

Revista
ESMAFE

Escola de Magistratura
Federal da 5a. Região

TRF 5a. Região
Recife – Pernambuco
Nº 7 – 2004

EDITORIA

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

IMPRESSÃO

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

TIRAGEM

1.000 exemplares

CAPA

André Gonçalves Garcia

REVISTA ESMAFE – 5a.

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

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

DIRETORIA

**LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Diretor
Desembargador Federal**

**JOANA CAROLINA LINS PEREIRA - Vice-Diretora
Juíza Federal**

CONSELHO EDITORIAL

**Des. Federal Ridalvo Costa
Des. Federal Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria
Juiz Federal Edilson Pereira Nobre Júnior**

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5a. REGIÃO

DESEMBARGADORES FEDERAIS

MARGARIDA DE OLIVEIRA CANTARELLI
Presidente

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
Vice-Presidente

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Corregedor Regional

RIDALVO COSTA

PETRUCIO FERREIRA DA SILVA

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS

UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE

FRANCISCO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI
Diretor da Revista

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Diretor da ESMAFE

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA

FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS

MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS

Sumário

Editorial.....	7
Ecos do II Encontro Regional dos Juízes Federais da 5ª Região	9
Abertura do II Encontro Regional de Juízes Federais da 5ª Região	11
<i>Desembargadora Federal Margarida de Oliveira Cantarelli</i>	
Pronunciamento de Abertura do II Encontro Regional de Juízes Federais da 5ª Região	15
<i>Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria</i>	
Aspectos Processuais da Reforma do Judiciário	19
<i>Desembargador Federal Marcelo Navarro Ribeiro Dantas</i>	
A Implantação dos Juizados Virtuais na 5ª Região	43
<i>Juiz Federal Rogério de Menezes Fialho Moreira</i>	
Algumas Notas Sobre o Sistema Recursal dos Juizados Especiais Federais Cíveis	61
<i>Juiz Federal Francisco Antônio de Barros e Silva Neto</i>	
A Técnica dos Acordos na Justiça Federal	73
<i>Juiz Federal Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva</i>	
Audiências de Conciliação no SFH	87
<i>Presidente da EMGEA Doutor Gilton Pacheco</i>	
ARTIGOS	93
Execução de Sentença: O Projeto e suas Contradições	95
<i>Desembargador Federal Lásaro Guimarães</i>	
Das Penas Alternativas	99
<i>Desembargador Federal Paulo Gadelha</i>	
Tribunal Constitucional do Brasil: Novo Paradigma do Poder Moderador	109
<i>Desembargador Federal Francisco Wildo Lacerda Dantas</i>	
Seguridade Social e Cidadania (Notas Sobre a Atuação do Poder Judiciário)	127
<i>Juiz Federal Edilson Pereira Nobre Júnior</i>	

Isonomia Constitucional. Igualdade Formal Versus Igualdade Material	143
<i>Juiz Federal José Helvesley</i>	
Princípio da Precaução e Recursos Hídricos	165
<i>Juiz Federal Luís Praxedes Vieira da Silva</i>	
Da Constitucionalidade da Tributação dos Inativos, Estabelecida por Meio da Emenda Constitucional nº 41/2003, à Luz da Jurisprudência do STF	177
<i>Juiz Federal Paula Emília Moura Aragão de Sousa Brasil</i>	
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Questões em Torno da Lei nº 9.882/99	191
<i>Juiz Federal Jailsom Leandro de Sousa</i>	
O Poder de Reforma da Constituição.O Caso Brasileiro em Comparação	239
<i>Juíza do Trabalho Substituta Carla Santina de Souza Rodrigues</i>	
Contribuição ao Estudo da Natureza Jurídica dos Pronunciamentos Vinculantes do Supremo Tribunal Federal	253
<i>Procurador Regional da República Rogério Tadeu Romano</i>	
A Exigência do Depósito Prévio é Constitucional?	271
<i>Técnico Judiciário Paulo Sérgio Morais Barbosa</i>	
Considerações Sobre a Atividade Financeira do Estado	295
<i>Professor Terence Dornelles Trennephol</i>	

EDITORIAL

O II Encontro Regional dos Juizes Federais da 5ª Região foi uma iniciativa da ESMAFE que funcionou também como um marco. A partir dele e, acima de tudo, por seus resultados positivos, é possível admitir-se que passe a integrar o calendário das atividades rotineiras da Escola, repetindo-se a cada dois anos.

Em verdade, é difícil abrir mão de um conclave que reúna a grande maioria dos magistrados federais da Região, em ambiente de trabalho e confortável lazer, onde, não apenas seja possível construir novas identificações entre juizes e familiares, mas também se faculte o ensejo de que sejam discutidas matérias de grande atualidade científica e trocadas experiências que ampliem as possibilidades de bom desempenho profissional e pessoal do magistrado..

O II Encontro desenvolveu um temário rico e variado. Ao lado de temas como a Reforma do Judiciário e Reforma da Previdência, recorrentes em todos os encontros da comunidade jurídica, o evento reservou espaço para novas reflexões em torno dos Juizados Especiais Federais e Juizados Virtuais, terminando por dedicar atenção especial a questões ligadas ao Sistema Financeiro da Habitação, como a conciliação no âmbito do Sistema, a problemática do saldo devedor nos contratos habitacionais e os muitas vezes complexos aspectos jurídico-formais dessas negociações, das quais emerge um tão grande número de demandas judiciais.

No interesse de garantir maior produtividade aos trabalhos, a Coordenação do II Encontro teve o cuidado de convidar palestrantes identificados com os temas propostos, o que permitiu que o evento fosse coroado de pleno êxito. Parte do material produzido nessas reuniões de trabalho está reproduzida no presente número da Revista, com uma complementação prevista para o próximo número.

Novos Núcleos Seccionais foram instalados durante o período e, até o final do ano, todas as Seções da Região já estarão integradas à Escola de Magistratura Federal. Estão lançadas as bases de um grande trabalho conjunto, da Escola e de seus cinco Núcleos, no interesse de consolidar a política de aperfeiçoamento constante da magistratura federal e profissionais que lhe dão apoio técnico e administrativo.

ESMAFE
ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO

De registrar o início das atividades de diversos Núcleos, com iniciativas que já despontam como grandes eventos, a movimentar o calendário de realizações das diversas Seções Judiciárias.

Registre-se, por fim, a instalação do Núcleo de Cursos Isolados da ESMAFE, bem como os primeiros esforços no sentido de que se instalem, em ação articulada com escolas superiores, os primeiros cursos de pós-graduação a serem oferecidos aos magistrados federais da 5ª Região.

Recife, setembro de 2004.

A EDITORIA

Ecos do II Encontro
Regional dos Juízes
Federais da 5ª Região



ESMAFE
ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO



ABERTURA DO II ENCONTRO REGIONAL DE JUIZES FEDERAIS DA 5ª. REGIÃO

Desª Federal Margarida Cantarelli

Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região

É com grande satisfação que dou por abertos os trabalhos deste II Encontro Regional de Juizes Federais da 5ª Região, dentro das celebrações dos 15 anos da instalação do nosso Tribunal.

Entendemos, os organizadores das festividades, que tais comemorações não deveriam se restringir apenas à data da sua instalação – 30 de março – mas se estenderem pelo ano a fora para que fosse possível uma diversificação de eventos e uma participação mais ampla e profunda daqueles que são parte da Justiça Federal ou de qualquer outra forma a nós ligados.

É evidente que não deixamos passar em branco a data natalícia do TRF, e muitos dos que aqui estão, estiveram também conosco naquela oportunidade. Chegamos até mesmo a pensar em fazer este Encontro Regional naquele período, mas constatamos que a superposição de eventos só viria a prejudicar a qualidade que se desejava imprimir a este momento.

Portanto, sob o pálio dos 15 anos do Tribunal aqui estamos para tratar de alguns temas de interesse do nosso dia-a-dia, como os Juizados Especiais Federais. Este é um tema que torna evidente na Justiça Federal uma feição nova, com a ampliação do seu lado eminente e profundamente social. É o lado da justiça dos pobres, dos anteriormente excluídos ao seu acesso, o que nos confere uma condição de guardiões deste Direito Humano fundamental. Trataremos também do Sistema Financeiro de Habitação, que tantas vezes tem sido o vilão na destruição do sonho de quantos a uma moradia digna. Agora teremos a oportunidade de ver a experiência positiva decorrente da soma de esforços da Justiça Federal, da Caixa Econômica e da ENGEA, abrindo uma oportunidade de reverter situações tidas como perdas, devolvendo não mais o sonho, mas a

possibilidade concreta da moradia aos seus mutuários, e que até então abarrotavam as Varas e os Tribunais com volumosos processos cuja solução final restava como uma incógnita. É uma brisa suave de possibilidade também visando a assegurar este outro Direito Humano que é à moradia. Mas há alguns outros assuntos que nos preocupam sobretudo pelos desdobramentos que possam vir a ter na Justiça Federal, como a Reforma da Previdência Social.

Neste cenário, não será de menor importância a convivência que teremos nestes dias: consolidar amizades, travar conhecimentos, apertar os laços que nos unem pelos ideais comuns, pelos compromissos com a Justiça e com a sociedade que muito espera de nós. Juízes mais antigos e os mais modernos estão reunidos trocando conhecimentos, experiências, sorrisos, cumprimentos, cordialidade enfim, porque cada um tem sempre algo a oferecer e todos devem ter a mente aberta para o muito que podem receber.

O mundo em que vivemos atravessa momentos de perplexidade e incertezas. Em todos os países há interrogações sobre o porvir, mas estou entre os que vêem alguns raios de esperança. No dia 1º de maio assistimos a um momento histórico, quando 10 Estados vieram incorporar-se aos 15 que anteriormente formavam a União Européia. É uma mudança relevante no cenário político-econômico-jurídico europeu com reflexos no equilíbrio internacional. Este é um ano que ainda teremos grandes decisões, decorrentes de manifestações eleitorais democráticas de povos que esperamos, amadurecidamente, decidam o seu futuro que tem repercussões sobre o nosso.

Internamente, o Poder Judiciário, ao qual pertencemos, tem sido alvo de críticas e incompreensões, apontado quase como o responsável pelos desacertos e malefícios que ocorrem em diversos setores do país. É verdade que reconhecemos, não negamos, os nossos problemas e as nossas dificuldades. Mas muitas delas são decorrentes de situações e fatores extrínsecos para os quais não concorreremos e deles sofreremos as amargas conseqüências.

Este momento em que aqui nos reunimos – tantos de nós – que seja também uma oportunidade de reflexão, de reafirmação da nossa crença na Instituição que pertencemos, do nosso compromisso com os jurisdicionados e com a sociedade que tanto espera de nós.

Este sentimento de apreço pela Justiça Federal, tenho sentido muito claro quando visito as cidades do interior onde serão implantadas as novas Varas Federais. As manifestações explícitas dos agentes do Poder Público, das Faculdades de Direito, da Ordem dos Advogados, dos setores privados, são um alento na constatação da respeitabilidade que gozamos e da expectativa que tais

comunidades têm com a nossa próxima presença. Tudo faremos para corresponder às suas necessidades, especialmente aquelas da parcela mais sofrida da população e que vê postergado o reconhecimento do seu direito. Esperam pela Justiça e para ela deveremos “desvendar” os nossos olhos.

Não poderia concluir sem expressar o meu reconhecimento e agradecimento ao desembargador Luís Alberto Gurgel de Faria, Diretor da Escola da Magistratura e a toda a sua equipe (Prof. Humberto Vasconcelos e demais) pela organização deste Encontro, com zelo, dedicação, procurando oferecer o melhor no conteúdo e na cordialidade.

À Caixa Econômica Federal, parceira de muitas realizações, pelo inestimável apoio, sem o qual não haveria condições da realização deste evento.

Os meus agradecimentos também a todos os colegas do Tribunal e das Seções Judiciárias que compõem a 5ª Região, e suas respectivas famílias, a AJUFE nosso candente órgão de representação, cujo Presidente Paulo Sérgio, com mandato proximamente a concluir e que foi parceiro e muito solidário comigo nos embates nos colegiados superiores em defesa da autonomia dos Tribunais. Agradecimentos aos conferencistas, aos painelistas, cuja participação tornará este Encontro um marco para novos tempos da Justiça Federal, cada vez mais coesa, consciente do seu papel e guardião dos direitos do cidadão.

Como pernambucana, sinto-me feliz em recebê-los nesta parte tão bela do nosso litoral, onde o verde do canavial se confunde com o da palha dos coqueiros e o das águas tépidas deste mar de esmeralda. Se são verdes, trazem esperança – esperança por dias melhores, por uma justiça que desejamos, por uma sociedade mais justa. Se são verdes, trazem esperança e esta jamais deve faltar, como norte das nossas ações e como seiva nos nossos corações.

Que tenhamos sucesso neste Encontro e que sejam muito bem-vindos a esta terra que é de todos nós.



ESMAFE
ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO



**PRONUNCIAMENTO DE ABERTURA DO
II ENCONTRO REGIONAL DE JUIZES FEDERAIS
DA 5ª. REGIÃO**

Luiz Alberto Gurgel de Faria

Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região,

Minhas Senhoras, Meus Senhores,

*“Tanto que fazer!
livros que não se lêem, cartas que não se escrevem,
línguas que não se aprendem,
amor que não se dá,
tudo quanto se esquece.*

*Amigos entre adeuses,
crianças chorando na tempestade,
cidadãos assinando papéis, papéis, papéis...
até o fim do mundo assinando papéis.*

*E os pássaros detrás de grades de chuva,
e os mortos em redoma de cânfora.*

(E uma canção tão bela!)

*Tanto que fazer!
E fizemos apenas isto.
E nunca soubemos quem éramos
nem para quê.”*

Início a minha oração com essas belas palavras da nossa grande poetisa Cecília Meirelles, para lançar uma reflexão: saibamos quem somos, meus amigos, e por que viemos a esta dimensão.

Como também ocorre em outras respeitáveis atividades, o magistrado federal tem um desafio constante em um mundo cada vez mais globalizado: conciliar a sua enorme carga de serviço com a incessante necessidade de se atualizar, amar e dar atenção à família, lecionar, estudar línguas, cultivar e conservar as amizades, apreciar as artes, desenvolver a sua cultura, ler livros, dentre outras missões, que são muitas, para tempo de menos (parece até que os dias não têm mais as vinte e quatro horas de outrora).

Para se ter uma idéia do volume de trabalho, bastam apenas alguns números: Em 1989, ano de criação do Tribunal, foram distribuídos cerca de sete mil processos, para dez magistrados; em 2003, foram trinta e três mil, para quinze. Ou seja, aumento de quatrocentos e setenta por cento de demanda para um pequeno acréscimo de cinquenta por cento no número de desembargadores. No âmbito da primeira instância, em 30.03.1989, data da instalação da Corte, eram vinte e quatro juízes, entre titulares e substitutos, com a distribuição, naquele ano, de vinte e quatro mil, cento e sessenta e dois feitos. Em 2003, eram noventa e um juízes para cento e noventa e cinco mil, seiscientos e trinta e cinco processos protocolados, isto é, aumento de oitocentos e vinte por cento nos processos e de trezentos e oitenta por cento no número de magistrados. A desproporção é por demais excessiva.

Os desafios são grandes, mas não se pode arrefecer.

Esta reunião foi idealizada e moldada para nós, magistrados federais, dentro das festividades dos quinze anos do nosso Tribunal, com dois objetivos muito claros: debater esses problemas e outros temas de interesse da Justiça Federal, bem como realizar um conagraçamento entre os integrantes da 5ª Região e seus familiares, neste aniversário.

O conclave foi possível graças à determinação de nossa Presidente, Doutora Margarida Cantarelli; dos demais componentes do Tribunal, que igualmente acataram e estimularam a idéia, sendo digno de registro o apoio do Corregedor; dos juízes presentes, que aderiram maciçamente ao evento; dos palestrantes, que abrilhantam os trabalhos; da pequena, porém, operosa equipe da ESMAFE-5ª, que não mediu esforços para que tudo possa se realizar da forma mais exitosa possível; do auxílio de outros setores da Corte; do patrocinador (CAIXA), além da imprescindível colaboração da REJUFE.

Eu rogo, pois, que o II Encontro Regional dos Juizes Federais da 5ª Região aconteça como nos versos do inesquecível Carlos Drummond de Andrade:

“DESEJO

*Desejo a você...
Fruto do mato
Cheiro de jardim
Namoro no portão
Domingo sem chuva
Segunda sem mau humor
Sábado com seu amor
Filme do Carlitos
Chope com amigos
Crônica de Rubem Braga
Viver sem inimigos
Filme antigo na TV
Ter uma pessoa especial
E que ela goste de você...”*

A todos, muito obrigado.



ESMAFE
ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO



ASPECTOS PROCESSUAIS DA REFORMA DO JUDICIÁRIO

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas

Desembargador Federal (TRF5)

Mestre e Doutor em Direito

Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Ridalvo Costa, Presidente da Mesa;

Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, Diretor da Escola da Magistratura Federal da 5.ª Região;

Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Francisco de Queiroz Cavalcanti, componente desta Mesa;

Ilustres colegas Desembargadores e Juízes Federais:

É uma honra e um prazer muito grandes para mim, que cheguei há tão pouco tempo à magistratura, estar tendo a oportunidade de proferir algumas palavras neste Encontro Regional. E, obviamente, parece-me tarefa difícil: primeiro, pela qualidade dos palestrantes e painelistas do dia; e depois, por esta situação de falar já no limite do horário, entendendo que todos estão já tão cansados. Mas vou tentar ser sucinto, o máximo que me for possível, para cumprir aquela tão sábia sentença latina: *esto brevis et placebis* (seja breve que você vai agradar).

Meu objetivo aqui é só suscitar para os presentes alguns aspectos processuais da Reforma do Judiciário, porque, de um exame – confesso, superficial – que fiz do assunto, saltaram-me aos olhos determinadas questões que não têm sido muito divulgadas, nem nos meios jurídicos em geral, nem mesmo nos meios judiciários, até para quem está acompanhando a tramitação da matéria no Congresso.

Conversando com colegas mais engajados nisso, tenho perguntado se a matéria passou da forma como consta do parecer do Relator no Senado, que é o texto de que disponho no momento. Sei, porém, que depois dele já houve uma apreciação pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Alta, de modo que algumas das coisas que aqui vou mencionar podem ter sido modificadas. Mas parece – pelo que me foi dado saber mediante indagações a respeito – que não foram muitas. Ainda não obtive o texto final aprovado pela dita Comissão.

De todo modo, registro que há uma tendência a nos fixarmos naqueles pontos que têm sido mais debatidos na mídia – a súmula vinculante, por exemplo – e nos olvidarmos de outros detalhes. Então, desses mais conhecidos falarei menos; vou tentar tocar exatamente nos que não estão sendo tão explorados.

Trabalho, portanto, sobre o já referido parecer, acessível pela internet, com aquela advertência inicial de que não estou com o material inteiramente atualizado¹. De todo modo, isso não invalida as reflexões que podemos fazer, pois analisar uma reforma ainda em andamento é sempre raciocinar sobre algo *in fieri*, que naturalmente não chegou a uma forma final.

E lembro que nem tentarei fazer uma análise da reforma toda, mas apenas de seus aspectos ou repercussões processuais.

* * *

Uma primeira modificação visível, nesse passo, é o acréscimo de mais um inciso ao já mastodôntico artigo 5.º da Carta, que será o inciso LXXVIII, o qual institui, no plano constitucional, um novo princípio processual, o *princípio da razoabilidade da duração do processo*. Então, a todos, no âmbito judicial administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Evidentemente, uma modificação desse porte só pode ser recebida com aplauso, mas a questão é de saber em que medida isso realmente vai ser implementado, para que nós não fiquemos apenas com uma declaração de boas intenções. O que me parece importante é que se reforça, tanto para o legislador como para o aplicador do direito a necessidade

¹ Por ocasião da revisão da transcrição da fita gravada da palestra, proferida apenas com base em ligeiras anotações, o autor teve acesso à última versão da Reforma. Isso lhe permitiu fazer, neste texto, algumas inserções, corrigir pequenos equívocos e acrescentar um *adendo* em que trata de alterações que foram procedidas em sua tramitação posterior, tanto perante a CCJ do Senado como ao Plenário dessa Casa Legislativa, então tornadas disponíveis, de forma consolidada, através do *site* do Senador José Jorge, Relator da matéria.

de estar cada vez mais atento à questão da celeridade processual. É claro que isso já existe em algumas leis, e no próprio Código do Processo Civil, em seu artigo 125, quando, ao definir as atribuições do juiz, diz que este dirigirá o processo preocupado em repelir os atos atentatórios à dignidade da justiça, garantir a igualdade das partes e a celeridade processual.

Então, há um reforço a isso; é um reforço importante, de caráter constitucional e acho que se insere na linha de preocupações de todos quantos se dedicam ao tema, seja como estudiosos ou aplicadores, devendo ter conseqüências em nossa maneira de apreciar e tornar efetivas as normas legais, especialmente as processuais, isto é: buscar alternativas para que os feitos sejam cada vez mais céleres, superar formalismos desnecessários, lutar para que óbices de somenos importância não interfiram no curso das demandas nem impeçam a efetividade da Justiça.

* * *

Há também, no mesmo art. 5.º da Constituição, o acréscimo de dois parágrafos. Um – o § 3.º – que não é diretamente processual, mas me parece importante mencionar, o qual resolve uma questão que tem sido muito debatida, principalmente na área de direitos humanos: a composição de um novo *status* para os tratados e convenções internacionais. Segundo decisão do Supremo, eles têm nível de lei ordinária, mas agora passam a ter nível equivalente ao de emendas constitucionais. O texto poderia ter falado em nível constitucional, mas acho que fez bem dizer que é nível de emenda, porque, com isso, de forma indiscutível e acima de qualquer dúvida, proclama-se a possibilidade de se fazer um controle de constitucionalidade desses tratados, o que é também interessante.

Suponho que essa será a linha seguida pelo Supremo. Claro que não posso dizer se realmente ele vai pensar assim, mas me parece até que o objetivo é esse.

* * *

Seguindo com o mesmo artigo, o outro parágrafo acrescido – o § 4. – introduz, de forma expressa, pela primeira vez na nossa história, dentro da estrutura jurisdicional brasileira, um órgão externo, um órgão internacional. O Brasil passa a se submeter à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja cria-

ção tenho manifestado adesão. É preciso se preocupar com isso, porque nós já aderimos ao Tribunal Penal Internacional ora em funcionamento. Em tese, é possível se criar outro Tribunal Internacional de caráter penal, a que o Brasil porventura adira, e aí tem que se ver exatamente como é que vai se fazer essa harmonização. A questão da harmonização com essa ou essas cortes internacionais também me parece que, mais cedo ou mais tarde, poderá chegar no Supremo, no sentido de que uma decisão do Tribunal Penal Internacional pode não se coadunar, pode não se adequar à nossa estrutura constitucional e legal, e então o Supremo vai ter que dizer como é que faz, porque o Supremo é o órgão de cúpula da nossa jurisdição e o aplicador maior da Constituição brasileira, então é ele que tem condições de controlar as cortes que estão abaixo dele. Ocorre que, na hora em que se cria um órgão de fora e se submete a ordem interna a esse órgão – o que é uma tendência recente, nos Estados contemporâneos –, isso gera uma nova área de interesse para quem trabalha com Direito Constitucional e para quem trabalha com Direito Internacional, ramo do direito que tem tido, em face da intensificação da globalização, um incremento extraordinário.

Lembro, a propósito, as interessantíssimas questões que se encontram no Direito Comunitário Europeu, tocantes ao relacionamento entre o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia e os tribunais superiores ou supremos dos Países da Europa, especialmente quando há conflitos entre aquele e a ordem jurídica ou judiciária interna destes.

* * *

Após isso, vem uma alteração do inciso X do art. 29 da Constituição, esclarecendo que o julgamento do Prefeito pelo Tribunal de Justiça – que é a situação em vigor – diz respeito apenas a atos praticados no exercício da função ou a pretexto de exercê-la.

Nesse particular, e não apenas no tocante aos Prefeitos, há uma outra disposição – e agora fujo da ordem do parecer, para abordar tema logicamente correlato –, há um outro dispositivo, esse no texto que retorna à Câmara dos Deputados, pois foi modificado no Senado, que insere na Constituição o art. 97-A, estabelecendo que a competência especial por prerrogativa de função, em relação a atos praticados no exercício da função pública ou a pretexto de exercê-la, subsiste ainda que o inquérito ou a ação judicial venham a ser iniciados após a cessação do exercício funcional. Isso, acompanhado de um parágrafo

fo único estipulando que tal prerrogativa vale não apenas para as ações penais, mas também para as de improbidade.

Com isso, encerra-se de vez a discussão a propósito dessa matéria, surgida com a edição da Lei n.º 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que alterou o art. 84 do Código de Processo Penal. Pessoalmente, não aplaudo essa ampliação das prerrogativas de foro, mas tenho me curvado à jurisprudência majoritária – inclusive do nosso Tribunal –, e com a modificação do texto da Carta Magna, então, o caso estará definitivamente sepultado, de modo que não vale mais a pena, muito menos aqui, levantar os argumentos pró e contra dita alteração.

* * *

Voltando à seqüência em que vínhamos, cria-se, no art. 36, III, mais um caso de intervenção federal, melhor dizendo, de ação direta de inconstitucionalidade interventiva, além daqueles tradicionais, do § 7.º do art. 34, chamados *princípios constitucionais sensíveis*. Acresce-se a eles a recusa à execução de lei federal. Isso, para mim, *data maxima venia*, não tem maior importância efetiva, porque a ação interventiva é algo que, a meu sentir, não funciona no Brasil. Não funciona mesmo e não acho que com esse acréscimo vai passar a funcionar, a não ser que se modifique toda uma mentalidade, toda uma tradição em nosso aparato processual constitucional.

Ademais, do ponto de vista prático, se o Procurador-Geral da República – único órgão constitucionalmente legitimado a mover essa espécie de ação – fosse ajuizar uma ADIn interventiva diante de cada recusa à execução de lei federal, não faria mais nada... De todo modo, é mais uma possibilidade que se abre, pelo menos para hipóteses mais escabrosas.

* * *

O art. 93 da Constituição cuida, como se sabe, dos princípios referentes à magistratura, a serem observados no famoso Estatuto, que infelizmente, passados mais de quinze anos de vigência da Constituição, jamais foi editada. A Reforma toca em vários desses dispositivos, porém aqui interessam, como já frisado, os de caráter processual.

Assim, no inciso IX, fez-se uma alteração por acréscimo no *princípio da publicidade* das decisões judiciais. Atualmente a redação diz que todos os julgamentos dos órgãos do Judiciário são públicos e fundamentadas todas as deci-

sões, pena nulidade, tendo a lei limitado a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes. A novel disposição prossegue daí, com uma vírgula, adicionando: em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público na informação.

Então, o que há aqui é uma absorção, pela norma constitucional, de uma tese jurídica que hoje é prevalecente, que já chegou à jurisprudência: compreender-se que o sigilo processual não tem caráter absoluto. Ele pode se confrontar com outros princípios, com outros interesses, mediante um juízo de probabilidade e razoabilidade, permitindo-se chegar a uma posição mais equilibrada.

* * *

Ainda no mesmo art. 93, há alguns acréscimos e alterações que considero francamente desnecessários e até desmerecedores do nível constitucional.

Por exemplo: a determinação do fim das férias coletivas nos tribunais (o novo inciso XII do dispositivo referido). Sou plenamente favorável, mas penso que isso seria dispositivo típico para o novo Estatuto da Magistratura, e não para a Constituição Federal. Na verdade, bastaria simplesmente revogar a regra da vigente Lei Orgânica, que hoje impõe tais férias, e deixar que cada tribunal resolva internamente isso. Até já se discutiu no Conselho de Administração do nosso TRF. Não tenho a honra de fazer parte dele, mas nesse dia estava presente. O Colegiado basicamente disse: olha, nós não adotamos esse sistema porque a LOMAN não permite, mas senão nós adotaríamos. Férias individuais, como acontece na primeira instância.

Na verdade, o juiz de tribunal, no Brasil, tem férias menores do que o juiz de primeiro grau, por causa daquela coincidência das férias forenses de janeiro com o recesso do fim de ano, que entra pelo começo do ano novo. Então, perdem-se 6 ou 7 dias, quero crer, e o juiz de corte fica com a vida meio trançada. Quer, às vezes, fazer uma viagem, freqüentar um curso, participar de algum projeto pessoal ou familiar fora dos meses previstos para as férias forenses (janeiro e julho) e fica muito limitado. Então, o que se imagina – e se divulga nos meios de comunicação – como um privilégio, não é. E mais: uma das maiores fontes de crítica ao Judiciário por causa disso é a Ordem dos Advogados, quando, curiosamente, essa situação foi criada para atender aos reclamos da OAB. Houve uma época em que os advogados diziam que nunca podiam ter férias, que era bom que os tribunais tivessem dois meses de férias no ano para que o

advogado pudesse, de alguma maneira, folgar, e tal. Isso foi implantado pela LOMAN, e aí hoje, a OAB desce o sarrafo em cima dos tribunais. É incrível. A solução do problema agora vai para a Constituição, embora pudesse simples e mais corretamente, do ponto de vista técnico, ter ficado no plano legislativo.

Outro item desnecessário: o novo inciso XIV, ainda do art. 93. Nele está previsto que os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e mero expediente sem caráter decisório.

Por que pôr isso na Constituição? Houve, no mesmíssimo sentido, aquela modificação no Código de Processo Civil, com o acréscimo do § 4.º ao art. 162, Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que está perfeitamente implantada, absorvida, operacional, sem nenhum tipo de impugnação ou resistência, quer da parte dos magistrados, quer da parte dos servidores. Então não entendo a razão de a Reforma cuidar de tal coisa. Eu temo até que seja coisa feita de propósito, com algum objetivo oculto – não pelo autor do parecer, quero desde logo ressaltar, o qual certamente incluiu a norma sem nenhuma malícia, nem pelos parlamentares que, analisando a norma, em si, nada encontram nela de negativo. Entretanto, nós, magistrados, operamos todo dia com o processo. Estamos cientes de que a situação já está satisfatoriamente regida pelo CPC. E, como pessoas experientes, conhecemos aquela velha história atribuída a um político maranhense, salvo engano o falecido Senador Vitorino Freire: se você vir um jabuti pendurado num galho, deixe-o lá, porque jabuti não sobe em árvore e se ele lá está é porque alguém o colocou ali. Acho que o dispositivo em questão é um jabuti, receio que seja um jabuti colocado para que mais adiante se constitucionalize um direito dos servidores de exercer função jurisdicional delegada, e que se possa querer mitigar, no mau sentido, o *princípio da indelegabilidade da jurisdição*. Eu não sei se há nisso algum exagero meu. Espero até que sim, mas a gente vive no Brasil. Então eu me preocupo, e não acho bom isso aí.

No inciso XV, também acrescentado, determina-se que a distribuição dos processos será imediata em todos os graus de jurisdição, para resolver problemas oriundos de disposições presentes nos Regimentos Internos de alguns tribunais, em face da multiplicação desmesurada de feitos nos gabinetes dos juízes das cortes. Constitucionalizar tal regra seria necessário? Avança-se aqui não em dispositivos processuais, estritamente falando, mas de organização judiciária. Miudezas, enfim, ainda que positivas. E tudo vai se tornando constitucional, o que não é apenas uma tendência heterodoxa em relação aos cânones tradicionais, mas permitindo que se tome um ponto desse para levar uma causa até o Supremo... abarrotando, assim, cada vez mais, as instâncias superiores.

* * *

No art. 98, também atinente ao Judiciário, insere-se um §1.º, determinando que as custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio do serviço judiciário específico. Também acho que isso podia se resolver com lei, mas aqui há aquela história das entidades associativas que vão sempre enfiando – isso é muito, muito freqüente nos Estados – acréscimos, contribuições para fundos disso e daquilo, associações de magistrados, do Ministério Público, de serventuários, enfim, aumentando as custas quase sempre para fins corporativos, e com isso tornando mais caro, e portanto mais difícil ao cidadão o acesso à Justiça.

Portanto, sou favorável a essa disposição, à qual faço apenas dois reparos: o primeiro, e menos importante, pois pode ser corrigido na redação final, é que em vez de ser um §1.º, devia ser §2.º, pois o art. 98 já dispõe de um parágrafo único, a não ser que se determinasse a renumeração do parágrafo já existente. O segundo, e esse mais sério, é que o parágrafo, seja qual for sua numeração, está, do ponto de vista lógico-sistemático, muitíssimo mal colocado nesse artigo, que só trata dos Juizados Especiais e da Justiça de Paz, sendo que as regras da hermenêutica subordinam o parágrafo ao artigo. Portanto, da forma como foi posto, ele pode gerar a capciosa interpretação de que a saudável limitação em tela só vale para os ditos Juízos, permitindo-se continuar, nos demais, com os abusos que a inovação visa a impedir, quando parece certo que o objetivo de restringir a destinação das custas há de referir-se a toda e qualquer atividade jurisdicional.

* * *

Na competência do Supremo – mais uma vez, repito, estou destacando só aquilo que tem repercussão no processo, não estou falando da reforma como um todo –, há uma alteração por meio de supressão (a revogação da alínea *h* do inciso I do art. 102) da sua competência originária para homologar sentenças estrangeiras e conceder *exequatur* às cartas rogatórias – que passou para a esfera do Superior Tribunal de Justiça (aí saio da ordem para dizer que, no dispositivo correspondente à competência deste, incluiu-se uma alínea *i* com tal finalidade), e mais uma por acréscimo (de uma alínea *d* ao inciso III do art. 102) de mais uma hipótese de recurso extraordinário, em que se dá ao apelo extremo abrangência de assunto que hoje está no âmbito do recurso especial. Permite-se

a interposição do extraordinário contra decisão que julgar válida lei local contestada em face de lei federal – e não só da em face da Constituição, como é hoje.

Vê-se, por outro lado – e aí eu vou perder um pouco a ordem, só porque o assunto se completa – que, lá na competência do Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, mexeu-se na alínea *b* do inciso III do art. 105, que na redação vigente alcança tanto a hipótese de confronto entre lei ou ato de governo local e a lei federal, para deixá-la restrita ao ato governamental, já que a colisão entre a lei local e federal passou, como visto acima, para a competência do STF, via extraordinário.

De todo modo, aquela intenção do constituinte originário, de fazer do Supremo um tribunal, se não exclusiva, ao menos predominantemente constitucional, parece perder-se cada vez mais, pois a alteração vem na contramão do que se fez em 1988, cindindo-se os casos do antigo recurso extraordinário em hipóteses estritamente constitucionais, reservadas para o novo recurso extraordinário, e hipóteses legais, destinadas ao recurso especial e, portanto, de competência do STJ.

Argumentar-se-á que o constituinte reformador está talvez atendendo a problemas práticos surgidos do relacionamento, ou mesmo imbricamento entre essas matérias.

Tanto assim que, por meio de emenda autônoma – essa não é sequer a parte da Reforma que volta para a Câmara, mas algo de absolutamente novo que o relator propõe – pretende-se alterar a alínea *a* do inciso III do art. 105, criando-se, para o recurso especial, de competência do Superior Tribunal de Justiça, hipótese em que vai se poder discutir decisão que não apenas contrarie tratado ou lei federal, como hoje, mas também que conflite com a Constituição!

Ao fim e ao cabo, se tudo for aprovado, o extraordinário passa a poder tratar de assuntos que estão no especial (isso já passou na Câmara e está no relatório do Senado), mas o especial passa a ter incidência sobre assuntos do extraordinário (essa parte depende de emenda autônoma, ainda em início de tramitação).

É verdade que – e isso chegou a ser tocado, ainda que de modo muito telegráfico no parecer do Relator da Reforma – há uma dificuldade muito grande, por parte do STJ em não se manifestar sobre assuntos constitucionais quando eles estão intrinsecamente ligados às questões de legalidade. Sabe-se que há uma certa tensão, hoje – do ponto de vista técnico, entenda-se –, entre o Superior Tribunal e o Supremo, nesse ponto. O maior porta-voz disso foi o Ministro

Nilson Naves, que recentemente deixou a Presidência. Em todas as suas manifestações, ele, a começar do seu discurso de posse – quando disse que se o STJ virasse uma *casa de passagem* ele preferia entregar as chaves –, sustentou que o STJ deveria realmente encerrar os assuntos sob seu julgamento na parte que tange à lei federal, ficando o Supremo dedicado à matéria constitucional. Talvez a modificação ora examinada agrave esse problema. É possível que se tenha uma questão especial no STJ – projete-se: referente ao exame do ato de um governo local em face de uma lei federal, mas quiçá envolvendo a aplicação de uma lei local, que teria, digamos, embasado tal ato – e o Supremo vai apreciá-la pelo extraordinário, em face do novo permissivo, e, evidentemente, é quem vai prevalecer. E se o Superior Tribunal puder, expressamente, cuidar de constitucionalidade, como se pretende na emenda autônoma, o choque entre essas duas Cortes será total.

Então, eu não sei se a modificação contribui para esvaziar a tensão, ou se, ao contrário, vai criar maiores motivos de insatisfação institucional. Há muitas modificações aqui, nessa parte processual, que estão feitas nestes termos, ou seja: alterações que a gente não sabe se vão funcionar bem ou se vão funcionar mal. E, se funcionarem mal, será complicado, porque para revogar depois... Tivemos exemplos recentes de alterações processuais que não lograram os efeitos desejados, *v.g.*, com a reforma do Código de Processo Civil pelas leis de 1994 e 1995, e agora com leis de 1998, 1999 e 2000, aquilo que alguns autores chamaram *a reforma da reforma*. Porque houve várias questões reformadas de modo que não deu certo, de modo que depois teve de ser corrigida, com muito custo para a sociedade. Agora se está reformando processos dentro da Constituição, chegando-se, em alguns casos, como se viu, até a detalhe regimentais.

E se não der certo? Vamos ter então uma nova reforma para consertar isso, o que será péssimo.

Saio uma vez mais da ordem do parecer – para manter-me no tema recurso extraordinário – apenas para ressaltar um aspecto altamente positivo: a inovação do § 3.º do art. 102, impondo, para o conhecimento do apelo extremo, a demonstração, pelo recorrente, da *repercussão geral* das questões constitucionais discutidas no caso.

Trata-se da retomada da antiga relevância da questão federal, só que modificada, ampliada e para que se aplique nos termos do que se faz nas Supremas Cortes de vários países, com a criação de um filtro para que o Supremo possa efetivamente se preocupar com o que é importante. Seria, quem sabe, a solução da famosa e permanente “crise do STF”, isto é, a circunstância, alta-

mente perniciosa para a ordem jurídica nacional, de estar permanentemente, seu mais alto pretório, atulhado com centenas de milhares de feitos, muitos dos quais sem a menor importância, impedindo que se dedique com vagar e afinco a suas verdadeiras e elevadas finalidades.

O melhor é que, nesse caso, trata-se de solução de certo modo já testada e aprovada, não apenas no estrangeiro, mas entre nós, pois para o Tribunal Superior do Trabalho, cuja competência não é definida na Constituição e sim, mediante autorização desta, na legislação, criou-se mecanismo semelhante para filtrar o conhecimento do recurso de revista – que lá se chama *transcendência* –, embora seja criticada por ter sido introduzida via Medida Provisória (MP 2.226, de 4 de setembro de 2001, que inseriu na Consolidação das Leis do Trabalho o art. 896-A instituindo a nova regra) e por dificultar o acesso dos empregados à superior instância laboral, problemas que aqui não teriam lugar.

Usei, porém, o condicional ao referir-me a essa inovação, porque, infelizmente, fui informado de que a novidade não passou na CCJ do Senado.

Acho, porém, que esse mecanismo é uma grande solução, e não apenas para o STF, mas também para todos os tribunais superiores, desde que adequadamente regulado.

* * *

Na análise da alteração feita no § 2.º do art. 102 da Constituição, referente ao controle concentrado de constitucionalidade, eu não vou me deter, porque basicamente, o que se fez foram alterações para harmonizar a ADIn com a ADC e até a ADPF, no tocante ao efeito vinculante em todas elas, embora novamente se tenha referido apenas às decisões de mérito, deixando de fora tal efeito em relação às liminares nas mesmas ações, contempladas nas Leis n.ºs 9.869, de 10 de novembro de 1999, e 9.882, de 3 de dezembro do mesmo ano, e antes disso, na própria jurisprudência do Supremo.

Do mesmo modo, e relativamente à ADIn e à ADC, a alteração produzida no art. 103, corrigindo, na Constituição, algumas falhas que a suso mencionada legislação já corrigira, como aquela legitimação ativa de Governador, não só de Estado mas também do Distrito Federal, e não só das Assembleias, mas da Câmara Legislativa do Distrito Federal, que também a jurisprudência do STF já resolvera.

Na mesma linha de harmonização do controle concentrado, o § 1.º desse dispositivo, com a modificação feita, passa a mencionar a ouvida obrigatória do Procurador-Geral não apenas nas ADIns mas também nas ADCs e ADPFs.

