furtado explicou que “responsabilidade penal é responsabilidade pessoal. Se houve conluio, é preciso que se prove! Quadrilha pressupõe dolo, pressupõe intenção de fraudar. Não é porque eu participei de uma reunião da diretoria que assinou um contrato ou que prorrogou a vigência de um contrato que eu possa, a partir desse fato, concluir que houve conluio, que houve formação de quadrilha...não cabe generalizar” (Entrevista coletiva concedido em Brasília, dia 20.01.06).

Em alentado exame ao projeto de internalização da inteligência para efetuar o processamento das loterias e não jogos, o próprio TCU reconheceu o enorme esforço despendido pela direção e técnicos da CAIXA, concluindo, por meio do Acórdão TCU n. 2.252/2005 – Plenário e Processo n. 018.763/2005-0-CPI dos Bingos, não ter ocorrido, de parte da empresa pública, irregularidade alguma no trato da matéria.

## **12. LEGALIDADE E ILEGALIDADE**

Jogo de Azar no Brasil é contravenção penal, conforme o artigo 50, do Decreto-Lei n. 3.688/1941. De acordo com a Constituição Federal, somente a União (Governo Federal) pode autorizar, excepcionalmente, a exploração de jogos de azar, observados os seguintes princípios:

a redistribuição dos seus lucros com finalidade social, em termos nacionais;  
o dever que o Estado tem de salvaguardar a integridade da vida social e impedir o surgimento e proliferação de jogos proibidos;  
a exploração de loteria constitui serviço exclusivo da União, sem possibilidade de concessão (Decreto-lei 204/1967);  
a Loteria Federal é serviço público executado pela Caixa Econômica Federal, por força do disposto no citado diploma legal.

### **12.1. A EXPLORAÇÃO DE LOTERIAS: ISENÇÃO ÀS REGRAS DE DIREITO PENAL**

A proibição das loterias, entre nós, não decorre diretamente do texto da Constituição do Brasil, mas da chamada Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei n. 3.688, de 1.941) que, em seu art. 51 dispõe:

“Art. 51. Promover ou fazer extrair loteria, sem autorização legal:

“Pena — prisão simples, de seis meses a dois anos, e multa, de cinco a dez contos de réis, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos móveis existentes no local.

“§ 1º Incorre na mesma pena quem guarda, vende ou expõe à venda, tem sob sua guarda para o fim de venda, introduz ou tenta introduzir na circulação bilhete de loteria não autorizada.

“§ 2º Considera-se loteria toda operação que, mediante a distribuição de bilhete, listas, cupões, vales, sinais, símbolos ou meios análogos, faz depender de sorteio a obtenção de prêmio em dinheiro ou bens de outra natureza.

“§ 3º Não se compreendem na definição do parágrafo anterior os sorteios autorizados na Legislação especial”.

Daí se vê que a exploração de loterias constitui ilícito penal. Não obstante, o ordenamento jurídico contempla outros preceitos normativos cuja incidência poderá afastar o do art. 51, acima transcrito. Temos assim que, além da norma penal proibitiva, o ordenamento prevê distinta hipótese normativa, estauidora de consequência jurídica diversa, vale dizer, uma regra jurídica de “isenção”.

A regra de isenção é, no caso, veiculada pelo texto do art. 1º do Decreto-lei n. 204, de 1.967:

“Art. 1º - A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-lei.

“Parágrafo único — A renda líquida obtida com a exploração do serviço de loteria será obrigatoriamente destinada a aplicações de caráter social e de assistência médica, empreendimentos do interesse público”.

Já em 1.944, observava JOSE DUARTE:

“A própria lei, no seu enunciado, deixa entrever, claramente, que a loteria é um jogo de azar mas será considerado jogo lícito, e tolerado pelos costumes e pela própria lei se preencher a condição essencial, autorização legal. É uma derrogação da legislação penal” (Comentários à lei das contravenções penais, Rio de Janeiro, Forense, 1.944, 511).<sup>8</sup>

O decreto-lei n. 204, de 1.967, retirou a atividade de exploração de loterias do campo da ilicitude, atribuindo sua execução ao Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais, mediante a Administração do Serviço de Loteria Federal, com a colaboração das Caixas Econômicas Federais. Posteriormente, o decreto-lei n. 759, de 1.969, incumbiu a Caixa Econômica Federal de “explorar, com exclusividade, os serviços da Loteria Federal do Brasil e da Loteria Esportiva Federal nos termos da legislação pertinente” (art. 2º).

Por sua vez, a Lei n. 6.717, de 1.979, autorizou a Caixa Econômica Federal a “realizar, como modalidade da Loteria Federal regida pelo Decreto-lei n. 204, de 27 de fevereiro de 1.967, concurso de prognósticos sobre o resultado de sorteio de números, promovido em datas prefixadas, com distribuição de prêmios mediante rateio”.

### **13. A SITUAÇÃO DOS JOGOS DE BINGO NO BRASIL.**

Durante algum tempo a lei federal excepcionou a ilicitude da exploração do jogo do bingo.

Com efeito, a Lei n. 8.672, de 06 de julho de 1993 (Lei Zico), autorizou as entidades de direção e de prática desportiva a explorar o jogo de bingo, o

---

<sup>8</sup> Grau, Parecer exarado em 05-03-2004.

mesmo ocorrendo com a Lei n. 9.615, de 24 de março de 1999 (Lei Pelé). Esta norma revogou a Lei Zico, mas também permitiu a exploração de jogos de bingo, no Brasil, por entidades de administração e prática desportiva, diretamente ou por meio de empresa comercial, após credenciamento junto à União.

Somente com a Lei n. 9.981, de 14 de julho de 2000 (Lei Maguito), a partir de 31 de dezembro de 2000 foram revogados os artigos da Lei Pelé que permitiam a exploração do bingo. Essa lei determinou, porém, fossem respeitadas as autorizações em vigor até a data de sua expiração. As últimas dessas autorizações tiveram seu prazo extinto no final de 2002.

Portanto, a legislação federal autorizou a exploração do jogo de bingo de 1993 a 2001. Desde então, tendo em vista a revogação das leis especiais que autorizaram essa atividade, sua exploração voltou à ilicitude, nos termos do artigo 50 da Lei das Contravenções Penais.

#### **14. CONCLUSÃO**

A atividade lotérica será lícita somente quando realizada nos termos da lei que excepcionou a norma penal porque a exploração de loterias, atividade ilícita, é excepcionalmente admitida quando empreendida pelo Estado, migrando da ilicitude para o universo dos serviços públicos.

O Decreto-lei n. 204/67 e a Lei n. 6.717/79 admitiram a exploração de loteria, enquanto derrogação excepcional das normas do direito penal, na condição de serviço público.

Em face ao exposto concluímos que:

- a exploração de loterias é lícita apenas no limite de lei federal;
- as normas infraconstitucionais, que trouxeram a exploração da atividade lotérica para o campo da licitude, definem a forma sob a qual as rendas dela provenientes devem ser aplicadas;
- informar quais são os beneficiários dos valores auferidos com as loterias e jogos legais é dever que atende ao princípio da transparência e um importante diferenciador entre as loterias legais e ilegais, propiciando o aumento da credibilidade e a confiança dos apostadores no produto e na administração das loterias oficiais;
- ilegais são as loterias e jogos que não estejam expressamente contemplados em norma federal, por força do art. 22, XX da Constituição Federal.

## **BIBLIOGRAFIA**

- BARROSO, Luiz Roberto. Loteria – Competência Estadual – Bingo – Revista de Direito Administrativo, 220:263, 264 - 2.000.
- Constituição da República Federativa do Brasil. Ed. Saraiva, 2006.
- CIRNE LIMA. Princípios de Direito Administrativo. 5ª ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.982, 82.
- DL 204, de 27 de fevereiro de 1967.
- DL n. 759, de 12 de agosto de 1.969.
- Decreto n. 50.954, de 14 de julho de 1.961.
- DL n. 6.259, de 10 de fevereiro de 1.944.
- Decreto n. 3.688, de 03-10-1941.
- DL 3.688, de 01 de outubro de 1941 (LCP).
- DL n. 2.980 de 24-01-1941.
- GRAU, Parecer emitido em 05 03 2.004.
- GRAU, A ordem econômica na Constituição de 1.988, 8ª. ed., Malheiros, São Paulo, 2.003,111).
- SILVA, de Plácido e Vocabulário jurídico, Forense, 10ª edição – RJ, 1987.
- TÁCITO, Caio, Loterias estaduais (criação e regime jurídico), publicado na Revista de Direito Público, 77:77, 78 (1.986).



# ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO E INCENTIVOS FISCAIS: O PAPEL DAS CLÁUSULAS DE TAX SPARING & MATCHING CREDIT

**Luís Eduardo Schoueri**

*Professor*

## I – INTRODUÇÃO

Dentre os mecanismos que se colocam à disposição do Estado para a intervenção sobre o Domínio Econômico, não podem ser deixados de lado os de índole tributária. Por meio de normas tributárias indutoras, contribuintes se vêem estimulados ou desencorajados de adotarem certos comportamentos desejados pelos formuladores de políticas econômicas. Tal assertiva, verdadeira na generalidade das economias, assume maior relevância em países cujas economias ainda dependam de impulsos estatais para seu desenvolvimento.

Em situações que envolvam investimentos internacionais, entretanto, os sacrifícios efetuados por países em desenvolvimento, abrindo mão de preciosos recursos tributários, podem não atingir o efeito indutor buscado, tendo em vista sua potencial anulação decorrente de maior tributação no Estado onde reside o investidor.

Com efeito, é imediato que se o Estado em que reside o investidor se dispõe a conceder-lhe um crédito equivalente ao imposto que tenha sido pago no Estado onde foi feito o investimento, o crédito será tanto maior quanto maior for a tributação no último Estado. Se este, por outro lado, decide, como medida de estímulo, reduzir ou anular sua tributação, então do mesmo modo será diminuído ou nulo o crédito no Estado da residência. Noutra giro, pode-se ver que o Estado da residência terá sua arrecadação incrementada quando o Estado onde se fez o investimento abre mão da tributação, já que não haverá qualquer crédito no primeiro Estado.

O efeito desastroso desse fenômeno pode ser evidenciado no exemplo do mercado de capitais, que, especialmente nos países em desenvolvimento, requerem uma atuação positiva do Estado no sentido de seu fomento. É, afinal, da necessidade de os países em desenvolvimento contarem com recursos financeiros para possibilitar seu crescimento, que surge a importância de aprimorem-se mercados financeiros domésticos que, ao mesmo tempo, desencorajam a fuga de capitais para o exterior e permitam que o setor privado reduza sua dependência de empréstimos como principal fonte de financiamento.

Se, por um lado, os países em desenvolvimento têm consciência de que o fator tributário desempenha importante papel no estímulo ou desestímulo dos mercados de capitais, o que os encoraja a reduzir a carga tributária, visando a seu crescimento, por outro lado, as administrações têm o dever de manter seu equilíbrio orçamentário, o que exige ampla ponderação de qualquer renúncia fiscal. O paradoxo torna-se mais notório quando se tem em conta que o equilíbrio fiscal é um dos elementos fundamentais para a estabilidade da economia, base para o florescimento do mercado de capitais<sup>1</sup>.

O emprego da legislação tributária com a finalidade de induzir o crescimento dos mercados de capitais deve levar em conta, simultaneamente, a necessidade de reduzir-se a tributação dos ganhos de capitais no mercado acionário (pelo menos inicialmente, até que se forme o próprio mercado) e a comparação entre a carga tributária incidente sobre o financiamento por meio do mercado de capitais, *vis-à-vis* a tributação líquida no caso de um financiamento por meio de empréstimos e aplicações bancárias<sup>2</sup>.

Essa conclusão foi comprovada a partir de estudos, efetuados por SUGARMAN, contemplando os exemplos dos mercados dos Estados Unidos, Malásia e Brasil, constatando, em todos os casos, os efeitos que as normas tributárias tiveram sobre o desenvolvimento do mercado de capitais: em todos os casos, investidores e empresas mostraram forte propensão a modificar seu comportamento em resposta a flutuações de resultados após a tributação<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cf. DAVID SUGARMAN. *Financial taxation and equity market development: optimal financial market tax policies for developing countries*. Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters. Eleventh Meeting. United Nations. (documento ST/SG/AC.8/2003/L.5). p.6

<sup>2</sup> Idem, p. 9

<sup>3</sup> Idem p. 17. Conquanto se deva reconhecer a importância do fator tributário para o crescimento do mercado de capitais, há que se ressaltar não ser este o único fator, já que, a seu lado, vem a busca, pelos investidores, de segurança e estabilidade. O caso mexicano, com a entrada do país na área de livre comércio da América do Norte (NAFTA), é emblemático. Cf. *Report of Proceedings 16 December 2003 – Addendum*. Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters. Eleventh Meeting. United Nations. (documento ST/SG/AC.8/2003/L.11/Add.1).

Pois bem. No caso de relações entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, deve-se ponderar, como apontado acima, que a eventual medida, por parte de um Estado, para não tributar os ganhos de capitais, como forma de desenvolver seu mercado de capitais, pode ser frustrada, caso o mesmo ganho de capital venha a ser tributado pelo Estado da residência.

Assim, nas relações entre um Estado desenvolvido e outro em desenvolvimento, é fácil constatar que o último fica prejudicado, já que, ao conceder um incentivo fiscal, abre mão de sua receita com o objetivo de atrair investimentos. A decisão decorre da ponderação acima referida entre, de um lado, a fragilização de sua economia por conta da redução da base tributária e, de outro, os investimentos que podem ser atraídos. A atração de investimentos, entretanto, é anulada pela tributação pelo Estado da residência, o qual, em última análise, é o único beneficiado pela renúncia fiscal.

O resultado é imediato: o Estado que concede os incentivos deixa de arrecadar e, com isso, o grau de risco dos investimentos que ali se fazem aumenta, em virtude de potenciais *déficits* orçamentários. Ao mesmo tempo, o sacrifício não tem contrapartida em novos investimentos, já que os investidores não têm qualquer redução em sua carga tributária final.

É o reconhecimento das situações acima apontadas que explica a razão de diversos acordos de bitributação entre países desenvolvidos e em desenvolvimento conterem normas de *tax sparing* e *matching credit*, no lugar do método tradicional do crédito ou imputação.

## **II – CLÁUSULAS DE TAX SPARING E MATCHING CREDIT NOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO**

As cláusulas de *tax sparing* e de *matching credit* levam em consideração limitações do método da imputação, acima referido. Considera-se que, pelo referido método, um Estado apenas excluirá de sua base de cálculo montantes efetivamente devidos no outro Estado contratante.

Assim, no caso de uma remessa de rendimentos de um Estado (fonte) para o outro (residência), este se compromete a conferir ao contribuinte crédito limitado ao tributo pago no primeiro. Quanto maior o tributo pago na fonte, menor será o saldo pago na residência; reduzindo-se o tributo na fonte, incrementa-se o saldo devido na residência.

Normas que veiculam incentivos fiscais operam, por vezes, no sentido da redução do montante de tributo devido. Espécie do gênero das subvenções, o

Estado afasta sua pretensão tributária como forma de induzir o contribuinte a certo comportamento. Sua eficiência depende, destarte, da inexistência de outra incidência tributária, por parte de outro Estado, que possa desestimular a atitude desejada pelo legislador do primeiro Estado.