Ainda, a Reforma revoga o § 3.º do mesmo artigo, que previa a obrigatória citação do Advogado-Geral da União para defender a norma inquinada de inconstitucional, estatuição que merecia críticas quase unânimes da doutrina, constituindo-se, pois, em inegável aperfeiçoamento, e revoga também o seu § 4.º, que alinhava os legitimados para a ADC, porque agora passaram a ser os mesmos da ADIn, nos termos do novo *caput* e respectivos incisos, tendo havido, pois, uma elogiável parificação dessas duas vias de discutir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas.

Pergunto-me apenas porque a Reforma não avançou para fundir de vez essas ações, numa *ação sobre constitucionalidade*, já que as únicas diferenças realmente importantes entre elas – a legitimidade, que era mais ampla na ADIn que na ADC, e o efeito vinculante, que, de acordo com a Constituição, só existia nesta, mas não na primeira – desapareceram.

* * *

Acerca das alterações na competência do STJ, na parte da Reforma que não volta para a Câmara, já me referi anteriormente, sendo desnecessário repisá-las. Vale dizer apenas que, se foi tirada das mãos do Supremo a homologação de sentença estrangeira e a concessão de *exequatur* nas cartas rogatórias, penso que se podia ter ido mais longe, para deixar o Supremo mais como um tribunal constitucional, liberando-o de uma série de outros itens não estritamente constitucionais da sua competência (por exemplo, extradição), remetendo-as igualmente para o Superior Tribunal de Justiça. Mas, como se viu, nem sempre as alterações foram nesse sentido, como no caso da modificação do recurso extraordinário.

* * *

Prosseguindo, temos, no art. 107, relativo aos Tribunais Regionais Federais instalarão, acréscimo de um § 1.º, determinando que instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções de atividade jurisdicional nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários. Saudado por alguns como grande novidade, em verdade isso já existia desde o Direito Romano. Basta lembrar o pretor peregrino, que saía distribuindo justiça *extra urbis*. A experiência, por sinal, não é nova entre nós, e vários tribunais já a têm posto em prática.

Registre-se que a estipulação dessa obrigação também vale para os Tribunais Regionais do Trabalho (§ 1.º acrescido ao art. 113) e os Tribunais de Justiça (§ 7.º acrescido ao art. 125).

Transformar a justiça itinerante numa imposição constitucional, e não uma opção ou estratégia operacional de cada corte, diante de sua realidade e das necessidades de seus jurisdicionados, é que se afigura, para mim, discutível. A determinação é do tipo que, para funcionar bem, depende menos da norma em si do que da maneira como for aplicada. Poderá se tornar simplesmente uma atividade burocratizada, complicada ou ineficaz mesmo, e que termina caindo em desuso. Ou, pelo contrário, irá se tornar um grande instrumento de cidadania.

Eu não questiono se é necessário ir aonde o povo está, mas se ir aonde o povo está por meio da justiça virtual – perdão aos críticos dessa expressão, quando digo virtual, quero dizer acesso eletrônico aos órgãos jurisdicionais, via terminais, internet, audiências por videoconferências, etc. – não seria mais eficiente, simples e barato do que através da justiça itinerante.

O problema dos chamados excluídos virtuais – pessoas que não têm, não podem ter ou não sabem como valer-se dos instrumentos tecnológicos antes referidos – não me preocupa especificamente, porque acho que o excluído virtual é um excluído real, na vida em geral. Sei que existem pessoas que têm condições e não usam ou não querem, ou não sabem usar computador, mas esse tipo de pessoa normalmente tem alguém que por ela faz isso. Já quando o sujeito não tem condições de se conectar porque não possui computador nem acesso a ele, ou não tem condições de adquirir ou de usar, é porque também não tem condições de comer dignamente, não tem condições de morar, não tem condição nenhuma. Acho que os excluídos virtuais, aqueles realmente excluídos virtuais, eles são já excluídos reais.

Para a exclusão social – a exclusão real, da qual a exclusão virtual é apenas uma espécie, ou um sintoma –, aí me parece que não será reforma judiciária alguma que vai resolver. Trata-se de uma questão mais global, do Estado e da sociedade brasileiros, na qual a Justiça tem, sim, sua parcela de contribuição a dar, mas jamais a primazia ou a maior responsabilidade.

Já para o outro acréscimo ao mesmo art. 107, o de seu novo § 3.º, só tenho aplausos. Realmente, uma modificação que eu acho que tende a funcionar bem, pelas demandas cada vez maiores de interiorização da justiça, de seu melhor trabalho, é a possibilidade de os Tribunais Regionais funcionarem também descentralizadamente, constituindo Câmaras Regionais, a fim de assegurar o

pleno acesso jurisdicional em todas as fases do processo. Com certeza se imagina a criação de novos Tribunais Regionais Federais, mas cada vez que se criar um Tribunal Regional Federal a mais, será preciso um investimento vultoso, enquanto a estatuição em comento poderá resolver o problema sem maiores custos, principalmente numa Região como a Primeira, que é imensa, acho que mais de setenta por cento da área geográfica do território nacional. É muito grande. Mesmo que se crie um Tribunal Regional no Norte do país, como se tem pensado, ainda assim a 1.ª Região e a que dela for desmembrada, continuarão muito grandes. Então, isso pode ser uma forma de se atender melhor ao cidadão.

A criação de câmaras regionalizadas foi igualmente prevista para os Tribunais Regionais do Trabalho (com a inclusão do § 2.º no art. 113) e para os Tribunais de Justiça (com a inclusão do § 6.º no art. 125).

* * *

No art. 109, mais uma inovação. E como essa tem sido muito debatida, vou só registrar: é a possibilidade, prevista no § 5.º, incluído nesse dispositivo, da federalização de crime contra direitos humanos. Apenas, ela não tem sido divulgada corretamente. Fala-se nela como se todos os crimes que atingem direitos humanos passassem a ser de competência federal. Não é isso, evidentemente. Se assim fosse, v.g., todo homicídio – pois não pode haver direito mais humano que o direito à vida – passaria para a Justiça Federal. Esta, em verdade, passaria a ter uma competência criminal quase omnicompreensiva, o que resultaria inviável. O que se criou foi um *incidente de federalização* a ser suscitado pelo Procurador Geral da República, relativamente a violações a direitos humanos, mas apenas aquelas de caráter grave e que tenham a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte. Ademais, o Procurador-Geral não está obrigado a suscitar, ele pode suscitar, de modo que lhe é atribuído, constitucionalmente, um juízo de valor prévio acerca do enquadramento do caso na hipótese de federalização. Se o fizer, será perante o STJ, em qualquer etapa do processo, inclusive ainda na fase de inquérito, e aí, se for admitido – o juízo de valor final, portanto, é do Superior Tribunal de Justiça –, o feito se desloca para a Justiça Federal.

Uma última observação, de caráter lógico-sistemático, como já fiz em passagem anterior, relativamente a outra estatuição da reforma. O parágrafo em tela está mal colocado, aqui, pois o *caput* cuida da competência da Justiça Federal de primeiro grau. E é possível imaginar um crime enquadrável nessa hipótese, que tenha sido cometido por alguém que detenha privilégio de foro,

por exemplo, num Tribunal de Justiça. Então, parece que deveria caber o deslocamento para um Tribunal Regional Federal, e não para o Juiz Federal de primeira instância, que, numa interpretação literal do novo inciso V-A do art. 109, também incluído pela Reforma, é o destinatário dos feitos objeto dessa federalização. Não duvido que o dispositivo, mantido onde e como se encontra, vá suscitar discussões em decorrência de tal detalhe.

* * *

Há também algumas modificações da Reforma que, embora não toquem diretamente aos dispositivos pertinentes à Justiça Federal, vão nela se refletir, como as que decorrem da ampliação da competência da Justiça do Trabalho, prevista agora no art. 115 da Constituição, incisos e parágrafos respectivos, ampliação que considero ter sido razoável. São assuntos efetivamente conexos à jurisdição laboral, somente lamentando a inclusão, entre eles, de uma reclamação constitucional para preservação da competência e autoridade de suas decisões, que deveria ter sido para o TST, mas que, do modo como foi redigida permite que se crie reclamação até para o Juiz do Trabalho de 1.ª Instância. E aí vão surgir, certamente, muitos problemas. O Supremo já começou a abrir a porteira para os Tribunais de Justiça, com o recente caso do Tribunal de Justiça do Ceará – mas pelo menos considerou necessário que tal reclamação venha posta na Constituição Estadual correspondente. Agora, com isso, todo órgão judiciário trabalhista vai estar autorizado expressamente – e será lícito a alguém, em nome da isonomia e da analogia, dizer: e os demais, implicitamente, a ter reclamações. E aí, quando todos têm, é mesmo que nenhum ter, porque todos vão se sentir na condição de puxar o processo que esteja com o outro, alegando que este está invadindo sua competência. Então não vai ser bom, porque só criará mais e mais conflitos de competência, que é sistemática testada e que funciona no Brasil, para resolver divergências entre os órgãos judiciários, salvo o Supremo e – conceda-se – os tribunais superiores. A não ser que nós mudemos todo um sistema e passemos, como, por exemplo, na Espanha, a criar Tribunais de Conflitos, que só julgam esse tipo de assunto.

* * *

Ainda pela ordem do parecer, o art. 126 autoriza os Tribunais de Justiça a proporem a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para

questões agrárias. Não vejo necessidade desse tipo de autorização na Constituição. A lei poderia fazê-lo. E se é o caso de constitucionalizar o assunto, parece que isso interessaria muito mais aos TRFs, porque os conflitos nessa seara que hoje mais interessam são os relativos à desapropriação por interesse social, a qual só pode ser feita pela União, e portanto é de competência da Justiça Federal.

* * *

Passo agora à análise dos artigos que foram adicionados à Constituição, por meio da técnica legislativa de acrescentar letras maiúsculas a seus números, de modo a não implicar a renumeração dos subseqüentes.

O primeiro é o novo art. 103-A, que introduz a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. Trata-se – com exceção do controle externo, que não será objeto de análise aqui, por não se tratar de tema processual – do assunto mais debatido da Reforma. Por isso, não vou nele me deter, nem me manifestar, seja contra ou a favor. Como disse o ilustre Desembargador Francisco de Queiroz, que me antecedeu, isso vem agora, não adianta nem discutir mais, a realidade é essa, vamos passar já a trabalhar em cima dela.

Espero, apenas, que efetivamente haja uma diminuição dos feitos no Supremo, e de processos repetidos em todas as instâncias da Justiça, em geral. Se isso ocorrer de fato, já será algum consolo.

* * *

O dispositivo seguinte, o novo art. 103-B, é o que trata do Conselho Nacional de Justiça – nome oficial do órgão que exercerá o chamado controle externo do Judiciário – e, como já disse, desse órgão não tratarei. Apenas sou obrigado a registrar, porque tem repercussão processual, que, no § 5.º desse artigo, fica estabelecido que o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, integrante do mencionado Conselho, exercerá a função de Ministro-Corregedor, e ficará excluído da distribuição dos processos no seu tribunal, competindo-lhe, entre outras atribuições, a de requisitar e designar magistrados, delegando-lhe atribuições.

Evidentemente, não em caráter jurisdicional, mas tão-somente administrativo.

Se alguém quiser interpretar isso pra dizer que o Conselho, através do seu Ministro-Corregedor, possa designar juiz, ou delegar atribuições a juízes, sem

que sejam de caráter administrativo, nós estaremos acabando com o *princípio de juiz natural*, o que é obviamente inaceitável, e seria inconstitucional em face do texto originário da Carta Maior.

Pode-se pensar que, ao figurar essa hipótese interpretativa absurda, mais uma vez estou sendo excessivamente suspicaz. É possível, mas como diz o vulgo, cautela e caldo de galinha nunca fizeram mal a ninguém.

* * *

Findos os dispositivos da Reforma que modificam ou acrescem a própria Constituição, há, dentre aqueles que não o fazem, um artigo que contém determinação importantíssima, *verbis*:

“Art. 7.º O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional.”

Com certeza, do fiel cumprimento – ou não – desse comando dependerá, em muito, a efetividade da Reforma, no que concerne a um real melhoramento da prestação jurisdicional em nosso País.

É necessário, portanto, que, a partir da promulgação da Emenda, todos nós, magistrados e operadores jurídicos em geral, nos empenhemos para que o legislador cumpra o mandamento constitucional com a brevidade possível.

* * *

Chego, para alegria dos que me ouvem, à última etapa desta alocução: o texto que retorna à Câmara.

Algumas passagens merecem meditação.

Pela ordem, salvo aquilo a que já me referi em momentos anteriores, começo pela alteração do inciso I do artigo 98, sobre a composição dos juizados especiais. O dispositivo vem todo igual ao de hoje, mas se altera o seu finalzinho, a partir do trecho em que fala do julgamento de recursos por turmas de juízes de 1.º grau, acrescentando que tais juízes deverão ser, sempre que possível, do sistema dos juizados especiais.

Eu posso estar enganado, mas acho que isso vai ocasionar a criação de duas castas distintas de juízes, o que será péssimo. Vai haver os “juízes de juizado”, que vão ascender às turmas recursais, e os “juízes de varas que não são juzizados”. Quando eles quiserem participar das turmas recursais, alguém vai dizer: não, porque a Constituição diz “sempre que possível, juiz do sistema dos juzizados”, e existe o juiz fulano de tal, que já era juiz de juzizado. Doutra banda, o juiz que integra um juzizado pode não querer ir para a turma recursal, e ser levado a isso, pela interpretação rígida desse dispositivo.

Então, dependendo da forma como se aplicar essa norma, sempre que possível, o “juiz de juzizado” vai viver eternamente assim, e passar para a turma recursal, e o “juiz de vara que não é juzizado” nunca ou quase nunca terá essa experiência, e ao primeiro será difícil ter a vivência de ser “juiz de vara”.

Então, eu não acho que isso seja positivo.

Parece que a origem dessa estatuição originou-se de sugestões de associações de Juízes Estaduais, por questões pontuais acontecidas em alguns Estados. Entretanto, da forma como ela está, ela vai se aplicar aos juzizados especiais federais e eu não vejo, nem para os Estados, vantagem nisso. Ao contrário, acho que a experiência do juzizado é enriquecedora para qualquer juiz, mas também é enriquecedora para o juiz que está em juzizado depois ser juiz de uma vara. Se um ficar sempre no juzizado e o outro ficar sempre na vara, pode-se criar o embrião, de uma futura bipartição da Justiça Comum, Estadual e Federal. E eu temo por essas especializações excessivas, que podem até prejudicar a carreira dos próprios juízes. É bastante recordar que o trabalho do juiz de juzizado é menos conhecido no Tribunal (de Justiça ou Regional Federal), porque os recursos sobem para a turma recursal, e não para a Corte judiciária.

* * *

Adiante, acrescentou-se um § 2.º ao artigo 105, incluindo na competência do STJ a solução do problema das liminares e sentenças são proferidas com a abrangência maior do que a área de jurisdição de quem as proferiu. Considero-a uma falsa questão. Certa vez, numa palestra, eu e o professor José Rogério Cruz e Tucci, falando sobre esse assunto, tínhamos a mesma opinião sobre a legislação que estabelece limites a decisões dessa espécie, isto é, que vão além dos limites territoriais do órgão judiciário prolator, entendendo-a equivocada, por confundir competência territorial com aquilo que Liebman chama de efeitos

ínsitos à sentença. O juiz da comarca tal profere decisão que divorcia um sujeito da esposa, vamos dizer. Então, se ele sair dos limites da comarca, está casado de novo?

É evidente que há determinados efeitos da sentença que se propagam, que se expandem sem esse limite territorial, mas também há aqueles efeitos específicos da declaração, contida na sentença, que se dirigem a destinatários conhecidos, especificados ou especificáveis, especialmente quando se tratar de sentença em ação de direito difuso, coletivo *stricto sensu*, difuso, ou mesmo individual homogêneo. Aí, tem-se simplesmente, a meu sentir, uma opção interpretativa, que a meu ver deveria ser a mais ampla, por uma série de motivos que não caberiam nesta palestra.

No caso, optou-se por uma interpretação mais restrita, ainda assim melhor que a da legislação ora em vigor, ainda que sob suspeita de inconstitucionalidade: deu-se ao STJ o poder de definir, nas ações civis públicas e nas propostas para entidades associativas em defesa de direitos de seus associados, representados ou substituídos, quando a abrangência da lesão ultrapassar jurisdição de diferentes TRFs ou TJs, o foro competente e a extensão territorial da decisão, ressalvada a matéria.

Não se colocou, porém, a mesma competência, para os Tribunais Regionais e nem para os Tribunais de Justiça, quando, em hipótese similar, a decisão for além dos limites de uma Seção Judiciária ou de uma Comarca. Então, adotou-se um novo sistema, mas só parcialmente. Inter-regionalmente o STJ decide, mas intra-regionalmente, os TRFs e TJs não estão autorizados a decidir, a não ser que a doutrina e a jurisprudência considerem que será caso de aplicação analógica ou simétrica.

* * *

Eu ainda iria abusar da atenção de vocês com a súmula vinculante do STJ. Todo mundo diria: ah, súmula vinculante é só do Supremo; para os Tribunais Superiores, o que está sendo criado é a súmula impeditiva de recursos – já, já, cuidado desta –, mas vejam que constava do § 3.º acrescentado ao art. 105, que o Superior Tribunal de Justiça, de ofício, mediante provocação do Procurador-Geral da República ou do Conselho Federal da OAB, se considerasse conveniente ao interesse público, poderia fixar, ocorrendo causas repetitivas, por dois terços de seus membros, a interpretação da lei federal, cuja decisão terá eficácia

para todos os órgãos do Poder Judiciário subordinados à sua jurisdição. Não seria vinculante para o Poder Executivo, mas certamente para o Judiciário.

Felizmente, soube que foi rejeitada na CCJ do Senado, por isso não me estenderei sobre ela.

* * *

Adicionando um § 2.º ao art. 125, amplia-se a representação de inconstitucionalidade de lei estadual no âmbito dos Estados, criam-se ADCs e ADPFs estaduais, e tudo com efeito vinculante.

* * *

O art. 105-A estabelece, para o STJ, a súmula impeditiva de recursos. Essa foi bastante discutida, tal como a súmula vinculante do Supremo, com a diferença de ser muito menos polêmica. Diria mais. A impeditiva tem merecido aplausos quase unânimes.

Mesma coisa para o TST, no art. 112-A.

Realmente, parece-me uma boa saída, pois poderá ter o efeito positivo da vinculante – a diminuição dos feitos – sem as hipotéticas más conseqüências de engessamento da Justiça e desprestígio às instâncias de base.

Destaca-se, nesse dispositivo, por interessante, seu § 3.º, segundo o qual são insuscetíveis de recurso e de quaisquer meios de impugnação – e incidentes também, procurou-se fechar qualquer brecha – as decisões, em qualquer instância, que dêem a tratado ou lei federal a interpretação determinada pela súmula impeditiva de recurso.

Eu estava, agora há pouco, vendo a nova edição do livro de Nelson Nery sobre recursos. Ali está dito, como em quase toda a doutrina, que a ação rescisória é um meio autônomo de impugnação das decisões judiciais. Então, as decisões conformes à súmula impeditiva também ficam cobertas por essa blindagem, quer dizer: elas são coisas soberanamente julgadas automaticamente – não precisam esperar pelo transcurso do prazo da rescisória, já que esta é incabível? E erros de fato comprovados? E provas falsas e quejandos? Nem assim? Esses são assuntos sobre os quais a doutrina e a jurisprudência hão de meditar, para oferecer solução razoável.

Pela exegese literal desse dispositivo, pode-se chegar a conclusões perigosas e nocivas, penso.

* * *

Finalmente, o relator conclui a Reforma, propondo três emendas autônomas à Constituição.

A primeira – embora seja dessas que gerarão situações em que todos seremos cobaias – parece-me interessantíssima, e eu vou rezar para dar certo: é a alteração substancial do regime dos precatórios, criando os *títulos sentenciados*.

Considero-a uma medida, em princípio, maravilhosa. Pode ser que a gente quebre a cara na hora da implementação, mas não é difícil achar que uma medida que altere o sistema de precatórios seja boa, não, porque pior do que o que nós temos é muito difícil.

Não há, propriamente, como saber se vai funcionar. Mas a experiência mais próxima que me ocorre – a dos Títulos da Dívida Agrária, nas desapropriações, é altamente positiva quando comparada aos famigerados precatórios requisitórios de pagamento.

Por isso, a esperança.

* * *

A segunda emenda, acho eu, é complicada. Cria juizados de instrução criminal para as infrações que define. Eu acho que se está, com essa emenda, arriscando um retrocesso, porque a Constituição adotou, quanto ao processo penal, um sistema acusatório puro, e isso aqui poderá nos trazer de volta a experiências do sistema inquisitivo. Em princípio, não sou simpático. Como não me considero dos mais entendidos na matéria, suscito aos especialistas – e nós os temos vários aqui – que comecem a se preocupar com isso, porque é uma questão muito complexa, que envolve a atual concepção do inquérito policial, o papel do Ministério Público e as possibilidades investigatórias deste, ora em discussão no Supremo, e, fundamentalmente, os *princípios da inércia* e da *imparcialidade da jurisdição*, que terão de ser objeto de concepção inteiramente nova, no sistema positivo, caso essa emenda venha a ser aprovada.

Pelo menos, como é uma proposta ainda no nascedouro, há tempo.

* * *

A terceira e última emenda é aquela, a que já me referi, ampliando o recurso especial, permitindo-o quando a decisão contrariar dispositivo da Consti-

tuição, além de tratado ou lei federal, e que, receio, vá levar a um total conflito entre STF e STJ.

* * *

Então, eram esses os pontos que entendi necessário trazer a este distinto auditório. Procurei me manter estritamente dentro do tempo que me foi dado, e acho que foi bom até eu ter falado rápido, porque na verdade aqui interessa muito menos a minha opinião a respeito desses aspectos. O objetivo é de simplesmente ressaltá-los, para que fiquemos atentos, até porque grande parte deles tende a se transformar em realidade.

Muito obrigado pela atenção e, acima de tudo, pela paciência.

ADENDO

Compulsando o teor atualizado e consolidado do texto da Reforma, após votação na CCJ e no Plenário do Senado – o que somente ocorreu depois da palestra, no sítio <http://www2.senado.gov.br/JoseJorge/ReformadoJudiciario-Decisao.doc>. – é necessário fazer algumas observações em relação ao parecer do relator, comentado acima, dadas as modificações que ocorreram:

– Foi acrescentado mais um parágrafo, o § 3.º, ao art. 98, estipulando que, ressalvadas as entidades de direito público, os interessados em resolver seus conflitos de interesse poderão valer-se de juízo arbitral, na forma da lei, e com isso encerrando a polêmica sobre se a arbitragem viola o *princípio do amplo acesso ao Judiciário*, embora tal problemática tivesse sido já encerrada pelo Supremo – ainda que em decisão não-unânime – na ADIn movida contra a Lei de Arbitragem.

– Felizmente não foi aprovado o acréscimo de alínea *d* ao inciso III do art. 102, estabelecendo hipótese em que se permitia, na via do recurso extraordinário, discutir decisão que julgasse válida lei local contestada em face de lei federal, mantendo-se, portanto, a redação atual no tocante aos casos passíveis de RE. Igualmente, não foi acolhida a alteração da alínea *b* do inciso III do art. 105, que retirava do REsp o trecho referente a tal tema, ficando, do mesmo modo, preservada a redação atual. Conseqüentemente, em tema de apelos extremos, tanto a competência do STF como a do STJ ficaram da mesma forma. Com isso, a última tentativa de modificação, incluindo matéria constitucional no

âmbito deste último tribunal, proposta em emenda autônoma, perde o sentido.

– Efetivamente, não passou a proposta de um § 3.º ao art. 102, estabelecendo o critério da *repercussão geral* das questões constitucionais suscitadas, para o conhecimento do recurso extraordinário.

– Também não passou a revogação do § 3.º do art. 103, de modo que infelizmente mantém-se a criticada necessidade de citação do Advogado-Geral da União para defender a norma impugnada por ADIn.

– As referências à justiça itinerante e às câmaras descentralizadas nos TRTs foram mantidas, mas agora constituem os §§ 1.º e 2.º do art. 115, e não mais do art. 113, como no relatório.

– As modificações da competência da Justiça do Trabalho, previstas no relatório no art. 115 passaram ao art. 114. A ampliação prevista foi diminuída (vale consultar o texto final, na página da internet informada no princípio deste *adendo* para detalhes) e corrigiu-se o problema da previsão, ali, de reclamação, a qual foi, escorреitamente, transferida para a competência privativa do TST, no art. 111-A, § 1.º, *in fine*.

– No texto que retorna à Câmara, realmente não passou a redação pretendida pelo relatório para o § 3.º do art. 105, que criaria uma verdadeira súmula interpretativa do STJ, vinculante para os órgãos judiciários a ele subordinados. A mais nova redação dada a esse parágrafo foi simplesmente a seguinte: a lei estabelecerá os casos de inadmissibilidade do recurso especial.

– A súmula impeditiva de recursos do TST passou, sem alterações, para o art. 111-B

– Não há menção, nesse novo texto consolidado, acerca das emendas autônomas propostas no relatório. Se não foram aprovadas, só lamento quanto àquela relativa à modificação dos precatórios.



ESMAFE
ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO



A IMPLANTAÇÃO DOS JUIZADOS VIRTUAIS NA 5ª REGIÃO

Rogério de Meneses Fialho Moreira

Juiz Federal e professor da UFPB

Caros colegas,

Inicialmente, agradeço ao Desembargador Federal Luis Alberto Gurgel, Diretor da Escola da Magistratura da 5ª Região por mais esta oportunidade de conversar com os colegas sobre os Juizados Especiais Federais, temática com a qual vejo-me envolvido desde os estudos preliminares, já que participei da Comissão instituída pelo Tribunal para elaborar proposta de anteprojeto de lei regulamentando a sua criação e estrutura.

Hoje, o tema do painel é por demais instigante, pois aborda a implantação do processo eletrônico na 5ª Região.

Em seminário realizado no eg. TRF 5ª Região em Recife, nos dias 16 e 17 de maio de 2002, dissertando sobre as possibilidades de êxito dos novos órgãos judiciários, então recém implantados, enfatizei que “Depende de nós aquela efetividade. Das medidas práticas que adotarmos, na aplicação da legislação, dependerá o alcance ou não dos objetivos almejados pelos Juizados Especiais Federais”.

E, passados dois anos daquele evento, podemos constatar que os Juízes Federais do Brasil e de nossa Região têm sabido fazer com que os JEFs tenham a rapidez, a segurança e sobretudo a efetividade com que sonha a população brasileira.

Tanto que o chamado processo virtual virou realidade no Brasil antes mesmo da sua regulamentação legal.

Com efeito, em rigor, a Lei nº 10.259, de 12.7.2001, somente fala a respeito da “intimação das partes e da recepção de petição por meio eletrônico”.

O Projeto de Lei nº 5.828/2001, apresentado pela Associação dos Juízes Federais do Brasil-AJUFE à Comissão de Legislação Participativa da Câmara de Deputados e aprovado pelo plenário daquela casa, disciplinando a informatização do processo judicial, ainda se encontra na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.

Nada obstante, o processo eletrônico (e-processo), com tramitação inteiramente virtual, sem impressão de uma única folha de papel, já é uma realidade em nosso país.

Sempre pareceu um ideal inatingível a existência de uma secretaria de vara, onde tramitam mais de 20.000 processos sem que se vejam prateleiras abarrotadas de autos e dezenas de advogados se acotovelando ao redor do balcão enquanto o servidor revira as pilhas de papel em busca da informação solicitada.

Mas esse sonho já se transformou em realidade em vários Juizados Especiais Federais do país e, num futuro próximo, a virtualização dos feitos será a regra.

A necessidade de um judiciário mais transparente, rápido, capaz de atender à pressão da demanda, imporá a mudança de paradigmas. As resistências ainda encontradas serão vencidas pelas evidências acerca da superioridade do processo eletrônico sobre o processo em papel.

Em seu artigo “e-Processo: uma verdadeira revolução procedimental”, o eminente Juiz Federal George Marmelstein Lima, da Seção Judiciária do Ceará, aponta as características do processo eletrônico:

“Esse novo processo, que, na onda dos modismos cibernéticos, pode ser chamado de *e-processo* (processo eletrônico), tem as seguintes características: a) máxima publicidade; b) máxima velocidade; c) máxima comodidade; d) máxima informação (democratização das informações jurídicas); e) diminuição do contato pessoal; f) automação das rotinas e decisões judiciais; g) digitalização dos autos; h) expansão do conceito espacial de jurisdição; i) substituição do foco decisório de questões processuais para técnicos de informática; j) preocupação com a segurança e autenticidade dos dados processuais; k) crescimento dos poderes processuais-cibernéticos do juiz; l) reconhecimento da validade das provas digitais; k) surgimento de uma nova categoria de excluídos processuais: os desplugados”.

Fonte: Site Jus Navegandi (<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3924>)

As vantagens do processo inteiramente digital são inúmeras, como adiante veremos e, com toda certeza, os percalços iniciais da implantação serão superados por nossa capacidade criativa de fazer sempre o melhor.

1) OS MEIOS TECNOLÓGICOS ATUALMENTE EMPREGADOS PELA JUSTIÇA BRASILEIRA:

O Poder Judiciário Brasileiro, em todos os níveis, tem sabido se utilizar dos recursos tecnológicos para simplificar procedimentos e alcançar mais rapidamente a solução dos litígios.

Os interrogatórios virtuais, os bancos de jurisprudência como repositório oficial, o sistema PUSH, o acompanhamento processual pela internet, a transmissão das sessões dos Tribunais, em tempo real, pela internet, a sustentação oral por vídeo-conferência, os diários oficiais virtuais, o pagamento de custas judiciais e a obtenção de certidões negativas através dos sites dos órgãos judiciais, as execuções fiscais virtuais, o acesso direto pelo Juiz aos bancos de dados da Previdência Social (CNIS, PLENUS) e do Banco Central são realidade há algum tempo.

Além daqueles recursos, já comuns nos fóruns de todo o país, GEORGE MARMELSTEIN, em seu trabalho já referido, nos dá notícia acerca de outras inovações:

“Em alguns Estados, já é possível acompanhar o andamento processual pelo telefone celular, através do sistema WAP (*wireless application protocol*), cuja utilidade ainda é um pouco limitada em razão do custo dos serviços de telefonia celular.

A Justiça Federal de São Paulo oferece, ainda, um serviço chamado Unidade de Resposta Audível (URP), em que o usuário pode ouvir, por telefone, após seguir as orientações gravadas, informações sobre o andamento de um dado processo ou solicitar a impressão por fax de toda movimentação processual. O sistema é totalmente automatizado.

Em São Paulo, o Tribunal de Justiça fez um convênio com o banco Nossa Caixa, permitindo que o acompanhamento dos processos daquele tribunal seja feito pelos terminais remotos do referido banco espalhados por toda a cidade.

Já existem *softwares* capazes de monitorar os bancos de dados processuais de vários tribunais em diversos Estados, passando automa-

ticamente as informações sobre o andamento de um determinado processo aos advogados por *e-mail*, *pager*, *fax* ou *vox-mail*.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, mediante convênio com a empresa TIM, oferece um serviço de acompanhamento processual por celular, em que, toda vez que o processo é movimentado, o interessado recebe uma mensagem informando a movimentação no telefone celular, através do TIMnet Mail. Seria uma espécie de sistema *push*, mas, ao invés de a mensagem ser enviada por *e-mail*, é enviada ao aparelho celular. (op. loc. cit.)

Na Paraíba, o convênio celebrado entre o Juizado Especial Federal de João Pessoa com o Tribunal de Justiça do Estado, para utilização dos Fóruns estaduais quando do funcionamento dos Juizados Itinerantes, já prevê a possibilidade de solicitação de diligências por meio eletrônico:

“CLÁUSULA QUARTA – DAS COMUNICAÇÕES DOS ATOS PROCESSUAIS

As diligências de citação e intimação, a serem cumpridas em outro Juízo, poderão ser requisitadas mediante transmissão por meio eletrônico, podendo o Juízo deprecado certificar o cumprimento por igual meio”.

Também nesse Estado um convênio celebrado entre a Direção do Foro da Justiça Federal e o DETRAN permite o bloqueio e a liberação “on-line” de veículos penhorados, seqüestrados ou por qualquer motivo tornados indisponíveis.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal editou a Resolução 287, de 14 de abril de 2004, instituindo o “e-STF”, sistema que permite o uso de correio eletrônico para a prática de atos processuais no âmbito daquela Corte, nos termos da Lei 9.800, de 26 de maio de 1999. Os advogados devem ser previamente cadastrados, recebendo senha de segurança, pessoal e sigilosa. Contudo, em cumprimento aos limites da própria lei, os originais devem ser apresentados em seguida.

Tudo isso indica uma mudança do padrão de comportamento vigente nos meios forenses, quase sempre arraigado aos formalismos e avesso às inovações da ciência.

Essa transformação cultural e social é imprescindível para o passo decisivo e mais difícil: a eliminação dos chamados “cadernos processuais”.

2) OS JUIZADOS VIRTUAIS EM OUTRAS REGIÕES :

Os Juizados Virtuais, com tramitação total do processo por meio digital, sem autos em papel, já estão implantados em Londrina (PR), Rio Grande (RS),

Florianópolis(SC), Blumenau (SC), São Paulo (SP), Ribeirão Preto (SP), Campinas (SP), Distrito Federal (DF) e Palmas (TO).

De acordo com matéria jornalística, os Juizados do Rio de Janeiro passariam a funcionar de modo virtual a partir de abril do corrente ano. in Home page da MPS Informática- <http://www.mpinf.com.br>).

Contudo, em diligência que empreendi, constatei que, até o momento, o processo ainda se encontra em fase de testes.

A experiência pioneira ocorreu em São Paulo com a tramitação inteiramente virtual das ações que tramitam no JEF da capital, com competência exclusivamente previdenciária.

Na 4ª Região a recente Resolução nº 13, de 11 de março de 2004 estabelece “normas para o funcionamento do Processo Eletrônico” nos Juizados Especiais, determinando inclusive a obrigatoriedade daquele sistema após a implantação.

Na 1ª Região, o processo eletrônico iniciou-se pelo Distrito Federal, já estando implantado também o de Palmas, Tocantins.

A expansão do processo eletrônico tem sido rápida até mesmo pela exigência decorrente do incremento assustador do número de causas tramitando nos Juizados Especiais Federais.

3) A EXPERIÊNCIA TECNOLÓGICA JÁ IMPLANTADA NOS JEF'S DA 5ª REGIÃO:

Um dos maiores instrumentos para a celeridade processual é, sem dúvida, a utilização dos meios eletrônicos. Enquanto não alcançado o grande objetivo, a eliminação dos tradicionais autos, calhamaços de papéis que se avolumam nas estantes dos cartórios, os Juízes da 5ª Região têm sabido aplicar a tecnologia de que dispõem, aliada à informalidade e simplicidade que norteiam o processo nos Juizados Especiais.

A própria Lei nº 10.259/2001 dispõe que “Os tribunais poderão organizar serviço de intimação das partes e de recepção de petições por meio eletrônico” (art. 8º, § 2º), bem como a reunião das Turmas de Uniformização, também por via eletrônica, quando forem os “Juízes domiciliados em cidades diversas” (art. 14, § 3º).

O JEF do Rio Grande do Norte iniciou o sistema de gravação de audiências, em fita cassete. Os da Paraíba e de Pernambuco, logo em seguida, passaram a gravar aqueles atos processuais em CD, através do sistema MP3.

Com ínfimo investimento, a Seção Judiciária da Paraíba adquiriu uma mesa de som, dois microfones e um gravador de CD para o computador da sala de audiências. O programa de gravação em MP3 é baixado gratuitamente através da INTERNET. Os depoimentos são gravados no disco rígido do equipamento e imediatamente lançado na rede interna, sujeita a backup diário. Os Juízes e assessorias, de imediato, têm acesso às gravações, através da rede de computadores. Os advogados e procuradores podem levar cópia em CD. Foi o quanto bastou para uma pequena revolução, permitindo a realização de um grande número de audiências em um único dia. Nem com a interposição do recurso é necessário reduzir os depoimentos a escrito, pois os membros das Turmas Recursais também têm acesso ao teor dos mesmos através da rede.

Na Seção Judiciária de Alagoas as intimações são realizadas através da INTERNET.

Um sistema de banco de dados, aliado à tecnologia do código de barras, desenvolvido pelo Diretor de Secretaria da 7ª Vara-PB, Iaponã Fernandes Cortez, permite o gerenciamento dos feitos em tramitação, inclusive das pautas de audiências, cumprimento de diligências e perícias, além da alimentação cumulativa de todos os novos elementos de cada processo. Constando do banco de dados todas as informações relevantes, uma vez identificada a sentença adequada ao caso, aquele ato é impresso após uma mera aposição do leitor óptico.

Recentemente, após autorização da Coordenadoria Regional, fornecida através do ofício nº 15/2004-GCRJEF, de 20 de abril de 2004, e com base na Medida Provisória n 2.200-2, de 24.8.2001, os dois JEFs instalados em João Pessoa passaram a adotar a assinatura digital de sentenças e decisões. Fornecidos certificados digitais ao Diretor de Secretaria e aos dois Juízes, a partir de então centenas de atos podem ser “assinados” mediante a simples digitação de um código pessoal, que garante a segurança da assinatura digital.

Como o processo ainda é em papel, consta da via impressa, ao lado da assinatura “digitalizada” através de “scanner”, o símbolo próprio (pequena chave) com a indicação de que o documento virtual encontra-se assinado por meio “digital”, devendo o interessado, se desejar, conferir a autenticidade acessando o site www.jfjb.gov.br/documentoseletronicos.htm.

Com isso, na prática, existe um processo digital correndo em paralelo aos autos em papel.

O TRF da 5ª Região instalará em breve o módulo de Requisição de Pequeno Valor-RPV nos sistemas TEBAS/ESPARTA. Atualmente, cada RPV é impressa em quatro vias. Quando no processo é expedida também RPV em

favor do perito, é necessária a impressão e assinatura de oito folhas de papel, afora os ofícios para cumprimento da obrigação de fazer.

**4) O JUIZADO INTEIRAMENTE VIRTUAL NA
5ª REGIÃO – O “PILOTO” EM SERGIPE**

A entrada da 5ª Região no mundo do processo inteiramente virtual se dará através da Seção Judiciária de Sergipe que, em parceria com o TRF da 5ª Região, contratou com a empresa INFOX, em 18 de dezembro de 2003, a elaboração de um programa de informática para o gerenciamento e acompanhamento dos e-processos.

Do contrato consta a cláusula de possibilidade de utilização daquela ferramenta pelas demais Seções Judiciárias da Região, tendo em vista que a aplicação foi desenvolvida em plataforma de “software free”.

Somente não está previsto no contrato o acompanhamento da implantação pela empresa prestadora de serviços fora de Aracaju, com trabalho dos técnicos em cada Estado, o que poderá ser contratado pelas Seções Judiciárias.

O projeto-piloto já se encontra em fase de testes desde o dia 4 de maio de 2004, com previsão de efetiva implantação na segunda quinzena de maio.

O sistema desenvolvido teve como modelo a solução adotada pela 4ª Região, após a constatação da sua eficiência por servidores dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco e de Sergipe e por técnico do TRF da 5ª Região que visitaram os Juizados de São Paulo (3ª Região) e Santa Catarina (4ª Região).

Após a contratação da empresa para o desenvolvimento da solução, foram colhidos por seus técnicos subsídios junto às Secretarias de outros JEFs da Região, inclusive no que tange ao banco de dados desenvolvido na Paraíba.

O acesso aos processos virtuais será feito através da página da Seção Judiciária na internet.

Para a distribuição do feito, o advogado, após o prévio cadastramento, que o habilita à utilização dos recursos do sistema, deverá remeter a inicial, preferencialmente adotando os padrões já fornecidos pelo JEF, em caso de matéria repetitiva, através de e-mail. Os documentos são “scaneados” pelo próprio advogado, que se responsabiliza pela autenticidade, devendo guardar os originais, para posterior exibição, se necessário. O ideal é que os documentos sejam trazidos para eventual conferência durante as audiências de conciliação e instrução.

A mensagem é recebida pelo sistema e, após verificada eventual litispêndência, distribuída a um dos JEFs, transmitindo-se mensagem de confirmação ao advogado.

Todo o restante do processamento também é feito em mídia digital, inclusive a conservação das provas orais em arquivo de MP3. Após a instalação da nova aplicação, os documentos serão todos digitalizados, havendo o recebimento de petições e comunicações processuais via e-mail. Os atuais processos que estão em tramitação nos Juizados, em autos em papel, seguirão seu curso por este meio até o final arquivamento.

Somente ainda não estão contempladas no aplicativo já desenvolvido a tramitação dos feitos na Turma Recursal e a expedição da RPV eletrônica. Como não teria sentido toda a tramitação em meio digital e a posterior impressão dos documentos na fase de recurso e cumprimento, a Seção Judiciária de Sergipe já está providenciando a contratação daquela complementação, também em plataforma de “software free”, com direito de uso por toda a Região.