Conforme apontado acima, em casos internacionais, nos quais mais de um Estado pretenda fazer incidir seu tributo sobre a mesma circunstância econômica (bitributação), pode a norma tributária indutora ver-se frustrada, se desconsiderada tal perspectiva.

Trata-se da situação em que ambos os Estados, visando a evitar que fluxos internacionais de recursos financeiros sejam onerados pela bitributação, celebram tratados internacionais, prevendo o método da imputação, ou crédito. Conforme já ressaltado, o montante devido no Estado da fonte permitirá uma redução do tributo devido no Estado da residência.

Ora, caso o Estado da fonte, por meio de norma de incentivo fiscal, permita uma redução de sua tributação, a aplicação imediata do método da imputação levará a um incremento na pretensão tributária do Estado de residência.

Conquanto o método continue se prestando a afastar a bitributação, a norma tributária indutora perderá sua função, já que seu efeito indutor desaparecerá pela maior incidência, no Estado da residência. O método do crédito “retira, noutras palavras, do Estado importador de capitais, a possibilidade de exercer sua política econômica por meio da estruturação de seus impostos sobre dividendos, juros e *royalties*”<sup>4</sup>.

Na relação entre os dois Estados contratantes, por outro lado, tem-se efeito ainda mais grave: sendo as normas tributárias indutoras espécie de subvenção, torna-se válida a afirmação de que o Estado da residência acaba se beneficiando de recursos destinados a subvenções pelo Estado da fonte<sup>5</sup>.

Tratando-se de um acordo de bitributação entre dois Estados em igual nível de desenvolvimento, o último efeito costuma ser desprezado, tendo em vista serem os fluxos financeiros bilaterais de montantes equivalentes. Racioci-

---

<sup>4</sup> No original: *Die Steuererteilungslösung nimmt, anders ausgedrückt, den Kapitalimportstaaten die Möglichkeit, durch die Gestaltung ihrer Steuern von Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren Wirtschaftspolitik zu betreiben* (destaque no original). Cf. KLAUS VOGEL. *Dop.elbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern von Einkommen und Vermögen: Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen*. 3. Völlig neubearb. Aufl. München:Beck. 1996. p. 745.

<sup>5</sup> *Die Ermässigung kommt nicht dem Steuerpflichtigen, sondern dem Fiskus seines Wohnsitzstaates zugute* (“a redução não beneficia o contribuinte, mas o fisco de seu Estado de residência”). Cf. KLAUS VOGEL, op. cit. (nota 4), p. 1562.

na-se no sentido de que aquilo que um Estado perde, por um lado, compensa-se com seus ganhos em sentido inverso. Noutras palavras, fica assegurado o equilíbrio entre os Estados contratantes.

Celebrando-se um acordo de bitributação entre um Estado mais desenvolvido e outro menos desenvolvido, entretanto, deve-se considerar o sentido unilateral dos investimentos (do Estado mais desenvolvido para o menos desenvolvido) e, em consequência, dos rendimentos (do Estado menos desenvolvido – fonte – para o mais desenvolvido – residência).

Sob tal perspectiva, compreende-se que os Estados menos desenvolvidos não celebram acordos de bitributação para tornar neutra a tributação dos investimentos estrangeiros; ao contrário, abrem eles mão de parte de sua pretensão tributária, visando a produzir o efeito do incentivo àqueles investimentos.

Mediante as normas de *tax sparing* e *matching credit*, o emprego de incentivos fiscais (que se revestem da natureza de normas tributárias indutoras) é garantido ou até mesmo veiculado por meio de acordos de bitributação celebrados entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.

Justifica MANUEL PIRES o tratamento diferenciado conferido aos países em desenvolvimento, a par da não reciprocidade dos movimentos de capitais e transferências de tecnologia, afirmando que “*o direito internacional não está destinado a passar por cima das realidades sociais, contemplando-as e permitindo aos Estados actuar livremente com o amparo de uma fachada de generalidade e abstracção*”, defendendo, daí, existir um “*direito internacional fiscal do desenvolvimento, integrando as normas fiscais necessárias para a actuação da apropriada solidariedade entre os países desenvolvidos e os países menos desenvolvidos*”<sup>6</sup>.

A cláusula de *tax sparing*, ou crédito fictício, prevê que o Estado da residência se compromete a não reduzir o montante do crédito a ser conferido ao contribuinte, caso este deixe de recolher impostos no Estado da fonte, por conta de incentivo fiscal dado pelo último.

De fato, a técnica do *tax sparing* “consiste na atribuição de um crédito correspondente ao imposto que teria sido pago no país de origem se não fossem as medidas de exoneração com que neste se pretendeu incentivar o investimento exterior”, evitando-se, assim, “que o contribuinte deixe de beneficiar do efeito

---

<sup>6</sup> Cf. MANUEL PIRES, *Da Dupla Tributação Jurídica Internacional sobre o Rendimento*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais. s.d, p. 517-518

incitativo concedido no país da fonte, cujo sacrifício financeiro, na ausência do crédito fictício, acabaria por redundar em benefício exclusivo do país da residência”<sup>7</sup>. “O resultado, do ponto de vista do Direito Tributário Internacional, em nada difere de se o Estado da fonte tivesse dado ao contribuinte uma subvenção direta, não se tributando esta no Estado da residência”<sup>8</sup>.

Não se trata, propriamente, de um conceito novo. A gênese do *tax sparing* pode ser buscada no início da década de 1950, quando um comitê real recomendou às autoridades do Reino Unido que adotassem tal cláusula nos acordos de bitributação celebrados por este país. O Parlamento britânico inicialmente rejeitou a recomendação, e apenas em 1961 editou a legislação necessária para permitir que o governo oferecesse a cláusula de *tax sparing* aos países em desenvolvimento na negociação de acordos de bitributação<sup>9</sup>.

Atualmente, a maior parte dos países da OCDE adotam cláusulas de *tax sparing* em diversos acordos de bitributação celebrados com países desenvolvidos, em desenvolvimento ou ambos. O único membro dessa organização que tem consistentemente se recusado a ratificar acordos que incluam tal previsão são os E.U.A., conforme se explicará adiante.

Vários acordos de bitributação assinados pelo Brasil adotam a técnica do crédito fictício<sup>10</sup>. A título de exemplo, cita-se o subparágrafo “b”, “ii”, do parágrafo 2 do artigo 22 do acordo de bitributação assinado com o Japão (promulgado pelo Decreto nº 61.899, de 14 de dezembro de 1967), na redação dada pelo Protocolo assinado em 23 de março de 1976 (promulgado pelo Decreto nº 81.194, de 9 de janeiro de 1978), segundo o qual, para fins do crédito a ser

<sup>7</sup> Cf. ALBERTO XAVIER. *Direito Tributário Internacional do Brasil: tributação das operações internacionais*. 5. Edição, atualizada. Rio de Janeiro: Forense. 1998. p. 672.

<sup>8</sup> No original: *Das Ergebnis ist internationalsteuerrechtlich kein anderes, wie wenn der Quellenstaat dem Steuerpflichtigen eine direkte Subvention gegeben und der Wohnsitzstaat von deren Besteuerung abgesehen hätte*”. Cf. KLAUS VOGEL, op. cit. (nota 4), p. 1564.

<sup>9</sup> Cf. DEBORAH TOAZE, *Tax Sparing: Good Intentions, Unintended Results in Canadian Tax Journal* 4 (2001), p. 885.

<sup>10</sup> “Dentro da diretriz fixada pelo Governo brasileiro de que o país desejava utilizar o seu sistema fiscal, principalmente a Lei do imposto de renda, como instrumento de política econômica, e que pretendia recorrer ao capital estrangeiro para complementar o seu processo de desenvolvimento, foram inseridas nos acordos cláusulas que estimulavam o investimento direto e o reinvestimento e que impediam que os benefícios fiscais concedidos pelo Governo brasileiro fossem anulados pela legislação fiscal do Estado do investidor, com a consequente transferência do montante desses incentivos para o Tesouro do país do investidor”. Cf. FRANCISCO OSWALDO NEVES DORNELLES. *Acordos para Eliminar a Dupla Tributação da Renda in Revista de Direito Tributário*, ano 2, janeiro/março de 1978, n.º 3, p. 251 a 257 (255) .

conferido pelo Japão, quando da aplicação do método da imputação, “o imposto brasileiro deverá incluir o montante do imposto brasileiro que deveria ter sido pago se não houvesse a isenção ou redução do imposto brasileiro de acordo com as medidas especiais de incentivo visando a promover o desenvolvimento econômico do Brasil, vigentes em 23 de março de 1976, ou que possam ser introduzidas posteriormente na legislação tributária brasileira, modificando ou ampliando as medidas existentes, desde que a extensão do benefício concedido ao contribuinte por tais medidas seja acordado pelos Governos de ambos os Estados Contratantes”.

### **III – TAX SPARING E O ACORDO COM OS ESTADOS UNIDOS**

É comum a surpresa pelo fato de o Brasil não ter, até hoje, um acordo de bitributação com os Estados Unidos. A compreensão do tema do *tax sparing* pode ser útil para que se analise o tema. Com efeito, as longas negociações entre Brasil e E.U.A. para a celebração de um acordo de bitributação foram acompanhadas pela insistência das autoridades brasileiras na inclusão de uma cláusula de *tax sparing*, não aceita, afinal, pelas autoridades americanas. Esta é apontada como uma das razões pelas quais tais negociações permanecem inconclusas<sup>11</sup>.

A história das negociações entre Brasil e E.U.A. iniciaram-se no final da década de 1940. Em 1967, a primeira versão do acordo, que continha uma cláusula de *tax sparing*, foi finalizada pelos negociadores e submetida aos parlamentos de ambos os países para os respectivos procedimentos de ratificação. Contudo, o senado norte-americano recusou-se a ratificar o acordo, alegando que, em face da situação econômica dos E.U.A., não seria apropriado encorajar investimentos em outros países<sup>12</sup>.

A oposição dos E.U.A. à celebração de acordos de bitributação que contenham cláusulas de *tax sparing* surgiu na década de 1960, quando STANLEY S. SURREY, docente da Harvard Law School, foi nomeado secretário-assistente para política tributária do Departamento de Tesouro norte-americano. Em que pese o fato de este mesmo departamento ter sido consistentemente favorável ao *tax sparing* nos anos anteriores, as visões de SURREY, que entendia se-

---

<sup>11</sup> Cf. DEBORAH TOAZE, *op. cit.* (nota 9), p. 885.

<sup>12</sup> Cf. DEBORAH TOAZE, *op. cit.* (nota 9), p. 916.

rem as cláusulas desta natureza mecanismos irracionais de concessão de créditos para tributos fantasmas e de distorção da neutralidade na exportação de capitais, acabaram prevalecendo e tornando-se premissas da posição deste país na negociação de acordos de bitributação<sup>13</sup>.

Nos últimos anos, contudo, tem ressurgido nos E.U.A. o debate acerca da adoção de cláusulas de *tax sparing* nos acordos de bitributação celebrados com países em desenvolvimento, provavelmente sob a influência da pressão de grupos empresariais e da própria dificuldade que os norte-americanos encontram para celebrar acordos com tais países<sup>14</sup>.

#### **IV – O MATCHING CREDIT**

Se o *tax sparing* se relaciona a benefícios concedidos unilateralmente, não anulados por um acordo de bitributação, diversos acordos entre países desenvolvidos e em desenvolvimento vão além, afastando de vez a neutralidade e servindo abertamente de instrumento para o incentivo a investimentos.

Para tanto, tais acordos valem-se, notadamente, da técnica do crédito presumido (*matching credit*), que “consiste na atribuição de um crédito mais elevado do que o que resultaria da aplicação da alíquota convencional ou de direito comum em vigor no país da fonte”<sup>15</sup>. “Mediante el *matching credit* el país desarrollado concede un crédito presunto fijo, superior a la alícuota máxima de retención que se pacta”<sup>16</sup>.

O Estado da fonte compromete-se a não tributar determinados rendimentos além de um teto e o Estado da residência, ao aplicar o método do crédito, considera pago no Estado da fonte montante superior àquele teto, de modo que se garante efetivo benefício ao investidor<sup>17</sup>.

De regra, concede-se ao investidor crédito, em seu país de residência, equivalente ao imposto a que normalmente se sujeitam os investimentos no Esta-

<sup>13</sup> Cf. DEBORAH TOAZE, op. cit. (nota 9), p. 884.

<sup>14</sup> Cf. DEBORAH TOAZE, op. cit. (nota 9), p. 885.

<sup>15</sup> Cf. ALBERTO XAVIER, op. cit. (nota 7), p. 671.

<sup>16</sup> Cf. ROQUE GARCÍA MULLIN. *Tratados impositivos entre países desarrollados y países en desarrollo* in *Revista de Direito Tributário*, janeiro/junho de 1983, n.º 23/24, p. 26 a 36 (33).

<sup>17</sup> Cf. ROQUE GARCÍA MULLIN. op. cit. (nota 16), p. 26-36

do da fonte, enquanto, simultaneamente, este é reduzido. Assim, o investidor goza de uma redução em seu imposto, no Estado da fonte, provocada pelo acordo de bitributação, mas tal redução é desconsiderada por seu Estado de residência, como se tivesse sido pago imposto sem qualquer redução no primeiro país<sup>18</sup>.

Em conseqüência, mantém-se o incentivo financeiro concedido ao investidor. “Este tipo de crédito presumido provoca una verdadera reducción en el costo fiscal total de la inversión, se traduce en un efectivo beneficio del inversionista, y preserva la posibilidad del país fuente de llevar adelante una política de incentivos”<sup>19</sup>.

Diversos são os acordos de bitributação celebrados pelo Brasil que prevêem alguma forma de crédito presumido. A título de exemplo, cita-se o acordo de bitributação com os Países Baixos, promulgado pelo Decreto nº 355, de 1º de dezembro de 1991, cujo artigo 23, depois de assegurar, nos Países Baixos, crédito equivalente ao imposto pago no Brasil, dispõe, em seu parágrafo 4, que “Para os efeitos do que dispõe o parágrafo 3, o imposto pago no Brasil será considerado: (a) relativamente aos dividendos de que trata o parágrafo 2 do Artigo 16, 25% (vinte e cinco por cento) de tais dividendos, se forem pagos a uma sociedade holandesa que detenha no mínimo 10% (dez por cento) do capital votante da sociedade brasileira, e 20% (vinte por cento) nos demais casos; (b) relativamente aos juros de que trata o parágrafo 2 do Artigo 11, 20% (vinte por cento) de tais juros”.

## **V – TAX SPARING E MATCHING CREDIT: LIMITES**

Deve-se ressaltar que a mera adoção de normas de *tax sparing* e de *matching credit* pode não ser suficiente para assegurar o fluxo de capitais objetivado. Resta examinar as legislações internas dos Estados de residência, a fim de certificar-se do benefício.

<sup>18</sup> Embora este seja o caso mais comum nos acordos assinados pelo Brasil, o conceito de *matching credit* é mais amplo e não se limita ao cálculo a partir do montante da renúncia do Estado da fonte. A mesma técnica do *matching credit* pode ser vista do ângulo do Estado da residência, como um reconhecimento, ainda que parcial, do princípio da territorialidade, implicando, assim, uma renúncia parcial, por parte do Estado da residência, ao imposto que lhe seria devido. Cf. KLAUS VOGEL, op. cit. (nota 4), p. 1564-1565.

<sup>19</sup> Cf. ROQUE GARCÍA MULLIN, op. loc. cit. (nota 16).

Por exemplo, pode ocorrer de o Estado de residência, conquanto conceda o crédito prometido, impor limitações globais (*overall limitations*) ou por país (*per country limitation*), reduzindo, assim, a eficácia do crédito<sup>20</sup>.

Não obstante, a existência de semelhantes mecanismos na grande maioria dos acordos celebrados pelo Brasil tem, nos últimos anos, servido de estímulo a investidores oriundos de países com semelhantes cláusulas.

Não se pode deixar de lado, outrossim, o fato de que alguns países que, no passado, se dispunham a conceder cláusulas de *matching credit*, hoje vêm revendo suas posições. Foi o caso da Alemanha, que recentemente denunciou o acordo celebrado com o Brasil, que já contava quase três décadas. Prevaleceram, naquele caso, argumentos sobre a alegada “renúncia fiscal” alemã, em virtude do crédito presumido, ao lado de outras alegações (não de todo infundadas) acerca de descumprimento do acordo pelas autoridades brasileiras. Sem ingressar no mérito das razões apontadas em virtude de atitudes de nossas autoridades, não se pode deixar de lamentar que o argumento da “renúncia” alemã tenha tido algum peso já que, como visto, os mecanismos apontados são, antes, meio de se assegurar a eficácia de incentivos fiscais dados pelo próprio Estado onde ocorre o investimento.

Cabe, assim, à doutrina, o papel de retomar a discussão acerca do *tax sparing* e do *matching credit*, afastando argumentos que os apontem como meros favores, ressaltando sua importância como instrumentos para o reconhecimento do direito de os países em desenvolvimento se valerem do instrumento tributário para induzir seu crescimento.

---

<sup>20</sup> Cf. DAN THROOP SMITH. *Tax Legislation in Capital-Exporting Countries to Encourage Investment in Less Developed Countries in Developments in Taxation Since World War I*. VIII. Amsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation. 1966. p. VIII-14-15

# TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL (NEGATIVA) NO BRASIL: ENSAIO SOBRE SUA POSSIBILIDADE

**Terence Dornelles Trennepohl**  
*Professor*

## 1. INTRODUÇÃO: UMA CENTELHA ACERCA DA VIABILIDADE DOS TRIBUTOS ÍNSITOS ÀS QUESTÕES AMBIENTAIS

O meio ambiente, tema muito em voga no final do século passado e início deste, foi objeto de inúmeras conferências de âmbito global (Estocolmo 72 e Rio 92, para não citá-las todas), uma vez que é de vital importância que seja preservado.

No mundo desenvolvido de hoje, não é raro a falta de preocupação com a exploração indiscriminada dos recursos naturais renováveis, ocorrendo frequentemente a socialização do prejuízo ambiental e a monopolização do lucro da exploração, onerando os contribuintes, consumidores e membros da coletividade.

Demais disso, é garantia constitucional, sem parâmetro em nenhum outro país do mundo, a qualidade de vida e a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações (art. 225 da Constituição Federal).

A criação de uma tributação proibitiva relativa a determinados recursos naturais, além de necessária, é deveras coerente com as determinações da Carta Magna, daí a razão maior deste ensaio.

Além de taxas repressivas, comumente utilizadas com matizes de preservação, é de se ponderar a utilidade de desestimular certas atividades.

Dessa forma, o uso do Imposto de Renda, do Imposto de Importação, do Imposto de Exportação, do Imposto sobre Produtos Industrializados, do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, do Imposto sobre Servi-

ços, entre outros, podem se caracterizar como impostos ambientais, ao lado das taxas, perseguindo um objetivo comum, que é a proteção ambiental.

Este ensaio tem como principal enfoque analisar as possibilidades que o uso dos tributos com a finalidade de preservação do meio ambiente e que podem representar no cenário legislativo atual.

É essa nova vertente que se pretende mostrar.

## **2. PRÓLOGO DOS TRIBUTOS AMBIENTAIS**

A existência dos *green taxes*, tributos ecologicamente orientados, enceta a empreitada.

Na verdade, trata-se de tributos que orientam a decisão política, econômica, de modo a tornar a opção ecologicamente mais correta e adequada<sup>1</sup>.

Destarte, tem como principal finalidade orientar a atividade empresarial, que antes era somente caracterizada pelo binômio *custo/benefício*, e agora pretende se evidenciar pelo trinômio *custo/benefício/meio ambiente*.

No Brasil, muito comum o emprego da extrafiscalidade do ICMS na preservação do meio ambiente.

A Constituição Federal dispõe que 75% da arrecadação do ICMS seja destinada ao Estado para a sua manutenção e investimentos, e 25% sejam distribuídos aos Municípios (art. 158, IV).

De acordo com a legislação estadual de regência, muitos Estados brasileiros vem destinando essa parcela aos Municípios que tenham manifestado preocupações com as questões ambientais.

O surgimento dessa figura se deu no Paraná no ano de 1990, em sua Constituição Estadual, art. 132, sendo, posteriormente regulado pela LC 59/91, conhecida como 'Lei do ICMS Ecológico'.

Era dito que 5% seriam destinados aos Municípios pelo seguinte critério: 50% àqueles com Unidades de Conservação e 50% àqueles com mananciais de abastecimento.

Minas Gerais também o fez, através da Lei Estadual n.º 12.040/95, bem como o Estado do Mato Grosso do Sul, que já dispunha de previsão em sua Constituição Estadual (art. 153, par. Único, II) e regulamentou com a LC 57/91<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> FERRAZ, Roberto. *Tributação e meio ambiente: o green tax no Brasil (a contribuição de intervenção da Emenda 33/2001)*. Revista de Direito Ambiental, ano 8, n.º 31, jul-set de 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pg. 167.

<sup>2</sup> ZEOLA, Senize Freire Chacha. *ICMS – Instrumento de proteção e conservação do meio ambiente*. Revista de Direito Ambiental, ano 8, n.º 30, abr-jun de 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pg. 187.

No entanto, a grande dificuldade que existe na legislação tributária atual é a resistência à adoção de uma sistematização legislativa, da instituição de tributos com caráter tributário e de mecanismos de arrecadação.

Isso se visualiza facilmente quando em análise os instrumentos econômicos ambientais de intervenção.

Pode-se mencionar três mecanismos de proteção ambiental utilizados pelo Estado: as sanções penais, as medidas administrativas e os instrumentos econômicos.

O primeiro deles está em flagrante bancarrota, pois os elementos de que dispõe o Estado para aplicação de sanções encontra resistência nos novos paradigmas de modernidade, resultando a legislação de punição aos crimes ambientais, como a Lei dos Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98) muito mais simbólica que efetiva, razão da infinidade de meios de defesa individual e do redirecionamento das penas para a figura da pessoa jurídica, desembocando, no mais das vezes, nas penalidades administrativas<sup>3</sup>.

O segundo mecanismo, as medidas administrativas, são geralmente representadas pela repressão e pelas práticas de cunho ordenatório.

Já os instrumentos econômicos influem na decisão econômica, mais especificamente nos preços de bens e serviços, tornando mais atraente a opção ecológica mais desejável<sup>4</sup>.

A política que se adota neste ensaio é a dos incentivos fiscais.

Sem dúvida alguma, o tributo aparece como uma forma altamente eficaz no sentido da preservação ambiental, pois proporciona ao Estado recursos para agir, através da tributação fiscal, bem como estimula condutas não-poluidoras e ambientalmente corretas<sup>5</sup>.

No entanto, o objetivo maior deste trabalho, além de tratar da prevenção, da precaução, medidas estas que antecedem qualquer evento danoso, é aquele que diz respeito a incentivos fiscais e incremento de políticas de subvenção e desoneração.

---

<sup>3</sup> MORAES, Márcia Elayne Berbich de. *A (In)Eficiência do Direito Penal Moderno para a Tutela do Meio Ambiente na Sociedade de Risco (Lei n.º 9.605/98)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pg. 195.

<sup>4</sup> ROSENBLATT, Paulo. *Limitações constitucionais à instituição de contribuição de intervenção ambiental*. Revista de Direito Ambiental, ano 9, n.º 36, out-dez de 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pg. 169.

<sup>5</sup> OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, pg. 26.

O contrário geraria acréscimos à já tão elevada carga tributária nacional. Preferível é a proposta de incentivos.

### **3. OS INCENTIVOS FISCAIS NO DIREITO AMBIENTAL: MAIS ALGUNS EXEMPLOS**

Tema que nos leva mais adiante na abordagem é aquele relativo aos incentivos de cunho fiscal, sejam eles administrativos ou tributários.

A adoção de medidas interventivas serve para implementação de políticas ambientais, não se consubstanciando somente como forma de arrecadar tributos e gerar receitas, mas principalmente como instrumento para a promoção de condutas ambientalmente desejáveis.

Inúmeros são os autores que já defendem a instituição de políticas fiscais premiais no direito ambiental.

Essa política tem que encontrar um equilíbrio entre os custos da poluição e os custos de seu controle. O Estado, seja pela imposição de tributos, seja pela concessão de subsídios, pode incrementar as políticas públicas de preservação ambiental.

Essa prática surgiu na Europa, em meados da década de 80 e ganhou novos contornos entre 1989 e 1994, quando incorporada à legislação de diversos países, como França, Itália, Estados Unidos, entre tantos outros<sup>6</sup>.

No Brasil ganha força a tese da tributação ambiental, principalmente quando vista pela lente dos incentivos, pois quase todos os tributos podem ser utilizados com essa conotação de sanção positiva, premial.

Entretanto, a maioria desses instrumentos ambientais tributários depende de iniciativas legislativas municipais e estaduais, notadamente na mobilização de parlamentares e autoridades executivas, além da sociedade civil, de forma a tornar a discussão participativa e democrática, sob pena de esvaziar o conteúdo deste novo filão tributário<sup>7</sup>.

Alguns exemplos são elucidativos.

<sup>6</sup> CUNHA, Paulo. *A Globalização, a Sociedade de Risco, a Dimensão Preventiva do Direito e o Ambiente*. In: Estado de Direito Ambiental: Tendências. Aspectos Constitucionais e Diagnósticos. FERREIRA, Helene Sivini e LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, pg. 140.

<sup>7</sup> ROCCO, Rogério. *Dos instrumentos tributários para a sustentabilidade das cidades*. In: O Direito Ambiental das Cidades. ROCCO, Rogério e COUTINHO, Ronaldo (Orgs.). Rio de Janeiro: DP&A, 2004, pg. 296.

Nos impostos de competência da União, o Imposto de Renda - IR, através da Lei n.º 5.106/66, inicialmente autorizava as pessoas físicas a abater de suas declarações de rendimentos o que fosse empregado em florestamento e reflorestamento; e às pessoas jurídicas poderiam descontar 50% do valor do imposto também naquilo que fosse aplicado nessas atividades<sup>8</sup>.

No caso do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, o Decreto Federal n.º 755/93 estabeleceu alíquotas diferenciadas para veículos movidos a gasolina e a álcool.

Com o Imposto Territorial Rural - ITR, e o uso das figuras das áreas de reserva legal, de preservação permanente, de Reservas Particulares do Patrimônio Natural – RPPN's e das áreas de servidão florestal, termos tomados de empréstimo do próprio Direito Ambiental, não foi muito diferente, pois a Lei n.º 9.393/96 isentou essas áreas da cobrança do imposto.

Os impostos de exportação e exportação (II e IE), principalmente em razão da possibilidade de variação das alíquotas, também podem servir como eficazes instrumentos de política ambiental, se observada a preferência por produtos ambientalmente recomendados nas transações comerciais<sup>9</sup>.

Com os Estados se dá o mesmo.

Anteriormente foi mencionado o 'ICMS Ecológico'; pois este não é o único tributo passível de utilização ambiental pelo Estado.

Também é viável a emprego do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores - IPVA na atividade ambiental.

Para citar um caso específico, no Estado do Rio de Janeiro, por via da Lei n.º 948/85, o IPVA era diferente para carros a gasolina e a álcool, e mais recentemente, o desconto de 75% no imposto para os carros com equipamento de gás natural<sup>10</sup>.

Demais disso, o Imposto sobre Transmissão *causa mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITBI pode ter serventia relacionada àqueles imóveis considerados como produtivos ou de interesse ambiental, incluindo os pa-

---

<sup>8</sup> ARAÚJO, Cláudia Campos de *et al.* *Meio Ambiente e Sistema Tributário – Novas Perspectivas*. São Paulo: SENAC São Paulo, 2003, pg. 36.

<sup>9</sup> NUNES, Cleucio Santos. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. São Paulo: Dialética, 2005, pg. 164.

<sup>10</sup> ROCCO, Rogério. *Dos instrumentos tributários para a sustentabilidade das cidades*. In: O Direito Ambiental das Cidades. ROCCO, Rogério e COUTINHO, Ronaldo (Orgs.). Rio de Janeiro: DP&A, 2004, pg. 271.

trimônios tidos como históricos ou culturais, e ter suas alíquotas e/ou base de cálculos variáveis conforme sua importância<sup>11</sup>.

Há mais.

Os Municípios podem se valer do uso ambiental do Imposto Predial Territorial Urbano - IPTU, dada sua progressividade no tempo e seu uso de acordo com a função social da propriedade.

O próprio Estatuto da Cidade, Lei n.º 10.257/01, em seu art. 7.º fixou a progressividade como instrumento de política urbana.

Por fim, o Imposto Sobre Serviços – ISS, e as diversas formas de se estimular as empreitadas na área ambiental com a redução de ônus e a concessão de incentivos.

O mesmo pode ser realizado com as taxas e contribuições de melhoria, dependendo da atividade a ser tributada.

Para se coadunar às finalidades do Direito Ambiental, as taxas que tem serventia podem ser as de serviço, com a colocação ou disposição de serviços públicos de natureza ambiental, e as taxas de polícia, aplicadas no exercício de fiscalização e controle de atividades que exijam licenciamento ambiental<sup>12</sup>.

Com as contribuições sociais o mesmo.

Àquelas empresas menos poluidoras seria concedida uma redução no recolhimento das contribuições patronais.

Inúmeros outros exemplos poderiam ser citados e propostos, mas o que se propôs aqui não se exaure somente nisso.

A tentativa mais importante, senão a única, é mostrar a possibilidade de realização e do incremento de políticas públicas de incentivo fiscal.

As conclusões dirão se o objetivo foi atingido.

#### **4. CONCLUSÃO: A POSSIBILIDADE DE ASSOCIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS DE INCENTIVO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO**

Ao final, como considerações terminativas deste ensaio, pode-se concluir como possível a implementação dos incentivos fiscais na proteção do meio ambiente com resultados eficazes.

<sup>11</sup> NUNES, Cleucio Santos. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. São Paulo: Dialética, 2005, pg. 164.

<sup>12</sup> COSTA, Regina Helena. *Tributação Ambiental*. In: *Direito Ambiental em Evolução*. FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). Curitiba: Juruá, 2002, pg. 306.