Também não estará implementada, nesta primeira fase, a utilização de Certificação Digital, embora o sistema esteja preparado para receber a assinatura digital. O assunto encontra-se em estudo. O Conselho da Justiça Federal está verificando a possibilidade de estabelecer convênio com o SERPRO ou com a Caixa Federal, a fim de que a Justiça Federal passe a adotar uma autoridade certificadora padrão para todo o país.

Após a consolidação da solução na Seção de Sergipe, com os ajustes necessários, está programada pela Subsecretaria de Informática do TRF a instalação nas sedes das Seções de Pernambuco e Paraíba, que já dispõem ou estão prestes a adquirir a infraestrutura técnica e operacional necessária à completa virtualização (aumento da capacidade de armazenamento, scanner, etc)

Como o programa desenvolvido também se presta ao controle e gerenciamento dos processos, mesmo que não digitalizados, o sistema deverá ser instalado em todos os Juizados até o final do ano.

De toda forma, mesmo que não seja possível a completa digitalização dos documentos (e-processo) em todos os locais, principalmente em face da interiorização, o sistema oferece alguns recursos tecnológicos, mesmo quanto aos processos convencionais, como o peticionamento via e-mail, comunicação dos atos processuais e outras ferramentas que podem otimizar o trabalho dos Juizados não-virtuais.

5) DA ECONOMIA PARA AS SEÇÕES JUDICIÁRIAS:

A eliminação dos autos em papel, além da maior rapidez na tramitação e efetividade no acompanhamento, trará, com certeza, sensível economia para os cofres públicos.

Sem contar a redução da força de trabalho necessária para movimentar os feitos, inclusive dos Oficiais de Justiça, e do espaço físico para acomodação dos processos e posterior arquivamento, isso sem considerar ainda os gastos com malote para o transporte dos autos, na fase de recurso, para a sede das Seções Judiciárias, onde estão instaladas as Turmas Recursais, bem como a economia com papel e impressão, o que, por si só, já paga o investimento inicial, como passamos a demonstrar.

Para exemplificar, com a tramitação de 10.000 processos, durante um ano, somente com os gastos alusivos aos próprios autos em papel, a economia seria na ordem de quase quarenta mil reais na Seção Judiciária da Paraíba, segundo levantamento realizado junto à Secretaria Administrativa do órgão:

QUADRO – DADOS ESTATÍSTICOS

ITEM	ESPECIFICAÇÃO	QTDE.	PREÇO UNITÁRIO	VALOR TOTAL
1	Capa de processo	10.000	1,950	19.500,00
2	Etiqueta para autuação	20.000	0,014	280,00
3	Etiqueta de código de barras	20.000	0,006	60,00
4	Grampo trilho (fixador de processo)	10.000	0,040	400,00
5	Papel tamanho A4 (H'14 folhas p/processo)	140.000	0,024	3.360,00
6	Toner para impressora laser (cartucho)	17	619,500	10.531,50
7	Fotocópia	90.000	0,062	5.580,00
8	Confecção de carimbos	18	7,65	137,70
VALOR TOTAL A SER REDUZIDO				39.849,20

Considerando-se que o desenvolvimento da solução de processo eletrônico foi adquirido pela Seção Judiciária de Sergipe, prevendo-se a possibilidade

de uso pelas demais Seções da 5ª Região, e que o investimento inicial direto pela Justiça Federal da Paraíba foi de apenas R\$ 5.240,00 com a aquisição de um scanner de alta velocidade e resolução, a economia em um ano com a tramitação de apenas 10.000 processos é bastante para o financiamento da iniciativa no Estado.

6) DA NECESSIDADE OU NÃO DA ASSINATURA DIGITAL:

O certificado digital é um arquivo de computador que tem como função atestar a autoria e autenticidade de documentos eletrônicos, possuindo as seguintes características:

- a) é produzido com base em alta tecnologia de segurança contra violação;
- b) somente algumas entidades como a PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, SERPRO, CEF, SERASA, CERTISIGN têm autorização para emitir certificados digitais com validade jurídica, nos termos da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24.8.2001. São as chamadas Autoridades Certificadoras (AC) vinculadas à Autoridade Certificadora Raiz (AC-Raiz ICP-Brasil);
- c) na utilização de e-mail, garante a integridade das informações e do documento anexado, dando a certeza acerca do remetente. Assim, é possível saber quem remeteu e se houve violação da mensagem e seus anexos durante o processo de envio e recebimento;
- d) sua utilização possibilita a validade jurídica de documentos eletrônicos, com base em normas técnicas editadas pelo governo federal através do Instituto Nacional de Tecnologia e Informação, consubstanciadas na MP 2.200-2.

O certificado digital compõe-se das seguintes partes:

- Chave pública
- Nome e endereço de e-mail
- Data de validade da chave pública
- Identificação da Autoridade Certificadora
- Número de série do Certificado Digital
- Assinatura digital da Autoridade Certificadora (AC)

Uma vez adquirido o certificado digital da AC, o usuário poderá assinar digitalmente os documentos que produzir, mediante o uso da sua senha, com ou sem criptografia do conteúdo.

A necessidade do certificado digital para a segurança de processo eletrônico tem sido objeto de controvérsias.

O projeto de informatização do processo judicial, apresentado pela AJUFE, sofreu severa crítica da Ordem dos Advogados do Brasil por não contemplar a necessidade da certificação digital.

Por outro lado, sustentou-se que a certificação, através do par de chaves, é método que pode ser brevemente superado, não devendo a legislação referir-se a um tipo específico da tecnologia.

Todavia, a legislação atualmente em vigor (Medida Provisória 2.200-2) prevê que “consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos” de que trata aquele diploma (art. 10), vale dizer, aqueles produzidos mediante uso do certificado digital. Acrescenta, ainda, que “As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários “ (art. 10, § 1º), na forma do Código Civil.

O fato é que, alheios à discussão, os programas adotados pela maioria dos Juizados Especiais Federais não se utilizam da assinatura digital dos seus documentos. A segurança dos sistemas é obtida mediante o prévio cadastramento dos usuários externos (advogados, procuradores) e a vinculação da movimentação e geração de novos documentos (sentenças, cálculos, etc) ao fornecimento de senha.

De qualquer modo, no trabalho “ASSINATURA CONFIÁVEL DE DOCUMENTOS ELETRÔNICOS”, Júlio da Silva Dias, Ricardo Felipe Custódio e Carlos Roberto De Rolt, do Laboratório de Segurança em Computação da Universidade Federal de Santa Catarina, demonstram que somente a assinatura digital não é suficiente para garantir a segurança caso inexista uma base de dados confiável:

“O documento eletrônico apresenta características específicas que não estão presentes no documento tradicional em papel. No documento em papel tem-se acesso direto ao conteúdo sem auxílio de equipamentos. Os eletrônicos, por sua vez, estão armazenados na forma de um conjunto de bits em algum meio magnético ou ótico. É necessária a transformação da seqüência de bits formatada segundo algum padrão de representação para um formato mais apropriado à compreensão humana. O documento visualizado deve ser único independente da plataforma e software utilizados

nesta transformação e expressar fielmente seu conteúdo de acordo com a vontade do assinante. Há estudos que mostram que o formato de representação utilizado pode levar a problemas para obtenção desta desejável característica [Balacheff et al., 2001, Josang et al., 2002]. Este tem sido um dos problemas apontados no processo de assinatura digital dos documentos eletrônicos. O que se quer é o conceito **o que você assina é o que você vê - WYSIWYS** [Scheibelhofer, 2001]”.

Até o momento, ainda não se decidiu se o modelo de processo digital em fase de implantação na 5ª Região exigirá ou não a certificação digital dos documentos produzidos.

7) A UTILIDADE DE UM “ASSINADOR”, COM RESPECTIVO “LEITOR” PARA A JUSTIÇA FEDERAL:

Embora não obrigatório, penso que seria importante que todo o processo eletrônico fosse vinculado à certificação digital .

E, nesse passo, surge outro problema: qual o “assinador” a ser utilizado.

A assinatura digital lançada em documentos eletrônicos (arquivos, e-mails, etc) é feita mediante a utilização de software específico para tal fim, denominado “**assinador**”, que geralmente é conjugado com o “**leitor**” desse tipo de assinatura.

O **assinador** está para a assinatura digital como a caneta está para a assinatura quirográfica. Entretanto, no processo convencional de leitura ordinariamente não existem objetos intermediários entre os olhos e a assinatura lançada, diferentemente do que ocorre com a “visualização” da assinatura digital. Assim, o **leitor** é como uma espécie de óculos de grau que possibilita essa leitura.

Uma dificuldade existe quanto ao tipo de assinador/leitor usado para lançamento da assinatura, pois quando esta é feita por determinado assinador não é visualizada por outros. Como existem muitos deles no mercado, é preciso que seja definido um padrão, a fim de evitar a aquisição de leitores com concepções diversas, dificultando o exame dos documentos assinados digitalmente.

Daí sugerir-se a criação de um leitor específico para a Justiça Federal, cuja extensão poderia ser .CJF, a exemplo do que ocorre com outros que tem a extensão .DSD, .OFN, P7S, etc, através do qual poderiam ser assinados e lidos todos os documentos oriundos da Justiça Federal e a ela destinados.

Atualmente, órgãos públicos como o Exército Brasileiro e o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região optaram por operar o seu próprio ASSINADOR.

Se cada Seção Judiciária adquirir o direito de uso de um assinador de terceiro, mesmo mediante procedimento licitatório, indiretamente poderá privilegiar a empresa específica, uma vez que estará direcionando os “clientes” da Justiça Federal para lá, e o pior: os jurisdicionados estarão obrigados a adquirir o programa assinador daquela empresa.

O ideal, portanto, seria a Justiça Federal contratar a criação do próprio assinador, a um custo relativamente baixo, (aproximadamente R\$ 30.000,00), já que poderá ser usado em todo o país sendo possível a distribuição gratuita para ser baixado no site do CJF ou das Seções Judiciárias, pelas partes, advogados, procuradores, etc., permitindo a leitura de todos os documentos constantes do processo virtual e assinados digitalmente (inicial, contestação, decisões, cálculos, recursos).

E com o “assinador” será possível a assinatura de milhares de documentos (sentenças, decisões, etc), em um único lote, com a simples digitação da senha pessoal do magistrado.

8) DA CRIPTOGRAFIA:

A criptografia, embora ínsita ao processo de criação e segurança da assinatura digital, não significa que o conteúdo de todos os documentos, quando “abertos” esteja criptografado (embaralhado).

Quem produz o documento pode escolher entre teclar apenas o ícone da assinatura (que assegura a origem e inteireza do arquivo) ou selecionar também a opção de criptografia do próprio conteúdo.

Parece-me que a produção de documentos criptografados pode ser de grande utilidade para os Juizados virtuais. O trâmite das RPVs, entre a expedição, processamento pelo TRF, liberação da verba pelo CJF e o final depósito do numerário na agência bancária pode contar com mais este fator de segurança. Também o trâmite interno de certos atos processuais, como a elaboração do cálculo (pesquisas, contas, conferência e a final liberação, com a assinatura digital do contador), o documento estaria protegido contra a sua visualização por terceiros. Do mesmo modo a elaboração das sentenças, até a assinatura pelo Juiz.

Para a criptografia dos documentos é necessário o chamado “par de chaves” (chaves públicas e privadas), fornecido quando da certificação digital.

As chaves de um certificado digital são códigos para codificar (criptografar) e decodificar (descriptografar) mensagens e arquivos eletrônicos. A primeira delas recebe o nome de **chave pública**, uma vez que poderá ser obtida por qualquer pessoa sem causar prejuízo à segurança das informações. A segunda chama-se **chave privada** e deverá ser protegida (guardada) para não cair em mãos de terceiros que, obtendo a senha respectiva, poderá decifrar as mensagens cifradas com a chave pública formadora do par.

Esses códigos se assemelham aos dentes de uma chave tradicional que se ajustam perfeitamente à fechadura e, deixando um dente de se ajustar, o mecanismo não funciona. Daí a denominação de “chave”.

Assim, o certificado digital é composto por duas chaves: uma **pública** e uma **privada**.

A chave pública é uma espécie de código pessoal que serve para criptografar (embaralhar) as informações. Aquela chave consta do certificado digital. Por ser pública, esta chave pode ser distribuída a quem quisermos, embora só será capaz de decifrar a mensagem quem tiver uma outra chave: a chave privada.

Exemplo de chave (código): a = z; c = t; h = i; v = m; e = y

Mensagem: “tizmy” significa então “chave” embaralhada com o código acima.

A outra chave é a privada que serve para descriptografar (desembaralhar) as informações embaralhadas pela outra que forma o par de chaves. Esta chave privada é pessoal, privativa, secreta e protegida por senha. Assim, só quem detenha a chave privada e sua respectiva senha poderá ler as informações codificadas pela chave pública, ou seja, decifrar, descriptografar a mensagem.

Desse modo, ao utilizar minha chave privada para ler a mensagem ela vai traduzir a palavra “tizmy” transformando-a em “chave”.

Exemplo do procedimento completo, teríamos, v.g., quando o usuário, “JUIZ” desejasse enviar uma mensagem criptografada para “ASSESSORIA”. Isso é possível:

- a) Obtendo-se a chave pública de “ASSESSORIA”. Isso poderá ser feito buscando-a em um repositório autorizado (autoridades certificadoras: Serpro Cetisign, Serasa, etc), já que é pública, ou colhendo-a de uma mensagem assinada digitalmente e enviada para mim e, em seguida, armazenando-a em meu computador, no local próprio para guardar certificados digitais.

- b) Criando-se uma mensagem utilizando-se da chave pública obtida para criptografá-la (embaralhá-la);
- c) Enviando-se a mensagem CRIPTOGRAFADA para “ASSESSORIA” que só poderá ser lida com sua chave privada, protegida por senha. Observe-se que de nada adiantaria interceptar essa mensagem pois está criptografada e sem a chave privada não é possível a leitura.
- d) “ASSESSORIA”, ao receber a mensagem criptografada utilizará sua chave privada para descriptografá-la e lê-la, pois só ela tem a chave privada contida no certificado digital e respectiva senha.

A empresa CERTISIGN, órgão certificador, em seu sítio na internet, assim define o que seja o PAR DE CHAVES:

“O que é um par de chaves de Certificado Digital?

Quando você se comunica com outra pessoa (ou computador), precisa de um ambiente seguro para trocar informações, de modo que ninguém a possa interceptar e ler. Atualmente, a maneira mais avançada de criptografar (embaralhar) dados é através de um sistema que utiliza pares de chaves. Um par de chaves é formado por uma chave pública e uma privativa. Estas são utilizadas como as chaves de uma fechadura, sendo que uma chave serve para proteger a fechadura e outra, para abri-la.

Quando você tem um par de chaves, seu aplicativo de software utiliza uma chave para criptografar o documento. Este, ao ser recebido, só poderá ser lido com o auxílio de uma chave correspondente, que irá descriptografar a mensagem. O problema com esse processo é como dar a alguém a “chave” para descriptografar sua mensagem, sem que ela caia nas mãos de outra pessoa?

A solução está na maneira como as chaves são utilizadas. Você cria uma chave privativa, que só pode ser usada com o Certificado Digital que você pediu, e uma chave pública, que passa a fazer parte do Certificado Digital. O navegador pode pedir a senha quando você acessar a chave privativa. É muito importante que você escolha uma senha que só você conheça. Não escolha seu aniversário, outras datas pessoais ou frases que alguém possa adivinhar.

Depois de receber e instalar o Certificado Digital, você pode distribuí-lo a quem quiser. O Certificado Digital que você envia contém sua chave pública. Quando alguém quiser enviar uma mensagem criptografada para

você, usará sua chave pública. A mensagem criptografada com sua chave pública somente poderá ser decriptografada por você, pois só você possui sua chave privativa.

Da mesma forma, quando você quiser enviar uma mensagem criptografada, primeiro você deverá obter a chave pública do destinatário. Isso pode ser feito procurando numa listagem ou pedindo que lhe enviem um e-mail assinado com o respectivo Certificado Digital, contendo a chave pública necessária. Seu aplicativo de e-mail pode guardar o Certificado Digital para quando este for necessário”.

(Fonte: Home page da Certisign Certificadora Digital S.A., in http://www.certisign.com.br/suporte/central_faqs/conceitos/conc04.jsp)

9) O PROBLEMA DO ACESSO À JUSTIÇA – OS EXCLUÍDOS DIGITAIS:

Tenho refletido sobre a questão da implantação do processo digital em nossa Região, onde os índices de analfabetismo são alarmantes e a exclusão digital da grande maioria da população é inescandível.

Os próprios partícipes do processo judicial (advogados, procuradores e mesmo os Juizes) têm pouca familiaridade com os assuntos tecnológicos e o manejo da informática.

Será que, ao subtrair-lhes o próprio acesso ao meio físico onde se encontram registrados os atos processuais, não se estará dificultando o acesso à própria Justiça?.

Mas, por outro lado, a melhoria dos serviços prestados não será um valor que deve sobrelevar-se às dificuldades individuais de certos profissionais do direito? Resta ao operador do direito se aperfeiçoar para continuar no mercado ou no exercício das atribuições funcionais.

Para superar eventuais dificuldades iniciais, a Justiça Federal de Sergipe, no âmbito da 5ª Região, colocará ilha de atendimento aos advogados, com terminais de computador e pessoal qualificado para as orientações necessárias. Será o bastante?

Parece-me que é melhor apostar na tecnologia e na capacidade humana de adaptação aos novos desafios.

CONCLUSÃO:

O uso do procedimento virtual oferece grande velocidade, mas sobretudo segurança na tramitação das ações. Eliminando-se os papéis, teremos am-

bientes de trabalho mais saudáveis. A cumulação das informações no banco de dados, elimina a realização de retrabalho, evitando erros comuns no processo tradicional.

A mudança de mentalidade e a capacidade de adaptação aos novos paradigmas é essencial para que o processo eletrônico torne-se a regra. E isso é o que tem acontecido nos Juizados Especiais Federais

A utilização dos meios eletrônicos parece, neste estágio do desenvolvimento tecnológico, ser o único meio de se obter a almejada celeridade na prestação jurisdicional.

Muito obrigado.



ESMAFE
ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO



ALGUMAS NOTAS SOBRE O SISTEMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS CÍVEIS*

Francisco Antônio de Barros e Silva Neto

Juiz Federal Presidente do 2º Juizado Especial Federal Cível de Pernambuco.

Mestre e Doutorando em Direito Público pela UFPE.

Membro do Instituto dos Advogados de Pernambuco.

Inicialmente gostaria de agradecer à Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, na pessoa de seu Diretor, Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, pelo convite para participar deste painel, que versa sobre os Juizados Especiais Federais, bem como ao corpo funcional da mencionada Escola, nas pessoas do Professor Humberto Vasconcelos e de Nancy Freitas.

São raras as possibilidades de debate com público tão seletivo, sobretudo para um juiz em início de carreira e em uma região na qual pioneiramente se discutiu o tema, onde não faltam, pois, especialistas na matéria. Honra-me, portanto, o convite da ESMAFE, ao que torno públicos meus agradecimentos.

Adentrando no tema, notem que o tópico que me coube destoa dos apresentados pelos painelistas anteriores, nossos colegas e amigos Flávio Dino e Rogério Fialho Moreira, que versaram sobre a experiência dos Juizados Especiais Virtuais na 1ª e na 5ª Região, respectivamente.

Não me sobrou nenhuma virtualidade a ser comentada... E nada poderia acrescentar às intervenções muito bem postas dos referidos colegas.

Sabedor dessas dificuldades, desde o início prontamente acatei a sugestão de nosso mestre Rogério Fialho, para tecer alguns comentários sobre o sistema recursal dos Juizados Especiais Federais Cíveis.

Justifico a escolha. Como exposto pela doutrina, os Juizados Especiais não se caracterizam apenas pelo rito peculiar disciplinado pelas Leis n. 9.099,

* Participação no painel “Juizados Especiais Federais”, no II Encontro dos Juízes Federais da 5ª Região, realizado no período de 06 a 08 de maio de 2004, em Muro Alto, Pernambuco.

de 1995, e n. 10.259, de 2001, mas sobretudo pelo acervo principiológico com ênfase na informalidade e na celeridade, constituindo um subsistema processual com feições próprias.

Com efeito, dificilmente se conseguiria, no estágio atual do procedimento comum ordinário, disciplinado pelo Código de Processo Civil, a celeridade obtida nos Juizados Especiais, sendo prudente se obstar a aplicação subsidiária do Código de Ritos nessa seara (ou, ao menos, submetê-la a um crivo mais rigoroso quanto à sua compatibilidade com a informalidade reinante nos Juizados).

Parece-me, inclusive, que a tendência de evolução do processo civil se pautе justamente pelo sentido vetorial inverso, ou seja, de “contaminação” do rito comum pelas inovações vigentes nos Juizados Especiais.

Observe-se, nitidamente, a tendência de restrição do cabimento de remessa necessária, levada a efeito pela Lei n. 10.352, de 2001, ou mesmo as implicações infraconstitucionais da Reforma do Judiciário, que acrescerá ao art. 5º da Constituição o registro expresso do direito à “duração razoável do processo” ou ao processo “sem dilações indevidas”.

Não tenho dúvidas de que essa nova redação (embora a meu ver não inove no sistema constitucional, pois o direito em comento já defluía das cláusulas do devido processo legal e do acesso à Justiça) provocará reflexões sobre prazos inúteis, “apêndices” que não decorrem estritamente do contraditório, mas apenas protraem o processo, como as prerrogativas de dilatação de prazo genericamente concedidas ao Poder Público.

Utilizando por empréstimo a expressão de Flávio Dino, concordo que os Juizados funcionam como uma grande “cobaia” dessas experiências legislativas e, a partir do momento em que se verifica que seu rito não oferece prejuízos às garantias constitucionais das partes, não há motivos plausíveis a obstarem a expansão de seus princípios para as demais searas do processo.

O mesmo pode ser dito quanto ao uso maciço das soluções tecnológicas disponíveis. Não há qualquer óbice ao seu uso nas Varas comuns, muitas das quais já dispõem de sistemas de acompanhamento processual que permitem a aplicação do método “fordista” de produção, para utilizar a expressão de meu mestre Rogério Fialho Moreira.

Enfim, a aproximação do subsistema dos Juizados Especiais ao “macro-sistema” processual parece-me inevitável, com ganhos para todos os atores envolvidos, mas encontra limites na própria feição estrutural dos Juizados.

Aqui passamos a trabalhar propriamente com o tema que nos foi sugerido, qual seja, o sistema recursal dos Juizados Especiais.

Nesse tópico, não nos parece possível a repercussão integral do modelo dos Juizados no “macrosistema”, com o abandono do perfil estrutural atualmente exposto na Constituição e no Código de Processo Civil.

Mudanças esparsas são possíveis, sobretudo no que tange à própria *ratio essendi* dos recursos, revendo-se, em homenagem à celeridade, a velha tradição de que toda causa pode ser encaminhada até mesmo à Suprema Corte. Entretanto, a estrutura do sistema recursal, que espelha a própria estrutura constitucional dos órgãos do Poder Judiciário, não é facilmente substituível pela vigente no subsistema dos Juizados Especiais.

O ponto fundamental do sistema recursal dos Juizados é a desconcentração de poderes nos Tribunais, mediante a criação de uma estrutura “a latere”, para garantia do duplo grau de jurisdição, esvaziando a competência dos Tribunais de segunda instância e das Cortes de sobreposição.

Nesse sentido, o recurso ordinariamente cabível das decisões dos Juizados Especiais é apreciado pela Turma Recursal, composta de juízes de primeira instância, fugindo à competência dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.

A expansão desse modelo para o sistema do Código de Processo Civil implicaria, portanto, a própria supressão dessas Cortes, em detrimento de uma tradição consolidada há séculos e da própria perspectiva de carreira para a Magistratura, o que torna a solução inviável ou, no mínimo, temerária.

Em síntese, reside no sistema recursal justamente um dos pontos diferenciais dos Juizados Especiais Cíveis, impossíveis de ser, “sic et simpliciter”, transmigrados para o rito comum ordinário, o que denota a importância de seu estudo sempre com vistas ao plexo principiológico específico e com a mínima interferência possível do Código de Processo Civil.

Posto isso, a primeira indagação que surge ao se apreciar o sistema recursal dos Juizados Especiais é a disparidade entre o previsto na Lei n. 9.099, de 1995, e na Lei n. 10.259, de 2001.

No regime dos Juizados Estaduais (arts. 41 a 46 da Lei n. 9.099, de 1995), há apenas a previsão de embargos de declaração e de recurso (inominado) a ser interposto contra as sentenças, no prazo de dez dias, e apreciado pela Turma Recursal.

Com vistas ao art. 102, III, da Constituição da República, consolidou-se o entendimento pelo qual é admissível o recurso extraordinário contra a decisão proferida pela Turma Recursal, preservando a possibilidade de sofrerem controle de constitucionalidade. Mas tão somente isso.

No caso dos Juizados Federais, entretanto, criou-se a figura do incidente de uniformização de jurisprudência (art. 14, da Lei n. 10.259, de 2001), a ser conhecido pela Turma Regional de Uniformização, pela Turma Nacional de Uniformização e/ou pelo Superior Tribunal de Justiça.

O primeiro – e, ao meu ver, o principal – ponto a ser discutido consiste propriamente na necessidade ou não desse incidente. E parto da seguinte indagação: como vêm funcionando os Juizados Especiais Estaduais ?

Não se olvide que a expressiva maioria das decisões proferidas nesses órgãos são fundamentadas na legislação federal, pois a este gênero pertencem o Código de Defesa do Consumidor, as normas sobre os títulos de crédito, sobre responsabilidade civil “et coetera”.

Entretanto (perdoem-me a falta de leitura) desconheço quaisquer estudos, de rigor científico, que apontem a necessidade de se promover a uniformidade de interpretação da lei federal no âmbito dos Juizados Estaduais. E nas conversas informais com os advogados que atuam naqueles órgãos também não se ouvem críticas nesse sentido.

Pelo contrário, soa como heresia ao ouvido de muitos o encaminhamento das decisões dos Juizados Especiais ao limbo em que se transformaram as Cortes Superiores, abarrotadas de processos.

De nada adianta adotar um rito célere nas instâncias ordinárias para, em seguida, encaminhar os autos às instâncias superiores, juntamente com todos os demais recursos interpostos nas variadas classes processuais em tramitação no Foro. É como fugir de um engarrafamento pela via de atalhos, apenas para novamente o encontrar na artéria seguinte.

Não questiono a possibilidade de interposição de recurso extraordinário, pois a letra atual da Constituição me parece suficientemente clara no sentido de que qualquer decisão judicial deve ser passível de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que isto importe em uma considerável dilação temporal.

Essa possibilidade, inclusive, é deveras salutar, pois as grandes questões discutidas na Justiça Federal continuariam sendo uniformizadas pela Corte Suprema (como os 28,86%, os expurgos do FGTS etc.). Talvez, apenas, seja hora de se discutir (uma vez mais) a adoção de mecanismos de filtro de relevância, evitando a falência desse sistema de controle pelo acúmulo de serviço.

Mas, de qualquer sorte, não se amplie essa recorribilidade excepcional, concedendo à legislação federal o mesmo “status” das normas constitucionais, pois os Juizados Estaduais bem demonstram que se pode prescindir dessa padronização interpretativa da legislação.

O estatuto dos Juizados Federais, porém, ignorou os resultados positivos da experiência estadual, que remontam aos antigos Juizados de Pequenas Causas, preferindo multiplicar as instâncias de controle, invocando a imperiosa necessidade de uniformização das decisões judiciais, em prol da isonomia.

Além de mitigar a desejável desconcentração de competências nos Tribunais, dificultando a concretização, em nível recursal, do princípio da celeridade, a inovação igualmente finda por atentar contra o julgamento por equidade, previsto no art. 6º, da Lei n. 9.099, de 1995.

Ressalte-se, de logo, que não se afirma que a uniformização impeça o labor criativo do magistrado, nem a gênese de interpretações consentâneas com a finalidade social da norma e com os valores fundamentais do sistema. Há decisões do Superior Tribunal de Justiça e da Turma Nacional de Uniformização de grande teor humanista, dignas de registro histórico.

Porém, ao filtrar as interpretações possíveis e consolidar a prevalência de uma delas, cria-se uma solução genérica que, mediante o esforço de padronização, pode gerar flagrantes injustiças em determinados casos concretos, tal qual o lendário leito de Procusto.

Na seara dos Juizados Estaduais, a Lei n. 9.099, de 1995, criou mecanismos destinados justamente a evitar esses males, valorizando a análise das peculiaridades do caso concreto, a fim de se proferir a decisão “mais justa e mais equânime”.

Se o magistrado utiliza essa prerrogativa (ou, mais propriamente, cumpre esse dever) e decide com base nas circunstâncias do caso concreto, não há que se falar em esforço de uniformização, ao menos não em termos de “uniformizar a interpretação da norma”.

São métodos que não guardam compatibilidade entre si, pois partem de centros de gravidade distintos, ora com a prevalência do concreto, ora com a prevalência do abstrato.

Poder-se-ia alegar que não são métodos estanques, mas apenas pontos máximos de uma cadeia infinita de gradações (como o branco e preto, nos pontos extremos de uma larga escala de grises), admitindo soluções intermediárias.

Porém, a partir do momento em que se fixa a concentração de competências, historicamente se demonstra o enfraquecimento da análise dos aspectos concretos e peculiares. Por exemplo, observe-se nosso modelo de controle de constitucionalidade, no qual ocorre a prevalência praticamente irrestrita das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre as proferidas com base no controle difuso, ao ponto de suplantarem a garantia de estabilidade da coisa julgada.

O equilíbrio entre a análise do concreto e do abstrato apenas poderia ser obtido, a meu ver, com a harmonia entre as várias instâncias, cada qual respeitando o espaço de atuação alheio. Lei nenhuma, porém, pode garanti-lo. E a antiga disputa entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça é exemplo paradigmático.

Enfim, externada a preocupação com o incidente de uniformização em si, passo a destacar outro ponto que me parece relevante, qual seja o âmbito de competência da Turma Regional de Uniformização.

“Ex vi” do art. 14, da Lei n. 10.259, de 2001, o pedido de uniformização fundado em divergência entre Turmas Recursais de uma mesma Região será apreciado “em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência do Juiz Coordenador”, enquanto o pedido fundado “em divergência entre decisões de turmas de diferentes regiões ou da proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ” será apreciado pela Turma Nacional de Uniformização.

Parece-me que não se trata de incidentes distintos, mas de uma única figura recursal, cuja competência varia em função do âmbito da divergência invocada pelo recorrente.

Considerando que a lei federal tem vigência em todo o território nacional, a competência para uniformizar a sua interpretação é, lógica e primordialmente, da Turma Nacional.

Pela própria *ratio essendi* da uniformização, esta deve valer em toda a área de aplicação da norma em comento, sob pena de se tornar imprestável como garantia de isonomia.

A fim de evitar a sobrecarga da Turma Nacional, porém, a lei permitiu que a uniformização se processe dentro da própria região, quando a divergência não exorbitar suas fronteiras. Pode-se falar, então, em uma divergência “intra-regional” e em outra “inter-regional”, no primeiro caso se procedendo à uniformização mediante a simples reunião das Turmas em conflito.

Observe-se, inclusive, que não há propriamente uma “Turma Recursal Regional”, pois a uniformização é feita em reunião das próprias Turmas Recursais que serviram de parâmetro para a identificação da divergência. Na mesma data, a composição dessa “Turma Regional” pode variar mediante a reunião de diferentes Turmas Recursais, para julgar diferentes pedidos de uniformização.

Em cada caso, portanto, deve-se observar quais os paradigmas de divergência apresentados pelo recorrente, a fim de se definir qual o órgão competente para julgar o pedido de uniformização e, no caso de divergência intra-regional, qual a composição da “Turma Regional”.

A Resolução n. 330, de 2003, do Conselho da Justiça Federal, entretanto, deu tratamento diferente à matéria, deixando clara em seus arts. 8º e 9º a possibilidade de interposição de novo pedido de uniformização em face das decisões da Turma Regional, desta vez a ser conhecido pela Turma Nacional de Uniformização.

Em outros termos, a regulamentação atribuiu à Turma Regional a natureza de uma instância “per se”, localizada entre a Turma Recursal local e a Turma Nacional, tornando possível a reiteração de pedido de uniformização.

“Data maxima venia”, resta inócua a apreciação do pedido de uniformização pela Turma Regional quando a divergência ultrapassar os limites da região, pois o esforço de padronização permanecerá incompleto e, portanto, imprestável para os fins a que se destina.

Parafraseando expressão do eminente Desembargador Ridalvo Costa, a Turma Regional servirá como mero “Tribunal de Passagem”, nada acrescentando à resolução do conflito.

Observe-se, inclusive, que a decisão não servirá, sequer, para que se conheça a interpretação prevalecente na região, uma vez que a composição da Turma Regional (“rectius”, turmas recursais reunidas) é cambiante, não abrangendo a totalidade dos integrantes das Turmas Recursais sediadas na região em comento.

Em um rito onde se entroniza a celeridade, despende-se importante tempo com a abertura de prazo recursal, contra-razões, remessa de autos, decisão e publicação, sem qualquer utilidade aparente.

Convém, portanto, alterar a regulamentação da matéria, esclarecendo que compete ao recorrente, na interposição do pedido de uniformização, juntar aos autos todo o material de que disponha, relativo à divergência interpretativa, como, “mutatis mutandis”, há muito ocorre com o recurso especial.

Limitada a divergência aos confins da região, competirá às Turmas Reunidas proferir a palavra final, ressalvada a rediscussão da matéria constitucional em sede de recurso extraordinário. Caso contrário, o recurso deve ser dirigido de logo ao órgão nacional e posteriormente, em sendo o caso, conforme a lei, ao Superior Tribunal de Justiça e/ou ao Supremo Tribunal Federal.

Por fim, para não cansar os ouvintes, permitam-me tecer comentários apenas quanto a mais um ponto relativo ao sistema recursal dos Juizados Federais, qual seja o pedido de uniformização apresentado ao Superior Tribunal de Justiça.

Inicialmente me parece que não cabe à lei ordinária inovar no disciplinamento das competências das Cortes Superiores, arroladas taxativamente na

Constituição da República. Na prática, a Lei n. 10.259, de 2001, está emendando o art. 105, da Constituição, acrescentando-lhe mais um inciso (“julgar, em incidente de uniformização, a divergência etc.”).

Se advogado fosse, não hesitaria, diante da reforma, pelo STJ, de uma decisão favorável proferida pela Turma Nacional de Uniformização, em solicitar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, por “amor veritatis”, registre-se que o próprio STF, não obstante sua impossibilidade de julgar a contento as matérias que lhe foram expressamente confiadas pela Constituição da República (reconhecida pela própria Corte quando do cancelamento da Súmula n. 384), possui precedentes admitindo a ampliação de sua competência pela lei ordinária, como no caso da “suspensão da suspensão de liminar”, criada pela Medida Provisória n. 1.984 e suas reedições para assegurar a privatização do Banco do Estado de São Paulo S/A - BANESPA.

De qualquer modo, observem da redação da Lei n. 10.259, de 2001, que a competência do Superior Tribunal de Justiça se encontra condicionada à alegação de divergência com a sua jurisprudência dominante ou sumulada.

Em outros termos, não se trata de incidente destinado a provocar a primeira manifestação do Superior Tribunal de Justiça sobre determinada matéria, mas apenas a guardar a coerência das decisões proferidas no âmbito dos Juizados Especiais Federais com o entendimento já reiteradamente adotado pela mencionada Corte.

Exige-se, portanto, para processamento do incidente, a demonstração do paradigma emanado do Tribunal Superior, contrário à tese prevalecente no julgado da Turma Nacional de Uniformização. E esta paradigma não poderá ser um mero acórdão isolado, mas uma posição necessariamente qualificada, ao ponto de se considerar manifestação do pensamento dominante naquela Corte.

No momento atual, em face do pequeno tempo de funcionamento dos Juizados Especiais Federais (cerca de três anos), grande parte das discussões, sobretudo previdenciárias, versam sobre matérias já enfrentadas pelo Superior Tribunal de Justiça, nas quais existe parâmetro suficiente para fundamentação do incidente, caso a decisão da Turma Nacional de Uniformização adote pensamento divergente.

Entretanto, sendo certo que os Juizados Federais vieram para ficar, pensemos no futuro.

Digamos que hoje fosse alterado o Regime Geral de Previdência Social, gerando demandas judiciais sobre a correta extensão dos direitos assegurados

pela novel legislação. A depender basicamente da alçada, uma parte das demandas seria apreciada pelos Juizados e outra restaria incluída na competência das Varas comuns.

Não tenho dúvidas de que a primeira parcela obterá uma resposta judicial em tempo bastante inferior ao das demandas submetidas ao rito ordinário. Caso assim não fosse, a própria existência dos Juizados estaria em risco, pois não representariam qualquer vantagem em relação ao sistema do Código de Processo Civil.

À míngua de prévia manifestação do Superior Tribunal de Justiça, o incidente de uniformização estaria limitado à esfera da Turma Nacional de Uniformização e várias decisões transitariam em julgado antes que os recursos egressos dos Tribunais Regionais Federais alcançassem a Corte Superior.

Porém, mais cedo ou mais tarde, esses recursos serão apreciados pelo STJ e há a possibilidade de sua interpretação divergir da exposta pela Turma Nacional de Uniformização. Quanto aos processos ainda em curso, não há dúvidas: será possível o deslocamento do incidente de uniformização para o STJ, com a reforma da decisão anterior e a padronização com o parâmetro adotado pela Corte Superior.

Mas me pergunto: e as decisões transitadas em julgado? Iremos simplesmente afastar a coisa julgada material, “ad instar” da relativização defendida por alguns setores da doutrina em casos de inconstitucionalidade? Iremos permitir o ajuizamento de ação rescisória contra o julgado? Haverá modos lícitos de reverter o julgamento, em prol da isonomia?

Humildemente, opino pela resposta negativa às mencionadas indagações.

Entendo que a relativização da coisa julgada, no modelo atualmente proposto pela doutrina e encravado no art. 741, do Código de Processo Civil, olvida um aspecto peculiar do nosso modelo de controle de constitucionalidade, qual seja justamente o equilíbrio entre o controle difuso e o controle concentrado.

Em verdade, privilegia apenas o controle concentrado, como se o Supremo Tribunal Federal fosse o único órgão autorizado a se posicionar sobre a hermenêutica constitucional e sua decisão fosse o único parâmetro para aferir o que é constitucional ou não.

A coisa julgada inconstitucional, na perspectiva defendida por tais setores, parece-me apenas uma coisa julgada “contrária ao entendimento tardiamente manifestado pelo Supremo” e não propriamente a coisa julgada “inconstitucional”, pois a jurisdição estatal foi regularmente exercida por quem de direito e se concluiu justamente pela ausência de violação à Constituição.

De qualquer modo, no caso do incidente de uniformização para o Superior Tribunal de Justiça não há discussão de matéria constitucional e não se poderiam confrontar outros dispositivos da Constituição com a cláusula pétrea da estabilidade da coisa julgada, a fim de flexibilizá-la.

Por outro lado, não obstante a Lei n. 10.259, de 2001, não se manifeste expressamente sobre o cabimento de ação rescisória contra os julgados dos Juizados Especiais Federais, o seu art. 1º consigna expressamente a aplicação subsidiária da Lei n. 9.099, de 1995, nas matérias que não conflitem com o seu disciplinamento específico.

Nesse sentido, o art. 59, da Lei n. 9.099, de 1995, expressamente veda o ajuizamento de ação rescisória em face dos julgados em comento. E não me parece existir qualquer conflito com o disciplinado pela Lei n. 10.259, de 2001. Pelo contrário, permitir a ação rescisória seria reintegrar os Tribunais de segunda instância ao subsistema dos Juizados, em detrimento da desconcentração já comentada.

Melhor seria a redefinição do conceito de “causas menos complexas”, evitando-se que a utilização do mero elemento de alçada acarrete a distribuição de demandas idênticas a órgãos de subsistemas diferentes. Ou seja, urge refletir se o valor da causa deve ser utilizado, isoladamente, para a delimitação da competência dos Juizados Especiais ou se convém a inclusão de parâmetro “*ratione materiae*”.

Exemplifico com as revisões de benefício previdenciário decorrentes da aplicação da URV ou da OTN. A complexidade da matéria varia em função do valor da causa ou do valor da condenação? Parece-me que não. Tanto assim que considero ilógica a remessa dos autos às Varas comuns quando o resultado dos cálculos ultrapassa a alçada dos Juizados.

O mesmo pode ser dito em relação à grande maioria das causas relativas a interesses individuais homogêneos em tramitação nos Juizados. A complexidade da matéria não se relaciona com o valor porventura devido, parecendo-me que esta “trava” foi estabelecida mais em função dos interesses orçamentários do Governo que propriamente de razões de índole técnico-processual.

A readequação desse critério, porém, permitiria esvaziar a competência das Varas Cíveis em relação às matérias reiterativas, utilizando-se o rito mais célere dos Juizados (obviamente com a reavaliação do equilíbrio entre o número de Varas comuns e de JEF's e com a utilização do Juizado Virtual, já discutido neste painel). Indiretamente, esvaziaria também a competência do Superior Tribunal de Justiça para o incidente de uniformização, uma vez que suprimiria a

existência de parâmetros prévios de controle, com notável ganho na simplificação do sistema recursal dos Juizados.

Concluo, apenas, ressaltando algo cediço, mesmo com o risco de me tornar acaciano: redefinir competências é redefinir poderes, o que nem sempre é fácil pelas pressões envolvidas. Mas citando Drummond, chega a hora de viver a vida, “a vida, apenas, sem mistificações”. Muito obrigado.



ESMAFE
ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO



A TÉCNICA DOS ACORDOS NA JUSTIÇA FEDERAL

Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva

Juiz do Juizado Especial Federal Cível

1. INTRODUÇÃO

Toda atividade humana, das simples às complexas, exige uma técnica, uma tecnologia, um modo de proceder organizado, planejado, fruto de um conhecimento empírico, científico ou de ambos.

A verdade disto está nos resultados do emprego da técnica, pois quanto mais favoráveis e expressivos, com mais certeza estaremos diante de uma boa técnica, de uma forma de proceder adequada aos fins e resultados propostos.

Destarte, temos a pretensão de apresentar uma técnica dirigida à conciliação na Justiça Federal, uma forma planejada de proceder orientada à resolução dos conflitos, caracterizando-se pela necessidade de interação e diálogo com entidades públicas e privadas.

Antes, porém, de adentrarmos o assunto, é mister tecer algumas considerações a propósito da nossa instituição, da nossa forma de trabalho, dos nossos resultados e da avaliação da sociedade sobre o Poder Judiciário. Partindo destas informações, poderemos elaborar uma conclusão, passando, desta forma, a entender a importância do assunto em pauta.

2. AUTOCRÍTICA

Passos (1999, p. 48) adverte: “é da essência mesma do poder a exigência de sua efetividade, sem o que deixaria de existir como poder.”

Todos os profissionais do Direito convergem no sentido de identificar uma crise no Poder Judiciário. Esta crise, aliás, não é só nossa, mas do aparelho estatal como um todo (Poderes Executivo e Legislativo). É uma crise de efeti-

vidade, qualidade inerente a todo tipo de poder. O poder não-efetivo, ou seja, não-útil à sociedade, deixa de ser poder e corre o risco de deixar de existir como tal.

A par da crise de efetividade, é verdade que, a cada dia, os magistrados produzem cada vez mais decisões (sentenças e acórdãos). As estatísticas de produtividade estão aí para demonstrar. Então, é paradoxal tal situação, pois apesar das centenas de milhares de sentenças, vivemos uma crise de efetividade. Por quê? Porque as centenas de milhares de decisões judiciais não resolvem os conflitos. É claro que o nosso arcaico procedimento processual possibilita a eternização dos litígios. É claro que há excesso de recursos, além da nossa criatividade recursal orientada para a postergação da efetividade. É claro que há falta de material humano. É claro que falta equipamento. É claro que... É claro que...

Iludidos, após proferir dezenas de sentenças padronizadas ou não, vamos para casa com a agradável e enganosa sensação do dever cumprido. Por força da quantidade de processos a serem resolvidos, nos afastamos cada vez mais das pessoas, das partes, dos advogados, trancando-nos nos gabinetes para decidir. Tudo formal, cartorializado, escrito, registrado, certificado. O processo virou uma obra-de-arte que não pode ser alterada, riscada, tocada, ferida. Esquecemos que, por trás do papel, existem pessoas, um mundo. O gabinete do juiz transformou-se em um *bunker* inacessível à parte e ao advogado (privado ou público). Perdemos o referencial humano do nosso tempo, o nosso verdadeiro significado.

As Corregedorias querem gabinetes “zerados”; os advogados, com os recursos prontos, querem as sentenças o mais rápido possível. As petições iniciais, as contestações, as sentenças e os acórdãos são padronizados. Todos já conhecem o resultado. Porém, este é o atual sistema. Audiências? Para quê? Pura perda de tempo do juiz e das partes. É mais rápido, cômodo e fácil sentenciar, fazer o padrão. Atender a parte e o seu advogado, para quê? Não está tudo descrito na petição?

Por força do sistema, nos tornamos “juízes sem rosto”, sem identidade, parecidos com um ente incorpóreo, que as pessoas sabem que existe, mas que desconhecem. Esta situação compromete a imagem do Judiciário, tanto que, por ocasião do Dia da Justiça de 2003, o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Maurício Corrêa, solicitou aos juízes ampla divulgação do trabalho forense na mídia.

Quando das reformas constitucionais, em particular da previdenciária, puderam os magistrados sentir o quanto a crise de efetividade atingiu a credibi-

lidade do Poder Judiciário. A Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB - divulgou editorial em 06 de outubro de 2003:

A AMB abraçou a bandeira da **efetividade da Justiça** de forma concreta. Os juízes não estão mais dispostos a pagar o preço por disfuncionalidades e precariedades do sistema às quais não deram causa, tornando-se alvos fáceis em qualquer tentativa de **fragilização do Poder Judiciário** e das carreiras de Estado. Os episódios relacionados à reforma da previdência deixaram isso bem claro. (Grifos nossos).

Mas nem tudo está perdido. Estamos nos conscientizando de que a mudança deve vir de dentro para fora. Para tanto, são despiciendas as preconizadas reformas do Judiciário e, até mesmo, das leis processuais. É uma imprescindível mudança de atitude dos juízes a grande reforma de que precisa o Judiciário, “antes de ser surpreendido por soluções externamente produzidas e para cuja formulação não contribuiu” (NALINI, 1994, p. 44).

3. O ACESSO À JUSTIÇA

As portas de entrada para o sistema judicial, as conhecidas ondas de Cappelletti (1988), cresceram em gênero, número e grau. O problema é que a porta de saída não teve o mesmo desempenho, e as vias processuais adotadas acarretaram um movimento circular dos casos no foro, ou seja, o processo entra, e cada decisão nele proferida gera novo movimento circular dentro do sistema, não o levando, necessária e desejavelmente, em direção à saída.

O acesso, em si mesmo, não significa a pacificação do conflito. Pelo contrário, é gerador de traumas sociais diversos. A lentidão do processo é o amálgama deste perverso efeito colateral. Quanto maior a demora, maiores as chances de novas crises. A parte autora não estará mais em conflito apenas com a parte ré, mas também com o sistema de justiça. Bem por isto, a demora do processo em resolver a lide é o fator primordial do atrito da sociedade com o Poder Judiciário.

Se as ondas se referiam ao acesso à justiça, as novas ondas devem se referir à saída da justiça:

Originando-se, talvez, da ruptura da crença tradicional na confiabilidade de nossas instituições jurídicas e inspirando-se no desejo de tornar efeti-

vos – e não meramente simbólicos – os direitos do cidadão comum, ela exige reformas de mais amplo alcance e **uma nova criatividade. Recusa-se a aceitar como imutáveis quaisquer dos procedimentos e instituições que caracterizam nossa engrenagem de justiça** (CAPPELLETTI, 1988, p. 8, grifos nossos).

Como visto, só podemos cogitar como saída a mudança no modo de trabalho dos juízes. A tradição do magistrado e a sua formação clássica adentraram o terceiro milênio. As mudanças sociais e a ética despertaram nos profissionais a necessidade de evolução, criando tensões entre a consciência e a formação jurídica, enraizada no positivismo, no dogma da inércia, no axioma da neutralidade.

Pois bem, é possível melhorar a saída dos processos sem abalar as estruturas, como veremos.

4. A CONCILIAÇÃO E O CONFLITO

A cultura do conflito por nós encravada no foro cria uma resistência psicológica contra a cultura do diálogo, originando um desconforto tenaz em relação à mediação como forma eficaz de solução de litígios.

Quando patrocinamos uma fórmula nova de trabalho, propomos aos profissionais do Direito acreditar na mediação como verdadeiro remédio para a crise de efetividade do nosso Poder.¹

Entendemos por mediação o procedimento judicial destinado a obter uma conciliação, extinguindo-se o processo mediante a homologação do acordo pelo juiz. Por corolário, pode haver mediação sem conciliação.

Warat (2001, p. 31), com toda a sua sensibilidade filosófica, lembra: “Os conflitos nunca desaparecem, se transformam; isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas.”

Leciona Warat (2001) que o problema não está no conflito em si mesmo, mas na forma como lidamos com ele. As dificuldades não advêm somente dele, mas de como lidamos e nos relacionamos com ele. São inevitáveis por diversas razões, tais como o crescimento demográfico, as dificuldades econômicas, a desenfreada produção legislativa, etc.

¹ O Poder Judiciário pertence à sociedade, representada no foro pelos juízes, advogados e promotores.

A mediação é a forma ideal para resolvermos o conflito em suas dimensões objetiva e subjetiva, isto é, para resolvermos o processo (parte objetiva) e o conflito interior das pessoas (parte subjetiva) em um tempo razoável. É que elas buscam na Justiça uma melhoria na qualidade de vida, que é o objetivo do processo e que passa necessariamente pela solução dos conflitos interiorizados. A paz, a tranquilidade, a segurança e a sensação de justiça são valores que a sentença não alcança em tempo razoável.

É a transformação, pelo acordo, dos vínculos conflitivos em vínculos respeitosos que permite a convivência pacífica e harmoniosa entre os sujeitos.

A conciliação também apresenta uma dimensão de cidadania, conferindo capacidade às pessoas de se autodeterminarem na resolução de suas pendências.

“Em termos de autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos a mediação pode ser vista como a sua melhor forma de realização” (WARAT, 2001, p. 88).

O acordo judicial, como fruto da mediação, deve ser bom para o indivíduo nos aspectos econômicos e psicológicos. De nada adianta, neste sentido, ultimar a lide em um acordo se uma das partes, intimamente, se sentir injustiçada, insatisfeita. O conflito persistirá. Por isso, cada parte tem que sair do acordo tão satisfeita quanto houvesse havido a reparação total do dano ou o atendimento total da pretensão. Caso contrário, novamente estaremos retornando ao grande dilema da atualidade, qual seja, o de não resolver o conflito intersubjetivo do cidadão com a parte adversa e com o próprio Judiciário.

5. A TÉCNICA DA CONCILIAÇÃO

Todo o nosso fracasso atual nas conciliações com os entes públicos e privados tem como fator comum a dimensão humana. De fato, não há conciliação sem contato pessoal entre os profissionais envolvidos na lide. Como dito anteriormente, estamos todos trancados em gabinetes, e as audiências, única oportunidade de reunião dos interessados, relegadas ao ostracismo. A única conversação estabelecida é a peticionada, cartorária e arcaica manifestação escrita. A dialética é fria, distante, impessoal e inexitosa.

A negociação, em geral, é feita diretamente pelos interessados, o que normalmente não alcança qualquer resultado objetivo, já que as partes litigantes mantêm seus interesses pessoais em primeiro plano, não acei-

tando qualquer redução ou simples prorrogação de um prazo para uma maior reflexão (CARVALHO, 2002, p. 69).

Os professores da Universidade de Harvard lecionam que sem comunicação não há negociação. Entendem que a negociação é um processo de comunicação bilateral com o objetivo de se chegar a uma decisão conjunta. Segundo eles, a comunicação nunca é fácil, mesmo entre pessoas que têm um imenso histórico de valores e experiências compartilhadas (FISCHER *et alii.*, 1994). Portanto, o juiz será o elo de comunicação entre os litigantes.

O juiz deve capitanear o processo de quebra destes paradigmas, aproximando-se dos demais operadores. Não se faz justiça sozinho e isolado. A nova justiça é cidadã e participativa. Divide responsabilidades, procurando integrar todos os envolvidos na solução dos problemas e litígios. Como é o fator humano o diferencial, a aproximação física é o meio necessário à comunicação eficaz, à conversação, ao diálogo, ao entendimento.

O magistrado, na fase preparatória, deve abandonar a inércia e adotar uma disposição pró-ativa: visitar as entidades públicas com as quais se relaciona processualmente, estabelecer contato mais estreito, conhecer a realidade daquelas organizações, tais como a União, o INSS, a Caixa Econômica Federal, a Ordem dos Advogados do Brasil, o Ministério Público Federal, etc.

Conhecer as dificuldades e as potencialidades evita medidas judiciais divorciadas da realidade, previne mal-entendidos e abre canais de conversação e entendimento capazes de viabilizar rotinas e procedimentos de trabalho desburocratizados e produtivos para todos. Tal disposição não significa e não se confunde com subserviência ou perda da imparcialidade do juiz.

Uma vez aberto o canal de entendimento, devem ser iniciados os estudos das hipóteses onde os acordos são factíveis. De modo geral, qualquer caso deve ser considerado como possível, ou seja, não deve ser aprioristicamente excluído.

O magistrado deve reunir-se com os procuradores dos réus (entidades públicas/privadas) munido de uma pauta de casos nos quais verificou ser possível o acordo, seja porque a matéria de Direito já está pacificada (FGTS, IRSM/94, etc), seja porque a matéria de fato é de fácil compreensão e julgamento (tempo de serviço rural, cobrança de crédito rotativo, execução).

Deve, também, solicitar a designação de um procurador público (Procurador-Chefe ou congênere) para estabelecer um diálogo constante e profícuo, sendo certo que esta pessoa da Procuradoria deve ter perfil adequado para a

conciliação. Deve ser uma figura comprometida com a pacificação de litígios e espíritos, com a resolução dos processos e prestígio da Justiça, que não pertence a nós (os juízes), mas a todos.

Ter “perfil adequado” não significa domesticação do advogado pelo juiz, mas é necessário que este profissional esteja preparado culturalmente para exercer um novo múnus público, isto é, exercer a defesa econômica do réu. Uma vez vencida a defesa jurídica (matéria já pacificada nos Tribunais), cabe ao procurador propor acordos economicamente vantajosos para o requerido, economizando os recursos públicos e os honorários advocatícios da iminente sucumbência jurídica. Abrem-se, sem dúvida, duas vertentes de defesa: a jurídica e a econômica.

A defesa jurídica é o primeiro campo de resistência, tendo lugar nos processos enquanto exista ou persista a discussão sobre a melhor exegese da norma. Exemplo atual: se é possível reconhecimento do trabalho rural ao menor de 14 anos de idade. O INSS aguarda uma posição do STF.

A econômica, segunda linha de defesa, exsurge após a pacificação da matéria. Destarte, se o STF decidir em favor do trabalho adolescente, uma vez provado o labor nos autos, o acordo é a melhor opção para o réu (outra seria deixar de recorrer), uma vez que se defenderá o interesse econômico através de uma conciliação.

A economia de divisas viria no “desconto” de parte da condenação, bem como na falta de sucumbência quanto aos honorários advocatícios. A dinâmica da audiência viabilizaria um pacto vantajoso para os contendores.

Bem preparado será o causídico que souber diferenciar os casos e escolher a melhor defesa ao ente patrocinado.

Não é frutificante a troca de procuradores. É mister certa perenidade daquele profissional no trabalho, sob pena de seu substituto não se engajar no desenvolvimento e consolidação das iniciativas até então tomadas, das questões resolvidas e das a resolver.

Entendimento requer trabalho, paciência, perseverança. Não se deve pretender ou querer resolver todas as questões em apenas uma única reunião. Outras podem ser e serão necessárias. É preciso fazer tantas quantas as circunstâncias exigirem. Outrossim, o entendimento sempre será um trabalho inacabado, pois novas situações exsurgirão pedindo outros acertos e consertos.

Os advogados privados, por sua vez, também merecem atenção do magistrado nesta seara. É preciso desconstruir a tradição cultural que nos cerca, construindo com eles a crença de que devemos tentar a conciliação a qualquer

tempo no processo. A participação do advogado é crucial, pois tem ele a confiança do seu cliente, o conhecimento jurídico da demanda e a frieza que separa o passional do racional, dicotomia indispensável a qualquer tentativa de acordo.

Um cliente satisfeito é garantia de nova clientela e prestígio profissional para o advogado.

6. O DISCURSO DA AUDIÊNCIA

Na fase executiva, as partes na audiência devem ficar à vontade, soltas, livres, desprevenidas, despreocupadas, pois assim conseguem manifestar suas vontades. Ao contrário, se tensas, tendem a se fechar em si mesmas, a repelir qualquer aproximação, qualquer forma de abordagem do problema, a dificultar a busca de soluções e a própria negociação.

O mediador deve procurar colocar cada um dos contendores “no lugar do outro”. Isto facilita a percepção das dificuldades que o “outro” sofre. Por exemplo, as limitações impostas pelos superiores hierárquicos, pelos controles administrativos (Tribunal de Contas da União) ou pelas instruções internas da entidade pública restringem a vontade do procurador público. Serve, também, para que o advogado público sinta “na pele” as situações vividas pelo particular, a justificar a propositura ou a alteração da proposta de acordo para bases melhores e mais justas.

A relação pessoal entre os litigantes tende a ser confundida por eles com o seu problema, objeto da ação judicial. Por isso, o conciliador deve procurar identificar a carga negativa (sentimentos) para, a partir daí, deslocá-la do litígio propriamente dito (substância). Separada a carga negativa/sentimental, pode demonstrar às partes formas diferentes de reconstruir o presente e o futuro, pois o passado jamais volta, propugnando e fomentando a criação de um tempo diferente, melhor para ambos, edificado a partir do conflito instaurado no processo. O processo judicial passará de um mal a uma boa oportunidade de melhoria na qualidade de vida (visão prospectiva).

É importante frisar que o conciliador, por abster-se e abster as partes de remexer e reexaminar o passado, está livre das teorias e teses jurídicas do processo e com elas descompromissado. Warat (2001) ensina que relacionamentos baseados apenas na racionalidade não prosperam, pois há necessidade de dar-se afetividade ao relacionamento. A aproximação dos entes favorece a construção do respeito, da amizade e da compreensão. Utilizam-se as armas da sensibilidade e humanismo para o acertamento de vontades na audiência.

O conciliador tem a missão de auxiliar as pessoas a se encontrarem, a se despirem das mágoas pessoais em relação ao outro. É comum o cidadão ter sentimentos negativos em relação ao órgão público, em virtude de mau atendimento, da espera em longas filas, etc. O conciliador deve descobrir o que, internamente, produz resistência ao acordo (dúvidas, incertezas, mágoas, etc). Daí serem imprescindíveis paciência e tempo, pois a audiência pode funcionar como terapia, propiciando a descarga de todos os traumas.

A linguagem da ciência do Direito é inadequada para os leigos, devendo ser evitada nas tratativas, pois as pessoas simples desconhecem o sentido técnico e as conseqüências das expressões jurídicas, acabando alijadas das discussões de seus problemas. A linguagem deve ser inteligível ao homem que está na audiência, pois o seu interagir é base e pressuposto do sucesso da conciliação. Um acordo mal-entendido é sinônimo de fracasso na sua fase executiva, pois as dúvidas e incertezas causarão o fraquejamento do espírito. Para o sucesso do acordo, a totalidade do ser (razão e emoção) deve estar comprometida com ele.

A audiência não pode ser ritualizada, isto é, ser dividida em partes rígidas. Pelo reverso, deve ser informal o suficiente para apresentar momentos distintos entre si, porém sem observar qualquer desencadeamento uniforme de fases (de apresentação, conversação, negociação, etc).

Com razão, apregoa-se que a conciliação requer perfil dos envolvidos, em particular, do magistrado, por presidir os trabalhos no processo judicial. O juiz reúne, por dever de ofício, as qualidades exigidas para a mediação: neutralidade, imparcialidade, desinteresse pessoal na causa, conhecimento jurídico, conhecimento do caso *sub judice*, confidencialidade (sigilo) e confiança das partes.

Desta forma, com maior ou menor perfil congênito para a negociação, qualquer juiz pode tornar-se um hábil conciliador, desde que atue observando algumas prescrições básicas, mais ou menos já referidas:

- I. Saudar os presentes, ressaltando a importância da presença de todos para o sucesso dos trabalhos.
- II. Apresentar mutuamente as partes, quebrando a inércia da audiência e já fomentando os contatos pessoais entre os interessados.

- III. Explicar a conciliação como alternativa para solução do processo, sendo o juiz um encaminhador de soluções a serem criadas pelas próprias partes envolvidas com ganhos mútuos.²
- IV. Alertar que não está em jogo na conciliação saber quem tem mais ou menos razão ou direito.
- V. Estimular as partes para que falem das experiências (vivências) que as levaram a entrar com o processo na Justiça (terapia), lembrando que todos terão oportunidade de manifestação.
- VI. Não deixar que existam ataques pessoais, intervindo imediatamente para coibir tais iniciativas, retomando o diálogo profícuo na busca de soluções.
- VII. Não ter pressa e, se for necessário, designar nova audiência para data próxima, porém com tempo suficiente para que as partes reflitam e/ou realizem determinadas tarefas necessárias à continuidade dos trabalhos (elaboração de cálculos, autorizações, documentos, etc).
A criação e a melhoria das propostas, em especial pelos advogados públicos, requerem tempo, novas consultas aos superiores, autorizações, etc. É crucial, portanto, registrar os avanços da negociação na ata da audiência, a fim de que não se perca o “fio da meada”. Outrossim, com tal cuidado, qualquer outro colega poderá dar continuidade aos trabalhos, pois as bases já são conhecidas e estão registradas. Não obstante, tal registro deve ser autorizado pelos presentes.
- VIII. Verificar, na inicial, qual o ganho pretendido. Pode ser a proposta de acordo melhor ou próxima daquela que é requerida, facilitando o entendimento.
- IX. Usar termos simples, claros, objetivos e curtos. Evitar os “padrões” com todas aquelas fórmulas complexas e prolixas.

² O juiz pode e deve, sempre que necessário, criar e sugerir soluções.

- X. Dar às partes tempo para analisar, discutir e aprimorar o termo de acordo antes da assinatura.
- XI. Reabrir a sessão, se alguém quiser, mesmo depois de pronta e assinada a conciliação, para análise do ponto que ainda suscita dúvida, pois o comprometimento moral com as cláusulas do acordo é a base de seu cumprimento.
- XII. Nas ações já sentenciadas e/ou com trânsito em julgado, facilitar a conciliação fazendo uma simulação dos ganhos com a decisão judicial. Em alguns casos, poderá a proposta ser melhor que a própria sentença.
- XIII. Ao finalizar a sessão, parabenizar as partes pelo entendimento, o qual solucionou a lide e trouxe de volta a tranquilidade, o bem-estar e a segurança para os litigantes.

Mediação requer trabalho. Muito trabalho, esforço e paciência. Porém, um acordo na 1ª Instância significa a inexistência de uma futura apelação, de um acórdão, de um provável recurso especial e/ou extraordinário. Significa a inexistência de liquidação de sentença, de execução e embargos. De uma nova sentença nos embargos, de nova apelação, de nova possibilidade de recurso especial e/ou extraordinário. Da eliminação de uma rescisória, de mandado de segurança, até. Não esqueçamos os agravos, possíveis de toda e qualquer decisão realizada em cada um dos processos listados.

7. MEDIDAS A CURTO PRAZO

As mediações devem representar uma política institucional do Poder Judiciário, devendo os Tribunais se comprometerem com as seguintes medidas:

- colocação como um dos itens de avaliação do trabalho jurisdicional a realização de audiências conciliatórias;
- patrocínio (pelas escolas de magistratura) de cursos de mediação com a participação e colaboração dos órgãos públicos e de seus procuradores (União, INSS, CEF, EMGEA, Correios, etc.), da Ordem dos Advogados do Brasil e do Ministério Público Federal;

- colocação de matérias e disciplinas relativas à mediação no programa dos concursos para juízes.

A propósito, tramita no Congresso Nacional projeto de lei sobre mediação, cuja versão consensuada de 17.09.2003 traz alteração para o artigo 331 do Código de Processo Civil - Lei 5869, de 11 de janeiro de 1973, sendo importante o parágrafo 5º, a saber:

O juiz deverá buscar, prioritariamente, a pacificação das partes, ao invés da solução adjudicada do conflito, sendo sua dedicada atuação nesse sentido reputada de relevante valor social e considerada para efeito de promoção por merecimento.

8. AS MEDIAÇÕES NO BRASIL

Diversos Tribunais vêm realizando audiências de conciliação, entre eles, o Tribunal de Justiça de São Paulo. Em matéria sobre o tema, o jornal O Estado de São Paulo (2003, p. A8) publicou: “Uma Justiça que não tarda nem falha”. Foram elogiadas a informalidade e a importância da “cultura da conciliação”, sendo que o percentual de acordos é de 40%. No mesmo periódico (2003, p. A3), foi publicado artigo elogiando a iniciativa da Justiça paulista como alternativa para resolução dos processos.

O Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (Pernambuco) criou o “Programa de Conciliação Prévia”, seguindo exemplo de outros Tribunais, onde o grau de acordos é de aproximadamente 50% (INFORMATIVO TRT 6ª R, 2003).

Nesta trilha, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Porto Alegre) criou o Projeto “Conciliação no Tribunal Federal”, conforme Resolução nº 37, de 26 de setembro de 2003. Foram selecionados processos relativos ao Sistema Financeiro da Habitação, e aplicadas as técnicas aqui descritas com a CEF/EMGEA.

Dos 93 processos submetidos à conciliação, em 62 casos foram realizados acordos (66,66%), sendo também solucionados reflexamente 10 processos em tramitação na Primeira Instância. Em todos eles, o grau de satisfação dos mutuários foi excelente, ainda que não houvesse a conciliação. No transcorrer das audiências, várias indagações surgiram quanto à possibilidade de extensão do projeto aos demais processos em tramitação no Tribunal. Muitas pessoas ligaram para o TRF solicitando que também os seus processos fossem incluídos.

Na 1ª Instância, diversas subseções têm alcançado grande êxito em conciliações. Em Maringá/PR, o percentual de acordos tem girado em torno de 50% nas questões relativas ao SFH.³ Em Foz do Iguaçu/PR, são realizadas conciliações em processos de execução de crédito rotativo, com 40% de êxito.⁴ Em Joaçaba/SC, a Vara Federal tem alcançado mais de 50% de sucesso nas execuções fiscais promovidas pelo CREA, CORE E INMETRO, sendo de ressaltar que, de 32 audiências, 17 resultaram em acordos, destacando-se o fato de que, além das transações, ocorreram 06 pagamentos antes das audiências, porém após a intimação para comparecimento.⁵

O percentual médio de acordos, superior à casa dos 50%, reflete o potencial, a importância e a urgência de adotarmos uma política institucional neste sentido, pois, inegavelmente, solucionaríamos o problema da efetividade no Poder Judiciário.

9. CONCLUSÕES

A grande e verdadeira reforma do Poder Judiciário dispensa alterações na legislação. Está, sem dúvida, na mudança de atitude dos profissionais do Direito, a ser capitaneada pelos juízes, no sentido da gênese de uma “cultura da conciliação”.

A crise de efetividade pode ser superada pelas mediações, as quais exigem contato pessoal dos magistrados com as partes e seus procuradores, sendo as audiências o elo de comunicação a ser restabelecido e valorizado na Justiça Federal.

Os Tribunais devem adotar as mediações como política institucional, valorizando e incentivando todos os profissionais que se empenham na sua realização.

Por fim, a mediação não deve mais ser considerada como “processo alternativo”, mas como “processo natural” de solução de conflitos pelos profissionais do Direito.

³ Maiores detalhes com o colega Erivaldo (ribeiro@jfpr.gov.br).

⁴ Maiores detalhes com o colega Rony (rony@jfpr.gov.br).

⁵ Maiores detalhes com o colega Adriano (copetti@jfsc.gov.br).

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMB. Informa, 06 out. 2003.
- BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de lei sobre mediação, cuja versão consensuada de 17.09.2003 traz alteração para o Artigo 331, Lei 5.869, § 5º, 11 jan. 1973.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARVALHO, José Carlos Maldonado de. “Mediação: Aplicação no Brasil”. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, n. 17, p. 69, jun. 2002.
- FISCHER, Roger *et alii*. **Como chegar ao sim (a negociação de acordos sem concessões). Projeto de negociação da ‘Harvard Law School’**. Tradução Vera Ribeiro e Ana Luíza Borges. Rio de Janeiro: Imago, 1994.
- INFORMATIVO TRT 6ª R, ano X, n. 86, jun. 2003.
- JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO, p. A8, 06 out. 2003.
- _____, p. A3, 13 out. 2003.
- NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. 279p.

AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO NO SFH

Doutor Gilton Pacheco

Presidente da EMGEA

Experiências de sucesso

Quinta-feira, 27 de novembro de 2003. Mal o dia amanhece, Dona Marta veste a roupa de domingo. O coração bate acelerado. Dá uma última olhada no apartamento de 60 m², onde mora com os dois filhos, fecha a porta e alcança a rua. No ponto de ônibus, a demora parece maior do que o habitual. Assim que põe os pés no prédio do TRF, à Rua Otávio Francisco Caruso da Rocha, no Bairro Praia de Belas, em Porto Alegre, o coração parece sair pela boca. As mãos, brancas de tanto se apertarem, esperam a hora de assinar o acordo que vai pôr fim aos oito anos de disputa judicial e lhe dar a tranquilidade da propriedade de seu pequeno apartamento.

Desde o final de 2002, assim como D. Marta, centenas de mutuários do SFH em todo o Brasil, cujos imóveis são hipotecados à EMGEA – Empresa Gestora de Ativos, têm conseguido transformar os pesadelos da demanda judicial, do recebimento de cobranças e ameaças de despejo, na concretização do sonho da casa própria.

COMEÇANDO A NEGOCIAR

No início do ano de 2002, alguns juízes federais da cidade de Maringá-PR, procuraram a Caixa Econômica Federal e a EMGEA, numa tentativa de buscar a conciliação, finalizando os quase 400 processos relativos ao Sistema Financeiro de Habitação, existentes à época, naquela Comarca.

Com mais de 90.000 contratos habitacionais *sub judice*, a EMGEA, uma empresa pública de natureza não financeira, criada em junho de 2001, teve, na

pessoa de seu Diretor-Presidente, Sr. Gilton Pacheco de Lacerda, uma adesão entusiasta à proposta, buscando criar condições para que se pudesse apresentar em juízo uma alternativa de solução do litígio pela via do acordo, conforme previsto na Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

O sucesso das audiências de conciliação que ocorreram em Maringá foi imediato. Ao reunir em uma mesma mesa, os mutuários, os juízes e os técnicos da Caixa Econômica Federal, representando a EMGEA, criou-se um novo canal para resolver os problemas relativos a financiamentos habitacionais.

A conciliação e o conseqüente encerramento desses processos, de forma menos onerosa e mais ágil, trouxe ganho para todos os envolvidos no litígio: para o mutuário, que teve a solução de seu débito habitacional, para a Justiça, que se viu desonerada de inúmeros processos em trâmite, e para a EMGEA, que retomou o fluxo de ingresso de recursos pela liquidação ou repactuação de seus contratos.

ESTENDENDO AS NEGOCIAÇÕES PARA MAIS DE 90 MIL CONTRATOS

Não obstante a opção pela realização das audiências ser de exclusiva competência dos magistrados, a EMGEA, incentivada pela experiência de Maringá, buscou expandir, ainda no ano de 2002, tais medidas de incentivo à regularização de dívidas para os 7.000 contratos de pessoas físicas, que estavam vinculadas à jurisdição da Justiça Federal no Estado do Paraná.

Consolidado o projeto, o seu êxito sugeriu a extensão a todos os Estados da Federação, envolvendo cerca de 904 mil contratos do crédito imobiliário, dos quais 94.891 possuem demandas judiciais pendentes.

CONCILIANDO NOS TRIBUNAIS

Em novembro de 2003, o Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, sediado em Porto Alegre, em uma decisão inédita, impulsionada pelo sucesso das audiências realizadas sob sua jurisdição, e, numa iniciativa do Dr. Vladimir Passos de Freitas, Desembargador Federal e Presidente do TRF da 4ª. Região, convocou audiências de conciliação de 64 mutuários residentes na Grande Porto Alegre e em Caxias do Sul. Esses 64 mutuários convocados eram parte integrante em 100 processos.

Para a realização dessas audiências, no período de 24 a 28.11.2003, foram destacados três juízes federais com larga experiência em ações envolven-

do crédito imobiliário: Dra. Taís Schilling Ferraz (PortoAlegre/RS), Dr. Antônio Fernando Schenkel do Amaral e Silva (Blumenau/SC) e o Dr. Erivaldo Ribeiro dos Santos (Maringá/PR), um dos juízes pioneiros do projeto-piloto em Maringá. Nesse período realizaram-se 55 audiências, que resultaram na concretização de 40 acordos, representando sucesso de 72,73%.

Tendo em vista estes excelentes resultados, estabeleceu-se, naquele Tribunal, o Projeto “Conciliação no Tribunal Federal”, abrangendo os três Estados (Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul) da 4ª. Região.

Dando continuidade ao Projeto foram selecionadas mais de 800 ações, envolvendo cerca de 600 mutuários, que foram chamados às audiências que começaram em abril e se estenderão até o mês de julho deste ano, em Porto Alegre, Curitiba e Florianópolis. Nas três semanas de audiências já realizadas nas cidades de Porto Alegre e Curitiba, alcançou-se cerca de 80% de sucesso, considerando-se o número de acordos firmados.

O MINISTÉRIO PÚBLICO INTERMEDIANDO NEGOCIAÇÕES

Paralelamente ao Projeto Conciliação, a EMGEA assinou em março deste ano, Termo de Ajustamento de Conduta, acordado entre a empresa e a União das Associações de Moradores de Conjuntos Habitacionais do Amazonas – UAMAN, com a intermediação do Ministério Público Federal de Manaus.

O acordo abrangeu 21 conjuntos habitacionais daquela localidade e beneficiou cerca de 3.000 famílias, encerrando uma ação civil pública que existia desde o ano de 2.000.

Nas três primeiras semanas de atendimento, cerca de 30% dos mutuários contemplados pelo acordo já haviam concretizado a liquidação da dívida dos seus contratos habitacionais.

A expectativa da UAMAN é de que até o dia 16 de setembro, prazo final das negociações, cerca de 80% dos 3.000 mutuários regularizem sua situação, liquidando seus contratos.

CORRIGINDO OS DESEQUILÍBRIOS

Além dos descontos, as características das propostas apresentadas pela EMGEA, que têm encontrado grande aceitabilidade por parte dos mutuários, são a admissão de recebimento com base no valor da garantia, o estabelecimento de prazo compatível com a capacidade de pagamento do mutuário, a reestru-

turação da nova dívida em sistema de amortização que não gera desequilíbrio financeiro e a garantia de quitação da dívida reestruturada no novo prazo acordado.

Grande parte dos contratos do SFH, especialmente aqueles firmados até o exercício de 1994, cedidos pela Caixa Econômica Federal à EMGEA, apresentam desequilíbrios tanto na relação das prestações versus dívida, quanto na relação dívida versus valor da garantia.

Casos como o do Sr. João Garcia, morador do conjunto Castanheiras, são comuns. No último mês, ele quitou por R\$ 7.000,00 um contrato cujo saldo devedor estava em torno de R\$ 200 mil reais. As prestações, menores do que R\$ 100,00, não eram suficientes para quitar a dívida ao longo do prazo, e a dívida era garantida por um imóvel avaliado a preço de mercado em R\$ 20.000,00.

Resolver esses desequilíbrios, oferecendo alternativas compatíveis com as condições dos mutuários e que possibilitem o melhor retorno possível dentro do menor prazo, é o objetivo da EMGEA.

Um dos primeiros empreendimentos beneficiados pela política da empresa foi o Conjunto Residencial Parque dos Coqueiros, em Natal-RN. Mais de 1.500 famílias conseguiram liquidar seus financiamentos por valores inferiores a R\$ 5.000,00. A dívida média desses contratos montava em aproximadamente R\$ 100 mil, para imóveis avaliados em cerca de R\$ 12 mil. Esses mutuários demandavam judicialmente contra a Caixa desde 1993, solicitando redução dos saldos devedores.

Vale ressaltar que as condições estabelecidas pela EMGEA são apenas um dos itens do sucesso desse projeto. O empenho do Judiciário Federal, sua contribuição com citações dos mutuários, expedição de alvarás e homologação de acordos administrativos, têm levado as partes a compor amigavelmente mesmo fora das audiências. Essa atuação, embora possa ser verificada em todo o País, merece destaque nas cidades de Goiânia, Recife, João Pessoa, Natal, Salvador, Campinas, Belo Horizonte, Brasília e Manaus.

CHORANDO DE ALÍVIO

A decisiva participação da Justiça Federal, nas pessoas de seus juízes e desembargadores, tem o seu corolário de êxito ao final de cada audiência, quando não é incomum presenciar situações dramáticas, de mutuários doentes, presos a cadeiras de roda, idosos e alquebrados, chorando aliviadamente.

Em uma das audiências coletivas realizadas em Natal-RN, no mês de abril passado, os prepostos da Caixa, já acostumados a essas situações, foram surpreendidos com a presença de uma senhora, acompanhada por sua filha, que presa ao balão de oxigênio, chorava e agradecia a Deus, por poder morrer e deixar um teto seguro para os filhos.

O choro de alívio rompe silenciosamente. A volta para o apartamento no Bairro Santo Antônio é feita quase sem sentir. Tão absorta em seus pensamentos, Dona Marta nem sente que já passou do ponto de descida. Algumas quadras depois, desce calmamente do ônibus. Não faz mal, vai gostar de andar um pouco pelas ruas, de sentir o ar de chuva, de perceber a vizinhança. Talvez passe na panificadora e leve um bolo, para comemorar com os filhos. O rosto, marcado pelo tempo, já viu muitos sonhos irem embora sem se tornar realidade. Mas, nem todos. Hoje conseguiu ver um deles realizando-se. Talvez, pensa com um meio sorriso, valha mesmo a pena, sonhar de vez em quando...



ESMAFE
ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO



Artigos



ESMAFE
ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO



EXECUÇÃO DE SENTENÇA: O PROJETO E SUAS CONTRADIÇÕES

Lázaro Guimarães

*Desembargador do TRF/5ª Região
Professor Coordenador do Núcleo de
Processo do Curso de Direito da FABAC*

O Senado Federal está apreciando o projeto de lei (PLC 52), oriundo do Executivo e já aprovado na Câmara Federal (PL 3253/04), que simplifica a execução de sentença, com o objetivo de tornar efetivo o processo judicial. O texto em discussão apresenta algumas inovações que realmente implicam em maior celeridade, mas contém dispositivos que, se implantados, resultarão em considerável retardamento do feito e desequilíbrio da relação processual.

Três são os tipos de processo, conforme a finalidade: conhecimento, no qual se busca certificar o direito invocado pela parte autora; execução, em que se pretende a satisfação desse direito já certificado; e cautelar, que visa proteger o resultado útil de um outro processo.

O curso de uma demanda envolve atividade das partes e do juiz mediante encadeamento que exige a prática de um sem número de atos, até alcançar-se a realização do direito, tudo isso com um dispêndio de esforços pessoais, de recursos materiais e de tempo que não atende, de modo algum, às necessidades da sociedade informacional, daí a experiência iniciada em 1993, conhecida como reforma processual fatiada, numa iniciativa do grupo de magistrados, advogados e membros do Ministério Público, liderado pelo ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça.

Os passos mais importantes dessa reforma foram a abertura das hipóteses de antecipação dos efeitos da sentença (art. 273 do Código de Processo Civil), o fortalecimento da direção do processo pelo juiz, com a imposição de penalidades pela prática de atos atentatórios à dignidade da justiça (arts. 14 a 16, CPC), a alteração na sistemática do agravo (arts. 522 e segs. CPC) e da extensão de profundidade do julgamento da apelação (arts. 513 e segs. CPC),

a atribuição de poderes ao relator para decidir de plano o recurso quando tiver que aplicar orientação dominante nos tribunais superiores ou no próprio tribunal e a racionalização do cumprimento das obrigações de fazer e não fazer (art. 461 e seus parágrafos, CPC).

A nova reforma, traçada no PLC 52, pretende simplificar a execução de sentença, para que, ao chegar ao fim do processo de conhecimento, após longo percurso no qual se desenvolvem atos postulatórios, instrutórios, despachos de expediente, decisões interlocutórias, sentenças, recursos e acórdãos, cada um exigindo um lapso temporal, a parte obtenha utilidade com a providência decretada pelo juiz.