O desenvolvimento tecnológico e o avanço científico das últimas décadas, na busca desmedida pelo lucro, levou o homem ao limiar de uma crise ambiental, a despeito dos benefícios que foram trazidos pós-Revolução Industrial.

Os riscos advindos dessa forma de sociedade revelaram um conflito entre o desenvolvimento e a preservação. Com isso, os modelos de preservação começaram a se revelar insuficientes para conter os abusos da indústria pós-moderna.

Atualmente, cabe às normas jurídicas papel de relevante importância na adoção de condutas consoantes o meio ambiente equilibrado e sadio, seja repressivamente, seja preventivamente. Ou penas, ou prêmios.

O Direito, inclusive o Ambiental, tem como tarefa realizar o bem comum dentro da comunidade que vige, e neste trabalho a sociedade moderna é mostrada sendo questionada e colocada em questão, em razão de seus riscos ambientais.

Os apontamentos que aqui foram feitos remontam mais à prevenção e precaução, que à correção e ao risco. É preferível errar em favor do meio ambiente que correr riscos em prol de interesses privados.

O Estado, na iminência de problemas, age como regulador da atividade econômica, seja via fiscalização, repressiva e punitiva, seja no caminho preventivo, fazendo uso dos incentivos.

Assim o é com finalidade determinada e com base jurídica para implementação de políticas públicas governamentais, positivamente (repressões tributárias) ou negativamente (subsídios fiscais).

Os mecanismos de proteção mencionados no corpo do trabalho foram três: as sanções penais, as medidas administrativas e os meios econômicos.

Neste momento, interessam os instrumentos econômicos.

Destarte, o tributo, como elemento econômico, aparece muito eficazmente na preservação ambiental quando comparados os exemplos nacionais e internacionais.

A adoção de medidas tributárias, mormente de incentivo (isenção, anistia, imunidades, não-incidência) serve para implementação de políticas públicas desenvolvimentistas e preservacionistas, concomitantemente.

Os custos da produção têm de estar equilibrados com os custos de seu controle.

Os exemplos, variados, dão conta da viabilidade da adoção dessas medidas, principalmente pelo Estado regulador.

O mais importante, aqui e agora, é a proposição, no âmbito dos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) de soluções paliativas, e revelar o cabimento desses novos meios de ‘política’ de desenvolvimento de cunho ambiental.

Os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais facultam adequar os tributos à proteção e à garantia de um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado.

Alguns Estados já iniciaram essa corrida legislativa e conjugaram estes dois emergentes ramos do direito público.

É crível que este processo, uma vez implementado, desencadearia soluções para muitas mazelas ambientais no país.

As bases estão lançadas. O futuro dirá se foram suficientes.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARAÚJO, Cláudia Campos de *et al.* *Meio Ambiente e Sistema Tributário – Novas Perspectivas*. São Paulo: SENAC São Paulo, 2003.

COSTA, Regina Helena. *Tributação Ambiental*. In: *Direito Ambiental em Evolução*. FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). Curitiba: Juruá, 2002.

CUNHA, Paulo. *A Globalização, a Sociedade de Risco, a Dimensão Preventiva do Direito e o Ambiente*. In: *Estado de Direito Ambiental: Tendências. Aspectos Constitucionais e Diagnósticos*. FERREIRA, Heline Sivini e LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, pg. 109-147.

FERRAZ, Roberto. *Tributação e meio ambiente: o green tax no Brasil (a contribuição de intervenção da Emenda 33/2001)*. In: *Revista de Direito Ambiental*, ano 8, n.º 31, jul-set de 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pg. 167-172.

KRELL, Andreas Joachim. *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental – O Controle dos Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Competência dos Órgãos Ambientais – Um Estudo Comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. *O Município no Brasil e na Alemanha – Direito e Administração Pública Comparados*. São Paulo: Oficina Municipal, 2003.

- MORAES, Márcia Elayne Berbich de. *A (In)Eficiência do Direito Penal Moderno para a Tutela do Meio Ambiente na Sociedade de Risco (Lei n.º 9.605/98)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- NUNES, Cleucio Santos. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. São Paulo: Dialética, 2005.
- ROCCO, Rogério. *Dos instrumentos tributários para a sustentabilidade das cidades*. In: O Direito Ambiental das Cidades. ROCCO, Rogério e COUTINHO, Ronaldo (Orgs.). Rio de Janeiro: DP&A, 2004.
- ROSENBLATT, Paulo. *Limitações constitucionais à instituição de contribuição de intervenção ambiental*. Revista de Direito Ambiental, ano 9, n.º 36, out-dez de 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ZEOLA, Senize Freire Chacha. *ICMS – Instrumento de proteção e conservação do meio ambiente*. Revista de Direito Ambiental, ano 8, n.º 30, abr-jun de 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pg. 179-197.



# A LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 EM FACE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM EXAME DO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO\*

João Freitas de Castro Chaves

Professor

*Sumário: 1. Introdução: a Lei Complementar nº 105/2001 como problema constitucional; 2. Um panorama do sigilo bancário no Brasil sob a ótica da Teoria dos Direitos Fundamentais; 3. Sigilo bancário como o “sigilo de dados” do art. 5º, XII da CF/1988; 4. Sigilo bancário e direito à intimidade; 5. Sigilo bancário e devido processo legal; 6. A Lei Complementar nº 105/2001 e a experiência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região entre 2001 e 2003: da rejeição ao acolhimento pacífico; 7. Conclusões.*

## 1. INTRODUÇÃO: A LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 COMO PROBLEMA CONSTITUCIONAL

O objetivo do presente trabalho é verificar a relação entre o debate da literatura brasileira em torno da constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001 e a jurisprudência construída pelo Tribunal Regional Federal no período delimitado entre 2001 e 2003.

O objeto de estudo é, inquestionavelmente, um problema de ordem constitucional. A LC nº 105/2001 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a

---

\* O presente artigo inclui parcialmente os resultados de pesquisa de iniciação científica por mim desenvolvida entre 2001 e 2002 com apoio do PIBIC/UFPE/CNPq e orientação do Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa. Muito embora esta versão apresente conclusões novas e objeto diferenciado dos textos anteriores, não poderia deixar de agradecer ao Prof. Raymundo e aos colegas de projeto de pesquisa pelas sugestões. Agradeço ainda a Renata Tavares pela revisão do texto, sem a qual seria impossível a publicação.

possibilidade de quebra do sigilo bancário mediante requisição administrativa da Secretaria da Receita Federal. O art. 6º da referida Lei é o dispositivo-chave para entender o problema:

Art 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

As reações imediatamente posteriores à promulgação da Lei foram extremamente críticas, o que provocou diversas manifestações na literatura que apontavam seu conteúdo como inconstitucional.

Em virtude dos primeiros artigos coletados, a opção inicial foi de dissecar a relação entre o sigilo bancário e os direitos fundamentais, em especial para verificar os resultados de uma observação teórica daquele fenômeno. Em suma, o primeiro ponto a ser abordado é a plausibilidade de vislumbrar o sigilo bancário como direito fundamental, ou como decorrência de algum direito de tal natureza.

Após a fixação deste pano de fundo teórico, pretende-se determinar como o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por meio de seus órgãos julgadores, recebeu a Lei Complementar nº 105/2001, para, a partir dessa análise empírica, verificar a consonância entre as decisões e a literatura selecionada.

Para proporcionar à pesquisa maior grau de exatidão e restringir seu objeto, optou-se por analisar apenas as decisões colegiadas proferidas entre 2001 e 2003. Imagina-se que tal período seja mais relevante por representar o primeiro impacto da Lei em termos processuais, além de permitir a observação continuada de diversos casos similares.

## **2. UM PANORAMA DO SIGILO BANCÁRIO NO BRASIL SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dentro do debate brasileiro sobre a relativização do sigilo bancário, o tema dos direitos fundamentais pode ser desenvolvido com grande intensidade. Seja como conseqüência de uma eficácia irradiante destes para todo o ordena-

mento, na linha de pensamento de Ingo Sarlet<sup>1</sup>, seja como mero jogo retórico para a defesa de interesses. É impossível compreender a Lei Complementar nº 105/2001 e sua aplicação sem um mínimo de detalhamento sobre a coerência desta (em especial no que tange à dispensa de autorização judicial para quebra do sigilo) ao que Robert Alexy chamaria de “normas jusfundamentais”.<sup>2</sup>

Tal espaço teórico de discussão não é em nenhum momento dispensável ou vazio. É importante perceber, numa sempre válida alusão ao senso comum, que qualquer disposição normativa que ameace de alguma forma a esfera privada dos indivíduos termina por exigir uma maior justificação social e “técnica” dos juristas. Além deste aspecto, talvez fruto de uma visão excessivamente ou integralmente capitalista, individualista e liberal, as restrições e controles feitos à atividade econômica das pessoas chegam a encontrar barreiras psicológicas fortíssimas. Tércio Sampaio Ferraz Jr. demonstra grande sinceridade e clareza quando, ao final de palestra em que defendeu a constitucionalidade da LC nº 105/2001, afirmou:

(...) o tema de sigilo bancário, como outros temas relativos a segredos, é um tema humano muito forte, portanto nós não podemos afastá-lo com tranqüilidade. Não dá para dizer: isso é mística de sigilo bancário. É uma mística muito forte. É mística, sim, porque tem fundamento na sensibilidade humana, portanto não dá para a gente chutar e dizer que é coisa do passado. Não é assim, nós temos que enfrentar com cuidado. Portanto, uma abertura total é uma coisa perigosa.<sup>3</sup>

Tendo como referencial a precaução mencionada pelo professor paulista, é importante desmistificar o que seria a “mística jurídica” da “mística do sigilo”: o possível caráter absoluto do direito ao sigilo bancário no Brasil.

Mesmo autores que vêm nesse tipo de segredo um direito da personalidade, como Arnoldo Wald, entendem que é cabível a relativização em certas

---

<sup>1</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 251.

<sup>2</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 62-63.

<sup>3</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Palestra proferida no Simpósio Internacional sobre Sigilo Bancário, promovido pelo Centro de Estudos Victor Nunes Leal. Brasília, 2001. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>.

hipóteses, mormente se precedidas de autorização judicial<sup>4</sup>. No mesmo sentido, Fernando Facury Scaff deixa clara essa necessidade<sup>5</sup>, assim como teóricos do direito do porte de Karl Larenz e o já mencionado Alexy. Enquanto o primeiro elabora um sistema de “ponderação de interesses”<sup>6</sup>, com larga aceitação dentre os tributaristas brasileiros<sup>7</sup>, o segundo põe o problema do choque entre direitos fundamentais e princípios constitucionais sob a égide de mecanismos de compatibilização chamados de “leis de colisão”<sup>8</sup>.

Com efeito, a interpretação dos direitos fundamentais caminha num sentido de permanente e válida flexibilização de seus conteúdos para torná-los compatíveis com outros, fugindo da lógica do “tudo ou nada” dos sistemas de regras idealizados pelo positivismo tradicional. No entanto, é de se mencionar a posição isolada e manifestamente pessoal de Ives Gandra Silva Martins, que julga ser o sigilo bancário absoluto, não podendo ser quebrado nem pelas vias judiciais em face da proteção ao “sigilo de dados” do art. . 5º, XII da Constituição Federal de 1988.

A relação entre sigilo bancário, direitos fundamentais e a Lei Complementar nº 105/2001 vem sendo pautada por dois argumentos principais. Há os que vêm óbices na aplicação da referida Lei por ela ferir um suposto “sigilo de dados”, que exigiria autorização judicial para seu afastamento. Outros críticos preferem combatê-la alegando ofensa ao direito fundamental à intimidade e vida privada do art. 5º, X da CF/88, sem esquecer dos que admitem as duas opções.

Em face de tal hipótese, os dois argumentos serão debatidos em tópicos distintos, para ao final analisar mais detidamente sua influência na leitura feita pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região sobre a constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001.

<sup>4</sup> Cf. WALD, Arnaldo. Sigilo Bancário e Direitos Fundamentais. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, a. 6, n. 22, mar. 1998, p. 31.

<sup>5</sup> Cf. SCAFF, Fernando Facury. Sigilo Fiscal e Reserva de Jurisdição. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, nº 71, ago. 2001, p. 71.

<sup>6</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2000, *passim*.

<sup>7</sup> Por todos, cf. TAGLIAFERRO, Kleber Augusto. A Constituição Federal e a Lei do Sigilo Bancário: Tensão entre Princípios. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, nº 66, mar. 2001, p. 71; TORRES, Ricardo Lobo. Legalidade Tributária e Riscos Sociais, **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, nº 70, ago. 2000, p. 96.

<sup>8</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 90-95.

### **3. SIGILO BANCÁRIO COMO O “SIGILO DE DADOS” DO ART. 5º, XII DA CF/1988**

O primeiro argumento de “fundamentalidade” do sigilo bancário e da conseqüente inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001 se funda na questão do “sigilo de dados”, com arrimo no art. 5º, XII da Constituição Federal:

Art. 5º (...)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal

É interessante perceber que alguns comentários à Constituição Federal não abordam especialmente a modalidade “de dados” do sigilo constitucional. Nem o professor paulista José Cretella Jr.<sup>9</sup>, nem Luís Pinto Ferreira<sup>10</sup> analisam com maior profundidade a questão, talvez por considerá-la pouco relevante, pela clareza do texto ou pela maior e natural preocupação com o sigilo de correspondência e o telefônico, de grande repercussão na área processual penal. Já Manoel Gonçalves Ferreira Filho acredita que o problema fica superado se considerarmos os dados como sendo “dados informáticos”.<sup>11</sup>

Dentro do universo dos tributaristas, no entanto, a hipótese de existência de um “sigilo de dados” toma relevo. Ives Gandra da Silva Martins julga que este exista, e em virtude disso só possa ser relativizado mediante ordem judicial. Afirma o autor:

(...) a LC 105/2001, com muito mais razão, mostra-se ilegítima, pois, se nem emenda constitucional pode alterar o resguardo do sigilo de dados, à

---

<sup>9</sup> Cf. CRETELLA JR., José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 3ª edição, 1º volume. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 269.

<sup>10</sup> Cf. PINTO FERREIRA, Luís. **Comentários à Constituição Brasileira**. 1º volume. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 83-87.

<sup>11</sup> Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2ª edição, 1º volume. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 37.

nitidez, muito menos a lei complementar poderia fazê-lo, razão pela qual tenho para mim que os dois exteriorizam manifesta inconstitucionalidade.<sup>12</sup>

Esta posição merece ser confrontada com o comentário de Celso Ribeiro Bastos, em obra conjunta com o próprio Ives Gandra da Silva Martins, na qual o primeiro ressalva que a expressão “dados”, contida no art. 5º, XII é imprópria, pois não seria o objeto da comunicação mas sim uma modalidade tecnológica de comunicação<sup>13</sup>.

Mais intensa é a crítica de Tércio Sampaio Ferraz Jr., que defende a tese da existência não do sigilo de dados, mas de um *sigilo da comunicação de dados*, assim como há o da comunicação telefônica, telegráfica e postal. Em duas passagens de seu artigo *Sigilo Bancário*, publicado após a edição da LC 105/2001, o autor lança mão de argumentos bastante interessantes. Num primeiro momento, afirma que

obviamente o que se regula é a comunicação por correspondência e telegrafia, comunicação de dados e telefonia. O que fere a inviolabilidade do sigilo é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. Ou seja, a inviolabilidade só sigilo garante, numa sociedade democrática, o cidadão contra a intromissão clandestina ou não autorizada pelas partes na comunicação entre elas, como, por exemplo, censura de correspondência, a figura do hacker etc.<sup>14</sup>

Já num segundo momento, a comparação feita pelo autor demonstra as implicações da adoção de um “sigilo de dados” inviolável, e não das *comunicações de dados*:

<sup>12</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inconstitucionalidades da Lei Complementar nº 105/2001. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, a. 4, n. 11, jan/mar. 1997, p. 37.