Eis um esboço geral do curso do processo até o seu resultado : inicial – distribuição – despacho – citação – resposta – saneamento – instrução – sentença de conhecimento – apelação – contra-razões – remessa ao tribunal – distribuição – pauta de julgamento – acórdão – recurso especial e/ou extraordinário – remessa à Presidência do tribunal – contra-razões – despacho de admissão – remessa ao STJ ou STF – despacho do relator ou acórdão – certidão de trânsito em julgado – retorno ao juízo de origem – pedido de execução – liquidação – impugnação – decisão – agravo – distribuição – contra-razões – acórdão – recurso especial – pedido de destrancamento do recurso especial – decisão do relator – agravo regimental – comunicação ao juízo de origem – citação do devedor – penhora – embargos – impugnação – instrução – sentença – apelação – contra-razões – remessa ao tribunal – distribuição – inclusão em pauta – acórdão – recurso especial – remessa à Presidência do tribunal – contra-razões – despacho de admissibilidade – remessa ao STJ – distribuição – despacho do relator ou acórdão – certidão de trânsito em julgado – remessa ao juízo de origem - atualização do cálculo – intimação - impugnação - decisão – agravo – distribuição – acórdão - designação de leilão – arrematação – embargos – impugnação – decisão – agravo – distribuição – contra-razões – acórdão – certidão de trânsito em julgado – retorno ao juízo de origem – levantamento do dinheiro.

São 74 atos marcantes, que podem ser expandidos ao infinito, pois, em cada uma das fases e sub-fases são possíveis impugnações e recursos sobre recursos, como, por exemplo, as exceções processuais, a exceção de pré-executividade, os agravos inominados ou agravos regimentais, os embargos de declaração e os embargos infringentes.

Tome-se por base que em cada uma dessas fases sejam gastos 30 dias, o que consiste em previsão extremamente otimista. Serão 2220 dias desde a inicial até o levantamento do dinheiro, ou mais de seis anos até o final do processo.

Mas se tem que levar em conta que, em São Paulo, a distribuição de um recurso, no Tribunal de Justiça, leva em média dois anos, e como os autos sobem ao tribunal após sentenças de conhecimento e nos embargos, mais as idas ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, só ai já seriam, pelo menos, 12 anos.

A reforma já implantada significou, até agora, na execução, a supressão da liquidação por cálculo do contador, com a apresentação imediata, no pedido inaugural, do memorial de cálculo, e a simplificação da execução da obrigação de fazer ou não fazer, que já não requerem a instauração de um processo autônomo.

Com a lei proposta, não haverá processo autônomo de execução de título judicial, o que, por sinal, não representa tanto, até porque, na prática, esse tipo processual já se realiza nos próprios autos do processo de conhecimento .

Proferida a sentença, conforme prevê o projeto, será intimado o advogado do devedor para cumprimento da condenação, com prazo de 15 dias para pagamento, sob pena de multa e de penhora de bens para satisfação do direito. O devedor poderá oferecer impugnação, e não mais embargos, e tal defesa não suspenderá o curso do processo, como hoje. Em compensação, institui-se confusão na sistemática recursal, pois o projeto prevê que, se a impugnação for decidida com o cancelamento parcial da dívida, caberá agravo de instrumento, mas, se o cancelamento for total, caberá apelação. De todo modo, haverá nova subida dos autos ao tribunal, e até ao tribunal superior, ou seja, o mesmo calvário, e ainda sob regras menos precisas, pois haverá dificuldade em determinar se a decisão implica em extinção total ou parcial do débito.

Busca-se, segundo justificativa do projeto, reduzir em um terço o tempo gasto, em média, num processo judicial, o que já seria um ganho relevante, mas ainda não o bastante para atingir um estágio compatível com as exigências de uma sociedade cujo ritmo é ditado pela comunicação instantânea e global, pois seriam oito, ao invés de 12 anos, e a espera ainda seria longa.

Há, também, no projeto um artigo estabelecendo que o título judicial é inexigível quando “fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal”. Trata-se da adoção por lei ordinária da teoria da relativização da coisa julgada, sem que tenha sido revogado o art. 5º, XXXVI da Constituição Federal.

Em qualquer feito, uma vez intimado, o devedor poderá argüir a inexigibilidade do título judicial, invocando incompatibilidade com a interpretação do

Supremo Tribunal Federal. E se repetirá ao infinito a tramitação do incidente, com a oportunidade de renovação de sucessivos recursos, até o extraordinário.. Perderá substância o atributo da coisa julgada, ressaltado por Couture como característica principal da jurisdição.

O projeto não contempla nenhuma providência que importe em aplicação de tecnologia avançada, como a informatização das comunicações processuais, e nesse sentido existe proposta enviada ao Congresso Nacional pela Associação dos Juizes Federais, convertida em projeto de lei que tramita na Câmara Federal.

Na contramão desses esforços, porém, o Congresso aprovou, recentemente, a Lei 10.910, que, no bojo do reajuste de vencimentos dos procuradores federais, concedeu-lhes o privilégio da intimação pessoal. Todo procurador autárquico terá que ser intimado pessoalmente, e não mais pelo Diário Oficial, como os advogados dos particulares. A prerrogativa que era do Ministério Público, passou aos advogados da União e agora beneficia os procuradores das autarquias, representando sobrecarga inimaginável para as secretarias dos juízos e tribunais, com a elaboração de mandados de intimação e seu cumprimento pelos oficiais de justiça, expedição de cartas de ordem ou precatórias, para as intimações que tiverem de se efetivar em outras localidades.

O advogado, seja público ou privado, deve ser intimado pela publicação no Diário Oficial, e, mesmo assim, ainda tem a vantagem de acesso antecipado à decisão, pois os juízos e tribunais, muitos deles, já disponibilizam as suas decisões pela Internet, logo após a sua prolação e bem antes da intimação.

São estes, assim, os sinais contraditórios emitidos pelo Executivo e pelo Legislativo que deixam perplexos os juízes, fazendo-lhes indagar: será que se pretende mesmo tornar a Justiça mais ágil? Na sociedade informacional e globalizada, o funcionamento do sistema judiciário requer a utilização intensiva de tecnologia, como nos demais setores do governo e da economia. Lembre-se que a China no século XV era o país de tecnologia mais avançada em todo o mundo, mas se deixou estagnar por cinco séculos, por culpa de entraves burocráticos, enquanto a Europa e os Estados Unidos promoviam as duas Revoluções Industriais, e somente em meados do século passado iniciou a sua recuperação econômica, agora em passo acelerado e em plena adequação às regras da era da informação (Castells, 1996). Se as leis passarem a emperrar o Judiciário, ao invés de dotá-lo de condições hábeis à inserção tecnológica, as consequências serão graves, o atraso institucional, com reflexos sociais e econômicos, será inevitável.

DAS PENAS ALTERNATIVAS

Paulo Gadelha

Desembargador Federal do TRF da 5ª Região

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 ressociação 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 delitiva 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, instituiu 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 freqüentar 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.



ESMAFE
ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO BRASIL: NOVO PARADIGMA DO PODER MODERADOR

Francisco Wildo Lacerda Dantas

Desembargador Federal do TRF da 5ª Região

Mestre em Direito pela UFBA

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa. Prof. Adjunto da UFAL

SUMÁRIO: 1. A criação da Corte Constitucional no Brasil; 1.1. Proêmio; 1.2. Características dos Tribunais Constitucionais; 1.3. O Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF): Tribunal Constitucional; 1.4. Necessidade de aperfeiçoamentos; 1.4.1. Na competência; 1.4.2. Na forma de composição; 1.4.5. Sugestões de mudanças.

1. A CRIAÇÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL NO BRASIL

1.1. PROÊMIO

A criação de uma Corte Constitucional nos moldes europeus, espécie de Tribunal Constitucional *ad hoc*, como prefere denominar LENIO LUIZ STRECK tem-se revelado como a mais expressiva contribuição europeia à tutela jurisdicional¹. Para esse autor, essa criação se deu não apenas por inexistir, no modelo romano-germânico, a figura do *stare decisis*, apto a conceder efeito *erga omnes* às decisões, mas sobretudo em face de uma motivação política, que deita raízes na Revolução Francesa na célebre discussão a respeito da noção da soberania popular, fundando-se no caráter político de que se revestem suas competências².

¹ JAVIER PEREZ ROYO faz referência à criação pelo constituinte de um órgão *ad hoc* – um Tribunal Constitucional – independente do Poder Judiciário apenas para cuidar do controle de constitucionalidade das leis. Cf. Tribunal Constitucional y División de Poderes, Ed. Tecnos S/A, Madrid, 1988, p. 11.

² Cf. “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica”, *ob. cit.*, p. 305.

O modelo do Tribunal Constitucional, sobretudo depois da Segunda Guerra, se espalhou por todo o mundo.

Mesmo na França, país onde, por razões históricas, se criou verdadeira aversão por esse controle, se tem reconhecido já a existência de uma Corte Constitucional, tanto no Conselho Constitucional, onde se exercita um controle com feições políticas, como no *Conseil d'Etat*, sob a alegação de que, precisamente neste último, tendo entre suas atribuições o controle dos atos administrativos, faz a aplicação de todas as regras jurídicas existentes no sistema jurídico francês e, por isso, eventualmente essa Corte se deparará com situações em que se identificará violação do texto constitucional.

Como cabe a este Conselho sancionar com a invalidade eventuais agressões ao texto constitucional para manter-lhe a supremacia, considera-se-o como um verdadeiro Tribunal Constitucional³.

Penso, porém, que somente se pode aceitar essa comparação se o considerarmos como Corte Constitucional que aprecia incidentalmente a constitucionalidade da lei e, portanto, exercita um controle difuso.⁴ Ao lado desse órgão, porém, tem-se reconhecido que o Conselho Constitucional francês se revela como um Tribunal Constitucional, no modelo originariamente imaginado por KELSEN de controle concentrado.⁵

Ou seja, em resumo, na França há manifestações a respeito do exercício dos dois modelos de controle de constitucionalidade – difuso e concentrado –

³ Nesse sentido, FRANCINE BATTALIER, *Le Conseil d'État Juge Constitutionnel*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966, p. 02. No sentido de que o juiz ordinário já exercita, em alguma medida e em razão da aplicação dos princípios constitucionais, a jurisdição constitucional mesmo na França, cf. BERTRAND DE LAMY *Les principes constitutionnels dans la jurisprudence judiciaire (Le juge judiciaire, juge constitutionnel?)*, *Revue du Droit Public de la Science Politique* Entrance et à L'Étranger, Jacques Robert. RDP n° 3, p. 781-820.

⁴ Muito embora esteja atento para a observação feita por LOUIS FAVOREU, em respeito ao que considerou o fracasso da recepção do modelo americano em França, por afirmar, em espanhol para cujo idioma a obra originária *Les Cours Constitutionnelles* foi traduzida: *En los Estados Unidos, la Constitución es sagrada, y en Europa lo es la ley*. Cf. “*Los Tribunales Constitucionales*”, Ed. Ariel S/A, Barcelona, tradução de Vicente Villacampa, 1994, p. 19.

⁵ Nesse sentido, o mesmo LOUIS FAVOREU afirma que a França conta, há mais de trinta anos, com um sistema de justiça constitucional. Cf. *Ob. Cit.*, p.102. CARLOS BLANCO DE MORIAS, por sua vez, assinala que se sedimenta, na doutrina francesa, de uma espécie de “evolução judicialista” desse Conselho, para afirmar, mesmo, que agora também no pensamento comparatístico mais recente, como já acontece na Itália, se tem o Conselho Constitucional francês como um modelo que se integra “... no espectro mais vasto das jurisdições constitucionais”, com arrimo em Lucio Pegoraro, “*Lineamenti di Giustizia Costituzionale Comparata*”, Torino, 1998, P. 13. Cf. “*Justiça Constitucional*”, Tomo I – *Garantia da Constituição e controlo da Constitucionalidade*”, Coimbra Editora, 2002, p. 316.

ainda que não pelo mesmo órgão: o controle difuso, pelo *Conseil d'Etat* e o controle concentrado pelo *Conseil Constitutionell*.

Também a Inglaterra sente essa necessidade. Lorde LESLIE SCARMAN faz um resumo dos desafios que devem ser enfrentados pelo sistema da *common law*, e em vigor naquele país, em respeito aos direitos humanos, às questões sociais e ao meio-ambiente, bem como às de ordem industrial e regional, decorrente do sistema da *commonwealth*⁶.

Em seguida, propõe a criação de uma constituição escrita e de uma Suprema Corte do Reino Unido (*Supreme Court of the United Kingdom*), destinada a protegê-la⁷. Isso resulta da conclusão a que chegara de que o sistema da *common law* se revela insuficiente para proteção dos direitos humanos, em face da soberania legislativa do Parlamento.

Para OTTO BACHOF, o Tribunal Constitucional tem sido uma ótima solução para garantir a lei maior. Na análise que procedera a respeito, afastou todas as alegações contrárias à adoção dessa Corte, muito embora reconheça o perigo de que os provimentos dos integrantes dela - em razão de as desses juízes se apresentarem com alto alcance político - possam se dar de acordo com as opiniões políticas professadas pelo magistrado. Sugere, então, para afastar esse risco, que se aperfeiçoe o sistema de escolha e nomeação⁸.

Certo é que se tem apresentado como um sinal do extremo vigor do constitucionalismo na Europa o fato de que as novas constituições da zona ocidental do continente se comprometem, sem exceção, a estabelecer alguma técnica de revisão judicial dos atos legislativos. O grau desses esforços se fixa na razão inversa da história da instituição, por acreditar ser lógico e natural que quem haja sentido mais intensamente os resultados da perda do constitucionalismo sejam os mais preocupados para assegurá-lo contra todo o trabalho de sapa das forças anti-constitucionalistas⁹.

⁶ Definida no Black's Law Dictionary, no verbete próprio, como A loose association of countries that recognize one sovereign as their head "the British Commonwealth.

⁷ Cf. "O Direito Inglês. A Nova Dimensão", tradução do original inglês English-Law – The New Dimension, por Inez Tóffoli Baptista, Licenciada em Letras pela UFRGS, com a colaboração de Anna Maria Villela, Docteur en Droit, Ed. Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1978, p.95-96.

⁸ Cf. Jueces y Constitución, tradução ao castelhano de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, com prólogo de Tomás-Ramón Fernández, Editorial Civitas, S/A, Madrid, 1985, p. 57-65.

⁹ Cf. CARL J. FRIEDRICH, Gobierno Constitucional y Democracia, tradução ao espanhol por AGUSTÍN GIL LASIERRA, Institutos de Estudios Políticos – Madrid – 1975 – p. 259.

1.2. CARACTERÍSTICAS DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

Em respeito aos Tribunais Constitucionais europeus, LOUIS FAVOREU resumiu as características apresentadas por esse modelo às seguintes:

a) um contexto institucional e jurídico peculiar. Os Tribunais Constitucionais europeus estão instalados em países dotados de regime parlamentar (Alemanha Federal, Itália e Bélgica) ou semiparlamentar (França, Áustria e Portugal).

Observa-se também que, nesse contexto, se aplica um sistema de dualidade ou pluralidade de jurisdições e ordens jurídicas. Itália, França, Áustria, Bélgica, Portugal e Espanha são identificados como países que têm duas ordens de jurisdição: administrativa e judicial, enquanto se afirma que a Grécia possui um Tribunal especial superior que está-se progressivamente a se transformar em um Tribunal Constitucional, exatamente porque tem dois ou três ordens de jurisdições;

b) um estatuto constitucional, em que se invoca KELSEN para afirmar que como a justiça constitucional é confiada a um Tribunal “independente de qualquer outra autoridade estatal”. A condição de independência resulta da existência de um estatuto constitucional do Tribunal constitucional que lhe defina a organização, o funcionamento e atribuições, colocando-o fora do alcance dos poderes públicos que o Tribunal está encarregado de controlar.

Isso supõe que haja inclusão das disposições necessárias no texto mesmo da Constituição, assim como autonomia estatutária administrativa e financeira da instituição, e garantias de independência para os membros;

c) um monopólio do contencioso constitucional, no sentido de que a jurisdição constitucional se concentra nas mãos de uma jurisdição especialmente criada com esse objeto, que goza de monopólio neste âmbito.

Em conseqüência, os juízes ordinários não podem conhecer do contencioso reservado ao Tribunal Constitucional;

d) uma designação de juízes, não magistrados, por autoridades públicas, no sentido de que esses tribunais não estão formados por magistrados de carreira que tenham ascendido a ele através de ascensão regular e progressiva.

A designação dos membros do Tribunal não obedece aos critérios tradicionais, como acontece com o Com-se-lho de Estado francês, que o autor tem como Tribunal constitucional, cujos membros são estranhos ao Poder Judiciário.

Os juízes desses Tribunais não são necessariamente magistrados, podendo escolher-se professores de direito, advogados, funcionários públicos, sendo

que, na França, na hipótese considerada pelo autor, nem sequer é necessário que sejam juristas.

Embora KELSEN houvesse recomendado que se reservasse lugar adequado para juristas profissionais, isso não se dava com caráter exclusivo, podendo haver não especialistas junto a especialistas. Reserva-se para estes últimos as considerações puramente técnicas, pois sua consciência política ficaria aliviada pela colaboração dos membros chamados para a defesa dos interesses propriamente políticos;

e) uma verdadeira jurisdição, por admitir que esses Tribunais exercitam uma verdadeira jurisdição constitucional, muito embora esse autor insista que o Conselho Constitucional francês tenha essa natureza, ao argumento de que sua composição real é muito parecida com a outros organismos;

f) uma jurisdição fora do aparato constitucional, por considerar que isso distingue um Tribunal Supremo do Tribunal Constitucional.

Enquanto o primeiro se encontra no ápice do edifício jurisdicional, o segundo se encontra fora de todo aparato jurisdicional¹⁰.

Importa registrar, no entanto, que essas características dizem respeito ao Tribunal Constitucional no modelo europeu, que já se reconheceu como aferrado a um conceito formalístico de jurisdição constitucional, centrado em certo “eurocentrismo jurídico”, quando se sustenta que esse tipo de justiça deva assentar num conceito material ou substantivo, como o refere – com propriedade – PABLO PÉREZ TREMPs, ao reconhecer que, nessa nova visão, *La defensa de la constitución, en estos casos, se ‘desdramatiza’, y se torna en una tarea de interpretaci3n y actualizaci3n de los contenidos constitucionales sumamente valiosa para mantener el vigor democr3tico. Dicho de otra forma, no se trata ya solo, n i siquiera primordialmente, de “proteger” la constituci3n frente a embates autoritarios, sino de protegerla frente a eventuales lesiones que no cuestionam el sistema constitucional en si, y, sobre todo, de enriquecer sus contenidos, de adecuar éstos a la propia evoluci3n de la sociedad, se ser no sólo ni siquiera primordialmente garante de la constituci3n sino, intérprete de la Constituci3n.*¹¹

¹⁰ Cf. Los Tribunales Constitucionales, traduça3o ao espanhol da obra Les Cours Constitutionnelles, por VICENTE VILLACAMPA, Editorial Ariel s/A, Barcelona, 1994, p. 27-35.

¹¹ Cf. Dr. Pablo Pérez TremPs, La Justicia Constitucional en la Actualidad. Especial Referencia a América Latina, in Foro Constitucional Iberoamericano, n° 2/2003 – <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-02art-ppt1.htm>. Acesso: 09/09/2003, p. 01-15, mais precisamente, no trecho transcrito, p. 03.

Permito-me acrescentar, ainda, as seguintes observações.

Penso que o Conselho Constitucional francês não se revela como um Tribunal Constitucional nos moldes tradicionais. Ainda que já se tenha registrado o reconhecimento da “evolução judicialista” desse Conselho, não só na doutrina francesa - de onde se colheu o resumo transcrito – quanto no próprio direito comparado, notadamente na Itália, para considerar-se que integra uma visão mais ampla da jurisdição constitucional, onde predomina o controle preventivo¹², ele não é – na observação de KELSEN – apropriado para esse controle¹³.

Apresenta-se como uma justiça constitucional particular, original, na medida em que aprecia matérias constitucionais despreocupado ou alheio à aplicação da regra constitucional em sentido estrito. É uma justiça constitucional de feito único e específico porque os litígios que lhe são atribuídos para decidir se sobrepõem aos problemas constitucionais. Ainda que se o considere como um Tribunal Constitucional, essa visão se limita a concebê-lo como um Tribunal que se limita ao exercício do controle abstrato/concentrado de constitucionalidade das leis. Penso que a aceitação do Conselho constitucional francês como um Tribunal Constitucional somente se torna possível se aceitar-se a jurisdicionalização do órgão e se o imaginar dentro do modelo de Tribunal Constitucional de modelo europeu – que alguma doutrina sustenta ser o único existente – o que não se pode considerar como uma verdade científica a ser aceita por todos, como explicou PABLO PÉREZ TREMP. Como é óbvio, esse Conselho não exercita o controle difuso de constitucionalidade.

No entanto, na mesma França, o Conselho de Estado exercita esse tipo de controle e também se defende que ele possa ser comparado com um Tribunal Constitucional.

Penso, porém, que ainda que se possa reconhecer o exercício dessas funções, o Conselho de Estado francês não pode ser considerado como um

¹² Como o refere CARLOS BLANCO DE MORAIS, ob. cit., p. 315-316, fazendo referência, na doutrina comparada a LUYCIO PEGORARO, na nota 385 ao pé da página 316.

¹³ Como se lê na obra *La Giustizia Costituzionale*, traduzida para o italiano por Carmelo Geraci, com prefácio de Antonio la Pergola. Giuffrè Editore, Milano, 1981, às p. 170: Senza dubbio, la garanzia preventiva, personale – l’organizzaione in tribunale dell’organo che pone in estire l’ato – è fuori causa in anticipo. La legislazione, della quale qui anzitutto se tratta, non può essere affidata a un tribunale, non tanto per la diversità delle funzioni legislativa e giurisdizionale quanto piuttosto perchè l’organizzazione dell’organo legislativo è dominata essenzialmente da punti di vista diversi dalla costituzionalità del suo funzionamento. Decide qui la grande antitesi tra democrazia e autocrazia (o original está sem grifo).

Tribunal Constitucional porque enquanto os juízes constitucionais são chamados a aplicar a constituição – e se revelam, mesmo, como defensores da constituição – o Conselho de Estado se apresenta com uma situação particular. A sua função é a de proteger os cidadãos contra os atos da administração. Aprecia, com mais frequência do que os outros juízes, a conformidade da ação administrativa à constituição. Integra a estrutura mesma da administração, ainda que como um elemento que serve maravilhosamente de escudo aos excessos administrativos. A constituição é invocada – como regra suprema – como um instrumento extraordinário entre os meios à disposição do Conselho de Estado, para assegurar essa proteção¹⁴.

Considero, de outro lado, muito rígido esse modelo de Tribunal Constitucional europeu – que PABLO PÉREZ TREMPs afirma tratar-se fruto de um “eurocentrismo jurídico – parecendo-me que se esgote numa formulação em que se premia a forma em detrimento da substância.

Muito embora se conceba esses Tribunais, até nos países andinos, como órgãos autônomos, distintos e separados do Poder Judiciário¹⁵, como órgãos superiores aos demais poderes¹⁶, isso resulta da desconfiança nascida na França. Em virtude disso o controle de constitucionalidade naquele país passou a ser exercido em caráter preventivo por um órgão político, cuja desconfiança foi levada aos demais países da Europa, tanto que criaram uma justiça administrativa, distinta da ordinária e os Tribunais Constitucionais fora da estrutura do Poder Judiciário¹⁷.

¹⁴ Cf. FRANCINE BATAILLER, “Le Conseil d’État Juge, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence“, Paris, 1996, p. 20-21.

¹⁵ Como afirma FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI, Los Tribunales Constitucionales en la Región Andina: Una Visión Comparativa, ob. cit., p. 18. Observo que esses países mantêm um regime presidencialista de governo, com o que se recusa uma das características apresentadas para o modelo europeu.

¹⁶ Nesse sentido, JOSÉ ÁGEL MARÍN sustenta que o Tribunal Constitucional se situa fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los demás poderes públicos. Cf. Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional, ob. cit., p. 18. Para FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, La función específica del Tribunal Constitucional es la de “intérprete supremo de la Constitución” o lo que es lo mismo, la de garante, custodio o defensor del poder constituyente objetivado en el texto de la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes públicos, todos los poderes constituidos. Cf. Escrito Sobre y Desde El Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 39. Ainda que haja muitas outras obras a respeito, assinalo, por fim, a observação de EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA, que, em certas ocasiões, o Tribunal Constitucional habría de considerar-se como un verdadero “cuarto poder”, materialmente jurisdiccional, pero distinto del poder judicial estricto...Cf. La Constitución Como Norma y El Tribunal Constitucional, Ed.. Civitas S/A, Madrid, 1994, p. 199.

¹⁷ Como explica LENIO LUIZ STRECK, “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica”, ob. cit., p. 303 e s.

Na verdade, deve-se conceber os Tribunais Constitucionais como órgãos jurisdicionais que exercitam uma jurisdição com característica única, em que não se tutelam interesses, busca-se a proteção da constituição mesma, para que não termine por ser, ao fim e ao cabo, uma mera carta de intenções¹⁸. Têm por objeto tutelar a constituição, para garantir o plexo de valores nela revelados e que se tem como definidos pelo povo – única fonte do poder soberano. Não é característica *dominante* o fato de, excepcionalmente, o Tribunal Constitucional possa ser considerado como um quarto poder¹⁹. Como observou JAVIER PEREZ ROYO:

Las relaciones que puedan establecerse entre el poder judicial y el Tribunal Constitucional dependen mucho de la forma en que el constituyente decide la organización de este último, ya que son completamente diferentes allí donde no se conoce la cuestión de inconstitucionalidad o control concreto (Francia), que donde ésta es de forma predominante y casi exclusiva la vía de control de constitucionalidad de la ley (Italia) o donde se combinan ambas (República Federal de Alemania y España).

E o autor conclui:

... así como también lo son dependiendo de que el Tribunal Constitucional tenga como atributo o no el conocimiento de recurso frente a actos de los poderes públicos, entre los que se incluye también el poder judicial²⁰.

Afinal, como observou LUÍS AFONSO HECK, a jurisdição constitucional se revela como o coroamento do Estado de Direito porque não se exaure na guarda ou proteção da constituição. Também contribui para o desenvolvimento dos princípios constitucionais, entre outros: o Princípio do Estado de Direito, o Princípio do Estado social, o Princípio Democrático e o Princípio Federativo, muito caros ao exercício da tutela jurisdicional²¹.

¹⁸ Nesse sentido, CARL SCHMITT observou, com correção: Los Tribunales sentenciadores de la jurisdicción civil, procesal o contencioso-administrativa no son, em sentido estricto, protectores de la Constitución. Cf. La Defensa de la Constitución, ob. cit., p. 43.

¹⁹ Como sustenta EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA, La Constitución Como Norma y El Tribunal Constitucional, ob. cit., p. 199.

²⁰ Cf. “Tribunal Constitucional y División de Poderes”, Ed. Tecnos S/A, Madrid, 1998, p. 100.

²¹ Cf. “O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais (Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã)”, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1995.

1.3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO (STF): TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

O enquadramento do Tribunal Constitucional brasileiro há de ser feito com fuste nas raízes jurídicas do ordenamento, na forma concebida em Portugal.

Neste país, se o considera como” ...um órgão instituído por certa Constituição material positiva, que se encontra submetido às suas normas e aos seus princípios e funcionando em conjugação com outros órgãos (a que não é superior, nem inferior)”²².

É certo que o Supremo Tribunal Federal brasileiro – STF – já é um Tribunal Constitucional.

Até os que sustentam que o constituinte andou bem quando optou pela não transformação do STF em Corte Constitucional nos moldes europeus, porque não se poderia desprezar a experiência centenária do controle de constitucionalidade que já vinha sendo realizado e que já se apresenta como a doutrina brasileira, porém, reconhecem a necessidade da realização de certos ajustes na competência dessa Corte²³. NELSON NERY JÚNIOR observou que, enquanto no sistema constitucional anterior o nosso Supremo Tribunal Federal (STF) detinha uma competência ampla por abranger o controle em respeito à constituição e também a de lei federal, ou seja, não apenas a matéria constitucional mas também as questões federais em sentido amplo, por cumular as funções de intérprete da lei federal e de guardião da constituição, com a Constituição Federal em vigor (CF/88) isso não mais acontece. Pretendia-se criar o Superior Tribunal de justiça (STJ), como órgão máximo para a aplicação da lei federal e manter-se o Supremo Tribunal Federal (STF) como tribunal supremo para a interpretação da constituição.

No entanto, entendeu-se que os ministros desta última Corte teriam sua função e importância diminuídas. Por isso, venceu a tese de que o STF deveria

²² Cf. JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, Tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade – Coimbra Editora, 1996, 3ª ed. (reimpressão), p. 390.

²³ Cf. “O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional”, texto básico da palestra proferida em 16.10.92, no Seminário de Direito Constitucional, com vistas à reforma constitucional, promovido pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo e parte integrante do Capítulo 3º da obra “Temas de Direito Público”, ob. cit., p. 91-123, mais precisamente p. 96.

ser mantido como Corte “quase que exclusivamente constitucional, afastando-se a idéia da criação de uma nova corte constitucional”²⁴.

Tem-se entendido ser indispensável, até mesmo para garantir-lhe uma legitimação que garanta maior estabilidade política, porém, e para isso, completar-se a transformação do STF brasileiro em Tribunal Constitucional, nos moldes europeus, como já apontado por JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO, ainda que não se postule a solução por ele acenada²⁵.

Discorda-se da proposta deste último autor porque se considera inarredável a manutenção do controle incidental, em que se permite que o magistrado afaste a lei reputada inconstitucional, o que se dá muita vez na apreciação de liminar de mandado de segurança – vigoroso instituto genuinamente nacional assentado nas raízes lusas, o que bem lhe revela a legitimidade – o que, na forma da radical transformação sugerida pelo autor – resultaria revogado. Penso que essa proposta resulta da poderosa influência que segue exercendo entre nós o modelo europeu, fruto do equivocado eurocentrismo jurídico. Creio que mais uma vez, se andar bem no Brasil se se acompanhar a experiência lusa, de onde haurimos as raízes do nosso ordenamento jurídico.

JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA assinala que o Tribunal Constitucional português:

... ao contrário do que acontece no modelo clássico do controlo concentrado – **em que os tribunais constitucionais são chamados a pronunciar-se sobre uma “questão prejudicial” de constitucionalidade, reenviada pelos tribunais “comuns” – no sistema português o Tribunal Constitucional é solicitado antes de reapreciar as decisões**

²⁴ Cf. “Princípios do Processo Civil na Constituição Federal”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, 3ª ed., p. 23-24.

²⁵ Para esse autor, com a criação do Tribunal Constitucional, que sustenta em bem elaborada obra, o papel do juiz ordinário deveria limitar-se, na expressão de CALAMANDREI, a funcionar como porteiro (portieri) em que, após provocado pela parte – num litígio qualquer – e depois de verificar que a inconstitucionalidade é patente, agirá no sentido de ensejar a manifestação do Tribunal Constitucional e, caso contrário, não será objeto dessa apreciação. Ter-se-ia uma questão prejudicial heterônoma, porque somente resolvida pelo Tribunal Constitucional. O autor defende, também, que se criassem Tribunais Constitucionais em cada estado-membro – segundo o modelo alemão – para defesa, nos mesmos moldes, das respectivas constituições. Cf. “Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, p. 210-211. CARLOS BLANCO DE MORAIS também reconhece o paradigma do “juiz-porteiro” existente no ordenamento jurídico italiano. Cf. “Justiça Constitucional”, Tomo I – Garantia da Constituição e Controlo da Constituição e Controlo da Constitucionalidade”, Coimbra Editora, 2002, p. 313.

que sobre a própria questão de constitucionalidade tomaram aqueles outros tribunais (o grifo em negrito é nosso. O grifo sublinhado é do original)²⁶.

1.4. NECESSIDADE DE APERFEIÇOAMENTOS

Os ajustes terão que ser feitos: 1.4.1 - na competência e 1.4.2 - na composição.

Com eles, se estará completando a transformação reclamada por significativa parcela da comunidade jurídica brasileira, ainda que se identifique, também, a imensa resistência de expressiva parcela dos juristas brasileiros a essa transformação²⁷.

1.4.1 NA COMPETÊNCIA

A modificação da atual competência do Supremo Tribunal Federal (STF) é defendida por expressiva parte da doutrina.

Mesmo quem se posiciona contrariamente à transformação completa em Tribunal Constitucional, no figurino europeu, reconhece a imperiosa necessidade de modificações na competência atual daquela Corte, a ponto de formular – em seu nome pessoal - sugestões para alteração delas.

Nessas sugestões, o autor – refiro-me ao Ministro CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO que foi eminente Presidente daquela Corte – insiste, basicamente, em transferir-se para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) algumas das competências atuais do Supremo Tribunal Federal (STF), nomeadamente a competência penal do art. 102, I, “c” da CF/88, o mandado de segurança contra atos do Tribunal de conta da união (TCU), prevista no art. 102, I “d” da CF/88. Para além disso, também seria transferida resolução sobre conflitos entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, Estado, Distrito Federal ou Território, prevista no art. 102, I, “e” da CF/88, a homologação de sen-

²⁶ Cf. ‘O Tribunal Constitucional Português : a sua origem histórica’, Separata da Festschr’ft für Wolfgang Zeidler. Berlin – New York, 1987, p. 351-361. O escólio se encontra precisamente às p. 360.

²⁷ Segundo ENIO LUIZ STRECK isso se dá porque a manutenção do velho modelo implantado no nascedouro da República se mostra como condição indispensável da conservação do paradigma liberal-individualista-normativista, que não se compadece com o novo modelo dos ordenamentos jurídicos europeus. Cf. “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica”, ob. cit., p. 312.

tença estrangeira e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias, prevista no art. 102, I, “h” da CF/88²⁸.

O Ministro NILSON VITAL NAVES – que foi Presidente do Superior Tribunal – por sua vez, apresentou proposta que melhor atende as reais necessidades do país.

Parte da constatação óbvia de que, nos termos da Constituição Federal em vigor (CF/88), há duas Cortes de Justiça - o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) - em que o primeiro se apresenta como o Tribunal da federação e o segundo como Tribunal encarregado de exercer a guarda da Constituição²⁹, muito embora se admita que o primeiro também possa exercer o controle difuso de constitucionalidade atribuído a todos os juízes³⁰.

Para ele, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) deve exercer toda a jurisdição infraconstitucional – relativa a aplicação do direito ordinário – salvo as hipóteses que dizem respeito a determinados membros de Poder, na forma do art. 102, I, “b” e “d”³¹.

²⁸ Cf. CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, em “O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional”, ob. cit., p. 114-117.

²⁹ Art. 102 da CF/88: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (o original não está grifado), cabendo-lhe: ... (omiss).

³⁰ A esse respeito, ELIANA CALMON, Ministra do STJ, observou que a competência desta Corte estava resumida em três grupos: julgamentos originários, julgamentos revisionais – em que atuava como Tribunal de Apelação – nos mandado de segurança e em habeas corpus, quando denegatória a decisão e, finalmente, os recursos especiais, enquanto o STF tinha competência similar, com a modificação de que lhe compete processar e julgar o recurso extraordinário. Reconheceu que a interposição do recurso especial e do extraordinário apresenta dificuldades pelo que se tem exigido a interposição de ambos, numa superposição de recursos, pelo que urge a necessidade de repelir-se jurisprudencialmente CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO tal prática, na forma já exercitada pelo STF que tem reconhecido que “a decisão do recurso especial só admitirá recurso extraordinário se a questão constitucional enfrentada pelo STJ for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária” (Agravo Regimental 145.589-7/RL, rel. Min. Sepúlveda Pertence e insiste que o próprio STJ construa, jurisprudencialmente, o acolhimento de recursos para o STF de seus julgamentos, para que não se lhe estreite a competência. Cf. “A Superposição de competência Recursal”, Revista da Procuradoria Geral do INSS, vol. 8, nº 3, Out/Dez/2001, p. 15/17.

³¹ Art. 102: omiss... I – processar e julgar, originariamente: a) omiss... b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c – omiss ... d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal.

Nas competências previstas no art. 105, I e II da CF/88, tem o Superior Tribunal de justiça (STJ) atribuições para apreciar livremente – sem definitividade porque com recurso para o Supremo Tribunal Federal (STF) - o contencioso constitucional, no exercício do controle difuso de constitucionalidade³². Ao Supremo Tribunal Federal (STF) cabe a jurisdição constitucional e somente ela. É o Tribunal da Constituição, considerado como órgão de natureza política, verdadeira Corte de Justiça Política, pelo que deverá ser transformado em Corte Constitucional, exclusivamente.

Parece-me correto esse entendimento.

Para zelar pela guarda da Constituição, são reconhecidos ao Supremo Tribunal Federal – como Tribunal Constitucional - todos os instrumentos úteis e necessários, não só o Recurso Extraordinário, que decorre do modelo difuso-incidental, como também – e principalmente – os do modelo concentrado-abstracto do controle de constitucionalidade³³.

³² CF/88, art. 105 – *Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I* – processar e julgar, originariamente: a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; b) os mandados de segurança e os habeas data contra ato de Ministro de Estado, Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal; c) os habeas corpus, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea “a”, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, “o”, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos; e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados; f) a reclamação para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridade judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União; h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça militar, da Justiça eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal; II – julgar, em recurso ordinário: a) os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória; b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão; c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, município ou pessoa residente ou domiciliada no país.

³³ Com o que, acompanhando essa sugestão, dissentimos da proposta de JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO, que embora defenda essa mesma transformação do STF em Tribunal Constitucional, exclusivamente, sustenta que o juiz ordinário deve atuar apenas como o juiz portieri do sistema italiano para, ao reconhecer que a alegação se revela como prejudicial de constitucionalidade, encaminhá-la ao STF. Cf. “Da Separação de Podêres à Guarda da Constituição”, ob. cit., p. 210.

Ser-lhe-á vedado, no entanto, apreciar matéria infraconstitucional, cuja competência será exclusiva do Superior Tribunal de justiça (STJ) e cuja decisões, nessas matérias, serão finais e irrecorríveis, com autoridade de coisa julgada³⁴.

1.4.2 NA COMPOSIÇÃO

Os Tribunais Constitucionais se apresentam com forma de composição vária.

Na Alemanha, por exemplo, há 16 membros, sendo 8 eleitos pelo *Bundstag* (Dieta Federal) e 8 pelo *Bundsrat* (Conselho Federal), em que, em cada grupo de 8, três sejam juizes dos tribunais federais superiores, com mandato único de 8 anos para cada. Na Itália, há 15 juizes. Na forma do art. 135 da Constituição, a composição é feita com um terço é escolhido pelo Presidente da República, um terço eleito pelo Parlamento e um terço final eleito pelos órgãos de gestão da magistratura judicial e administrativa e o mandato é de 9 anos, não podendo ser escolhido novamente³⁵. Na Espanha, há 12 juizes formalmente nomeados pelo Rei, em que 8 são propostos pelo Parlamento (4 eleitos pela Câmara de Deputados e 4 pelo Senado), 2 propostos pelo Governo e 2 pelo Conselho Geral do Poder Judiciário³⁶. Em Portugal, há 13 juizes sendo 10 designados pela Assembléia da República e três cooptados por estes³⁷.

A esse respeito, J. J. GOMES CANOTILHO observou que a composição dos Tribunais Constitucionais criados na Europa no após Guerra, notadamente em razão das funções jurídico-políticas a ele atribuídas, se revela como um problema central da organização do Estado e que se fez de modo a atender-se à necessidade de legitimação democrática dos juizes através da participação dos órgãos de soberania, direta ou indiretamente legitimados, na eleição ou es-

³⁴ Cf. “Panorama dos problemas no Poder Judiciário e suas causas. O supremo, o superior Tribunal e a reforma”, Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários da justiça Federal) – número dedicado à Modernização do Direito e Administração da Justiça – nº 13, ano V, Abril/2001, p. 07-19.

³⁵ Como assinala PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto Costituzionale*, XV Edizione, Jovene Editore, Napoli, p. 655.

³⁶ Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, “Justiça Constitucional”, *ob. cit.*, p. 308-309.

³⁷ Art. 222 da CRP de 1976: O Tribunal Constitucional é composto por treze juizes, sendo dez designados pela Assembléia da República e três cooptados por estes.

colha dos seus membros. A duração do cargo dos juízes desses Tribunais se apresenta, também, como outra questão de dimensões políticas³⁸.

1.4.3 SUGESTÕES DE MUDANÇAS

Já se tem várias propostas de mudanças, na esteira da reforma do Poder Judiciário, como – entre outras - a elaborada pela OAB brasileira, mais precisamente pela Comissão de Acompanhamento da Reforma do Judiciário, que teve como Presidente REGINALDO OSCAR DE CASTRO e Coordenador SÉRGIO FERRAZ e membros ADA PELEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO NABOR AREIAS BULHÕES, JOSÉ EDUARDO RANGEL ALCKMIM e ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS.

Introduz-se modificação no atual art. 101 da CF/88, transformando o Supremo Tribunal Federal (STF) em Corte Constitucional composta *de quinze Ministros, escolhidos dentre brasileiros natos com mais de quarenta e menos de sessenta e dois anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada*. Estabelece, no § 1º deste artigo, que estes membros *seriam nomeados pelo Presidente da República, depois de, nas hipóteses dos incisos I, III e IV do § 2º deste artigo, aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para o exercício de oito anos, vedada a recondução*. Enuncia, no § 2º, como se faria a escolha, em quatro incisos, sendo o I de um quinto escolhidos em lista tríplice elaborada pelo Superior Tribunal de Justiça; o II, em lista tríplice elaborada pelo Congresso Nacional, parlamentares ou não; o III, indicado pelo Presidente da República.

Acrescenta, no entanto, mais um inexplicável inciso IV, para prever a escolha de mais

Um quinto dentre advogados e um quinto dentre membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, mediante indicação em lista tríplice elaborada pelos órgãos de representação das respectivas classes, devendo os indicados terem, no mínimo, vinte anos de exercício da advocacia ou vinte como membro do Ministério Público³⁹.

³⁸ Cf. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, Livraria Almedina, 1998, 2ª ed., p. 595-596.

³⁹ Cf. “OAB e a Reforma do Judiciário”, publicação do Conselho Federal da OAB, Brasília, 1999, p. 27 e s.

Essa proposta labora no equívoco de prever 15 membros para a Corte Constitucional e incluir na escolha dos membros, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB): cinco do Superior Tribunal de Justiça (STJ), cinco do Congresso, cinco do Presidente da República e, inusitadamente, mais cinco, com a escolha, alternativamente, entre a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o Ministério Público federal-/estadual. O engano se explica pelo vezo de disciplinar-se a Corte Constitucional como se tratasse de um órgão comum do Poder Judiciário. Correta a observação de FERNANDO G. JAYME de que, por ser um órgão de natureza política, o Tribunal Constitucional deve ter representação política na sua composição, com a indicação de seus membros pelos poderes políticos do Estado.

Observo, porém, que a OAB não é um poder político, sendo bastante significativo que, em sua proposta, se limite a indicar apenas o Executivo e o Legislativo, com suas duas Câmaras, deixando de fora o Judiciário⁴⁰.

As modificações que têm sido sugeridas em respeito ao Supremo Tribunal Federal (STF) insistem na limitação da competência à defesa da Constituição, com o que se deseja transformá-lo em um verdadeiro Tribunal Constitucional. Não implica retirar-lhe a competência na apreciação do Recurso Extraordinário, através do controle difuso.

Defende-se, neste trabalho porém, que ela se opere na forma do modelo do Tribunal Constitucional português, para manter o sistema difuso.

Esta Corte Constitucional – segundo JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA – é provocada a reapreciar – em caráter definitivo – as decisões tomadas a respeito da questão de constitucionalidade tomadas nos juízos inferiores, com o que se tem a manutenção desse controle que permitiria a manutenção do mandado de segurança, conquista do cidadão brasileira, que não deve ser desprezada⁴¹.

⁴⁰ O autor sugere que a composição de faça com um quinto indicado pelo Presidente da República e um quinto, alternativamente, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, “para o exercício de mandato por prazo determinado, a fim de que o Tribunal Constitucional seja constantemente renovado, para assimilar as transformações da realidade social”. Cf. “Tribunal Constitucional: exigência democrática”, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2000, p. 142. Essa proposta incide no equívoco de anunciar um total de quinze membros e indicar a nomeação de número quantidade menor: um quinto pelo Presidente da República e um quinto pelo Congresso, alternadamente, o que conduz a um total de dez membros, apenas.

⁴¹ Cf. “O Tribunal Constitucional Português: a sua origem histórica”, ob. cit., p. 360.

Nesse sentido, também, a proposta oferecida à OAB por JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA⁴².

Sustenta-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) seja mantido como Tribunal Constitucional do país, procedendo-lhe, apenas, os ajustes necessários a transformá-lo num verdadeira Corte Constitucional.

Anui-se a ela em respeito à necessidade de também estabelecer-se um mandato específico para seus membros, por entender-se desvantajoso a vitaliciedade numa Corte destinada ao exercício de funções de conteúdo altamente político, na forma sugerida por OTO BACHOF, para o que recomendou que isso fosse feito por disposições da própria Constituição⁴³.

Razoável, pois, que também se mude a forma de composição do Tribunal, em que, à semelhança de Portugal, se estabeleça doze membros: quatro seriam magistrados escolhidos pelo próprio STF; quatro seriam escolhidos pelo Congresso Nacional – dois por cada Câmara - e os outros quatro seriam escolhidos livremente pelo Presidente da República. A escolha poderia se dar, preferente mas não exclusivamente entre profissionais de direito – professores e advogados, promotores ou juízes – com comprovado exercício profissional, com mandato de oito anos, proibida a recondução.

Todos, porém, seriam nomeados pelo Presidente da República, à semelhança do que ocorre com o Rei da Espanha.

A escolha do Executivo e do Judiciário deverá ser submetida à homologação do Senador Federal, na forma atualmente prevista no Parágrafo único do art. 101 da CF/88⁴⁴, não assim a do Legislativo, por motivos óbvios.

⁴² Refiro-me ao trabalho “Poder Judiciário & Ministério Público”, trabalho apresentado no II Congresso Nacional de Advogados Pró-Constituinte, realizado na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em Brasília, DF, em 15 a 19 de outubro de 1985, segundo consta dos Anais respectivos, em que sustenta, às p. 338-339, que o Tribunal Constitucional - cuja criação propõe - tenha basicamente a função de controle da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral, cabendo-lhe competência tanto para o exercício do controle concreto – competência recursal última – quanto para o controle abstrato.

⁴³ Cf. Jueces y Constitución, ob. cit., p. 63-65.

⁴⁴ Art. 101 da CF/88: O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo Único: Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (o original não está grifado).



ESMAFE
ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO



SEGURIDADE SOCIAL E CIDADANIA (NOTAS SOBRE A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO)*

Edilson Pereira Nobre Júnior

Juiz Federal

Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito do Recife - UFPE

1. PALAVRAS INICIAIS E ESBOÇO EXPOSITIVO

Inicialmente, cumprimento o Dr. José Tarcísio Jerônimo, digníssimo presidente desta seleta mesa, bem como os colegas de exposição, Professor Marcos Araújo e o Dr. Manoel Medeiros.

Apraz-me felicitar as entidades patrocinadoras deste evento, em razão do êxito alcançado de aproximar a comunidade com o órgão jurisdicional que, nesta cidade, hoje passa a ter funcionamento. Igualmente, gostaria de agradecer ao Dr. Ivan Lira de Carvalho, colega de Justiça Federal e de magistério, pelo convite que me fora formulado, a fim de realizar esta breve exposição.

Grande é a responsabilidade de abordar tema inerente à cidadania no cáldo solo do Município de Mossoró (RN) ante a solidez do pioneirismo desta comuna na abolição da escravatura, representado pelo dia 30 de setembro de 1883¹, e na concretização do direito de sufrágio feminino no ano de 1927².

* Escrito a consubstanciar exposição no painel “Previdência Social e cidadania. Visão jurídica. Críticas e perspectivas”, que teve lugar no Auditório Vingt-un Rosado, em Mossoró/RN, por ocasião do Seminário Jurídico Comemorativo da instalação da Vara Federal daquele Município, patrocinado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

¹ De fato, por iniciativa da Sociedade Libertadora Mossoroense, criada pela Loja Maçônica 24 de junho, foi dirigido ofício à Câmara Municipal, com a comunicação de que ao meio-dia de 30 de setembro de 1883 seriam libertados todos os escravos existentes no território do Município de Mossoró, o que de fato aconteceu.

² A partir da sanção, em 25 de outubro de 1927, pelo Dr. José Augusto Bezerra de Medeiros, então Governador do Estado, do projeto, de autoria do Deputado Adauto da Câmara, que resultou na Lei 660, a qual, regulamentando o Serviço Eleitoral na referida unidade federativa, estatuiu não mais persistir distinção de sexo para o exercício do sufrágio ativo e passivo, verificou-se, no dia 27 de novembro do mesmo ano, requerimento de inscrição eleitoral subscrito pela professora Celina Guimarães Viana, obtendo, no mesmo dia, despacho de deferimento do Dr. Israel Ferreira Nunes, Juiz da Comarca de Mossoró com atribuições eleitorais.

Alargando a proposição da coordenação científica, relativa à previdência social e cidadania, abordarei a temática perante um conjunto maior, qual seja a seguridade social como um todo, a qual abrange como espécie a atuação previdenciária, englobando também o direito à saúde e à assistência social. O objetivo principal, dada a vastidão a explorar, recairá na ingente missão que os agentes do Judiciário possuem na concretização dos princípios que, nesse campo, positivou o Constituinte de 1988.

Procederei à divisão em três etapas, consistentes na visualização de um conceito recente de cidadania, passando, em seguida, à relevância que a Constituição vigente tributou à seguridade social para, ao depois, aportar na satisfatória atuação da magistratura como implementadora desses ideais magnos como faceta da qualidade de cidadão.

2. A CIDADANIA E SEU NOVO SIGNIFICADO.

A rápida evolução por que vem passando o direito público foi responsável, nos dias atuais, pela alteração do conceito de cidadania, o qual restou sensivelmente alargado. A concepção vigente na antiguidade greco-romana hoje é insuficiente para defini-la. Idem os alicerces emanados do constitucionalismo liberal.

Dois são os fatores que demarcam essa assertiva. De início, não pode deixar de ser referida a presente vastidão de seu lastro subjetivo. Enquanto, na Grécia, a cidadania, como atributo de participação política, tinha sua abrangência restrita a poucos habitantes, já que dela não gozavam os metecos (estrangeiros) e escravos³, e, com pequenas nuances distintivas, em Roma, o *status civitatis* se notabilizava pelo nascimento em seu território, acrescido do *status libertatis* e da naturalização⁴, o atual momento vivenciado pelos sistemas jurídi-

³ Notícia John Gilissen (*Introdução Histórica ao Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 74) que, em Atenas, haveria cerca de 40.000 cidadãos, ou 6.000, de acordo com determinadas fontes, ao passo que existiam centenas de milhares de metecos e escravos.

⁴ Os graus do direito de cidadania – impende notar – não ostentavam a mesma intensidade, tripartindo-se, com decrescentes privilégios, conforme se tratasse dos *cives* ou quirites, dos latinos e dos peregrinos. Relata Othon Sidou (Personalidade II. In: Enciclopédia Saraiva do Direito, n. 58, ano 1977, p. 217-218) haver prevalecido, durante certo tempo, a concepção de que os plebeus não seriam titulares de direitos políticos nem privados, não podendo ter propriedade romana e não se encontravam sujeitos ao pátrio poder. No particular dos estrangeiros ou peregrinos, a cidadania resultava da naturalização, que poderia ser parcial, abarcando apenas alguns direitos, ou completa, passando o naturalizado a plenamente integrar a comunidade dos cidadãos, com todos os direitos destes, apontando-se como dotada de relevo a *Constitutio Antoniniana*, de 212 d.C., através da qual o Imperador Antonino Caracala igualou todos os habitantes livres do mundo romano, de sorte a não mais se falar na distinção entre quirites, latinos e peregrinos. Desse conjunto estavam alijados apenas os escravos.

cos dos povos ocidentais faz o conceito recair sobre a inabalável idéia da dignidade da pessoa humana, cuja consagração, em solo pátrio, fora inaugurada pela Constituição de 1988 (art. 1º, III)⁵.

Segundo Jorge de Miranda⁶, a unidade de sentido, valor e concordância prática conferida pela Constituição ao sistema de direitos fundamentais, repousa na dignidade da pessoa humana que, demais de forjar a concepção de que a pessoa é o fundamento e o fim do Estado, constitui a fonte donde promanam os direitos, liberdades e garantias pessoais, direitos econômicos, sociais e culturais.

Desse modo, a só qualidade de ser humano é, só por só, suficiente para que alguém possa ser considerado cidadão, não podendo tal qualidade ser excluída por motivos de idade, sexo, raça e semelhantes, proscrevendo-se o abominável instituto da escravidão, que perdurara nalguns países mesmo após a proclamação de que os homens nascem livres e iguais em direito, contida na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789.

Num segundo plano, não se pode deixar de notar que, ao se falar de cidadania, não se está apenas querendo reportar-se ao direito de atuação política, manifestado pelas capacidades de sufrágio ativa e passiva, restrição conceptual que, para fins didáticos, ainda persiste registrada em valiosas obras de

⁵ A dignidade da pessoa humana é de ser considerada como vértice do direito constitucional hodierno. Prova disso é a sua previsão em inúmeras constituições promulgadas a partir do segundo pós-guerra. Basta que sejam compulsados os textos das Constituições da Itália de 1947 (art. 3º), Alemanha de 1949 (art. 1.1), Portugal de 1976 (art. 1º), Espanha de 1978 (art. 10), Croácia de 1990 (art. 25), Bulgária de 1991 (Preâmbulo), Romênia de 1991 (art. 1º), Letônia de 1991 (art. 1º), Eslovênia de 1991 (art. 21), Estônia de 1992 (art. 10º), Lituânia de 1992 (art. 21), Eslováquia de 1992 (art. 12), República Tcheca de 1992 (Preâmbulo), Rússia de 1993 (art. 21), Hungria de 1949 (art. 54), Índia de 1950 (Preâmbulo), Venezuela de 1999 (Preâmbulo), Grécia de 1975 (art. 2º), China de 1982 (art. 38), Namíbia de 1990 (Preâmbulo e art. 8º), Colômbia de 1991 (art. 1º), Cabo Verde de 1992 (art. 1º), Peru de 1993 (art. 1º), Polônia de 1997 (art. 30) e África do Sul de 1996 (arts. 1º, 10º e 39). A Constituição do Chile de 1980, com a redação da reforma de 1997, apesar de não empregar o vocábulo dignidade, acolhe-o quando declara, no seu art. 1º, que o Estado está a serviço da pessoa humana. Na França, a ausência de menção expressa no seu bloco de constitucionalidade fora suprida pelo labor do Conselho Constitucional, que vislumbra a dignidade da pessoa humana como valor constitucional implícito, servindo de *arrêt de principe* a DC 94-343-344, proferida em 27 de julho de 1994. Por sua vez, o Projeto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, na sua Parte II (Título I, art. II – 1º), proclama: “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”. No direito brasileiro o princípio alcançou desenvolvimento doutrinário nos ensaios de Ingo Wolfgang Sarlet (*Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002) e Eduardo Ramalho Rabenhorst (*Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001).

⁶ *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Tomo IV, p. 180-181.

direito constitucional⁷. Ademais, a própria participação no governo do país, não se pode deixar de registrar, não mais se circunscreve ao direito de votar e ser votado, englobando também o direito de tomar parte no cotidiano da administração, conforme revela o chamado direito administrativo participativo.

A cidadania, igualmente, não se basta com a mera titularidade de direitos fundamentais de defesa ou liberdade, ou com a garantia da limitação do poder estatal, bases fundantes do conceito clássico de constituição.

Torna-se indispensável que ao indivíduo sejam assegurados não somente direitos que restrinjam a intervenção do Estado na esfera individual, mas, simultaneamente, àquele garantam a fruição de determinadas prestações, estatais ou particulares, decorrentes da atuação do Poder Público no campo econômico e social.

Não foi à toa que o Constituinte mexicano de 31 de janeiro de 1917, a quem coube o pioneirismo no constitucionalismo social, legou-nos uma nova definição de constituição, qual seja a de que a garantia da democracia não somente pressupõe “uma estrutura jurídica e um regime político, mas também um sistema de vida fundado na constante promoção econômica, social e cultural do povo”. Isso sem contar, recentemente, com o advento dos denominados direitos de terceira geração, de que constituem exemplos o direito ao meio ambiente sadio e à proteção dos consumidores.

Nessa linha, o conceito de cidadania, já agora pertencente a todo ser humano, demais de ultrapassar as fronteiras do direito de sufrágio, requer o

⁷ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 98-99), Celso Ribeiro Bastos (*Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 237) e José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 305). As Constituições portuguesas de 23 de setembro de 1822 (art. 21º), de 29 de abril de 1826 (art. 7º) e de 04 de abril de 1838 (art. 6º) atribuíam a denominação de cidadãos àqueles que pudessem ser considerados portugueses, confundindo cidadania com nacionalidade, mas excluindo de tal universo os escravos. Entre nós, de modo idêntico a Carta Constitucional de 25 de março de 1824 (art. 6º). Isso sem esquecer que a concepção prevalecente durante o século XIX propendia à consagração do sufrágio censitário em detrimento do universal, tanto no que concernia à prerrogativa de votar quanto de ser votado, como se obtém dos arts. 94, nº 1º, e 95, nº 1º, ambos da nossa Constituição Imperial. A justificativa dessa idéia consta de reflexão de Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. In: KUGELMAS, Eduardo (org.). *José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente*. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2002. 688 p. (Coleção Formadores do Brasil), p. 269), assim exposta: “Uma certa propriedade é, com efeito, ao menos em regra geral, uma prova ou sinal de certa educação, inteligência, interesse pela causa pública e conseqüente independência de caráter e de opiniões. São, pois, as garantias desde então exigidas em escala mais alta, como condições indeclináveis em atenção ao bem-estar e à segurança política do Estado e de suas instituições. É nas eleições que está a base a mais segura do sistema, e moralidade constitucional: cumpre, pois, que essa base seja firme”.

respeito dos direitos fundamentais em sua integralidade e não só aqueles de defesa ou liberdade (primeira geração). Daí que, nessa vertente, aquela compreende, inegavelmente, também o direito de acesso à seguridade social.

Essa percepção não escapou, nas plagas germânicas, a Karl Larenz⁸. Este, ao tratar dos princípios jurídicos aplicáveis à comunidade, destaca o do nivelamento social, a reclamar que a sociedade ajude aqueles que, em consequência de fatores alheios à sua vontade, como catástrofe ou ruína de determinado ramo da atividade econômica, perderam seu modo de subsistir ou seus bens. Oportuna, segundo penso, a transcrição de parcela do pensamento do referido autor: “Solidariedade, auxílio e, em parte coletiva, auto-ajuda, existem na criação de instituições como a seguridade social, o seguro desemprego, a previsão estatal da sanidade e de tudo que está em conexão com ela. Trata-se de uma previsão para a velhice, a enfermidade, os acidentes de trabalho e outras vicissitudes da vida; uma previsão, que o indivíduo, isolado, nas circunstâncias da vida atual, não poderia obter. A concepção moderna do Estado exige que este assumira esta tarefa e não abandone a seu destino aqueles que não podem assegurar-se por si mesmo um modo de vida suficiente. O princípio do Estado social, consagrado na Lei Fundamental, significa, sem dúvida, este grande âmbito da ação estatal no cuidado da existência e da previsão”⁹.

O próprio cânon da dignidade da pessoa humana reclama a garantia, em prol do indivíduo, de um mínimo vital, havendo, com precisão, Joaquín Arce y Flórez-Valdés¹⁰ afirmado que uma de suas múltiplas maneiras de concretização está na repugnância à negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa, ou a imposição de condições subumanas de vida.

⁸ *Derecho justo – fundamentos de etica juridica*. Madri: Civitas, 1993. p.147-148. Tradução: Luis Díez-Picazo.

⁹ “Solidariedad, auxilio y en parte colectiva autoayuda existe en la creación de instituciones como la seguridad social, el seguro de desempleo, la previsión estatal de la sanidad y todo lo que está en conexión con ello. Se trata de una previsión para la vejez, la enfermedad, los accidentes de trabajo y otras vicissitudes de la vida; una previsión, que el individuo, aislado, en las circunstancias de la vida actual, no podría lograr. La concepción moderna del Estado exige que el Estado asuma esta tarea y que no abandone a su destino a quienes no pueden asegurarse por sí mismos de un modo suficiente. El principio del Estado social, consagrado en la Ley Fundamental, significa sin dudu este gran ámbito de la acción estatal en el cuidado de la existencia y la previsión”. (op. cit., p. 147).

¹⁰ *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. 1. ed. Madri: Civitas, 1990. p. 149.

Nessa mesma linha, Ernest Benda¹¹, à luz do art. 1.1 da Lei Fundamental de Bonn, sustenta que a dignidade da pessoa humana vai além de impedir que o Estado despoje o indivíduo dos recursos indispensáveis à sua subsistência, servindo de esteio ainda para que a este seja assegurada prestação adequada à manutenção de sua existência material.

Não excessivo ainda recordar, a esse respeito, a também abalizada percepção de Humberto Nogueira Alcalá, ao frisar que “a pessoa, em virtude de sua dignidade, converte-se em fim do Estado: o Estado está ao serviço da pessoa humana e sua finalidade é promover o bem-comum, para o qual deve contribuir para criar as condições sociais que permitam a todos e a cada um dos integrantes da comunidade nacional sua realização espiritual e material possível”¹².

Ultimados esses comentários, passar-se-á doravante ao destaque, no sistema jurídico patrial, do inquebrantável liame entre cidadania e seguridade social.

3. ALGUMAS MANIFESTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Superados os estádios do mutualismo e dos seguros privados, a assunção, pelo Estado, da missão securitária não é nova, centrando-se, salvo equívoco, na famosa Lei dos Pobres da Inglaterra do século XVII e que, portanto, precede até mesmo o surgimento do Estado Liberal¹³. Desenvolveu-se, ao final

¹¹ Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: BENDA, Ernesto *et alii*. *Manual de derecho constitucional*, Madri: Marcial Pons, 1996. p. 126.

¹² “La persona, em virtud de sua dignidad se convierte em fin del Estado: El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible...” (NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales e culturales*. *Revista Foro Constitucional Iberoamericano*, n. 2, 2003. Disponível em: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-02art-hnal1.htm>. Acesso em: 09 jun. 2003). Ao sintetizar as diretrizes básicas do princípio, Jorge de Miranda (*Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Tomo IV, p. 183 e 193) alude à procura da qualidade de vida, a qual está ligada a promoção do aumento do bem-estar social e econômico das pessoas menos favorecidas.

¹³ Há quem, como é o caso de Orlando Gomes e Elson Gottschalk, aponte a origem da participação do Estado na seguridade social há tempos remotíssimos, mais precisamente na antiguidade oriental. São as palavras dos autores: “No Egito, 2100 anos a. C., no curso da XI dinastia, o famoso Discurso do Camponês Eloquentemente declara as obrigações dos Funcionários do Estado: agir como pai dos órfãos, marido das viúvas e irmão dos abandonados; prevenir o roubo e proteger os miseráveis; julgar imparcialmente e não afirmar falsidades; promover um estado de harmonia e prosperidade que ninguém possa sofrer fome, frio ou sede” (*Curso de Direito do Trabalho*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. I, p. 571).

do século XIX, e, em compasso com Mozart Victor Russomano¹⁴, divide-se em três períodos, a saber: a) o de formação, iniciado em 1883, com os seguros sociais instituídos na Alemanha sob o governo de Bismarck, a qual vai até o final da primeira grande guerra (1918); b) o de expansão geográfica, compreendido entre o Tratado de Versalhes (1919) até o término da segunda conflagração mundial (1945); c) o de transformação, consistente na afirmação do conceito de seguridade social, pelo acréscimo dos riscos cobertos, pela melhoria das condições de concessão dos benefícios, pela extensão das prestações à generalidade da população e pela tendência em transferir ao Estado a responsabilidade global do seu custeio. Poder-se-á, com facilidade, acrescentar um quarto período, contemporâneo ao final do século XX e início do atual, a ser denominado de fase de crise da seguridade social, coincidente com o quebrantamento do Estado Social e cujos reflexos atingem com maior vigor os países ditos periféricos¹⁵.

Entre nós, a preocupação da seguridade social como instrumento à cidadania ganhou um maior relevo com o texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988¹⁶. Afora a menção à dignidade da pessoa humana, de igual maneira foram erigidos a objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil pelo seu art. 3º, I e III, a construção de uma sociedade justa e solidária, juntamente com a erradicação da pobreza e da marginalização.

E, como se não bastasse, o tratamento detalhado dos princípios inerentes à seguridade social constitui formidável amostra da inquietação que o tema carrou ao Constituinte.

De logo, ressalte-se, no art. 194, parágrafo único, I, a universalidade da cobertura e do atendimento, a ser compreendida nos seus aspectos objetivo e subjetivo. Daí decorre, inicialmente, que a atuação da seguridade social não se dá apenas diante da configuração de contingência, mas também ante o estado de necessidade do cidadão. Noutra passo, tem-se que a aplicação daquela não se limita aos trabalhadores, mas à população como um todo.

¹⁴ *Curso de Previdência Social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 11-13.

¹⁵ Cf. a leitura de Francisco Cavalcanti (*O novo regime previdenciário dos servidores públicos*. Recife: Nossa Livraria, 1999. p. 13-17), ao apontar as causas da mudança de perfil do Estado brasileiro, o que teve importantes reflexos no plano previdenciário.

¹⁶ De apontar que a atenção com a seguridade social também restou presente, embora com menor ênfase, nas Constituições de 1934 (art. 121, §1º, alínea *h*, e §§3º e 8º), 1937 (art. 137, alíneas *l* e *m*), 1946 (art. 157, XIV a XVII), 1967 (art. 158, XV a XVIII, e XX, §§1º e 2º) e 1969 (art. 165, XV e XVI, XIX e XX, e parágrafo único, e EC 12/78).

Logo em seguida, vê-se a exigência de trato equivalente, no que toca aos benefícios e serviços postos à disposição das populações urbana e rural, o que é de ser reputado como uma expressão tópica do postulado da isonomia.

Com vistas a garantir a manutenção das condições necessárias à subsistência dos aposentados, previu-se a irredutibilidade do valor dos benefícios, a qual, demais de garantida a percepção de salário mínimo para os benefícios que substituam o salário-de-contribuição ou o rendimento do trabalho assalariado (art. 201, §§5º e 6º), é integrada, nos termos do art. 201, §4º, da Lei Maior, pela observância do valor real, e não meramente nominal, das prestações.

É certo que a aferição do valor real não assegura ao aposentado ou pensionista a possibilidade de ter o seu benefício reajustado pelo índice que entender devido, ou por aquele que denotar a maior perda de poder aquisitivo. Tal escolha compete, grosso modo, ao legislador, na esteira da compreensão que o Pretório Excelso emprestou à expressão “conforme critérios definidos em lei”, constante da parte final do art. 201, §4º, da Constituição¹⁷.

Isso, contudo, não implica dizer que o titular da atividade legislativa, ao seu talante, possa escolher qualquer índice. Está vedada a opção por indexadores que, totalmente alheios à realidade, sejam incapazes de garantir um mínimo de acompanhamento da perda do poder aquisitivo. Do contrário, estar-se-á esvaziando o comando magno que, ao tratar da irredutibilidade, atentou para o valor real do benefício.

Importante inovação, que prestigia a participação popular no exercício da função administrativa, consiste no caráter democrático da gestão securitária, a ser desempenhada mediante gestão quadripartite, com a participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo nos órgão colegiados, o que foi objeto de desenvolvimento pela Lei 8.212/91 (arts. 6º a 8º), ao instituir o Conselho Nacional da Seguridade Social. O mesmo fora previsto quanto à saúde (art. 198, III, CF) e à assistência social (art. 204, II, CF), conforme as Leis nº 8.142/90 (art. 1º) e nº 8.742/93 (art.17), que criaram o Conselho de Saúde e o Conselho Nacional de Assistência Social, respectivamente.

Não olvidar o acesso à saúde como direito de todos e dever do Estado, a quem cabe implementar políticas sociais e econômicas voltadas à redução do risco de doença e à acessibilidade universal às ações e serviços que patrocina nessa área.

Digna de encômios a inserção, no âmbito constitucional (art. 203, IV e V, CF), da preocupação com a outorga de níveis mínimos de subsistência do cida-

¹⁷ Cf. RE 234.202 – 9 – RJ (1ª Turma, ac. un., rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 16-04-99).

dão não integrante do sistema previdenciário, cujo ingresso necessariamente depende de contribuição, através da habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência, com vistas à promoção de sua integração à vida social, juntamente com a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria subsistência, ou de tê-la provida por sua família – prestação disciplinada pela Lei 8.742/93 (art. 20).

O Constituinte de 1988 não se circunscreveu à mera enunciação de direitos. Cuidou, de igual forma, em prever mecanismos voltados à eficaz concretização do alcance de uma seguridade social satisfatória.

Muito embora não inserto no Título VIII da Lei Máxima, dedicado à ordem social, pode-se citar, como poderoso incremento à realização plena da cidadania, mediante o amparo da seguridade social, o direito de informação, consagrado no art. 5º, XXXIII, daquela, que, projetando-se com maior amplitude do que as tradicionais liberdades de expressão e de pensamento, assegura aos cidadãos o direito de receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, coletivo ou geral.

Dessarte, incumbe ao Estado informar aos cidadãos, com meios eficientes, os seus direitos subjetivos no âmbito securitário, finalidade cuja construção deve principiar pelos estabelecimentos de ensino médio públicos e privados, através da inserção de referências em disciplina complementar dos respectivos currículos, sem prejuízo da manutenção, pelos órgãos administrativos competentes, de serviço de esclarecimento à população sobre os respectivos direitos.

A importância vital do direito à informação está no fato de, somente a partir do conhecimento pelos cidadãos, principalmente os de parques rendimentos, dos seus direitos subjetivos, é que a tutela destes, nas vias administrativa e judicial, poderá ser desempenhada a contento.

Assinalando a crucial importância do direito à informação como mecanismo de acesso à proteção jurídica na sociedade hodierna, ensina, com muita propriedade, Jorge de Miranda: “A primeira forma de defesa dos direitos é a que consiste no seu conhecimento. Só quem tem consciência dos seus direitos consegue usufruir os bens a que eles correspondem e sabe avaliar as desvantagens e os prejuízos que sofre quando não os pode exercer ou efectivar ou quando eles são violados ou restringidos”¹⁸.

¹⁸ A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais em Portugal. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Org.) *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 284.

Ao lado do direito de receber informações adequadas do Estado, viceja a facilitação do acesso à justiça, a ser concretizada tanto através da implementação de serviços de assistência judiciária (art. 5º, LXXV, CF) como de juizados especiais federais para o julgamento das causas de menor complexidade (art. 98, parágrafo único, CF)¹⁹, com as quais se identificam, na sua grande maioria, os pleitos dos segurados do regime geral de previdência social. Idem a previsão do art. 109, §3º, da CF, ao permitir que o segurado possa, se assim desejar, ajuizar demandas nas comarcas que não sejam sede de vara federal, aproximando-o, desse modo, da garantia de tutela judicial.

Vistos, sem pretensão exaustiva, os pontos de aproximação do cidadão com a seguridade social, estabelecidos pela Lei Maior vigente, passaremos à sua satisfatória realização no deslinde dos casos concretos pelo Judiciário.

4. A concretização da seguridade social como instrumento da cidadania: o contributo pretoriano.

Passados, aproximadamente, quinze anos da promulgação da nossa atual Lei Máxima, pode-se observar que o acesso do cidadão à seguridade social fora objeto de zeloso resguardo pela jurisdição. Para tanto, contribuiu – e bastante – a percepção de que a seguridade social, não podendo ser dissociada do elenco dos direitos fundamentais, usufrui da prerrogativa destes de vincular a atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e do próprio Judiciário.

Princípio por destacar o relevo conferido ao direito à saúde, previsto no art. 196 da CF – norma cuja interpretação pôs em evidência o legado de sua maior efetividade, obscurecendo o caráter meramente programático apontado nos moldes da doutrina tradicional.

Prova insofismável disso está no(a): a) Agravo Regimental no RE 271.286 – RS²⁰, ao manter-se decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que assegurou a hipossuficiente, acometido pelo vírus HIV, o fornecimento gratuito, pelo Estado, de medicamentos, salientando-se que o direito à

¹⁹ O dispositivo, acrescido pela EC 22/99, foi regulamentado pela Lei 10.259/01.

²⁰ 2ª T., ac. un., rel. Min. Celso de Mello, DJU de 24-11-00, p. 101. O dever de fornecimento de substâncias medicamentosas foi renovado pelo Superior Tribunal de Justiça noutras hipóteses de doenças de relevante gravidade (1ª T., ac. un., REsp 430.526 – SP, rel. Min. Luiz Fux, DJU de 28-10-02, p. 245; 1ª T., ROMS 13.452 – MG, ac. un., rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 07-10-02, p. 172; 1ª T., ROMS 11.183 – PR, ac. un., rel. Min. José Delgado, DJU de 04-09-00, p. 121).

saúde, como consequência indissociável do direito à vida, impõe ao Poder Público encargo intransponível, pena de grave omissão inconstitucional; b) MS 8.740 – DF²¹, onde se entendeu, também com base no art. 196 da CF, ser inadmissível a generalização do campo de incidência da norma que veda ao Estado a concessão de auxílio financeiro para tratamento médico fora do país, em detrimento daqueles que não podem obter, dentro de nossas fronteiras, processo de cura a garantir as condições mínimas de sobrevivência digna, de modo que, não havendo no território nacional equipamento terapêutico adequado ao combate de determinada enfermidade (*in casu*, mielomeningocele infantil), há justificativa para que o Estado despenda recursos para tanto; c) MC 6.515 – RS²², ao asseverar-se que o direito da saúde, demais de sua proteção jurisdicional não se encontrar submetida ao prévio exaurimento da via administrativa, assegura ao menor enfermo, nos termos dos arts. 7º, 98, I, e 101, IV, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente, o direito ao efetivo tratamento médico, inclusive com o fornecimento gratuito de medicamentos.

Outro importante contributo foi o tendente à ratificação, no plano previdenciário, do ponto de vista que preconiza a eficácia imediata das disposições constitucionais que enunciem direitos não submetidos à *interpositio legislatoris*. Foi a hipótese da auto-aplicabilidade dos §§ 5º e 6º do art. 201 da CF, ao prescreverem o salário mínimo como piso para os benefícios que substituam o salário-de-contribuição (auxílio-doença), ou o rendimento do trabalho assalariado (aposentadorias e pensão) e a equivalência da gratificação natalina ao valor do correspondente benefício de prestação continuada²³.

Duas outras manifestações, advindas do Pretório Excelso, ainda podem ser mencionadas, sem temor de ofensa à brevidade da exposição. Princípie-se pela Reclamação 1.257 – RS²⁴, onde se entendeu que a vedação à antecipação de tutela, prevista no art. 1º da Lei 9.494/97, não se aplica aos benefícios previdenciários. Ao assim deliberar, movido pelo ponto de vista de que as normas restritivas de direitos não podem ser interpretadas com ampliações, permitiu o

²¹ STJ, 1ª S., mv, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 09-02-03, p. 127.

²² STJ, 1ª T., ac. un., rel. José Delgado, DJU de 20-10-03, p. 00174.

²³ Constituem exemplos o RE 186.417 – RS (1ª T., ac. un., rel. Min. Moreira Alves, DJU de 22-09-95, p. 30.651) e o AI no Agravo Regimental 396.695 - RJ (2ª T., ac. un., rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 06-02-03, p. 39).

²⁴ Pleno, ac. un., rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 07-02-03, p. 00025.

Supremo Tribunal Federal que os juízes e tribunais ordinários pudessem antecipar, desde que presentes os requisitos do art. 273 do CPC, a utilidade perseguida pela parte, o que, na seara previdenciária, é de imensa valia nos casos de pensão e aposentadoria por invalidez, onde do lado de fora da liça o segurado e seus dependentes se defrontam com a imperiosa necessidade de garantia de sua subsistência.

Noutro passo, tem-se o decidido na ADIN 1.946 – DF²⁵, oportunidade em que se firmou orientação, no sentido de ser ofertada exegese conforme à Constituição, afastando-se do âmbito de aplicação do limite de valor dos benefícios, fixado pelo art. 14 da EC 20/98, o salário-maternidade. Caso assim não fosse, demais de restar facilitada, no deficiente mercado de trabalho, a opção pelo trabalhador do sexo masculino, estar-se-ia, por via oblíqua, limitando-se o salário da trabalhadora do sexo feminino no então quantitativo de R\$ 1.200,00. A invocação do art. 7º, XXX, da Lei Fundamental, à guisa de interpretação sistêmica, fez com que se compreendesse que referido teto não deveria ser aplicado ao salário-maternidade.

Muito extenso, o legado jurisprudencial na matéria pode ser exemplificado da seguinte maneira: a) pela ratificação do princípio da retroatividade benéfica da lei previdenciária, com base no qual admitiu a aplicação às pensões já deferidas do percentual de 100%, instituído pela Lei 9.032/95, ao dar nova redação ao art. 75 da Lei 8.213/91²⁶; b) não aceitação da perda da qualidade de segurado, como causa obstativa de aposentadoria por invalidez ou pensão, nas situações em que a interrupção do pagamento de contribuições previdenciárias decorreria de enfermidade que acometeu o segurado e não de ato voluntá-

²⁵ Pleno, ac. un., rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 16-05-03, p. 00090.

²⁶ REsp 353.562 – AL (6ª T., ac. un., rel. Min. Vicente Leal, DJU de 16-09-02, p. 00239), AGA 538.856 – SP (5ª T., ac. un., rel. Min. Félix Fischer, DJU de 08-03-04, p. 00321), REsp 514.004 – PB (5ª T., ac. un., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 08-09-03, p. 00362) e EREsp 238.816 – SC (3ª S., ac. un., rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 17-02-03, p. 00222). Não se alegue que, em assim decidindo, violou-se o cânon da irretroatividade. Absolutamente. O sistema pátrio não consagra a proscrição da retroatividade, mas o paradigma da eficácia imediata da lei nova (art. 6º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil), o qual cede ante as hipóteses constitucionais nas quais não admitidas quaisquer retroações, quais sejam a garantia da lei prévia no âmbito penal (art. 5º, XL, CF), a irretroatividade tributária (art. 150, III, *a*, CF) e o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF). De salientar também que, *in casu*, não se pode cogitar nos precedentes citados de maltrato a ato jurídico perfeito, o qual poderia ser vislumbrado no ato concessivo de pensão, já que o Supremo Tribunal Federal (Súmula 654) entende que o art. 5º, XXXVI, da Lei Maior, dirige-se à defesa do cidadão e não do Estado.

rio²⁷; c) flexibilização da adstrição do juiz ao pedido, permitindo-se, em face da relevância social da matéria e da hipossuficiência da parte requerente, que o juiz defira aposentadoria por invalidez ao invés de auxílio-acidente²⁸, ou prestação assistencial no lugar de aposentadoria por invalidez²⁹; d) abrandamento, no tocante aos segurados rurais, do rigorismo do art. 55, §3º, da Lei 8.213/91, ao exigir início de prova material para a comprovação de tempo de serviço, através da consideração, para esse fim, de declaração de ex-empregador, de certidão de casamento ou título de eleitor no qual seja mencionada a condição de agricultor, como se percebe dos precedentes que deram ensejo à Súmula 147 – STJ³⁰, inclusive quanto ao cônjuge da parte requerente³¹; e) asseguramento aos servidores públicos federais, que tiveram seu liame celetista transformado em estatutário, do direito adquirido à conversão em comum do tempo especial trabalhado à época em que inseridos no regime geral de previdência social³²; f) ampliação do leque das atividades tidas como especiais, de modo a permitir que outras, além das especificadas em regulamento, sejam reconhecidas como insalubres, perigosas ou penosas, desde que tais qualidades resultem de prova pericial³³; g) exame da possibilidade de reabilitação, em sede de pleito de aposentadoria por invalidez, realizado não somente em atenção às condições físicas do segura-

²⁷ REsp 170.761 – SP (6ª. T., ac. un., rel. Min. Anselmo Santiago, DJU de 15-10-98, p. 00158) e REsp 137.844 – SP (5ª. T., ac. un., rel. Min. Félix Fischer, DJU de 13-12-99, p. 00168).

²⁸ REsp 541.695 – DF (6ª. T., ac. un., rel. Min. Paulo Gallotti, DJU de 01-03-04, p. 00209).

²⁹ REsp 180.461 – SP (5ª. T., ac. un., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 06-12-99, p. 00110) e REsp 193.110 – SP (6ª. T., ac. un., rel. Min. Vicente Leal, DJU de 01-03-99, p. 00416).

³⁰ AI 47.993 – 5 – SP (5ª. T., ac. un., rel. Min. Flaquer Scartezzini, RSTJ 66/24), REsp 71.703 – SP (5ª. T., ac. un., rel. Min. Costa Lima, DJU de 16-10-95, p. 34.689) e REsp 59.876 – SP (6ª. T., ac. un., rel. Min. Vicente Leal, DJU de 19-06-95).

³¹ REsp 354771 – PR (5ª. T., ac. un., rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU de 15/04/2002, p. 249) e REsp 548156 – CE (6ª. T., ac. un., rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 09/12/2003, p. 365).

³² TRF 5ª, 1ª T., AMS n.º 67696-PB, rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, v.u., DJU 16/03/2001, p. 698; TRF 5ª, 2ª T., AMS 66428-PB, rel. Des. Federal Lázaro Guimarães, v.u., DJU 10/11/2000, p. 485; TRF 5ª, 3ª. T., AMS 67355-PB, rel. Des. Federal Ridalvo Costa, v.u., DJU 29.12.2000, p. 223; TRF 5ª, 4ª T., AMS 67176-PB, rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, v.u., DJU 01/06/2001, p. 560; STJ, 5ª T., RESP 307670/PB, rel. Min. Edson Vidigal, v.u., DJU 18/06/2001, p. 180; STJ, 6ª T., RESP 311624-PB, rel. Min. Vicente Leal, v.u., DJU 18/06/2001, p. 210).