<sup>13</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 73.

<sup>14</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Sigilo Bancário. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, a. 4, n. 14., out/dez. 2001, p. 14.

(...) a distinção é decisiva: o objeto protegido pelo inc. XII do art. 5º da CF, ao assegurar, a inviolabilidade do sigilo, não são os dados em si, mas a sua comunicação. A troca de informações (comunicação) é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação. Doutro modo, se alguém não por razões profissionais, ficasse sabendo legitimamente de dados incriminadores relativos a uma pessoa, ficaria impedido de cumprir o seu dever de denunciá-los!<sup>15</sup>

Com efeito, demonstra maior pertinência à dinâmica dos direitos fundamentais na Constituição Federal a interpretação sistemática do Prof. Ferraz Jr. A proteção aos *dados*, tomados como informações dos indivíduos que tenham interesse para a administração tributária, inviabilizaria completamente a atividade de fiscalização prevista no art. 145 das Constituição Federal.

Mais grave ainda seria entender que, pelo fato da ressalva de quebra do sigilo por ordem judicial ser aplicável apenas à última possibilidade (a das *comunicações telefônicas*, o que de fato ocorre sob a égide da Lei nº 9296/96), todo um universo de “dados” compreendidos genericamente estaria subtraído da observação e controle estatal em qualquer hipótese. Contraria o próprio senso comum essa idéia de um “sigilo de dados” genérico, em que o Poder Judiciário fosse impedido de atuar. Dessa forma, uma gigantesca gama de informações, públicas e privadas, cairiam numa categoria de segredo absoluto sem possibilidade de abertura nem mediante processo judicial, e menos ainda para fiscalização de qualquer natureza.

Em assim procedendo, a Constituição também instauraria direito absoluto sem possibilidade de ponderação ou sopesamento com outros direitos fundamentais e princípios, o que, como já observado, não é admitido na moderna teoria constitucional e na prática jurisprudencial. Em comentário ao art. 197 do Código Tributário Nacional (CTN), Bernardo Ribeiro de Moraes é bastante claro ao, mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, afirmar:

O sigilo dessas informações, inclusive o sigilo bancário não é absoluto. Ninguém pode se eximir de prestar informações, no interesse público, para o esclarecimento dos fatos essenciais e indispensáveis à aplicação

---

<sup>15</sup> Idem, *ibidem*, p. 15.

da lei tributária. O sigilo, em verdade, não é estabelecido para ocultar fatos, mas, sim, para revestir a revelação destes de um caráter de excepcionalidade<sup>16</sup>

Em consonância com a última tese exposta e defendida, o Supremo Tribunal Federal em diferentes julgados se manifestou pela rejeição de um eventual “sigilo de dados” na Constituição Federal. Em acórdão proferido em 05 de outubro de 1995, relativo a investigação de desvios de verbas oriundas de empréstimos junto ao Banco do Brasil, o Ministro Sepúlveda Pertence asseverou:

Da minha leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege e de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a comunicação ‘de dados’ e não os ‘dados’, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse.<sup>17</sup>

A interpretação do Ministro Nelson Jobim no julgamento do Recurso Extraordinário n° 219.780 traz novos elementos que justificam não apenas a tese jurídica como a razão de ser do texto constitucional, do ponto de vista prático, como se demonstra em seu voto:

(...) Passa-se, aqui, que o inciso XII não está tornando inviolável o dado da correspondência, da comunicação, do telegrama. Ele está proibindo a interceptação da comunicação dos dados, não dos resultados. Essa é a razão pela qual a única interceptação que se permite é a telefônica, pois é a única a não deixar vestígios, ao passo que nas comunicações por correspondência telegráfica e de dados é proibida a interceptação porque os dados remanescem; eles não são rigorosamente sigilosos, dependem da interpretação infra-constitucional para poderem ser abertos. O que é vedado de forma absoluta é a interceptação da comunicação da correspondência, do telegrama. Por que a Constituição permitiu a interceptação da Comunicação telefônica? Para manter os dados, já que é a única em que, esgotando-se a comunicação, desaparecem os dados. Nas demais, não

<sup>16</sup> MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário**. São Paulo: Forense, 1985, p. 384.

<sup>17</sup> MS n° 21.729, STF, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, por maioria, julgado em 05/10/1995, fls. 169.

se permite porque os dados remanesçam, ficam no computador, nas correspondências etc”<sup>18</sup>

Muito embora se entenda que tal discussão está esgotada, com a apreciação das duas teses e a confrontação com a jurisprudência do STF, há ainda os que vêem a matéria do “sigilo de dados” como integrante de uma “reserva constitucional de jurisdição”, sob a qual cabe ao Judiciário não apenas dar a última palavra, mas a primeira. O tema não será abordado por revelar um aspecto mais específico que foge à delimitação inicial, mas é impossível deixar de mencioná-lo.<sup>19</sup>

#### **4. SIGILO BANCÁRIO E DIREITO À INTIMIDADE**

Outro ponto de discordância sobre o *status* do sigilo bancário seria a sua inclusão como aspecto do direito a intimidade protegido na Constituição Federal. Desta forma, seria o sigilo um direito fundamental, inafastável por ser cláusula pétrea e digno de supostas proteções como a já mencionada “reserva constitucional de jurisdição”.

É farta a corrente dos que enquadram as informações bancárias numa esfera de intimidade humana. Para Fernando Facury Scaff, o sigilo bancário goza de privilégio de cláusula pétrea, de forma a proteger a intimidade e vida privada, com realce para esta em sua dimensão negocial.<sup>20</sup> Há um complemento feito por José Eduardo Soares de Melo, que fundamenta a mesma posição pela proteção que o sigilo merece, por impedir a devassa na intimidade das pessoas que possuam dados bancários e, com isso, preservar a dignidade humana garantida pelo art. 1º, III da CF/88.<sup>21</sup>

Inobstantes algumas divergências, os diversos autores que adotam tal linha de raciocínio entendem que a análise pelo Fisco de operações bancárias das pessoas físicas e jurídicas revelar-se-ia nociva, uma vez que implicaria neces-

<sup>18</sup> RE nº 219.310, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, por unanimidade, julgado em 13/04/1999.

<sup>19</sup> Como registro, cf. SCAFF, Fernando Facury. Sigilo Fiscal e Reserva de Jurisdição. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, nº 71., pp. 60-71, ago. 2001.

<sup>20</sup> Idem, ibidem, p. 64.

<sup>21</sup> Cf. MELO, José Eduardo Soares de. In: AAVV. **Direitos Fundamentais do Contribuinte**. São Paulo: RT e Centro de Extensão Universitária, 2000, p. 312.

sariamente em conhecer elementos da intimidade destes. O sigilo bancário não seria um direito fundamental autônomo em sua definição, até porque não delineado como tal no art. 5º da Constituição Federal, seria uma forma de amparar o direito fundamental a intimidade. Significativa é a menção que José Augusto Delgado faz à afirmação de Roberto Quiroga:

(...) hoje praticamente a vida do homem pode ser escrita a partir do seu talão de cheques, e nas sociedades mais avançadas pelos cartões de crédito, e magnéticos. Permitir-se que o sigilo bancário venha a ser rompido por qualquer forma não extraordinária para salvaguarda de interesse de porte, no mínimo, idêntico, é expor a segurança individual a um constante e absurdo temor perante as possibilidades de controle direto ou pelo vazamento de alguma informação.<sup>22</sup>

No sentido contrário, o Min. Delgado nega a possibilidade, até porque desta maneira os próprios Bancos em sua atividade cotidiana estariam impedidos de ter acesso às informações que eles mesmos emitem, por estarem estas sempre, na hipótese, compreendidas numa esfera de intimidade.<sup>23</sup>

O que podemos de plano analisar é que há, entre os defensores da intimidade e vida privada por meio da garantia do sigilo bancário como cláusula pétreia, a falta de limitações e graus de proteção. Isto porque as condutas humanas na esfera privada não são homogêneas quanto ao valor de proteção. Desde o modo de vestir até o direito de permanecer calado são expressões dos sentimentos mais íntimos do homem. Todavia algumas delas são mais restritas que outras.

É possível, como proposto por Maria José Roque, a existência de círculos concêntricos cada vez menores, um dentro do outro. O externo seria a vida privada, digna de preservação, admitindo gradação, mas, em alguns aspectos, penetrável pelo “olhar público” ou estatal. Dentro dela, haveria um círculo menor de intimidade, ou *riservatezza*, típico direito da personalidade por ser essencial ao desenvolvimento do homem.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> QUIROGA, Roberto apud DELGADO, José Augusto. O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, a. 4, n. 13, jul/set. 2001, p. 33.

<sup>23</sup> Cf. Idem, *ibidem*, p. 34.

<sup>24</sup> Cf. ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo Bancário e Direito à Intimidade*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 51.

A autora capixaba vai além. Aponta sua crítica tanto para os que vislumbram um direito ao sigilo bancário decorrente do direito à intimidade do art. 5º, X da CF/88 como aos que o entendem na acepção de direito da personalidade, merecendo destaque o seguinte trecho:

Todos nascem com direito à vida, à saúde, a um nome, a professar uma fé, à integridade física, à honra, a ter vida íntima etc., mas ninguém nasce com direito ao sigilo bancário, porque pode ser que venha ao mundo em local onde não existam Bancos, ou, como ocorre com a maioria dos brasileiros, que nunca chegue a ser cliente de um. Ora, se o Estado não pode garantir a todos, sequer o direito de ser cliente de um Banco, porque, como atividade privada, é o Banco que seleciona seus clientes segundo o aspecto econômico, como pretender que o sigilo seja um direito da personalidade? Assim, com mais razão, o direito de ser cliente bancário teria o mesmo quilate do direito ao sigilo bancário.<sup>25</sup>

Ao falar da ordem jurídica portuguesa, J. L. Saldanha Sanches também menciona que uma “intimidade da vida privada” constituiria um domínio mais particular, com natural exclusão do conhecimento alheio.<sup>26</sup>

A melhor definição do tema vem, novamente, com Tércio Ferraz Jr. Propõe ele que o sigilo nas operações bancárias seja mantido como regra, mas alerta que além do elemento *privacidade* é muito forte na hipótese o fundamento de *propriedade*.<sup>27</sup> Neste sentido, Oswaldo Othon Saraiva Filho é mais enfático e dispõe-se a afastar totalmente a pertinência do sigilo bancário ao direito à intimidade, ressaltando que aquele “está, normalmente, encaixado entre um dos instrumentos de defesa da propriedade, como proteção contra a curiosidade sem justo motivo de terceiros ou concorrentes, sujeito, portanto, a relativização em face do interesse público predominante”.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Idem, *ibidem*, p. 93.

<sup>26</sup> Cf. SANCHES, J. L. Saldanha. A situação actual do sigilo bancário: a singularidade do regime português. **Revista da AGU**, Brasília, a. 02, n. 11, jun. 2001. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/ce/pages/revista/EdEspecial/sigilobancario/EdEspecialInter/EdEspecial\\_Doutrina\\_saldanha.htm](http://www.agu.gov.br/ce/pages/revista/EdEspecial/sigilobancario/EdEspecialInter/EdEspecial_Doutrina_saldanha.htm)>. Acesso em 13/06/2002.

<sup>27</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Sigilo Bancário. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, a. 4, n. 14., out/dez. 2001, p. 20.

<sup>28</sup> SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Relativizar o sigilo bancário em face da Administração Tributária. **Revista da AGU**, Brasília, Edição Especial, 2002. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/ce/pages/revista/EdEspecial/sigilobancario/EdEspecialNacional/0506OthonRelativiza.pdf>>. Acesso em 13/06/2002, p. 09.

Mesmo admitindo como plenamente possível a posição de Saraiva Filho, é preferível aprofundar as reflexões feitas por Roque sobre os “círculos concêntricos” da vida privada humana. Tal opção pode ser compreendida como uma admissão de que o tema do sigilo bancário, por mais “negocial” e econômico que seja, em algum momento pode vir a ter reflexos estritamente pessoais e até mesmo atingir a uma intimidade mais restrita. É, portanto, um espaço onde se pode, *embora não necessariamente*, agredir um direito fundamental à intimidade.

Lança-se mão aqui de uma longa, mas relevante e necessária transcrição do pensamento do Prof. Tércio Sampaio Ferraz Jr. sobre a questão:

Analisando-se, pois, o público e o privado na sua acepção constitucional, deve-se reconhecer que o público-político é dominado pelo princípio da transparência e da igualdade; já o social-privado está sob o domínio do princípio da diferenciação; por fim, o terreno da individualidade privativa é regido pelo princípio da especialidade. (...) Aquilo que é exclusivo é o que passa pelas opções pessoais, afetadas pela subjetividade do indivíduo e que não é guiada nem por normas nem por padrões objetivos. No recôndito da privacidade se esconde pois a intimidade. A intimidade não exige publicidade porque não envolve direitos de terceiros. No âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos. (...) A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Não há um conceito absoluto de intimidade. (...) Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de relação de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros. (...) A vida privada pode envolver, pois, situações de opção pessoal (como a escolha do regime de bens no casamento), mas que, em certos momentos, podem requerer a comunicação a terceiros (na aquisição, por exemplo, de um bem imóvel). Por aí ela difere da intimidade, que não experimenta esta forma de repercussão.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites a função fiscalizadora do Estado. **Revista da AGU**, Brasília, Edição Especial, 2002. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/ce/pages/revista/EdEspecial/sigilobancario/EdEspecialNacional/EdEspecial\\_Doutrina\\_Tercio.htm](http://www.agu.gov.br/ce/pages/revista/EdEspecial/sigilobancario/EdEspecialNacional/EdEspecial_Doutrina_Tercio.htm)>. Acesso em 13/06/2002, p. 03.

Em suma, há que se diferenciar a intimidade da vida privada. Uma é estritamente pessoal, subjetiva, sem nenhum elemento relevante para o convívio social enquanto objeto de fiscalização e publicidade. A outra é amplíssima, compreensiva de diversos aspectos que, embora não públicos, são forçosamente abertos a algum tipo de olhar público. Estão fora da “casa”, embora não cheguem a ser da “rua”, mas transitam nesta última.

Dentro da idéia de “círculos concêntricos”, a intimidade pode ser entendida como um “espaço de exclusividade”, como mencionado por Ferraz Jr. No entanto, é forçoso admitir que a vida privada pressupõe sua inserção num contexto qualquer de vida social, em que são imperativas certas formas de intercâmbio e a comunicação de dados que tornem a convivência humana segura e possível por ela mesma.

Sem que se tente no momento argumentar que a Lei Complementar nº 105/2001 não enseja nenhuma invasão à intimidade humana, o que será feito posteriormente, a Constituição Federal já admite em seu artigo 145, § 1º que para conferir efetividade a uma política tributária nela delineada a Administração pode atuar como fiscal das atividades econômicas do contribuinte, como transcrito:

Art. 145 § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a estes objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Logo, é constitucionalmente previsto o controle estatal sobre a vida privada dos indivíduos, identificando certas características suas que notadamente são integrantes da vida privada (patrimônio e renda, em especial), mas que não se inserem na dimensão restrita e essencialista de intimidade.

Outra possibilidade é a defendida por Aldemário Araújo Castro e J. L. Saldanha Sanches, de que seja procedida a distinção entre “intimidade pessoal” e “intimidade econômica”, como já decidiu o Tribunal Constitucional espanhol.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> CASTRO, Aldemário Araújo. A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o fisco preconizada pela lei complementar nº 105/2001. **Jus Navigandi**, Teresina, nº 51, 2001. Disponível em: <[www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id+2220](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id+2220)>. Acesso em 26/05/2002; SANCHES, J. L. Saldanha.. A situação actual do sigilo bancário: a singularidade do regime português. **Revista da AGU**, Brasília, a. 02, n. 11, jun. 2001. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/ce/pages/revista/EdEspecial/sigilobancario/EdEspecialInter/EdEspecial\\_Doutrina\\_saldanha.htm](http://www.agu.gov.br/ce/pages/revista/EdEspecial/sigilobancario/EdEspecialInter/EdEspecial_Doutrina_saldanha.htm)>. Acesso em 13/06/2002. pp. 09-13.

Este último autor ressalta ainda que a intimidade econômica é “menos intensa”, e que o Tribunal Constitucional assim decidiu “na apreciação da constitucionalidade da lei que permitia o controlo administrativo das contas bancárias”, pois a violação direta da intimidade pessoal “não pode resultar de uma mera análise de movimentos bancários”.<sup>31</sup> Independente da verificação das condições e das peculiaridades da jurisprudência espanhola, que não é o objetivo do estudo, é possível ver aí uma forma de enquadrar as informações econômicas que refletem “intimidade” dentro de um sistema de controle. Mesmo que reflitam aspectos restritos da vida econômica dos contribuintes, os dados bancários protegidos pelo sigilo poderiam estar inseridos numa esfera que fosse protegida do olhar sem justo motivo de terceiros, concorrentes ou curiosos em geral, mas aberto em hipóteses especiais para a administração tributária.

É nesse momento da reflexão que surge outra tese interessante. O Fisco vêm defendendo, por meio de seus procuradores e consultores, que não chega a haver, no caso da Lei Complementar nº 105/2001, uma “quebra” do sigilo bancário, mas uma “transferência” deste para a forma de sigilo fiscal<sup>32</sup>. Saraiva Filho esclarece que “cuida-se apenas de transferência para a Administração tributária do segredo protetor da propriedade, sem qualquer possibilidade de reflexo na privacidade”<sup>33</sup>.

Tal opinião se torna bem interessante pelo fato do art. 5º, § 2ª da LC nº 105/2001 falar em “montantes globais” movimentados, sendo esses montantes definidos posteriormente pelo Decreto nº 4489/2002. De fato, uma informação que já existia previamente com a proteção do sigilo passaria, com todos os procedimentos e nos casos restritos pela Lei, para outro detentor com as mesmas cláusulas e condições de sigilo. É, sem dúvida, uma forma de visualizar o problema, sem que se contraponha aos modelos de “círculos concêntricos”, e suas variantes de “intimidade e privacidade” na linha arendtiana proposta por

<sup>31</sup> SANCHES, J. L. Saldanha. A situação actual do sigilo bancário: a singularidade do regime português. **Revista da AGU**, Brasília, a. 02, n. 11, jun. 2001. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/ce/pages/revista/EdEspecial/sigilobancario/EdEspecialInter/EdEspecial\\_Doutrina\\_saldanha.htm](http://www.agu.gov.br/ce/pages/revista/EdEspecial/sigilobancario/EdEspecialInter/EdEspecial_Doutrina_saldanha.htm)>. Acesso em 13/06/2002. p. 11.

<sup>32</sup> Cf., por todos, CASTRO, Aldemário Araújo. A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o fisco preconizada pela lei complementar nº 105/2001. **Jus Navigandi**, Teresina, nº 51, 2001. Disponível em: <[www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id+2220](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id+2220)>. Acesso em 26/05/2002.

<sup>33</sup> SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A quebra do sigilo bancário e o Fisco. In: **Ciclo de Palestras Jurídicas**. Brasília: UNIBANCO/FEBRABAN, 2001. Fornecido por Aldemário Araújo Castro. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br>>, p. 17.

Ferraz Jr. e “intimidade pessoal e intimidade econômica” defendida por Saldanha Sanches.

Muito embora ainda não tenha se pronunciado sobre a matéria nas ADINs interpostas contra a LC n° 105, o Supremo Tribunal Federal emitiu acórdão no julgamento da Medida Cautelar em ADIN n° 1790 que pode ser válido para o deslinde do problema. Na ocasião, tratava de questionamento da constitucionalidade dos chamados “arquivos de consumo”, os conhecidos bancos de dados privados (SPC, SERASA) que são consultados por comerciantes para conhecer a realidade financeira e obrigacional de seus devedores-consumidores. Tendo como Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, o mesmo designado para as ADINs contra a LC n° 105/2001, foi indeferido o pedido constando da ementa o seguinte trecho:

(...) 3. A convivência entre a proteção da privacidade e os chamados arquivos de consumo, mantidos pelo próprio fornecedor de crédito ou integrados em bancos de dados, tornou-se um imperativo da sociedade de massas: de viabilizá-la cuidou o CDC, segundo o molde das legislações mais avançadas: ao sistema instituído pelo Código de Defesa do Consumidor para prevenir ou reprimir abusos dos arquivos de consumo, não de submeter-se as informações sobre os protestos lavrados, uma vez obtidas na forma do edito impugnado e integradas aos bancos de dados das entidades credenciadas à certidão diária de que se cuida: é o bastante a tornar duvidosa a densidade jurídica do apelo da arguição à garantia da privacidade, que há de harmonizar-se à existência de bancos de dados pessoais, cuja realidade a própria Constituição reconhece (art. 5º, LXII, in fine) e entre os quais os arquivos de consumo são um dado inextirpável da economia fundada nas relações massificadas de crédito<sup>34</sup>

Está presente no referido julgamento a linha geral levantada para compatibilizar a restrição ao sigilo bancário com o direito à intimidade, ou seja, a imperatividade de uma sociedade (que Ricardo Lobo Torres bem chama de *sociedade de riscos*<sup>35</sup>) que exige a convivência entre segredo e comunicação, mor-

---

<sup>34</sup> ADIN(MC) n° 1790, STF, Plenário, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, por maioria, julgado em 23/04/1998, fls. 199/200.

<sup>35</sup> Cf. TORRES, Ricardo Lobo. Legalidade Tributária e Riscos Sociais, **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n° 70, ago. 2000, p. 95.

mente se esta última é exclusiva do Banco ao Fisco (o que reforça a idéia de que não há quebra, mas transferência do sigilo).

Também é importante perceber que mesmo que o sigilo bancário seja enquadrado como decorrente do princípio constitucional da intimidade, não seria isto impedimento para se propor uma restrição em casos específicos por decisão exclusivamente administrativa. Primeiramente, não se fala de um sistema sem sigilo bancário algum, mas uma forma de fiscalizar situações em que o titular é suspeito de sonegação ou objeto de processo administrativo com ampla defesa, nos termos do art. 5º, LV da Constituição Federal.

A saída interpretativa para o problema pode ser a *ponderação de interesses*, em que o tabu do sigilo bancário, ainda que protegido pelo direito à intimidade, cede lugar ao interesse público ou, para Ricardo Lobo Torres, ao princípio da transparência fiscal.<sup>36</sup>

Com o recurso à ponderação, aplica-se ao caso a teoria defendida na Alemanha pelo jusfilósofo Robert Alexy. Sinteticamente, podemos depreender que este parte do pressuposto de que as normas jurídicas dividem-se em regras e princípios. As primeiras seriam comandos concretizados, que disciplinam relações restritas e podem ser conflitantes com outras regras. É o conceito genérico, comum e corriqueiro de “norma jurídica”.

Já os princípios tem aplicação geral no sistema normativo. São diretrizes, pautas, comandos amplos *com força normativa* que não podem ser negados. Entendo ainda que os direitos fundamentais seriam elevados à mesma categoria, por sua relevância e inegabilidade perante qualquer outra norma. Pode, sim, e como no caso exposto por Torres, haver *colisão de princípios e/ou direitos fundamentais*, em que eles se relativizariam entre si sem implicar negação de nenhum deles.

Neste ponto, Alexy propõe a adoção da *lei de colisão*, um procedimento decisório em que a ponderação no caso concreto seria racionalizada nos seguintes termos, aqui livremente adaptados com base no autor: “existem os princípios P1 e P2 com características opostas – caso de colisão. Dadas as circunstâncias C, P1 tem precedência sobre P2. Todavia, pode ser que em dado C’, P2 precedesse P1, sendo C o conjunto dos supostos de fato presentes concretamente”.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Cf. TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da transparência no Direito Financeiro. **Revista da AGU**, Brasília, a. 02, n° 15, out. 2001. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/ce/cenovo/revista/05102001RicardoLoboOPrincipio.pdf>>. Acesso em 05/05/2002.

<sup>37</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 90-94.

A tensão entre princípios e a busca por uma resposta para suas colisões no caso da LC n° 105/2001 e do sigilo bancário já foram objeto de consideração no Brasil por parte de Kleber Augusto Tagliaferro. O autor defende em artigo que há uma tensão não apenas entre intimidade e justiça fiscal, mas entre o direito fundamental à liberdade, o princípio da separação dos poderes e a segurança jurídica do cidadão.<sup>38</sup> O mesmo Tagliaferro destaca-se menos pelas conclusões do que por uma sincera observação:

Há que se superar esse trauma do passado, esse temor desarrazoado e exagerado, para se poder encarar a evolução como um fenômeno essencial à viabilização do convívio social-democrático fundado simultaneamente nos primados da igualdade, da liberdade, da solidariedade, da cidadania e, sobretudo, da justiça social.<sup>39</sup>

Há, portanto, várias alternativas de interpretação do sigilo bancário como aspecto do direito à intimidade. Em todas as que foram trabalhadas, mesmo que ainda não sob o confronto direto com os dispositivos legais, a saída proposta pela Lei Complementar n° 105/2001 seria admissível *em tese* e o sigilo bancário poderia ser relativizado em certas circunstâncias e coberto por outras garantias constitucionais no interesse público e da fiscalização tributária. A verificação de ofensa à intimidade, tomada aqui em sentido limitado pela teoria genérica dos “círculos” da privacidade, só pode ser avaliada com a observação específica do regime legal adotado, não sendo viável a mera arguição de inconstitucionalidade pela subtração ao controle judicial prévio.

## **5. SIGILO BANCÁRIO E DEVIDO PROCESSO LEGAL**

A Lei Complementar n° 105/2001 e a disciplina que ela traz ao gerenciamento de dados bancários também pode ser confrontada com o art. 5°, LIV e LV da Constituição de 1988, que consagra a instituição do *devido processo legal*.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Cf. TAGLIAFERRO, Kleber Augusto. A Constituição Federal e a Lei do Sigilo Bancário: Tensão entre Princípios. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n° 66, mar. 2001, p. 71.

<sup>39</sup> Idem, *ibidem*, p. 75.

<sup>40</sup> “LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

Segundo Luís Roberto Barroso, o devido processo legal teve no direito norte-americano uma de suas principais fontes inspiradoras. Foi na Suprema Corte americana onde se construiu uma idéia mais ampla do *due process of law*. Lá tanto se consagrou o direito ao processo, ao respeito às formas e garantias procedimentais como direitos civis do cidadão (*procedural due process*) como se abriu um grande espaço para exames do mérito administrativo, por meio o controle substantivo da razoabilidade das decisões (*substantive due process*).<sup>41</sup>

Na bibliografia brasileira, no entanto, as menções ao devido processo legal são mais freqüentemente relacionadas ao aspecto procedimental, uma vez que a tese alemã da proporcionalidade representada por Robert Alexy acaba por atrair maior adesão.<sup>42</sup> Nesse aspecto específico é que surgem as críticas sobre a violação supostamente promovida pela LC n° 105/2001 ao *due process*, em especial seus corolários do contraditório e da ampla defesa.

Ao debater sobre a Lei Complementar n° 105/2001, Rogério Lima alega sua inconstitucionalidade justamente por ser ela ofensiva ao devido processo legal. Segundo o autor, a exceção ao sigilo bancário não pode ser feita arbitrariamente, havendo um imperativo de que a “quebra” seja realizada sob o devido processo legal em sentido material e substancial.<sup>43</sup>

Melissa Folmann defende radicalmente a tese de que a mudança legislativa ocasionou uma ruptura total com os ditames do devido processo legal, afirmando que a confusão entre as tarefas de “investigar” e “julgar” extingue na prática o direito dos indivíduos serem processados segundo tramites previstos em lei. Diz a autora:

Suprimir do cidadão o direito de ser analisado de acordo com os trâmites legais por órgão investido nessa competência, é colocá-lo à disposição da investigação, acusação, julgamento e condenação pela Receita Federal, por órgão de administração, sem um terceiro, no caso o Judiciário. É

<sup>41</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 209-211.

<sup>42</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 356 e ss.

<sup>43</sup> Cf. LIMA, Rogério. Pode o Fisco, por autoridade própria, quebrar o sigilo bancário do contribuinte? **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, a. 8, n. 34, set/out. 2000, p. 149.

dar poder de julgamento àquele que culpa. Está se colocando num mesmo patamar o acusador e o julgador, voltamos à época das Inquirições em pleno III Milênio.<sup>44</sup>

Exageros à parte, a posição de Folmann pode ser contraposta a de Denise Lucena Cavalcante, pois na opinião desta “a LC n° 105/2001 traçou minuciosamente o procedimento administrativo a ser seguido pelas autoridades fazendárias no caso de necessidade de acesso a conta bancária do cidadão, ficando os atos administrativos limitados pelas regras legais e pelos princípios constitucionais”.<sup>45</sup>

Mesmo sem adentrar no exame detalhado dos dispositivos da Lei Complementar n° 105/2001 e dos Decretos regulamentadores, por uma simples observação podemos perceber que o argumento da pura e simples supressão do devido processo legal é pouco sólido. Tais críticas não podem ser feitas *in abstracto*, mas tão-somente com o confronto específico com um determinado conjunto de proposições normativas. Só assim é possível saber se há uma previsão legal de procedimentos decisórios e instrutórios, abertura para contraditório e condições de respeito ao direito de ampla defesa e publicidade ao indivíduo prejudicado.

É também relevante à observação feita por Robert Alexy, que relaciona o devido processo legal (chamado por ele de *normas de organização e procedimento*) com uma visão mais ampla, que o vê de acordo com a obtenção de um resultado maior, que é a proteção a direitos fundamentais. Consta da tradução espanhola de sua obra *Theorie der Grundrechte*:

Los procedimientos son sistemas de reglas y/o principios para la obtención de un resultado. Si el resultado es logrado respetando las reglas y/o los principios, entonces, desde el aspecto procedimental presenta una característica positiva. Si no es obtenido de esta manera, entonces es defectuoso desde el punto de vista procedimental y, por ello, tiene una característica negativa. Este concepto amplio de procedimiento abarca todo que lo

---

<sup>44</sup> FOLMANN, Melissa. **Sigilo Bancário e Fiscal: à Luz da LC 105/2001 e do Decreto 3724/2001**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 109.