³³ Conferir o teor da Súmula 198 do extinto Tribunal Federal de Recursos: “Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em regulamento”.

do, mas sobretudo à instrução do segurado e aos fatores reais do mercado de trabalho³⁴; h) preservação do direito da segurada rural ao salário maternidade, com o afastamento do prazo de caducidade previsto na Lei 8.861/94, que alterou a redação do art. 71 da Lei 8.213/91, em virtude de sua inconstitucionalidade, quer pela ausência de tal condicionamento pelo art. 7º, XVIII, da Lei Básica, quer pelo fato do referido dispositivo legal haver incidido em discriminação arbitrária³⁵; i) reconhecimento, com apoio no art. 3º, IV, e 5º, I, ambos da Constituição, do direito à pensão de companheiros homossexuais, colmatando-se lacuna legal com vistas à adequação do ordenamento jurídico à realidade social³⁶.

A despeito das demonstrações acima, não posso olvidar posicionamento jurisprudencial majoritário que destoa da inclinação em legar ao cidadão pronta tutela securitária. Tal é consubstanciado na não admissibilidade da legitimação do Ministério Público para ajuizar ação civil pública em matéria previdenciária³⁷. Vem respaldado no argumento de que não se discute direito difuso ou coletivo, bem como não se está dentre as hipóteses descritas pelo art. 1º, I a V, da Lei 7.347/85.

Com o devido respeito, penso que esse ponto de vista necessita de urgente revisão. O direito à tutela previdenciária, não é exagerado afirmar, embora cronologicamente coetâneo dos movimentos que implicaram no surgimento dos direitos sociais, configura um direito fundamental de terceira geração, decorrente do direito à vida, no qual se insere o direito à qualidade de vida³⁸. Dessa

³⁴ AC 17373 – 6 – SC (TRF, 4a. Reg., 1a. T., ac. un., rel. Juiz Ari Pargendler, DJU - II de 08-11-89), AC 2.652 – 0 (TRF, 4a. Reg., 1a. T., ac. un., rel. Juiz Ari Pargendler, DJU – II de 03-10-89, p. 11.452) e AC 287 – 7 (TRF, 4a. Reg., 2a. T., ac. un., rel. Juiz Teori Albino Zavascki, DJU – II de 03-10-89, p. 11.456).

³⁵ AC 768301 – SP (TRF, 3ª Reg., 5ª T., ac. un., rel. Juiz André Nabarrete, DJU de 10/09/2002, p. 733), AC 730518 – SP (TRF, 3ª Reg., 5ª T., ac. un., rel. Juiz André Nabarrete, DJU de 17/06/2006, p. 200) e AC 498420 – SP (TRF, 3ª Reg., 8ª T., ac. un., rel. Juíza Vera Lucia Jucovsky, DJU de 02/12/2003, p. 384).

³⁶ Sem menosprezo ao vários arestos nessa direção, tenho por paradigmatal a motivação expendida em voto condutor da Des. Margarida Cantarelli na AC 238842 – RN (TRF, 5ª Reg., 1ª T., ac. un., DJU 13/03/2002, p. 1163).

³⁷ AGREsp 502610 - SC (STJ, 5ª T., ac. un., rel. Félix Fischer, DJU 26/04/2004, p. 196) e REsp 399244 – RS, (STJ, 6ª T., ac. un., rel. Hamilton Carvalhido, DJU de 15/03/2004, p. 307).

³⁸ À nota de rodapé 9 à Introdução do livro *A Era dos Direitos* (5ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Campus, p. 12), Bobbio, em referência a A. E. Pérez, sustenta que este inclui o direito à qualidade de vida entre os direitos fundamentais de terceira geração, com o qual a tutela previdenciária mantém forte liame.

maneira, pertence a todos e à coletividade. Basta que, de maneira atenta, observe-se a dicção do art. 194, primeira parte, da CF.

O acréscimo de parágrafo único ao art. 1º da Lei 7.437/85, em decorrência da MP 1.984 – 24/00, excluindo da província da ação civil pública direitos cujos beneficiários podem ser individualmente determinados, como acontece com as prestações da previdência social, não prejudica nossa conclusão.

Isso porque a restrição advém de medida provisória, instrumento legislativo não idôneo para veicular prescrição de natureza processual, havendo, nesse particular, a EC 32/01 trazido a lume dispositivo de caráter interpretativo – e, portanto, capaz de incidir sobre as medidas provisórias editadas anteriormente –, ao acrescentar vedação material ao art. 62, §1º, I, *b*, da CF³⁹.

Essa crítica não desfigura a importância vital que o labor da judicatura pátria teve, a partir de 05-10-88, na acessibilidade do cidadão à seguridade social. Inolvidável, no atual estágio da civilização jurídica, que os direitos fundamentais têm de receber tutela judicial, pena de, em assim não ocorrendo, perderem a sua preceptiva condição de direitos.

Não é demasiado recordar passagem da introdução à conferência de Ferdinand Lassale, intitulada “O que é uma Constituição”, elaborada em 1908 por Fraz Mehring, ao realçar citação premonitória de historiador prussiano, consoante a qual: “Enquanto os direitos fundamentais não se encontrarem amparados pela proteção judicial, nada se oporá à interpretação omnímota do governo, dono e senhor da qualificação das normas constitucionais mais importantes e desembaraçadas de princípios de alcance geral, carentes, portanto, de força obrigatória”⁴⁰.

Procedendo-se a cotejo dessa lição com o direito fundamental à seguridade social, tem-se que os juízes e tribunais vêm, nestas plagas, cumprindo o papel que deles a sociedade espera, o que é realizado com o destaque para o fortalecimento da dignidade da pessoa humana.

Eis, em síntese, o que tinha para expor. Muito obrigado.

³⁹ EDREsp 450.809 - RS (STJ, Corte Especial, ac. un., rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 09/02/2004). Sobre o mesmo tema, conferir censura constante na passagem do voto do Min. Sepúlveda Pertence, na ADIN 1.910-1 – DF, (STF, TP, ac. un., DJU de 24/02/2004).

⁴⁰ *O que é uma Constituição?*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2001. p. 18. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira.



ESMAFE
ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO



ISONOMIA CONSTITUCIONAL. IGUALDADE FORMAL VERSUS IGUALDADE MATERIAL

José Helvesley

Juiz Federal - Seção Judiciária do Ceará

Enfocando o Capítulo que trata dos vários sistemas de legislação, ROUSSEAU, em seu contrato social, assim se expressa: “Se quisermos saber no que consiste, precisamente, o maior de todos os bens, qual deva ser a finalidade de todos os sistemas de legislação, verificar-se-á que se resume nestes dois objetivos principais: a liberdade e a igualdade. A liberdade, porque qualquer dependência particular corresponde a outro tanto de força tomada ao corpo do Estado, e a igualdade, porque a liberdade não pode subsistir a ela”.

Objeto de permanente inquietação dos pensadores políticos, ROUSSEAU, no contrato social, retoma o tema da igualdade para propor, através de um pacto social, o resgate da igualdade existente no estado da natureza e que foi rompida quando os próprios homens delimitaram territórios e deles se apropriaram determinando, destarte, a desigualdade baseada na propriedade e na vontade de uns exercerem o comando sobre outros, diferenciação existente por serem possuidores de bens que os desigualavam materialmente do grupo e, conseqüentemente, dotados de força política susceptível de os subjugarem.

Afirmam os historiadores que a igualdade, como ideal, surge já com Sólon (c.640-c.560 A . C), e ganha particular relevo na teoria dos pitagóricos. Atribui-se a PLATÃO (c. 429 - 347 A . C), entretanto, um dos primeiros tratamentos essenciais sobre a igualdade. Defendeu ele, na República, a igualdade de oportunidades. O pedagogo que foi, propugnou, aí, se dessem chances às crianças virtuosas e talentosas para ultrapassarem as desigualdades sociais.

Platão vê, na igualdade, o fundamento da democracia, distinguindo nela dois tipos - a igualdade absoluta e a igualdade proporcional. Aquela implica as mesmas oportunidades de acesso aos cargos públicos; esta o provimento no governo na proporção dos méritos.

Nas leis, adverte que quando a igualdade é conferida a coisas desiguais, o resultado será desigual, a menos que se aplique medida devida. E que existem dois tipos de igualdade, os quais, embora idênticos no nome são, frequentemente, opostos nos seus resultados práticos. Um é determinado pela medida, peso e número. O outro, dá a cada um segundo a natureza merecida.

É de ROUSSEAU a seguinte passagem: “Assim como, antes de erguer um grande edifício, o arquiteto observa e sonda o solo para verificar se sustentará o peso da construção, o instituidor sábio não começa por redigir leis boas em si mesmas, mas antes examina se o povo a que se destinam mostra-se apto a recebê-las. Por esse motivo PLATÃO recusou dar leis aos árcades e aos cirênios, pois sabia serem ricos esses dois povos e não poderem admitir a igualdade”.

Aristóteles, em 384 - 322 A . C, retomou o tema. Fê-lo na POLÍTICA, ao tratar do fim das ciências e das artes. Entre todos os fins, o maior e mais excelente é o da disciplina política, que visa o bem político, isto é, a JUSTIÇA, a qual consiste no conveniente para a comunidade e acerca da qual escreve:

“Todos opinam que a justiça é uma igualdade, e até certo ponto coincidem com os tratados filosóficos nos quais nos ocupamos de questões éticas (pois dizem que a justiça é algo, que é relativo a certas pessoas e que deve haver igualdade para os iguais). De que coisas há igualdade e de quais desigualdades é algo que não deve deixar-se no olvido, pois encerra alguma dificuldade e implica uma filosofia política. Acaso alguém dirá que as magistraturas devem distribuir-se desigualmente, segundo a superioridade em qualquer bem, se os cidadãos não diferem nada nas demais coisas e são todos semelhantes, pois os que são diferentes têm distintos direitos e merecimentos. Todavia se isto é verdade, a cor, a estatura, ou qualquer outra excelência será para os que a possuem motivo de uma maior participação nos direitos políticos. É notória a falsidade disto, e evidencia-se nas outras ciências e faculdades; por exemplo, se se trata de flautistas iguais na sua arte, não se dará preferência para as flautas aos de melhor linhagem, pois não tocarão melhor, mas deve-se antes dar o instrumento mais excelente ao que é excelente na função(. . .). Além disso, segundo aquele modo de argumentar, qualquer bem seria compatível com qualquer outro, pois se o ter certa estatura é melhor, a estatura em geral poderia competir com a riqueza e com a liberdade. De modo que se um se distingue em estatura mais que outro em virtude, e a estatura em geral

prevalece sobre a virtude, tudo será comparável, já que se tal quantidade é superior a tal outra, é claro que haverá outra que seja igual. Dado que isto é impossível, torna-se evidente que em questões políticas é razoável não fundar-se em qualquer classe de desigualdade para aspirar às magistraturas (. . .), antes a pretensão às magistraturas deve fundar-se nas faculdades respeitantes à cidade”.

Nos Magna Moralia, distingue, perfeitamente, entre a Justiça como virtude universal, a soma de todas as virtudes, e a Justiça como virtude particular ou legal. Para ele, esta, identificada com o igual(o injusto é o desigual), um meio entre dois extremos, subdivide-se em justiça distributiva e justiça corretória, uma concernente às honras e aos cargos, tendo como base proporção geométrica, de acordo com o mérito (o qual, por seu turno, varia conforme o regime); outra, relativa às transações, baseando-se na reciprocidade e, por isso, na proporção aritmética.

Aristóteles, porém, defende a desigualdade natural essencial dos homens, visto alguns serem capazes de se determinarem por um fim racional e outros não. Daí que a escravatura seja uma instituição natural, pois o escravo corresponde ao não racionalmente livre de origem.

Enfrentando este ponto crucial, que atormenta os homens desde os primórdios da humanidade, Aristóteles, em uma de suas mais bem colocadas e enfáticas orações, assim se expressou: “Em matéria de igualdade e de Justiça, não é fácil encontrar a verdade exata; é muito mais fácil consultar a sorte do que persuadir aqueles que podem ser os mais fortes. Os fracos não pedem mais que igualdade e justiça, mas os mais fortes quase não se preocupam”.

Coube a Cícero e aos estóicos, à maneira de Sêneca, superarem este igualitarismo de base. Não há, na natureza, declara Cícero, no DE LEGIBUS, igualdade tão completa como a existente entre os homens - **‘Nihil est enim unum tam simile, tam par, quam omnes inter nosmet ipsos sumus’**.

E Sêneca proclama que o escravo é da mesma natureza que o seu amo. Todos têm a mesma origem e o mesmo princípio - **“Eadem omnibus principia, eademque origo”**.

A escravatura é externa, porque a mente, essa, é sempre livre.

Assim, o Mundo Antigo, a despeito da afirmação da desigualdade natural por Aristóteles e da admissão da escravatura, legou à humanidade, como parte nuclear do seu patrimônio moral e intelectual, em matéria de igualdade, uma aportação que se traduz nas proposições seguintes:

- 1) todos os homens são naturalmente iguais.
- 2) a igualdade é essência da Justiça.
- 3) a igualdade pressupõe a comparação e não tem sentido entre coisas não comparáveis.
- 4) a igualdade obriga a tratar igualmente, o igual, desigualmente o desigual.
- 5) a igualdade é a base da democracia.
- 6) a igualdade não é necessariamente aritmética, podendo (e devendo) em certos casos ser geométrica.
- 7) a igualdade contém uma componente de adequação às situações e aos fins.
- 8) a igualdade implica a participação das oportunidades.

Santo Tomás de Aquino, inspirado nos ensinamentos aristotélicos, repetiu que a Justiça e o Direito, que dela deriva, são igualdade. Na *Secunda Secundae*, da *SUMA TEOLÓGICA*, afirma “**dicitur esse justum quod respondet secundum aliquam aequalitatem alteri**”(diz-se justo o que corresponde segundo alguma igualdade a alguém). E, mais adiante, afirma: “**Jus sive justum est aliquod opus adaequatum alteri secundum aliquem aequalitatis modum**”(o direito, ou justo, é o adequado a outro segundo algum modo de igualdade). “**Jus sive iustum naturale est quod ex sui natura est adaequatum vel commensuratum alteri**”(o direito ou o justo natural é o que pela sua própria natureza é adequado ou ajustado à medida de alguém). “**Jus sive iustum dicitur per commensurationem ad alterum**” (o direito ou o justo diz-se em comensuração com alguém).

Perfilam-se no período a que corresponde esse direito e que se protraí do século XII ao século XVIII, grandes princípios antitéticos que irão “ter pontos de chegada completamente distintos. De um lado, a “concepção voluntarista” da lei - *quod principi placuit legis habet vigorem*; de outro, a “concepção consensualista da lei - *lex est commune praeceptum*. Uma irá desaguar no Estado totalitário de Hobbes, no *LEVIATÃ*, que proclama lei toda ordem emanada do soberano (do detentor do poder), dado que a sua vontade é fundamento de legitimidade (todo o legal é legítimo). Outra constitui antecedente das teorias igualitaristas de ROUSSEAU, no Contrato Social. Aqui, nem todo legal é legítimo.

Comenta-se que teria sido a Carta Magna do Rei JOÃO SEM TERRA, datada de 1213, a primeira a fazer declaração acerca do princípio da igualdade,

o que, de fato, não condiz com a realidade dos fatos, haja vista que aquele documento, arrancado pelos barões ao monarca, não explicita qualquer menção efetiva de extinção das desigualdades entre as pessoas, porém da manutenção, pelos nobres e contra qualquer ação, em contrário, do rei de seus privilégios. Assim, duvidoso seria anunciar a Magna Carta Inglesa, de 1215, ou o Habeas-Corpus Act de 1679 ou o Bill of Rights de 1788 como os primeiros documentos normativos declaratórios de direitos fundamentais. Não se pretendia, porquanto não era objetivo deles, declará-los e cuidar de garantir à sociedade o uso destes, mas, tão-somente, assegurar o status dos nobres em suas condições privilegiadas e desigualadas dos outros membros da elite inglesa e a manter fora do encaixo das ações dos monarcas.

A Constituição de Virgínia, de 12 de junho de 1776, foi, de fato, o primeiro documento que, com expressão solene, delimitou os contornos do princípio da igualdade de forma direta e objetiva.

Com efeito, diz o texto normativo, em seu art. 1º : “Todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes e têm certos direitos inerentes, dos quais ao entrarem em sociedade não podem, por qualquer forma, privar ou desinvestir a sua posteridade”. E, na Constituição do Estado da Carolina do Norte, nega-se a qualquer homem ou grupo de homens direito a privilégios distintos ou exclusivos, embora se abra ressalva “em consideração de serviços feitos ao público”. Bem mais longe foi outra constituição de um dos Estados da América do Norte. Referimo-nos à Constituição do Estado de Massachusetts de 1780. No artigo 1º da Parte 1ª lê-se, efetivamente, de acordo com a tradução que, em 1822, foi levada a público em Portugal:

“Todos os homens nasceram livres e iguais, e têm certos direitos naturais, essenciais, e inalienáveis, e entre eles se deve contar primeiramente o direito de gozar da vida e liberdade, e o de defender uma e outra; depois destes, o direito de adquirir propriedades, possuí-las e protegê-las, enfim o direito de obter a sua segurança e felicidade”.

Pouco tempo depois, surgiu um dos mais importantes documentos que o mundo já conheceu, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que, inspirada nas idéias de ROUSSEAU, projetou o princípio da igualdade como pedra de toque da coluna vertebral do Estado Moderno, que, doravante, passa a se espelhar calcado nos princípios do reconhecimento dos direitos e garantias individuais. Isso, porém, não significa dizer

que cabe à França a glória da primeira consagração constitucional do princípio da igualdade. Cabe-lhe, tão-somente, o enunciado que, por mais conhecido, se tornou mais influente.

Em seu artigo 1º estatuiu-se: **‘Les hommes naissent e demeurent libres et égaux en droits, les distinctions ne peuvent être fondées que sur l’utilité commune’**.

Mais adiante, em seu artigo 6º, a supramencionada declaração afirma, com mais convicção e veemência, o princípio da igualdade, de forma incisiva, verbis: **‘La loi est l’expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu’elle protège, soit qu’elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celles de leurs vertus et de leurs talents’** (A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm direito de concorrer para sua formação, pessoalmente ou por meio de representantes. Ela deve ser a mesma para todos, quer proteja, quer puna. Todos os cidadãos, sendo iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo sua capacidade, e sem outra distinção que a de suas virtudes e talentos).

A Constituição Francesa de 1791, seguindo as pegadas da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu proêmio, aboliu, irrevogavelmente, as instituições que ofendiam a liberdade e a igualdade de direitos, verbis: **‘L’Assemblée nationale, voulant établir la Constitution française sur les principes qu’elle vient de reconnaître et de déclarer, abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l’égalité des droits’**. No mesmo tom, ordena que deixem de existir nobreza, pariatos, distinções hereditárias, distinções de ordem, nem regime feudal, ou justiças patrimoniais, nem títulos, denominações e prerrogativas delas provenientes, nem ordem alguma de cavalaria, corporação ou condecorações daquelas que antes se exigiam provas de nobreza, ou que suponham distinções de nascimento, nem alguma superioridade se não a dos funcionários públicos quanto ao exercício de suas funções, verbis: **‘Il n’y a plus ni noblesse, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinctions d’ordres, ni régime féodal, ni justices patrimoniales, ni aucun des titres, dénominations et prérogatives qui en dérivent, ni aucun ordre de chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations, pour lesquelles ou exigeait des preuves de noblesse, ou qui supposaient des dis-**

inctions de naissance, ni aucune autre supériorité, que celles des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions”.

Disseminou-se, à época, pelo mundo afora, esta beleza de declaração de igualdade que, de singular, tem o caráter de abranger toda a humanidade, e não apenas os cidadãos franceses, traçando linhas mestras inconfundíveis com o que, até então, havia emergido da retórica de outros documentos inócuos, além da prerrogativa de ser, a declaração, para sempre, seja, para viger perenemente.

A Constituição Francesa de 1791 efetivou, em seu contexto, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 ao estabelecer, em seu Título I - “Disposições Fundamentais garantidas pela Constituição”: “La Constitution garantit, comme droits naturels et civils: 1º - Que tous les citoyens sont admissibles aux places et emplois, sans autre distinction que celle des vertus et des talents; 2º - Que toutes les contributions seront réparties entre tous les citoyens également en proportion de leurs facultés; 3º - Que les mêmes délits seront punis des mêmes peines, sans aucune distinction des personnes”.

As constituições portuguesas do século XIX consagraram, de acordo com a ideologia generalizada pelas Revoluções Americana e Francesa, o princípio da igualdade.

A Constituição de 1822 estatuiu, em seu art. 9º, integrado no título I - “Dos direitos e Deveres Individuais dos Portugueses” que: “A lei é igual para todos. Não se devem portanto tolerar privilégios do foro nas causas cíveis ou crimes, nem comissões especiais. E nos artigos 12º, 15º, 16º e 17º previa casos que representam afloração da norma genérica da igualdade. No artigo 12º proclamava-se a admissão de todos os portugueses aos cargos públicos, sem outra distinção que a dos talentos e das virtudes, em nítido decalque do no. 1 do proêmio da Constituição francesa de 1791 - “**Que tous les citoyens sont admissibles aux places et emplois, sans autre distinction que celle des vertus et talent**”. No artigo 15º o direito de todo português ser remunerado pelos serviços feitos à Pátria, nos casos, e pela forma que as leis determinarem. No artigo 16º a faculdade de todo português apresentar por escrito às Cortes e ao poder executivo reclamações, queixas ou petições, que deveriam ser examinadas - princípio contemplado em vários textos franceses. No artigo 17º o direito de todo português expor qualquer infração da Constituição, e de requerer perante a competente autoridade a efetiva responsabilidade do infrator.

No Título Preliminar, a Constituição espanhola de 1978 enuncia o seu preâmbulo nos seguintes termos: “**España se constituye en un Estado Social**

y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

Entre nós, o princípio constitucional da igualdade sempre esteve presente em todas as CARTAS, o que não significa, entretanto, que sempre tenha havido respeito e acatamento a este princípio, mesmo em se tratando, simplesmente, de seu sentido formal. Isso se afirma, principalmente, porque na primeira fase do constitucionalismo brasileiro, a imperial, tal princípio coexistiu com a escravidão.

Em seu artigo 179, itens 13 a 17, a Carta Imperial de 25 de março de 1824, estabeleceu o princípio da igualdade como uma das pilstras normativas sustentadoras do sistema posto, assegurando-se, ali, a igualdade da lei para todos, ora protegendo, ora castigando, e recompensando na proporção dos merecimentos de cada um, além de garantir a acessibilidade dos cidadãos aos cargos públicos, sem outra diferença que não fosse a dos talentos e virtudes individuais, inclusive estabelecendo a extinção de todos os privilégios “que não forem essencial e inteiramente ligados aos cargos por utilidade pública e o foro privilegiado e as comissões especiais nas causas cíveis ou criminais, ressaltando-se as causas que, por sua natureza, pertencessem a juízos particulares e preceituando-se a obrigatória contribuição de todos para as despesas do Estado em proporção dos haveres de cada contribuinte” .

JOSÉ ANTÔNIO PIMENTA BUENO, emérito comentador da Carta Imperial, acerca do texto supramencionado assim ensinou: **“Embora, porém, exista essa desigualdade importante e incontestável (a da natureza), por outro lado é fora de dúvida que todos os homens têm a mesma origem e destino, ou fim idêntico. Todos têm o mesmo direito de exigir que os outros respeitem os seus direitos, de alegar que uns não nasceram para escravos, nem outros para senhores, que a natureza não criou privilégios, favores e isenções para uns, penas, trabalhos e proibições para outros, enfim que não tirou uns da cabeça de Brama, e outros do pó da terra. Conseqüentemente, qualquer que seja a desigualdade natural ou casual dos indivíduos a todos os outros respeitos, há uma igualdade que jamais deve ser violada, e é a da lei, quer ela proteja, quer castigue, e a da justiça, que deve ser sempre uma, a mesma e única para todos sem preferência, ou parcialidade alguma. É de justiça que cada homem seja senhor de si próprio, que tenha igual liberdade de procurar satisfazer suas necessidades por seu trabalho, de elevar-se nas condições sociais**

por seus serviços e merecimentos, e de obter em proporção deles justa recompensa”.

Entre nós, pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, a igualdade comparece ao Preâmbulo de uma Carta Magna como princípio determinante da elaboração que a seguir é posta como sistema normativo fundamental. Eis o Preâmbulo da LEX LEGUM de 05 de outubro de 1988:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

O Preâmbulo não é um conjunto de preceitos, mas de princípios, não possui a concretude necessária a fazer os seus dizeres dotados de aplicabilidade imediata ou com força coercitiva eficaz. Tais princípios exercem uma força centrípeta sobre as demais normas da constituição, projetando sua relevância no nível da interpretação. Preâmbulo, portanto, é o enunciado preliminar da Constituição, no qual se declara a origem, os princípios gerais e os fins da elaboração normativa fundamental posta sistematicamente à observância da sociedade. Não criam, ditos princípios, direitos nem deveres e só se prestam ao mister interpretativo se tomados em conjunto, quando comparados às demais normas constitucionais. São, por conseguinte, úteis à compreensão da filosofia do constituinte, da diretriz abraçada para expressar o caráter ideológico que embasa a constituição como um todo. Paulo M. de Lacerda ensina que “Os preâmbulos das constituições modernas costumam cingir-se a declarar a autoria, o fim e o objeto do ato, abstenendo-se de intercalar assuntos doutrinários, afirmações de bons propósitos e frases declaratórias. Consistem numa autenticação do documento que apresentam, conveniente para a sua verificação, contendo mesmo expressa a ordem de execução”. Já o mestre PONTES DE MIRANDA asseverava que “Os Preâmbulos ou Palavras introdutórias das Constituições enunciam alguma coisa dos seus propósitos, mas, principalmente, dizem qual o poder estatal, isto é, o poder de construir e de reconstruir... Por vezes, o que os

preâmbulos afirmam é retocado, só em traços gerais ou pormenores mínimos, posto que profundamente, pelas regras da Constituição que correspondem a cada um deles. Isso de modo nenhum autoriza a que se ponham de lado, na interpretação dos textos constitucionais, os dizeres dos Preâmbulos. Todo Preâmbulo anuncia: não precisa anunciar tudo, nem, anunciando, restringe”. Sobre preâmbulo constitucional assim se referiu HENRY CAMPBELL BLACK, ver-bis: “O preâmbulo da constituição e os títulos de seus vários artigos ou seções podem fornecer alguma prova de seu sentido e intenção, embora os argumentos deduzidos daí tenham valor apenas relativo”. Por fim, acerca do preâmbulo da constituição, a lição de CARLOS MAXIMILIANO: “ O preâmbulo de uma norma põe em evidência as causas da iniciativa parlamentar e o fim da norma; por isso, conquanto não seja parte integrante desta, merece apreço como elemento de exegese. Quase sempre traduz o motivo, a orientação, o objetivo da lei, em termos concisos, mas explícitos. Todavia, não restringe nem amplia o sentido decorrente das próprias regras positivas”.

O intróito do princípio da igualdade nas normas constitucionais do Estado Moderno, entretanto, não significou a etapa derradeira de construção e realização de seu conteúdo. Do Estado Liberal, até o Estado Social, estágio em que se caminha nos dias atuais, o constitucionalismo se modificou, tendo por escopo primeiro fazer valer os direitos formalmente contemplados em materialidade palpável, sentida, onde o formal se transforme em material, em toda sua compleição.

O Estado Moderno, fundado nas pilastras jurídicas da Igualdade e Liberdade, necessita, como em nenhum outro momento da história, que esse binômio seja realizado, porquanto as molas mestras de uma democracia. Esta, aspiração constante e sempre crescente do Estado de Direito contemporâneo.

A democracia deve ser entronizada, haja vista ser incompatível sua idealização com o estigma da desigualdade jurídica, porquanto não se pode conceber Direito legítimo que não se ancore em atuação estatal análoga para seus segmentos sociais. Para tanto, mister se faz muita prudência, tendo em vista que a história tem demonstrado, através dos tempos e de regimes políticos diversificados, tanto os autoritários totalitários, que fizeram da igualdade a sua bandeira e desembocaram a sociedade na mais completa miséria e no maior desrespeito aos direitos fundamentais do homem, como nos regimes capitalistas, ditos imperialistas, que, desfraldando a bandeira da democracia têm infligido ao mundo em desenvolvimento seu impiedoso jugo, tornando os menos aquinhoados presas fáceis de sua insana dominação que, hodiernamente, ameaça a paz do planeta terra.

Através da história, disseminaram-se as teorias para que se fizessem valer os conceitos mais valorizados acerca da igualdade, do materialismo histórico dialético até as mais sofisticadas teses de maniqueísmo, ainda hoje reinantes, no mundo mirabolante dos que pretendem impor sua esfera de ação enfurecida para dominação e eternização de seu império.

Os socialistas dos mais diversificados matizes apontavam com os louros da igualdade material como sendo a salvação da humanidade, o único caminho possível. Por outro lado, os capitalistas afirmavam que o primeiro pressuposto para a igualdade era a liberdade, afirmando que igualdade sem liberdade de expressão, de opinião é igualdade utópica. Os socialistas retrucavam dizendo que liberdade com fome, sem emprego, é liberdade ilusória.

Nesse diapasão, na turbulência desse descompasso, o Continente Africano ardia, mas de fome. A Biafra, Etiópia, Moçambique, Somália e África do Sul, só para citar alguns países, chamavam a atenção do mundo pela miséria que afligia seu povo. Nesse fosso, e em face do enforcamento do Poeta Benjamin Moloise, da África do Sul, publiquei o Poema Aviso.

A V I S O

Na África (Biafra)
há uma praça
em permanente exposição
de cadáveres vivos

Na Etiópia (África)
há um coro incolor
de gemidos mortos

Na África do Sul (Apartheid)
o branco violentou o preto
num colorido de sangue

No Brasil (América Latina)
há um Cristo lacrimajante
em pleno Nordeste
desencantado com o colosso da criação.

Encarece enfocar o campo ideológico em relação à igualdade, porquanto é nesse tocante que os protagonistas dessa ou daquela outra facção vão fomentar o entendimento de que, onde houver melhor e maior bem-estar social, aí estará a verdade a ser seguida para aqueles que ainda não a desvendaram.

Entretanto, o que antes permanecia apenas no campo ideológico, hoje faz-se presente no campo legal, mormente em mandamento constitucional, que deve ser cumprido para consecução de melhores condições de vida, cuja obrigatoriedade é do Estado para com o indivíduo que o forma e dele participa. É, portanto, dos governantes a tarefa de efetivar a determinação constitucional da igualdade material dos indivíduos.

Sobre o assunto bem se pronunciou FRANCISCO CAMPOS, verbis:

“O princípio da igualdade, enunciado em termos gerais e absolutos, representa um ideal, uma aspiração ou um postulado contrário às condições efetivamente existentes na sociedade: ele parte do reconhecimento da existência de desigualdades de fato entre os homens para postular a modificação das relações humanas no sentido de tornar iguais os indivíduos que são efetivamente desiguais. Há uma relação polêmica entre o princípio absoluto de igualdade e o fato das desigualdades reinantes entre os homens. O princípio da igualdade perante a lei, ao contrário, tem um conteúdo restrito... Ao passo que o princípio absoluto de igualdade tem por fim alterar a estrutura social, intervindo nela para o efeito de suprimir as desigualdades existentes, o princípio de igualdade perante a lei visa tão somente assegurar o reconhecimento pela lei das igualdades ou desigualdades que, efetivamente, existem entre os homens. O primeiro é uma ideologia, o segundo é um mandamento jurídico de conteúdo limitado e concreto e de valor positivo; o primeiro subordina a realidade a um imperativo destinado a transformá-la, o segundo é uma regra de direito positivo, destinada a limitar ou restringir a ação da lei aos dados da realidade”.

RUI BARBOSA, em sua ORAÇÃO AOS MOÇOS, discurso proferido na Faculdade de Direito de São Paulo, como paraninfo dos bacharelados de 1920, lido pelo Dr. Reinaldo Porchat, na solenidade de 29 de março de 1921, deixou esta célebre lição:” A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da

loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.

Esta blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria.

Mas, se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguais, cada um, nos limites da sua energia moral, pode reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação, atividade e perseverança”.

SAN TIAGO DANTAS, opinando sobre o tema, enfatizou, verbis: “ O regime republicano, em sua origem ideológica, é o regime igualitário por excelência, mas o conceito técnico-jurídico de igualdade só se elevou à posição mestra no sistema, com a concepção moderna do Estado de Direito, fruto extremo da especulação jurídico-política em torno do governo representativo”.

PONTES DE MIRANDA assim pontificou: “Outra consequência lógica e histórica da igualdade foi a extensão da liberdade a todos. No estado atual da civilização, tirar a liberdade é fazer desiguais os não livres, tirar igualdade é restringir a liberdade.

Lógica e historicamente, caminham liberdade e igualdade no mesmo sentido, ainda que uma vá mais depressa do que a outra, e que essa, mais atrasada, possa, avançando por algum tempo, prejudicar aquela.

A lição que nos fica é a da conveniência de se lhes dar o mesmo ritmo e nunca se permitir que uma se atrase. As grandes crises da Antiguidade, da Idade Média e dos tempos modernos, têm sido provocadas pela “igualdade retardada”.

Comentando a Constituição Federal , a primeira LEX FUNDAMENTALIS republicana brasileira, em seu art. 72, parágrafo 2º , nos idos de 1924, JOÃO BARBALHO , categoricamente, afirmava: “Não há, perante a lei republicana, grandes nem pequenos, senhores nem vassalos, patrícios nem plebeus, ricos nem pobres, fortes nem fracos, porque a todos irmana e nivela o direito... A lei, a administração, a justiça serão iguais para todos.

E a desigualdade, além de injusta e antijurídica, é impolítica. Em que fundamento se faria repousar uma organização política, dando mais direitos, mais garantias, mais vantagens, a uns do que a outros membros da mesma comunidade? Não seria em um princípio de direito. Finalmente, de todas as formas de

governo é a República a mais própria para o domínio da igualdade, a única compatível com ela. Em um regime aristocrático, há a classe privilegiada das famílias dominantes. Em um governo monárquico, quer absoluto, quer constitucional, dá-se a desigualdade na classe privilegiada de uma dinastia, além das outras desigualdades nas quais ela procura e cria sustentáculos. O sistema republicano, tal como modernamente é estabelecido, não possui necessidade nem interesse de se apoiar em classes e oligarquias; a igualdade pode imperar, desassombrada e sem empecilhos. E é mesmo contraditório e absurdo que aí resida a desigualdade, que o regime, por sua índole e essência, repele, sendo a igualdade um de seus principais característicos.... A igualdade repele o privilégio, seja pessoal, seja de família, de classe ou de corporação”.

Entretanto, apesar de a primeira LEX LEGUM republicana ter definido que “todos são iguais perante a lei” e que seriam inadmitidos privilégios de nascimento e desconhecidos foros de nobreza, tal dispositivo constituiu-se em verdadeira letra morta, porquanto os abusos praticados pelo autoritarismo se revelaram impiedosos, a ponto de RUI BARBOSA, referindo-se ao artigo 72, parágrafo 2º da Constituição, assim se exprimir: “Todos são iguais perante a lei. Assim no-lo afirma, no parágrafo segundo, este artigo constitucional.

Vede, porém, como os fatos respondem à Constituição. Na Grã Bretanha, sob a coroa de Jorge V, o arquiduque herdeiro da coroa d’Austria é detido na rua e conduzido à polícia como contraventor da lei, por haver o seu automóvel excedido a velocidade regulamentar. As mesmas normas se observaram no Brasil, sob o cetro de D. Pedro II, quando o carro do Imperador era multado, por atravessar uma rua defesa. Num e noutro caso a lei é igual para todos: todos são iguais ante a lei.

Mas no Brasil desses dias, debaixo do bastão do Marechal Hermes, o seu secretário, por duas vezes, quando um guarda civil lhe acena ao motorista com o sinal de aguardar, enquanto se dá passagem a outros carros, apeia irriminado, toma contas ao agente da lei, nota-lhe o nome, e, imediatamente, o manda punir com a demissão. Noutra ocasião é um general do exército, que salta, iracundo e decomposto, do veículo, ameaçando com o seu revólver o policial que ousou exigir do automóvel menor velocidade na carreira.

Esses exemplos, da mais alta procedência, verificados e registrados pelos jornais, na metrópole brasileira, à época, desmascaram a impostura da igualdade entre nós, e mostram que valor tem, para os homens da mais eminente categoria, entre as influências atuais, como para os que mais perto estão do Chefe do Estado, as promessas da Constituição”.

O que mais nos chama a atenção através dos relatos supramencionados é o descumprimento total da normatização constitucional da primeira Carta Republicana, que, através dos tempos, fez-se “jurisprudência” que se repete até os dias de hoje, em pleno estágio do século XXI.

Por esses e outros graves motivos de desrespeito às determinações constitucionais e infraconstitucionais é que, em contrapartida, as pessoas têm-se mostrado, dia a dia, mais cômicas de seus direitos, exigindo-os em toda a sua inteireza, a fim de que, através da luta diária, a cidadania seja alcançada como determina a atual LEX FUNDAMENTALIS, de 05 de outubro de 1988.

Como bem lembra Cármen Lúcia Antunes Rocha, verbis: “ Não foram complacentes os donos do Poder com a liberdade ou com a igualdade. Mas aprendeu-se que não se cobiça o ganho da história ou o prêmio do Direito. Direito conquista-se. História, faz-se. Liberdade e igualdade são realidades a serem alcançadas pela luta, pois que o ganho fácil equivale a concessão que projeta o ofertante sobre a cabeça , a dignidade e o próprio direito de quem o recebe”.

Colhe-se, do acima exposto, que a transformação da igualdade formal para a igualdade material, social, significando isso oportunidades para todos, só se alcança através da luta renhida, através das associações, dos sindicatos, das comunidades de base e outros meios existentes indispensáveis à consecução desse objetivo pelos menos aquinhoados.

É o que, em outras palavras, diz VON IHERING, verbis: “ Todo direito que existe no mundo foi alcançado através da luta; seus postulados mais importantes tiveram de ser conquistados num combate contra as cortes dos opositores; todo e qualquer direito, seja o direito dum povo, seja o direito do indivíduo, só se afirma através duma disposição ininterrupta para a luta. O direito não é uma simples idéia, é uma força viva.... O direito representa um trabalho ininterrupto, não só do Poder Público, mas de toda a população. A vida do direito nos oferece, num simples relance de olhos, o espetáculo dum labor e duma luta sem tréguas, idêntico ao com que nos deparamos no terreno da produção econômica e espiritual. Qualquer pessoa que se veja na contingência de ter de afirmar seu direito participa dessa tarefa de âmbito nacional, contribui para a realização da idéia do direito”.

A lei afirmadora da igualdade entre os homens não é suficiente, nem se basta em si mesma, porquanto a formalidade legal e vazia de conteúdo, não levará a caminho algum, se não complementada pela materialidade, que se realiza com a efetivação da sociabilidade humana, que consiste na integração dos

menos aquinhoados ao grupo superiormente desigualado, dando àqueles oportunidades de participação para sua completa desenvoltura como seres sociais.

Em sede infraconstitucional encontramos, no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, inciso VIII, o seguinte:

Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

VIII- a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Cabe destacar, aqui, que a inversão do ônus da prova não se defere, automaticamente, ao consumidor. Esse encargo só desatende à regra geral acolhida no art. 333 do Código de Processo Civil quando o juiz entender que a alegação é verossímil, isto é, semelhante à verdade, aparência de verdade.

O exame da verossimilhança do alegado pelo consumidor é feito pelo Juiz. Cabe-lhe avaliar os dados e circunstâncias ofertados para verificar a probabilidade de o fato ter acontecido.

Na espécie, a questionada inversão é **ope judicis** e não **ope legis**. Não é, portanto, um direito do consumidor. É-o, porém, quando for verossímil o que afirma ou, comprovadamente, um hipossuficiente técnico.

É equivocado dizer-se que o Código de Defesa do Consumidor, no tocante à prova, conflita com o princípio constitucional, do Caput do art. 5º da Constituição Federal de 05.10.88, que assegura a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

O princípio da isonomia garante tratamento aos claramente iguais. Aqui, a desigualação é feita, precisamente, por desiguais fazerem parte da relação. Na relação de consumo, fragilizado e quase impotente para defender seu direito, o consumidor não é efetivamente um igual do fornecedor. Por esse motivo o Código de Defesa do Consumidor dispensa tratamento especial a fim de colocá-lo em posição de defender-se adequadamente num litígio com o fornecedor.