<sup>45</sup> CAVALCANTE, Denise Lucena. Sigilo Bancário e o Devido Processo Legal. **Revista da AGU**, Brasília, Edição Especial, 2002. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/ce1/Pages/Revista/Artigos/0504Denise.pdf>>. Acesso em 13/06/2002.

car bajo la fórmula ‘realización y aseguramiento de los derechos fundamentales a través de la organización y el procedimiento.’<sup>46</sup>

Nas informações prestadas na ADIN n° 2390 pela Advocacia-Geral da União, o consultor André Serrão Borges de Sampaio levou à apreciação do Supremo Tribunal Federal esta reflexão, afirmando:

É indubitável, destarte, que o respeito aos direitos à organização e ao procedimento deve ser perquirido em face das normas que se editarem para o fim de introduzir-se a proteção a direitos fundamentais. De fato, somente o exame do conteúdo das concretas normas de organização e procedimento editadas é que haverá de permitir uma conclusão segura acerca da consistência da normação editada com os direitos fundamentais a tutelar<sup>47</sup>

Com efeito, é procedente a argumentação da AGU e em consonância com a interpretação dada por Alexy, pois é impossível afirmar categoricamente que uma lei está violando o devido processo legal apenas por dispensar a ordem judicial (não afastando em nenhum momento o *controle judicial*), aumentar o poder de fiscalização do Fisco (previsto pelo art. 145, § 1ª da CF/88) e demonstrar um “fortalecimento” do Poder Executivo. É, portanto, essencial o detalhamento das proposições normativas da Lei Complementar n° 105/2001 e a comparação com os argumentos acima desenvolvidos, para que se verifique ou não a ofensa a direitos fundamentais. Mais especificamente, deve-se verificar se os acórdãos selecionados do TRF da 5ª Região foram capazes de empreender tal tarefa.

## **6. A LEI COMPLEMENTAR N° 105/2001 E A EXPERIÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO ENTRE 2001 E 2003: DA REJEIÇÃO AO ACOLHIMENTO PACÍFICO**

Após a promulgação da Lei Complementar n° 105/2001 em 10 de janeiro de 2001, a questão do sigilo bancário no Brasil sofreu uma mudança substan-

<sup>46</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 457-458.

<sup>47</sup> AGU. *Informações n° AGU/AS-07/2001*. Processo n° 01.00299/2001-81, prestadas na ADIN n 2.390. Subscritas por André Serrão Borges de Sampaio, p. 33.

cial, haja vista a discrepância entre a nova disciplina e aquela prevista na Lei nº 4.595/64. A leitura do seguinte trecho deixa clara qual era o antigo limite à verificação de dados bancários:

Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. (...)

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente. (...)

Comparativamente, o art. 6º da LC 105/2001 reescreve o art. 38, §5º da Lei nº 4.595/64 com um complemento essencial: não apenas o processo judicial, mas também o administrativo-fiscal pode ensejar a requisição de informações; e a autoridade *administrativa* (e não apenas a judicial) pode decidir pela sua necessidade. Logo, com a referida mudança, abriu-se na legislação a alternativa de uma quebra do sigilo bancário requisitável no curso de um processo administrativo-fiscal, pela própria administração tributária, e sem um necessário controle judicial prévio. Com efeito:

Art 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

O banco de dados eletrônico do Conselho da Justiça Federal, que publica na Internet as ementas de acórdãos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos Tribunais Regionais Federais<sup>48</sup>, indica que apenas em dezembro de 2001 houve manifestação colegiada do TRF da 5ª Região sobre a possibilidade de quebra do sigilo bancário com base nos novos preceitos da Lei Com-

---

<sup>48</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Disponível em <<http://www.cjf.gov.br/jurisp/juris.asp>>. Acesso em 23/02/2005.

plementar nº 105/2001. No Agravo de Instrumento nº 38.284/RN, a Quarta Turma, em consonância com o voto do Desembargador Federal Relator Napoleão Nunes Maia Filho, deferiu por maioria pedido liminar para impedir o fornecimento de informações sobre movimentação financeira ao Fisco sem ordem judicial. Assim foi ementado o acórdão:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. LC 105/2001. IMPOSSIBILIDADE DE SE CONFERIR À AUTORIDADE ADMINISTRATIVA A COMPETÊNCIA PARA A QUEBRA DO SIGILO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

1. A exclusão da garantia constitucional do sigilo bancário deve sempre depender de prévia autorização judicial específica porque somente o juiz é que tem o dever de imparcialidade, requisito que não se encontra na decisão administrativa da autoridade fiscal, legitimamente interessada (parcial) no resultado do processo e, mais que isso, também a responsável pela sua condução, criando um contexto em que a defesa da outra parte (contribuinte) se desenvolve em faixa de extrema exigüidade.

2. A Carta Magna contempla a quebra dos sigilos constitucionais somente para fins de investigação criminal e instrução processual penal (art. 5o., XII), estando fora desses âmbitos os processos e procedimentos administrativos, revelando-se um certo descompasso entre o art. 6o. da LC 105/2001 e o referido item da Constituição.

3. Tutela recursal liminar deferida.<sup>49</sup>

Muito embora a ementa demonstre com clareza que foram aceitas tanto a tese da inconstitucionalidade como da “reserva constitucional de jurisdição”, é oportuno frisar duas coisas. A primeira é que não há uma consolidação firme em afirmar o sigilo bancário como direito fundamental ou mesmo absoluto, o que indica a ausência dos elementos doxográficos anteriormente analisados. A segunda e mais interessante para o momento é a observação de que o julgamento foi por maioria, em face da discordância do Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria.

<sup>49</sup> AGTR nº 38.284/RN, TRF/5º, Quarta Turma, Rel. Des. Fed. Napoleão Nunes Maia Filho, por maioria, julgado em 18/12/2001, fl. 63.

Enquanto o Desembargador Napoleão Maia Filho afirma no corpo do voto que a quebra do sigilo bancário “deve ser sempre precedida de consistente fundamentação judicial, sob a pena de se banalizar a exceção, rotinizar o procedimento extremo e retirar do instituto o que ele tem de incomum e extraordinário, raro”<sup>50</sup>, o Desembargador Luiz Alberto sintetiza seu posicionamento no seguinte trecho do voto:

Não há, em princípio, que se falar em violação ao direito de privacidade porque as informações obtidas serão conservadas em sigilo. Ademais, deparando-se o fisco com indícios de prática de atos ilegais por parte do contribuinte, há um evidente interesse público em que possa ele, com amparo no ordenamento jurídico, tomar as providências necessárias.<sup>51</sup>

A mesma Quarta Turma deu provimento a outro recurso interposto por particular, dessa vez sob a relatoria do Desembargador Federal José Baptista de Almeida Filho e com nova irrisignação do Desembargador Luiz Alberto Gurgel de Faria. O primeiro afirma, em seu voto condutor:

Evoluindo do conceito inicial de que o Fisco poderia quebrar o sigilo bancário das pessoas, desde que não o fizesse publicamente, mas apenas para os desideratos, fiscais, entendo que tem prioridade na Constituição da República Federativa do Brasil os direitos dos cidadãos, até porque o cidadão não vive para o Estado. O Estado é que existe para defesa dos cidadãos.<sup>52</sup>

O segundo reitera, de modo mais claro que no primeiro processo examinado, a afirmação de que não há quebra de sigilo, mas tão-somente transferência das informações de uma entidade privada a outra pública, ambas submetidas ao dever de segredo.

---

<sup>50</sup> AGTR nº 38.284/RN, TRF/5ª, Quarta Turma, Rel. Des. Fed. Napoleão Nunes Maia Filho, por maioria, julgado em 18/12/2001, fl. 66

<sup>51</sup> AGTR nº 38.284/RN, TRF/5ª, Quarta Turma, Rel. Des. Fed. Napoleão Nunes Maia Filho, por maioria, julgado em 18/12/2001, fl. 73.

<sup>52</sup> AGTR nº 37.028/SE, TRF/5ª, Quarta Turma, Rel. Des. Fed. José Baptista de Almeida Filho, por maioria, julgado em 26/02/2002.

Ocorre que a mesma Quarta Turma, em composição distinta da inicial, alterou seu entendimento para acolher por unanimidade a posição do Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. O julgamento da Apelação Cível nº 312.380/SE em 1º de julho de 2003 pode sem dúvida ser considerado como um marco decisivo em favor da constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001. Segue-se, portanto, sua ementa:

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CUSTOS LEGIS. ART. 82, III, DA CF/88. DESNECESSIDADE. INTERESSE DO PARTICULAR. SIGILO BANCÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. INFORMAÇÕES PRESTADAS POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA À RECEITA FEDERAL, RELATIVAS À CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO OU TRANSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA - CPMF. ART. 11, DA LEI Nº 9.311, DE 24.10.1996, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 10.174, DE 09.01.2001. LEI COMPLEMENTAR Nº 105, DE 10.01.2001. DECRETO Nº 3.724, DE 10.01.2001. SIGNIFICÂNCIA DO VOLUME DA MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA DO CONTRIBUINTE, A despeito da AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS INCISOS X E XII, DO ART. 5º, DA CF/88. AUTORIZAÇÃO CONTIDA NO ART. 145, PARÁGRAFO 1º, DA CF/88. APLICAÇÃO IMEDIATA DE NORMA PROCEDIMENTAL. CUMPRIMENTO DAS FORMALIDADES LEGAIS.

1. A intervenção do Ministério Público, como fiscal da lei, segundo a dicção da parte final do inciso III, do art. 82, da CF/88, se justifica apenas quando a demanda envolve interesse público, que se evidencia pela natureza da lide ou pela qualidade da parte. Cuidando-se, *in casu*, de interesse nitidamente particular do contribuinte, mostra-se desnecessária a oitiva do *parquet*. Preliminar rejeitada.

2. Do art. 5º, X e XII, da CF/88 não é possível extrair a existência de um direito constitucional ao sigilo bancário. No respeitante ao inciso X, é de se considerar que a proteção constitucional à privacidade (intimidade, vida privada, honra e imagem) dirige-se à liberdade individual de ser, es-

tar e agir, alcançando a esfera exclusiva da pessoa, ou seja, o campo da personalidade que concentra informações de interesse unicamente do seu titular ou de um grupo de convivência estreita. As informações abarcadas pelo direito à privacidade são, assim, destituídas de repercussão social. As informações bancárias, por outro lado, a par de se referirem à propriedade e não à liberdade, não são compatíveis com a idéia de privacidade, na medida em que dizem respeito a distintas esferas de interesse: a do cliente da instituição financeira (pois são, de certo modo, manifestação do seu patrimônio material), a da própria instituição financeira (vinculadas que estão à captação de poupança) e a da coletividade (tendo em conta que são unidades composicionais do sistema bancário e econômico). Quanto ao inciso XII, garante ele a inviolabilidade do sigilo de comunicação dos dados e não a inacessibilidade aos próprios dados (segundo a melhor doutrina, os dados referidos na CF/88 são os dados informáticos: elementos de informação armazenados ou transmitidos por meios automáticos). Outra não poderia ser a conclusão, sob pena de inviabilizar qualquer tipo de investigação pautada na colheita de dados.

3. Ainda que se considere que o sigilo bancário encontra sede no texto constitucional – como espécie, seja do direito à privacidade, seja do direito à inviolabilidade do sigilo de dados -, não há como se admitir seja ele um direito absoluto. Sendo, o ordenamento jurídico, um conjunto coeso de normas amparadoras de diversos bens, no âmbito do qual não se tolera incongruidades, sob pena de esfacelamento da própria idéia de direito, devem ser afastadas as concepções absolutistas. “A determinação do âmbito de proteção de um direito pressupõe necessariamente a equação com outros bens, havendo possibilidade de o núcleo de certos direitos, liberdades e garantias poder vir a ser relativizado em face da necessidade de defesa destes outros bens” (Canotilho). Assim, privacidade e sigilo de dados são passíveis de relativização, quando forem invocados de forma a ameaçar ou macular outros bens constitucionalmente protegidos. No caso, impor-se-á o sopeso de bens e interesses.

4. O sigilo bancário não se superpõe ao interesse público, considerado mesmo o princípio - imanente à ordem jurídica – da prevalência do interesse público sobre o interesse privado. Significa dizer que a proteção outorgada, pelo ordenamento jurídico, ao sigilo bancário não pode ser manipulada como impediente à concretização do interesse coletivo ou como instrumento destinado ao encobrimento de comportamentos ilícitos.

5. A legislação em exame - art. 11, da Lei nº 9.311/96, com a redação dada pela Lei nº 10.174/2001, e a LC nº 105/2001 - não contém excessos, bem como não extrapolou os limites constitucionalmente fixados. Muito ao contrário, apreende-se a concretização de disposição explícita da Constituição Federal (parágrafo 1º, art. 145) e constata-se a preocupação do legislador com a particularização do procedimento e a definição dos elementos informativos a que deve ter acesso a administração tributária.

6. O alcance, pelo fisco, das informações bancárias dos contribuintes prescinde de autorização judicial. A permissão para o acesso aos valores globais referentes à CPMF encontra-se na lei nº 9.311/96. De outro lado, a possibilidade de utilização desses dados pela receita federal, para fins de instauração de procedimento Administrativo, destinado a verificar a existência de crédito tributário, está assente na lei nº 10.174/2001 e presumido mesmo no parágrafo 1º, do art. 145, da CF/88. Nenhuma lógica ou utilidade teria admitir à administração tributária o acesso às informações bancárias do contribuinte - ou, como diz o texto constitucional, identificar “o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes” -, se tais elementos informativos não pudessem ser destinados à efetivação das funções que a eles são associadas (demonstração da capacidade econômica do contribuinte e promoção da igualdade tributária).

7. Não merece acolhida a alegação de que a Lei nº 10.174/2001 estaria sendo aplicada de modo retroativo, com ultraje ao princípio da irretroatividade das leis, por fundamentar procedimento fiscal concernente ao Imposto de Renda Pessoa Física com período de apuração referente ao ano de 1998. Note-se que o referido diploma legal disciplina o procedimento de fiscalização e não os fatos econômicos que deverão ser examinados. Trata-se de regra procedimental que tem aplicação imediata, diferentemente da norma material (atinentes à criação ou majoração de tributos, à fixação de penalidades), em relação a qual se impõe a proibição de retroação. Não se vislumbra prejuízo à coisa julgada, a direito adquirido ou a ato jurídico perfeito. O contribuinte não tem direito adquirido a uma forma específica de fiscalização. Não se diga, ainda, que o procedimento instituído é perdidoso ao contribuinte, de modo que a lei não poderia ser utilizada para fins de fiscalização quanto a fatos pretéritos a sua edição. A Lei nº 10.174/2001 não ocasiona lesão ao contribuinte, fixa procedimento técnico. Não há, na sua aplicação, presunção de culpa do contribuinte

quanto à eventual não recolhimento de tributos. Tanto que o fisco, uma vez conhecidas as informações bancárias, promove o chamamento do contribuinte para que ele possa esclarecer a administração.

8. Não comprovada a ocorrência de maltrato ao processo legislativo, constitucionalmente regido, que culminou com a edição da LC nº 105/2001. Presunção de constitucionalidade formal e material não obnubilada.

9. Não houve enxovalho à intimidade ou à vida privada. Nos documentos coligidos aos autos são apontados apenas valores globais. Não são indicadas preferências pessoais, opções de compras, relacionamentos íntimos. Demais disso, aos referidos dados não foi dada publicidade. As informações em comento, embora não amparadas pelo sigilo bancário, estão albergadas pelo sigilo fiscal. A lei cuidou de impor - inclusive com descumprimento apenado - o resguardo de tais informações contra a indiscrição de terceiros.

10. A razoabilidade, a proporcionalidade e a indispensabilidade do ato reputado coator estão evidenciadas pelo fato de que, a despeito de não ter apresentado declaração de imposto de renda, a contribuinte movimentou, apenas no ano de 1998, a significativa quantia de quase dois milhões de reais.

11. Pelo não provimento da apelação.<sup>53</sup>

Além de firmar uma posição mais detalhada contra as alegações de inconstitucionalidade do art. 6º da LC nº 105/2001, o Desembargador Francisco Cavalcanti elenca vários argumentos de diferentes naturezas. Tanto sustenta a relatividade de qualquer direito em face do interesse público – o que por si autoriza a utilização de meios administrativos para a obtenção de informações bancárias – como também salienta a inexistência de ofensa à intimidade do então recorrente, visto que “não são indicadas preferências pessoais, opções de compras ou relacionamentos íntimos”. O acesso do Fisco restringe-se aos montantes globais de movimentação financeira, o que afigura a proporcionalidade da medida segundo o mencionado relator.

Pouco menos de um mês após o julgamento da AC nº 312.380/SE o Desembargador Federal Lázaro Guimarães acolhe arguição de inconstitucio-

---

<sup>53</sup> AC nº 312.380/SE, TRF/5ª, Quarta Turma, Rel. Francisco Cavalcanti, por unanimidade, julgado em 01/07/2003.

nalidade na Apelação em Mandado de Segurança nº 80.861/PE, o que remete o feito para o Plenário do TRF/5º. A decisão teria um forte efeito sobre o entendimento do Tribunal, por contar com a participação dos membros das quatro Turmas julgadoras.

O Desembargador, muito embora por um caminho diferente, concluiu pela constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, no que foi seguido por todos à exceção do Desembargador Napoleão Maia Filho. Em seu voto, afirmou que

Trata-se, pois, de aparelhar o Estado de instrumentos de combate à evasão tributária e à prevenção e repressão de sonegação tributária, o que implica em sobrepor-se relevante interesse público ao também relevante, mas de dimensão que, aplicado o princípio da proporcionalidade, deve ceder às finalidades primordiais do estado democrático de direito.<sup>54</sup>

Assim foi ementado o referido julgamento:

Constitucional. Requisição pela Receita Federal de informações sobre movimento bancário de empresa. Arguição de inconstitucionalidade do art. 11, § 3º da Lei nº 9.311/96 e do art. 5º, §§ 4º e 5º da Lei Complementar nº 105/2001. Razoabilidade dos poderes conferidos à autoridade fiscal. Constitucionalidade dos dispositivos questionados.<sup>55</sup>

A consolidação do Plenário apenas confirmou a tendência do TRF/5ª em, nos acórdãos analisados, concluir que em tese é possível a quebra administrativa do sigilo bancário nos termos da LC nº 105/2001. Se o quantitativo de processos referentes ao tema até então foi pequeno, segundo consulta ao banco de dados eletrônico do Conselho de Justiça Federal, é interessante perceber o aumento no número de ementas registradas entre agosto e dezembro de 2003. Não apenas a Quarta Turma seguiu seu entendimento pioneiro como as demais

<sup>54</sup> Arguição de Inconstitucionalidade na AMS nº 80.861/PE, TRF/5ª, Plenário, Rel. Lázaro Guimarães, por maioria, julgado em 06/08/2003, fl. 159.

<sup>55</sup> Arguição de Inconstitucionalidade na AMS nº 80.861/PE, TRF/5ª, Plenário, Rel. Lázaro Guimarães, por maioria, julgado em 06/08/2003, fl. 163.

também emitiram posições similares, em julgamentos relatados por Desembargadores convocados e permanentes.<sup>56</sup>

A instabilidade verificada entre o segundo semestre de 2002 e o primeiro semestre de 2003 não ocorreu no curso de 2004. Segundo pesquisa no mesmo banco de dados do CJF, o entendimento firmado pelo Plenário repetiu-se em todos os julgados, embora os argumentos utilizados tenham sido por vezes diferentes.<sup>57</sup>

## **7. CONCLUSÕES**

O confronto entre a revisão da literatura sobre a Lei Complementar nº 105/2001, em especial a publicada no ano subsequente à sua promulgação, e a jurisprudência do TRF/5ª entre 2001 e 2003 oferece respostas que podem ser divididas em dois momentos distintos.

Com base na observação da literatura pesquisada, é possível concluir que, muito embora a maioria dos autores incline-se a apontar inconstitucionalidades na quebra administrativa do sigilo bancário preconizada pela LC nº 105/2001, existe maior coerência na corrente que a admite. Isso porque ela parte de uma premissa básica, que termina por conduzir à aceitação das demais: o sigilo bancário não é absoluto, podendo ser relativizado nas hipóteses que o ordenamento jurídico o autorize. Não haveria como imaginar uma proteção tão grande que não considerasse o interesse público, a investigação criminal ou o controle judicial.

Nesse mesmo sentido, admite-se que o sigilo de informações bancárias não está protegido pelo “sigilo de dados”, mencionado no art. 5º, XII da Constituição Federal de 1988, até porque a interpretação mais aceitável é a de que este dispositivo protege o sigilo de *comunicação de dados*, não o objeto. Le-

---

<sup>56</sup> REO nº 80.357/PE, TRF/5ª, Quarta Turma, Rel. Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel de Faria, por unanimidade, julgado em 19/08/2003; AMS nº 79.016/RN, TRF/5ª, Quarta Turma, Rel. Des. Fed. Hélio Sílvio Ourem Campos (convocado), julgado em 17/09/2003; AMS 79.595/RN, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Walter Nunes da Silva Júnior (convocado), por unanimidade, julgado em 30/09/2003; AMS nº 86.741/CE, TRF/5ª, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Paulo Machado Cordeiro (convocado), por unanimidade, julgado em 18/12/2003; AMS nº 78.584/RN, TRF/5ª, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Paulo Gadelha, por unanimidade, julgado em 13/11/2003;

<sup>57</sup> Como exemplo, cf. AGTR nº 53.138/PB, TRF/5ª, Primeira Turma, Rel. Des. Fed. Francisco Wildo, por unanimidade, julgado em 17/05/2004; AGTR nº 55.304/PE, TRF/5ª, Quarta Turma, Rel. Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel de Faria, por unanimidade, julgado em 29/06/2004.

vado ao extremo, o entendimento contrário terminaria por deferir a todos os contribuintes o direito a não fornecer qualquer dado pessoal ou patrimonial à Administração, criando uma espécie de “individualidade esquizofrênica” inviável pelos moldes de uma Constituição republicana.

Também não é o sigilo bancário um direito fundamental decorrente da proteção à intimidade, do art. 5º, X da Constituição. É na verdade um elemento da vida privada e negocial de pessoas físicas e jurídicas, ligado mais a *propriedade* que a *privacidade* humana. Considera-se a intimidade uma esfera restrita da vida privada, formada pelos direitos e necessidades para o pleno desenvolvimento humano com dignidade (art. 1º, III, CF). Logo, pode ser restrito e disciplinado por lei.

Certamente é integrante da vida privada, sendo esta um direito fundamental. No entanto, com base na idéia de “círculos concêntricos” de sua proteção, aquele pode ser relativizado em casos excepcionais, por sua relevância social para o Fisco e a atividade tributária do Estado. Na verdade, essa relativização, quando sob a forma da Lei Complementar nº 105/2001, assemelha-se mais a uma transferência de sigilo bancário para fiscal do que uma “quebra”, no sentido comum da palavra.

E, mesmo que se considerasse o sigilo como direito fundamental à livre iniciativa, vida privada ou até mesmo à intimidade, o mesmo poderia ser relativizado pela administração tributária nos termos da Lei Complementar nº 105/2001. Afirma-se isso com base na proposta de *ponderação de interesses* e *colisão de princípios*, pois nos casos previstos pela LC nº 105/2001 haveria uma prevalência do interesse público sobre o privado sem ofensa ou supressão de direito fundamental.

Ao examinarmos a jurisprudência formada pelo TRT/5ª no período delimitado, percebe-se que houve uma associação inicial à posição dominante na literatura da época sobre o tema, em especial quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 38.284/RN relatado pelo Desembargador Federal Napoleão Nunes Maia Filho. Mas também é possível afirmar que o desenvolvimento dado aparentemente passa à margem das discussões em voga, não fazendo menção a nenhum dos autores que defendiam a inconstitucionalidade da LC nº 105/2001.

A posição construída a partir do entendimento do Desembargador Francisco Queiroz, muito embora tenha abordado de modo eficiente o problema pela exposição clara dos principais argumentos pró-constitucionalidade, também não menciona a literatura pesquisada. O exame conjunto dos dois posicionamentos demonstra a pouca influência do debate teórico sobre a atuação prá-

tica dos Desembargadores, que optaram por uma análise em termos ora amplos (respeito à proporcionalidade, prevalência do interesse público), ora específicos (valores envolvidos no processo, ausência de violação à intimidade no caso concreto). Conclui-se portanto que ambas as correntes surgidas entre os tributaristas sobre o assunto não foram decisivas para o deslinde da matéria no Tribunal.

Observa-se ainda que, após o primeiro impacto, a tese da constitucionalidade da LC 105/2001 ganhou espaço e os precedentes impediram a proliferação de decisões contrárias. Para tanto, o TRF/5ª utilizou-se intensamente da menção a decisões de outros Tribunais Regionais Federais, sem no entanto comentar as decisões colacionadas.<sup>58</sup>

Por fim, é importante salientar que a consolidação do entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por força julgamento em Plenário da Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança nº 80.861/PE e observada em conjunto com demais precedentes similares dos outros TRFs, criou uma forte tendência em prol da constitucionalidade da quebra administrativa do sigilo bancário prevista pela Lei Complementar nº 105/2001. Inobstante a forte rejeição por parte dos tributaristas, esta tese provavelmente será acolhida pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade mencionadas, com a prevalência dos precedentes regionais.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

---

<sup>58</sup> AC nº 312.380/SE, TRF/5ª, Quarta Turma, Rel. Francisco Cavalcanti, por unanimidade, julgado em 01/07/2003.

- CASTRO, Aldemário Araújo. A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o fisco preconizada pela lei complementar n° 105/2001. **Jus Navigandi**, Teresina, n° 51, 2001. Disponível em: <[www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id+2220](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id+2220)>. Acesso em 26/05/2002.
- CAVALCANTE, Denise Lucena. Sigilo Bancário e o Devido Processo Legal. **Revista da AGU**, Brasília, Edição Especial, 2002. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/ce1/Pages/Revista/Artigos/0504Denise.pdf>>. Acesso em 13/06/2002.
- CRETELLA JR., José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 3ª edição, 1º volume. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DELGADO, José Augusto. O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, a. 4, n. 13, pp. 13-52, jul/set. 2001.
- FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Palestra proferida no Simpósio Internacional sobre Sigilo Bancário, promovido pelo Centro de Estudos Victor Nunes Leal. Brasília, 2001. Disponível em <<http://www.agu.gov.br>>.
- \_\_\_\_\_. Sigilo Bancário. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, a. 4, n. 14, pp. 13-27, out/dez. 2001.
- \_\_\_\_\_. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites a função fiscalizadora do Estado. **Revista da AGU**, Brasília, Edição Especial, 2002. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/ce/pages/revista/EdEspecial/sigilobancario/EdEspecialNacional/EdEspecial\\_Doutrina\\_Tercio.htm](http://www.agu.gov.br/ce/pages/revista/EdEspecial/sigilobancario/EdEspecialNacional/EdEspecial_Doutrina_Tercio.htm)>. Acesso em 13/06/2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2ª edição, 1º volume. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FOLMANN, Melissa. **Sigilo Bancário e Fiscal: à Luz da LC 105/2001 e do Decreto 3724/2001**. Curitiba: Juruá, 2001.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2000.
- LIMA, Rogério. Pode o Fisco, por autoridade própria, quebrar o sigilo bancário do contribuinte? **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, a. 8, n. 34, pp. 146-156, set/out. 2000.

- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inconstitucionalidades da Lei Complementar nº 105/2001. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, a. 4, n. 11, pp. 31-38, jan/mar. 1997.
- MELO, José Eduardo Soares de. In: AAVV. **Direitos Fundamentais do Contribuinte**. São Paulo: RT e Centro de Extensão Universitária, 2000.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário**. São Paulo: Forense, 1985.
- PINTO FERREIRA, Luís. **Comentários à Constituição Brasileira**. 1º volume. São Paulo: Saraiva, 1989.
- ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo Bancário e Direito à Intimidade**. Curitiba: Juruá, 2001.
- SANCHES, J. L. Saldanha. A situação actual do sigilo bancário: a singularidade do regime português. **Revista da AGU**, Brasília, a. 02, n. 11, jun. 2001. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/ce/pages/Revista/EdEspecial/sigilobancario/EdEspecialInter/EdEspecial\\_Doutrina\\_saldanha.htm](http://www.agu.gov.br/ce/pages/Revista/EdEspecial/sigilobancario/EdEspecialInter/EdEspecial_Doutrina_saldanha.htm)>. Acesso em 13/06/2002.
- SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A quebra do sigilo bancário e o Fisco. **Ciclo de Palestras Jurídicas**. Brasília: UNIBANCO/FEBRABAN, 2001. Fornecido por Aldemário Araújo Castro. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br>> .
- \_\_\_\_\_. Relativizar o sigilo bancário em face da Administração Tributária. **Revista da AGU**, Brasília, Edição Especial, 2002. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/ce/pages/revista/EdEspecial/sigilobancario/EdEspecial-Nacional/0506OthonRelativiza.pdf>>. Acesso em 13/06/2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCAFF, Fernando Facury. Sigilo Fiscal e Reserva de Jurisdição. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, nº 71, pp. 60-71, ago. 2001.
- TAGLIAFERRO, Kleber Augusto. A Constituição Federal e a Lei do Sigilo Bancário: Tensão entre Princípios. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, nº 66, pp. 67-75, mar. 2001.
- TORRES, Ricardo Lobo. Legalidade Tributária e Riscos Sociais, **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, nº 70, pp. 95-112, ago. 2000.

\_\_\_\_\_. O princípio da transparência no Direito Financeiro. **Revista da AGU**. Ano 02, n° 15, out. 2001. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/ce/ce-novo/revista/05102001RicardoLoboOPrincipio.pdf>>. Acesso em 05/05/2002.

WALD, Arnoldo. Sigilo Bancário e Direitos Fundamentais. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, a. 6, n. 22, pp. 15-31, mar. 1998.



**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](mailto:graficabarreto@zaz.com.br)