A inversão do ônus da prova é um dos meios usados pelo Código de Defesa do Consumidor para que haja igualdade entre os dois polos da relação de consumo.

Outro mecanismo de índole igualitária agasalhado pelo Código de Defesa do Consumidor é o princípio da responsabilidade civil objetiva, estribado na teoria do risco da atividade.

Se o bem ou o serviço causa algum dano ao consumidor, não se cogita de apurar a conduta culposa ou dolosa do fornecedor. Cabe-lhe ressarcir o dano só pelo fato de ter colocado no mercado o fruto de sua atividade. Resta ao consumidor demonstrar o nexo causal entre o dano sofrido e o vício ou defeito do bem ou do serviço.

A igualdade perante a lei quer significar que a lei possui aplicação igual para todos, sendo esse axioma próprio do Estado Liberal, da igualdade formal, sem qualquer comprometimento com a realização material do princípio. Nesse diapasão significa que o juiz, simplesmente, deve ser imparcial na aplicação da lei e, por extensão, que todos os indivíduos devem ser submetidos às mesmas leis. Dessa forma, com a simples igualdade formal, não se conseguiria obter a pretendida justiça social com a igualação material. Era necessário, portanto, extirpar as desigualdades sociais existentes, e isso só seria conseguido assegurando-se a concretização da materialidade que regia esse princípio formal através de oferta de oportunidades a todas as pessoas, independentemente de sua estratificação social.

Há mais: na aplicação jurisdicional da lei pode existir violação do princípio da igualdade, quando um mesmo preceito se aplique em casos iguais com notória desigualdade por motivações arbitrárias, isto é, não fundadas em razões juridicamente atendidas, ou com apoio em alguma das causas de discriminação explícita ou genérica.

Assumimos, como certo, que igualdade e justiça possuem muito que ver entre si. Igualdade e liberdade são, a nosso sentir, ingredientes básicos da justiça, que projeta sua ajustada dosificação. A luta contra toda discriminação se converte, assim, em uma das missões mais relevantes na hora de fazer justiça.

O imperativo da igualdade e não discriminação não afetará somente o legislativo, como também estabelece um direito subjetivo a obter um tratamento igual e, às vezes, impõe uma obrigação aos poderes públicos de levar a termo esse tratamento igualitário. Com isso, ao mesmo tempo, limita o poder legislativo e os poderes dos órgãos encarregados da aplicação das normas jurídicas.

A regra geral da igualdade perante a lei, bifurca-se, portanto. Contempla, em primeiro lugar, a igualdade no trato dado pela lei, que passa a conceituar-se como “igualdade na lei”, constituindo um limite posto ao exercício do poder legislativo. Junto a esta exigência surge a “igualdade na aplicação da lei”, que limitará a tarefa dos órgãos encarregados de sua aplicação.

Essa distinção, entretanto, entre nós, desnecessária tornou-se porquanto, tanto a doutrina como a jurisprudência já firmaram, faz muito tempo, a orienta-

ção de que a igualdade perante a lei tem sentido que, no estrangeiro, se dá à expressão igualdade na lei, isto é, o princípio tem como destinatário tanto o legislador como os aplicadores da lei.

Segundo comenta Seabra Fagundes, o princípio tem o seguinte significado: “Que, ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições, os mesmos ônus e as mesmas vantagens, situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a aquinhoá-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades”.

É de Francisco Campos a seguinte afirmação acerca da matéria em comentário: “O legislador é o destinatário principal do princípio, pois se ele pudesse criar normas distintivas de pessoas, coisas ou fatos, que devessem ser tratados com igualdade, o mandamento constitucional tornar-se-ia inteiramente inútil, e arremata que “nos sistemas constitucionais do tipo do nosso não cabe dúvida quanto ao principal destinatário do princípio da igualdade perante a lei. O mandamento da Constituição dirige-se, particularmente, ao legislador e, efetivamente, somente ele poderá ser o destinatário útil de tal mandamento. O executor da lei já está, necessariamente, obrigado a aplicá-la de acordo com os critérios constantes da própria lei. Se esta, para valer, está adstrita a se conformar ao princípio da igualdade, o critério da igualdade resultará obrigatório para o executor da lei pelo simples fato de que a lei o obriga a executá-la com fidelidade ou respeito aos critérios por ela mesma estabelecidos”.

Como já anteriormente afirmado, o princípio não pode nem deve ser entendido de maneira individual, havendo de ser levado em conta, necessariamente, as diferenciações entre os grupos. Portanto, quando se afirma que o legislador não pode distinguir, não implica isso afirmar que a lei deva tratar, a todos, abstratamente iguais, porquanto o tratamento, como afirma Petzold, “não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os iguais podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador. Este julga, assim, como essenciais ou relevantes certos aspectos ou características das pessoas, das circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos, as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas; por consequência, as pessoas que apresentam os aspectos essenciais previstos por essas normas, são consideradas encontrar-se nas situações idênticas, ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador; vale dizer que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo,

ou seja, sob certos aspectos”. Igualmente, sob esse ângulo de entendimento, também se expressou Seabra Fagundes, verbis: “ os conceitos de igualdade e liberdade são relativos, impõem a confrontação e o contraste entre duas ou várias situações, pelo que onde uma só existe não é possível indagar de tratamento igual ou discriminatório”.

A doutrina assim disseminada, com vozes altivas, como a dos juristas retro mencionados, é que permite, com a discussão dos vários matizes do pensamento, aprofundar esses fundamentos e introduzir, na legislação, normas capazes de tutelarem as pessoas que se achem em posição economicamente desigual, com o fito de realizar o princípio da igualização.

È do insigne Pontes de Miranda a seguinte passagem: “A desigualdade econômica não é, de modo nenhum, desigualdade de fato, e sim a resultante, em parte, de desigualdades artificiais, ou desigualdades de fato mais desigualdades econômicas mantidas por leis. O direito que em parte as fez, pode amparar e extinguir as desigualdades econômicas que produziu. Exatamente aí é que se passa a grande transformação da época industrial, com a tendência a maior igualdade econômica, que há de começar, como já começou em alguns países, pela atenuação mais ou menos extensa das desigualdades”.

A igualdade formal, portanto, era medida desprovida de força suficiente para obtenção da justiça, da isonomia pretendida. Indispensáveis, portanto, mecanismos que lograssem erradicar as desigualdades sociais, deixando de lado a formalidade jurídica do princípio para, definitivamente, prestigiar-se a igualdade material. Tem-se, nesse sentido, o entendimento de que a igualdade tenha passado por vários estágios, onde as diferenças gritantes encontradas de um para outro segmento social, inclusive dentro de certos estamentos, haja desaparecido paulatinamente, porém, ainda nos tempos atuais, se procure aperfeiçoar, dentro das democracias mais organizadas dos países emergentes, a busca incessante dessa isonomia tão sonhada.

O Doutor Paulo Bonavides, nosso emérito professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, encarando o tema, assim se pronunciou: “ A compreensão jurídica da isonomia passa por distintas fases. Durante uma fase primeira, o instituto é objeto de reflexões que assentam primariamente no combate retórico a desigualdades sociais e políticas. Cessa, porém, a batalha contra as disparidades sociais logo que o “terceiro estado” (Sieyès) se assenhora do poder, arruína os privilégios feudais e entra a formular códigos e redigir Constituições. A Segunda fase da isonomia transcorre sob a evidência de uma fundamental reconciliação de postulados, em que se põe termo a suposta irre-

ditibilidade dialética vislumbrada naquela antinomia Estado Sociedade. Reconhece-se que a igualdade estabelecida pela ordem constitucional é um direito fundamental, com dignidade axiológica superior ao direito positivo. De modo que ela obriga também o legislador na disciplina das relações públicas a tratar os cidadãos igualmente. Mas a par dessa rigidez formal da igualdade, vem prosperando, de último, um entendimento acerca de justas diferenciações materiais e objetivas na aplicação do princípio. Diferenciações patenteadoras de que a igualdade proclamada pelo Estado guarda uma contradição inerente entre “igualdade formal” e “desigualdade fática”, conduzindo a uma nova versão contemporânea desse direito, de que resultaria, segundo um publicista, esta nota contraditória: “o princípio da igualdade contra a igualdade”.

Destarte, é ao Estado que cabe extinguir essas desigualdades avassaladoras com o implemento de condições objetivas que façam surgir oportunidades de todos os matizes para a consecução do desiderato perseguido, seja, a igualação material em substituição à formal, porquanto esta de todo insuficiente.

Quando a Constituição assegura a todos os cidadãos a igualdade formal, como princípio jurídico a ser aperfeiçoado, incumbe ao Estado envidar esforços para que aquela igualdade formal se materialize, buscando esse ideário de todas as maneiras possíveis, mormente no campo sócio-econômico e político, não podendo ele, Estado, fugir a esse comportamento, pena de, em assim fazendo, estar descumprindo mandamento constitucional e, conseqüentemente, contravindo a ordem superiormente emanada.

É de Afonso Arinos de Melo Franco a seguinte passagem: “Refletindo um pouco mais sobre o assunto, poderíamos acrescentar que a liberdade é o aspecto político da democracia, enquanto a igualdade é o seu aspecto social. Daí decorre a conclusão, por todos sentida, de que a democracia moderna não é apenas uma forma de organização do Estado que garanta a liberdade dos cidadãos, mas também uma forma de organização da sociedade, que promova a igualdade de oportunidade entre os homens.”

Temos, por conseguinte, que a igualdade material é aquela resultante da repartição igual de todos os bens sociais por todos os indivíduos, enquanto que a formal é a igualdade diante da lei, que nunca chega a destruir as desigualdades sociais, e exige que qualquer homem, por mais humilde que seja a sua condição, seja reconhecido como pessoa moral e jurídica, como uma personalidade individual, só porque e, precisamente, porque é homem.

O princípio da igualdade ou princípio da não discriminação, conceito entendido como menos abstrato e, acima de tudo, mais técnico que a noção de

igualdade, não nega as diferenças objetivas entre os homens. O problema consiste em saber que diferenças são de considerar quando está em jogo o exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Não deve nem pode, igualmente, ser confundido com igualitarismo. A igualdade é, antes necessariamente, relativa, pelo que não há de ser interpretada em termos absolutos. Ela corresponde à justiça, ou, mais precisamente ainda, à Justiça distributiva, ao nível da Filosofia do direito. A igualdade é, por isso mesmo, proporcional e não matemática. Constitui uma paridade em sentido falso a igualdade absoluta, abstrata, matemática, e paridade em sentido justo a igualdade relativa, concreta, jurídica, porquanto o verdadeiro princípio da paridade não se cifra num a cada um o mesmo, mas num a cada um o que lhe pertence, quer dizer, dar o seu a quem ele é devido.

Assim, tendo em vista a abordagem acima sobre justiça distributiva, dessa noção decorre a exigência de serem tratados de modo idêntico aqueles que se acham em situações idênticas, e de modo dessemelhante os que se acham em situações desiguais. Pode-se falar, destarte, numa aparente desigualdade. Como já salientado, na verdade, o princípio da igualdade não exige uma parificação absoluta. Urge que seja imposto, isto sim, que a disciplina jurídica seja igual quando uniformes forem as condições objetivas das hipóteses reguladas, e desigual sempre que falte tal uniformidade.

No decorrer desse estudo já temos afirmado, mas é sempre bom e próprio repetir, que essa idéia se encontra expressa pelo recurso a fórmulas diversas, porém próximas e complementares entre si, tratamento igual para aquilo que é essencialmente igual, e desigual para aquilo que é essencialmente desigual. Regulação igual para o que for substancialmente igual. Normas comuns a todas as situações que, objetivamente, não requeiram ou não consintam regras diferentes, e vice-versa. Tratamento semelhante aos que se acham em condições semelhantes.

A igualdade, significando semelhança, analogia, não é identidade ou igualação de coisas, situações e pessoas. Ao contrário, envolve, antes, uma comparação entre dois ou vários objetos, sejam eles pessoas ou coisas, com vista à colocação em evidência de elementos comuns, sendo, assim, ponto central do conceito de igualdade a comunhão ou núcleo comum existente entre objetos diversos. Depende do caráter idêntico ou distinto dos seus elementos essenciais.

Não significando, a igualdade, identidade, muito pelo contrário, se lhe contrapondo, não significa, da mesma forma, uniformidade normativa. Não se

confunde com ela. a existência de preceitos uniformes, comuns a uma multiplicidade de situações, podem violar o princípio da igualdade, se particular condicionalismo obrigar, na economia do princípio, a tratamento distinto.

Para concluir queremos afirmar que a igualdade só será alcançada combatendo-se as causas da desigualdade. A desigualdade não é uma coisa solta no ar. Ela tem cor. Ela é consequência da pobreza.

BIBLIOGRAFIA

AGOSTINHO, Santo. O Livre Arbítrio, São Paulo, Editora Paulus, 3ª Edição, 1995.

ALBUQUERQUE, Martin de. Da Igualdade. Introdução à jurisprudência. Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

ARISTÓTELES. Política. São Paulo, Editora Nova Cultural Ltda., 2000.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, São Paulo, Editora Atlas S.A, 1997.

PLATÃO. A República, São Paulo, Editora Nova Cultural, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social, São Paulo, Editora Globo S.A, 1999.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 6ª Edição, 1990.

PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E RECURSOS HÍDRICOS

Luís Praxedes Vieira da Silva

*Juiz Federal da 1.ª Vara/ CE
Professor do Curso de Direito da Unifor
Mestre em Direito pela UFC.*

Aos povos indígenas, consagradores do princípio da precaução:

“Os rios, de cujas águas límpidas e cristalinas serviram esses povos, a maioria com nomes índios, já estavam turbados pelo lodo e pelos detritos dos intrusos; a própria terra estava sendo devastada e dissipada. Para os índios, parecia que os europeus odiavam tudo na natureza – as florestas vivas e seus pássaros e bichos, as extensões de grama, o solo e o próprio ar” (1).

Inicialmente devemos ressaltar a questão da terminologia. Qual seria a palavra mais conveniente para nós? Precaução ou prevenção? No Aurélio encontramos para o termo precaução (do latim: *praecautio*, substantivo feminino), o primeiro significado como: “disposição ou medida antecipada que visa a prevenir um mal; prevenção”. E no segundo significado: “cautela, cuidado”. Para o termo prevenção (do latim: *praeventio*, substantivo feminino) temos: “1. Ato ou efeito de prevenir(-se). 2. Disposição ou preparo antecipado; e preventivo. 3. Modo de ver antecipado; 4. premeditação(...). e 5. Precaução, cautela.”

Edis Milaré prefere o termo prevenção ao invés de precaução, na sua justificativa prevenção é “substantivo do verbo prevenir, e significa ato ou efeito de antecipar-se, chegar antes; induz uma conotação de generalidade, simples antecipação no tempo, é verdade, mas com intuito conhecido. Precaução é substantivo do verbo precaver-se (do latim *prae* = antes e *cavere* = tomar cuidado) e sugere cuidados antecipados, cautela para que uma atitude ou ação não venha a resultar em efeitos indesejáveis. A diferença etimológica e semântica (esta-

belecida pelo uso) sugere que a prevenção é mais ampla do que precaução e que, por seu turno, precaução é atitude em medida antecipatória voltada pretencionalmente para casos concretos.”(2)

Preferimos adotar a terminologia “precaução” justamente por ser o termo mais específico em face das implicações diretas para o Direito Ambiental. Sem esquecer o importante destaque do termo “prevenção” dado por Edis Milaré e outros autores. Inclusive com outras expressões como faz Paulo de Bessa Antunes que prefere “princípio da prudência ou da cautela.”(3) O princípio da precaução destaca-se como um esforço qualificado do princípio da prevenção, exigindo uma antecipação para evitar concretamente os riscos ao meio ambiente.

Porém a questão não é fácil. O princípio da precaução apresenta muitos pontos polêmicos e controvertidos, há até quem negue sua existência enquanto princípio autônomo, bem como dificuldades quanto a sua operacionalidade.

No jargão popular diz-se muito que é melhor prevenir do que remediar e assim se destaca o princípio da precaução no Direito Ambiental, ou seja, a busca da proteção do ambiente mesmo diante da incerteza científica.

Segundo Maria Alexandra de Sousa Aragão(4) o princípio da precaução foi acrescentado pelo Tratado de Maastricht aos já existentes pelo que o seu conteúdo não deve ser confundido com os outros. O princípio da precaução deriva do VORSORGEPRINZIP, do ordenamento jurídico alemão e exige a atuação mesmo antes do princípio da prevenção impor-se preventivamente. A primeira adoção expressa do princípio da precaução no âmbito internacional foi em 1987, na Segunda Conferência Internacional sobre a proteção do Mar do Norte; onde emissões de poluição potencialmente poluentes, deveriam ser reduzidas, mesmo quando não haja prova científica evidente do nexo causal entre as emissões e os efeitos. O princípio da precaução significa então que as pessoas e o seu meio ambiente devem ter em seu favor o benéfico da dúvida quando haja incerteza sobre se uma dada ação os vai prejudicar.

Assim, o princípio da precaução se inserido como um princípio geral do direito tem uma implicação muito importante para o Direito Ambiental. Os princípios gerais de Direito são consagrados como fonte subsidiária na interpretação do Direito, conforme art. 4º. da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei 4.657/42), mas é bem mais que isso, é o princípio que dá o fundamento da normatização jurídica. Sobre a função dos princípios, esclarece José de Albuquerque Rocha:

“De forma que a mais essencial função dos princípios é qualificar a realidade, ou seja, é valorar a realidade, é atribuir-lhe um valor, a indicar ao intérprete ou ao legislador que a realidade deve ser tratada normativamente de acordo com o valor que o princípio lhe confere. Isso significa que as funções dos princípios, em relação às normas jurídicas, são uma derivação lógica de sua função essencial de qualificação da realidade. Ou seja, os princípios têm função de fundamentação das normas justamente porque elas não podem contrariar o valor por eles proclamado; têm função de guia interpretativo justamente porque as normas devem ser interpretadas em harmonia com os valores neles consagrados; finalmente, têm função supletiva porque a norma do caso concreto deve ser formulada em atenção aos valores fixados”.(5).

Nós temos o princípio da precaução disciplinado direta ou indiretamente em vários dispositivos normativos.

A conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento ocorrido no Rio de Janeiro, no período de 03 a 21 de junho de 1992, disciplinou nos princípios 15 e 17 regras sobre os princípios da precaução:

- “Princípio 15: De modo a proteger o meio-ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.”
- “Princípio 17: A avaliação de impacto ambiental, como instrumento internacional, deve ser empreendida para as atividades planejadas que possam vir a ter impacto negativo considerável sobre o meio ambiente, e que dependam de uma decisão de autoridade nacional competente.”

A nossa Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, “caput”, quando fala em PRESERVAR o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações presentes e futuras apresenta aí conotação de aplicabilidade do princípio da precaução, bem como os incisos IV e V do § 1.º do mesmo dispositivo legal. O inciso IV determina que incumbe ao poder público, exigir na forma da Lei, para instalação de obra em atividade potencialmente causadora de significativa

degradação ambiental, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade. Já o inciso V, determina que o Estado deve controlar a produção, comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportam riscos para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

Interessante também quanto à aplicabilidade do princípio da precaução a Lei de biodiversidade aprovada no Estado do Amapá. É a Lei 388, de 10 de dezembro de 1997, e seu regulamento, o Decreto n.º 1624 de 25 de julho de 1999. O objetivo da Lei é preservar a diversidade da Região Amazônica, a integralidade e a cultura do povo indígena, a utilização sustentável e ainda fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material. A introdução de novas espécies sem um estudo preventivo quanto a sua subsistência no sistema ecológico local tem causado sérios danos à natureza e ao homem, como já se tem demonstrado em vários exemplos, aqui no Brasil e no mundo. É conhecido o exemplo da introdução do coelho na Austrália, onde não existia um predador natural para ele, tornou-se uma praga, dizimando plantações e acabando áreas inteiras de vegetação local.

Para evitar fatos desta natureza, com adoção implícita do princípio da precaução, o art. 14 da Lei 388 de 10 de dezembro de 1997, procura evitar estes riscos com a seguinte redação:

“Art. 14. A introdução de espécimes e de recursos genéricos no Território do Estado do Amapá dependerá de prévia autorização e obedecerá às seguintes diretrizes:

I – A introdução de um espécime exótico só será admitida se dela se puderem esperar benefícios evidentes e bem definidos para as comunidades locais;

II – A introdução de um espécime exótico só será admitida se não houver tecnologia adequada para utilização de espécies nativas para o mesmo fim e para auxiliar na preservação de espécies nativas;

III – Nenhum espécime exótico poderá ser deliberadamente introduzido em qualquer habitat natural, estendendo-se como tal aquele que não tenha sido alterado pelo homem, sem os prévios estudos de impacto ambiental;

IV – Nenhum espécime exótico poderá ser introduzido em habitats seminaturais, exceto quando a operação houver sido submetida a prévio estudo de impacto ambiental;

V – A introdução de espécimes exóticos em habitats altamente modificados só poderá ocorrer após os seus efeitos sobre os habitats naturais e

seminaturais terem sido avaliados por meio de prévio estudo de impacto ambiental.”

O art. 14, inciso VII do regulamento(decreto 1624/99) determina que incumbe à Secretaria de Meio Ambiente do Estado do Amapá (SEMA), sempre de acordo com o previsto neste decreto e demais instrumentos de legislação e política ambiental prevenir e controlar a introdução de espécies exóticas no território estadual.

O avanço tecnológico e científico no mundo moderno é uma realidade incontestável. Toda essa atividade moderna causa também muita incerteza e imprevisibilidade, vivemos então em uma sociedade de riscos. A idéia da precaução é o resultado dessa percepção.

Carla Amado Gomes (6) aponta sete dificuldades de aplicabilidade do princípio da precaução. A primeira é de ordem sociológica, pois decidir uma causa em favor do ambiente contra o avanço tecnológico ou científico pode prejudicar as expectativas de melhoria de largas camadas de população. A segunda é política, pois os Estados, em nome de uma maior “precaução” em face de incertezas, podem ver fortemente reduzidos os seus direitos soberanos de disposição e utilização de recursos naturais. A terceira é de ordem econômica pois as exigências de precaução muitas vezes vão de encontro às necessidades de desenvolvimento econômico.

A quarta é de ordem jurídica, principalmente no que diz respeito a tomadas de decisão na defesa de questões ambientais, pois teríamos enormes dificuldades nas perícias jurídicas, em face da imprecisão de opiniões científicas quanto a riscos e danos futuros. A quinta é a tecnológica, pois observando o princípio de precaução de forma absoluta ou até mesmo relativa, proibindo a introdução de novas técnicas e produtos, devido a incerteza sobre os seus efeitos pode levar a uma paralisa do progresso tecnológico e científico. A sexta é a científica principalmente diante da impotência dos cientistas em demonstrar se um produto novo poderá causar danos no futuro, como a polêmica em torno dos transgênicos e da clonagem, por exemplo. A sétima é a de ordem ecológica que gira em torno das dificuldades de definir com precisão a natureza jurídica do princípio da precaução e sua efetiva aplicabilidade.

Assim, concluímos neste aspecto, que o princípio da precaução precisa ser melhor delineado para evitar dúvidas na sua efetividade. Pois já deu pra perceber que o princípio da precaução caracteriza-se por muitas incertezas e imprecisões. Mesmo assim este princípio é extremamente importante para o

meio ambiente e para o Direito Ambiental e ele deve se impor principalmente se há suspeita que uma determinada atividade ou técnica envolva um risco de produção de danos ambientais, desconhecendo-se no entanto, a sua probabilidade de ocorrência ou importância. Também perante impactos ambientais já verificados, e que não se conheça qual a sua causa. E ainda quando não seja possível demonstrar a existência de umnexo de causalidade entre o desenvolvimento de uma determinada atividade ou processo e a ocorrência de determinados danos.

É interessante também destacar a questão da globalização e o princípio da precaução. Para Luciana de Medeiros Fernandes “a globalização corresponde, em síntese, ao processo de transformação da organização política moderna, denominada Estado, pela consideração de sua imprescindibilidade para o atual momento histórico, marcado pela revitalização do espaço, tornado ilimitado pelos agentes econômicos”.(7). Então a atual tendência para a globalização no interesse econômico poderá muitas vezes ir de encontro ao princípio da precaução em virtude da natureza limitativa deste.

Segundo Ana Gouveia e Freitas Martins(8) a implementação do princípio da precaução gira em torno de sete idéias fundamentais:

1. Presente a ameaça de danos sérios ao ambiente, ainda que não existam provas científicas que estabeleçam umnexo causal entre atividade e os seus efeitos, devem ser tomadas as medidas necessárias para impedir sua ocorrência.
2. A inversão do ônus da prova, cabendo àquele que pretende exercer uma dada atividade ou desenvolver uma nova técnica demonstrar que os riscos a ela associados são aceitáveis.
3. *In dúbio pro ambiente* ou *in dúbio contra projectum*. Significa que se a irreversibilidade e a gravidade de uma situação for temida, designadamente, por subsistirem dúvidas significativas quanto à produção de danos ambientais ou por a ciência não conseguir avaliar as consequências de uma dada atividade, não se devem correr riscos, dando-se prioridade à proteção ambiental.
4. Concessão de espaço de manobra ao ambiente, reconhecendo que os limites de tolerância ambiental não devem ser forçados, ainda menos transgredidos.
5. A existência de desenvolvimento e introdução das melhores técnicas disponíveis em prol de um meio ambiente saudável.
6. Preservação de áreas e reservas naturais e a proteção das espécies.

7. Promoção e desenvolvimento da investigação científica e a realização de estudos completos e exaustivos sobre os efeitos e riscos potenciais de uma dada atividade.

Outro importante princípio para moldar o princípio da precaução é o princípio da proporcionalidade. A doutrina, como um todo, vem dando uma importância muito grande ao princípio da proporcionalidade, principalmente na ordem constitucional, objetivando preservar os direitos fundamentais. Mesmo não estando ele expressamente previsto em nossa carta magna, ele é decorrente do sistema, conforme determina o § 2º do art. 5º (os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte).

Assim o princípio da precaução seria refletido no princípio da proporcionalidade para evitar os excessos e dar ponderação entre aquilo que se protege e a forma como se protege. É preciso fazer um “sopesamento” entre os interesses e bens jurídicos que se encontram em conflito ou em estado de contradição, para que proporcionalmente se encontre uma solução para o caso respeitante todos os envolvidos e a preservação do meio ambiente.

É o caso, por exemplo, dos transgênicos. Será que o processo transgênico não poderá causar processos alérgicos ou iniciar reações que possam causar câncer em seres humanos ou em animais? É uma incerteza. Porém se formos utilizar o princípio da precaução de forma radical, impediríamos a pesquisa científica sobre os transgênicos. Agora, se matizarmos a precaução com a proporcionalidade, liberaríamos a pesquisa científica, mas só se permitiria a comercialização de tais produtos depois de cabalmente comprovado que eles não causariam qualquer tipo de dano grave.

Assim, o princípio da precaução não é mais do que o aprofundamento do princípio da prevenção modulado pelo princípio da proporcionalidade.

Quanto à aplicabilidade do princípio da precaução nos meios hídricos, temos que, de início, destacar a importância da água potável em nosso planeta. 97% de toda a água existente é salgada (mares e oceanos), 2% são geleiras inacessíveis e só 1% é aproveitável (rios, lagos e outras fontes de água doce). E mesmo assim, esse 1% é distribuído de forma desigual pela terra, para 6 bilhões de pessoas. Esse pouquinho de água que ainda resta está seriamente ameaçado pelos esgotos, lixo, resíduos de agrotóxicos e de indústrias, pelo descuido na preservação de mananciais, pelo aumento inevitável da população e pelo desperdício.

Desta forma, o equilíbrio e o futuro do planeta terra dependem da preservação da água e de seus ciclos. Eles devem permanecer intactos e funcionando normalmente para garantir a continuidade da vida sobre a terra. Daí a importância do princípio da precaução no que diz respeito aos recursos hídricos.

A incidência do princípio da precaução nos recursos hídricos pode se dar das mais variadas formas e finalidades. A título meramente exemplificativo, podemos citar:

- Dever de preservação dos mananciais;
- Dever de dar maior responsabilidade na gestão do uso da água, mantendo um equilíbrio entre os imperativos de sua proteção e as necessidades de ordem econômica, sanitária e social;
- Dever de responsabilizar criminalmente com mais rigor quem promover a poluição da água, propondo-se modificação na legislação existente;
- Dever de disciplinar com rigor as hipóteses de reutilização da água, através de tratamento adequado;
- Dever de promover a participação do povo nos procedimentos decisórios, tornando acessível a informação, favorecendo a pronúncia das populações na gestão popular da água, favorecendo seu livre acesso sem discriminação, porém com responsabilidade.
- Dever de promover a pesquisa científica para uma facilitação no processo de dessalinização da água;
- Dever de promover políticas de captação de água da chuva, principalmente nas regiões semi-áridas;
- Dever de instituir mecanismos de avaliação periódica de riscos e efeitos da poluição no meio hídrico, bem assim como da sua publicitação de modo a poder fiscalizar o cumprimento das cláusulas de revisão;
- Dever de estabelecer a possibilidade de lançar mão de medidas cautelares que permitam atalhar a consumação de danos graves e irreversíveis quanto aos recursos hídricos.

A implementação e observância destes deveres, apenas enumerados de forma limitada, permitiria uma maior adequação do princípio da precaução na área de preservação racional dos recursos hídricos.

Sobre o princípio da precaução e sua aplicabilidade na área hídrica, gostaríamos de aprofundar apenas os dois primeiros deveres apontados acima, quais sejam: dever de preservação dos mananciais e o dever de dar maior responsabilidade na gestão do uso da água.

O dever de preservação dos mananciais é imprescindível para a manutenção regular dos cursos e fontes de água. Assim é imperativo que se observe o princípio da precaução neste aspecto. Para a conservação das áreas de preservação permanente, as reservas ecológicas podem ser públicas ou privadas, mas sua finalidade é manter os ecossistemas naturais de importância regionais ou local e regular o uso admissível dessas áreas, de modo a compatibilizá-lo com os objetivos da conservação.

A responsabilidade na gestão dos recursos hídricos é algo que ganha muito destaque hoje em dia, em face da necessidade de administrar melhor as constantes crises no sistema de abastecimento d'água das grandes cidades e do fornecimento de água para a agricultura.

Analisaremos particularmente o caso do Estado do Ceará que tem uma legislação avançada sobre a matéria. Tomaremos como fonte de pesquisa e referência o trabalho de Rosana Garjulli, Técnica em Planejamento e Gestão de Recursos Hídricos da Companhia de Gestão de Recursos Hídricos do Ceará – COGERH (9).

A partir de 1992, o Estado do Ceará passa a ter uma Lei (Lei 11.996, de 24 de julho de 1992), que define a Política Estadual dos Recursos Hídricos e institui o Sistema Estadual de Gestão de Recursos Hídricos (SIGERH). Este modelo tem como princípios básicos à descentralização, integração e participação dos usuários no processo de gestão dos recursos hídricos, define a bacia hidrográfica como unidade de planejamento, explicita como instrumentos de gestão a outorga e a cobrança pelo uso da água, assim como a licença para obras hídricas, e insere em seu Sistema organismos colegiados, tais como os Comitês de Bacia e o Conselho Estadual dos Recursos Hídricos.

Esta nova postura frente à problemática hídrica encontra inúmeros desafios em sua implementação, seja nos Estados do Sul do País ou no Nordeste, pois, em alguns aspectos, muda radicalmente o enfoque sobre o Setor de Recursos Hídricos e fere muitos interesses e práticas historicamente estabelecidas, tais como as das grandes empresas construtoras, o hábito de “privatizar” o uso da água, as decisões isoladas e centralizadas sobre todo o processo de gestão.

Ao se buscar uma estratégia de atuação que garantisse a gestão integrada, descentralizada e participativa dos recursos hídricos, conforme determina a Política Estadual de Recursos Hídricos; foram consideradas algumas características naturais, socioeconômicas e culturais determinantes da realidade do semi-árido cearense dentre as quais destacam-se:

- a água como elemento essencial à vida humana, vegetal e animal, mas recurso natural escasso e limitado em quase todo o Estado;
- a realidade de uma região semi-árida, onde a garantia de água para o ano todo só é possível com a intervenção do homem sobre a natureza, por meio da construção de obras hídricas;
- a água como elemento natural dinâmico que, ao se prestar a múltiplos usos, gera interesses antagônicos, que, mal administrados, transformam-se em graves conflitos entre seus diversos usuários e na má utilização deste recurso;
- a prática histórica da intervenção governamental no Nordeste, caracterizada pela realização de obras hídricas pontuais, desvinculadas de um processo de desenvolvimento integrado para uma determinada área, que resultou na privatização de muitas destas obras públicas;
- o paternalismo que tem caracterizado as intervenções mais estruturadas dos perímetros públicos de irrigação e que levou à dependência quase total dos irrigantes em relação aos órgãos governamentais;
- a força do componente cultural, que concebe que as fontes de água, riachos, cachoeiras e até rios perenizados, que existem e passam por terras particulares, são também particulares e, portanto, disponíveis para qualquer forma de uso, sem nenhum controle público; e
- a dependência histórica da população em relação ao Estado, seja para o abastecimento de água nos períodos emergenciais de seca ou como construtor de infra-estrutura hídrica a “custo zero” em propriedades privadas.

Por todas as características naturais, socioeconômicas e políticas explicitadas acima, fica evidente a importância da gestão integrada dos recursos hídricos em um Estado como Ceará.

A legislação do Ceará então está proporcionando uma aplicabilidade do princípio da precaução, uma vez que está modificando procedimentos e práticas historicamente estabelecidas em termos da gestão dos recursos hídricos com a descentralização da implementação dos instrumentos, levando a uma gestão participativa dos recursos hídricos.

Concluimos então que o princípio da precaução aplicado às águas aponta para que este imprescindível bem vital não seja desperdiçado, poluído, nem envenenado, para que sua utilização seja feita com consciência e discernimento para que não se chegue ao seu esgotamento ou à deterioração das reservas

atualmente disponíveis. Usando-se assim a consagrada frase: “sabendo usar não vai nos faltar”.

Encerro então com o brilhante poema de Mário Quintana, feito pouco tempo antes de morrer, aos 87 anos, em 5 de maio de 1994. Poema feito quando de uma viagem que fez pelas margens do Rio Paraguai:

Ninho de Tuiuiú nas margens do Rio Paraguai

Dizem que a história é a mestra da vida. Mas como é que seus protagonistas incorrem sempre nos mesmos erros? Destruição. Fome. Guerra. Parece que não adiantou em nada os exemplos das reprovações anteriores. Que rede de segurança, pensamos nós, cheios de esperança, que rede de segurança nos aparará?

Quando a água desaparecer que será do homem, que será das coisas, dos verdes e bichos? Que será de Deus?

Nós devemos ir movendo as peças, sem esquecer que, embora as partidas pareçam variar ao infinito, o movimento de cada peça é único e as regras do jogo são imutáveis.

Terra, te proteja o Homem conservando sempre:
O mais puro cristal de tuas fontes!
O verde único de tuas folhas.
O ninho do Tuiuiú no Pantanal...

NOTAS E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BROWN, Dee – Enterraram Meu Coração na Curva do Rio, Círculo do Livro, São Paulo, 1970, p 24;

MILARÉ, Edis – Direito do Ambiente, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p.102;

ANTUNES, Paulo de Bessa – Direito Ambiental, Editora Lumem Júris, Rio de Janeiro, 2001, p.28/29;

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa – Princípio do Poluidor Pagador, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p.68/69;

- ROCHA, José de Albuquerque – Teoria Geral do Processo, 5.ª Ed., Malheiros Editora, São Paulo, 2001, p.49;
- GOMES, Carla Amado – Dar o Duvidoso pelo (in) Certo?. Reflexões sobre o “princípio da precaução”, Actas das I Jornada Lusa – Brasileira de Direito do Ambiente, ILDA, Lisboa, março de 2002, p.286/291;
- FERNANDES, Luciana de Medeiros – Soberania & Processos de Integração, Editora Juruá, Curitiba, 2002, p.147;
- MARTINS, Ana Gouveia e Freitas – O princípio da Precaução no Direito Ambiental, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2002, p. 54/60;
- GARJULLI, Rosana – Experiências de Gestão participativa dos Recursos Hídricos: o caso do Ceará – *in* Experiências de Gestão de Recursos Hídricos, Ministério do Meio Ambiente, Agência Nacional das Águas, Brasília, 2001, pp. 107/117.

DA CONSTITUCIONALIDADE DA TRIBUTAÇÃO DOS INATIVOS, ESTABELECIDADA POR MEIO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 41/2003, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Paula Emília Moura Aragão de Sousa Brasil

Juíza Federal - SJ/PE

I. Introdução; II. Inexistência de violação ao direito adquirido ; III. A questão da irredutibilidade de vencimentos; IV. A irretroatividade e anterioridade da lei tributária; V. A ausência de necessidade de Lei Complementar; VI. A averiguação do efeito confiscatório; VII. Do caráter contributivo (e retributivo) do sistema previdenciário como corolário da natureza vinculada do tributo; VIII. Conclusões.

I. INTRODUÇÃO

O art. 4º da Emenda Constitucional n.º 41/2003, que instituiu a contribuição previdenciária dos servidores inativos e pensionistas, vem sendo objeto de intenso debate a propósito de sua conformação com as disposições constitucionais estabelecidas pelo Poder Constituinte Originário.

Preceitua o dispositivo:

“Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o *caput* incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere:

I - cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.”

Os defensores da tese da inconstitucionalidade tomam como baluarte de seu dizer, o argumento de que a emenda constitucional em causa, ao instituir a contribuição sobre os proventos dos servidores inativos, violou o direito adquirido, o princípio da vedação de confisco, os princípios da isonomia, da irredutibilidade vencimental, da irretroatividade da lei, além de ter deixado de atentar para o caráter retributivo da exação.

O tema versa matéria de ordem constitucional e de intensa repercussão social, de sorte a que, inexoravelmente, será suscitada sua apreciação perante a Corte Guardião. Atenta a este fato, tenho por oportuno o exame do precedente jurisprudencial daquele Pretório, do qual decorreu entendimento a propósito da Reforma Previdenciária, promovida em 1999, sob a égide do Governo do então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, com bases muito semelhantes à presentemente intentada pela atual Administração.

Segue a ementa do julgamento, nos excertos que importam ao caso em exame:

“EMENTA (...) RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - INCIDÊNCIA NOS CASOS TAXATIVAMENTE INDICADOS NA CONSTITUIÇÃO - CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL DEVIDA POR SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS EM ATIVIDADE - INSTITUIÇÃO MEDIANTE LEI ORDINÁRIA - POSSIBILIDADE. - Não se presume a necessidade de edição de lei complementar, pois esta é somente exigível nos casos expressamente previstos na Constituição. Doutrina. Precedentes. - O ordenamento constitucional brasileiro - ressalvada a hipótese prevista no art. 195, § 4º, da Constituição - não submeteu, ao domínio normativo da lei complementar, a instituição e a majoração das contribuições sociais a que se refere o art.

195 da Carta Política. - Tratando-se de contribuição incidente sobre servidores públicos federais em atividade - a cujo respeito existe expressa previsão inscrita no art. 40, caput, e § 12, c/c o art. 195, II, da Constituição, na redação dada pela EC n.º 20/98 - revela-se legítima a disciplinação do tema mediante simples lei ordinária. As contribuições de seguridade social - inclusive aquelas que incidem sobre os servidores públicos federais em atividade -, embora sujeitas, como qualquer tributo, às normas gerais estabelecidas na lei complementar a que se refere o art. 146, III, da Constituição, não dependem, para o específico efeito de sua instituição, da edição de nova lei complementar, eis que, precisamente por não se qualificarem como impostos, torna-se inexigível, quanto a elas, a utilização dessa espécie normativa para os fins a que alude o art. 146, III, a, segunda parte, da Carta Política, vale dizer, para a definição dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes. Precedente: RTJ 143/313-314. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO ADMITE A INSTITUIÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL SOBRE INATIVOS E PENSIONISTAS DA UNIÃO. - A Lei n.º 9.783/99, ao dispor sobre a contribuição de seguridade social relativamente a pensionistas e a servidores inativos da União, regulou, indevidamente, **matéria não autorizada pelo texto da Carta Política, eis que, não obstante as substanciais modificações introduzidas pela EC n.º 20/98 no regime de previdência dos servidores públicos, o Congresso Nacional absteve-se, conscientemente, no contexto da reforma do modelo previdenciário, de fixar a necessária matriz constitucional, cuja instituição se revelava indispensável para legitimar, em bases válidas, a criação e a incidência dessa exação tributária sobre o valor das aposentadorias e das pensões.** O regime de previdência de caráter contributivo, a que se refere o art. 40, caput, da Constituição, na redação dada pela EC n.º 20/98, foi instituído, unicamente, em relação “Aos servidores titulares de cargos efetivos...”, inexistindo, desse modo, qualquer possibilidade jurídico-constitucional de se atribuir, a inativos e a pensionistas da União, a condição de contribuintes da exação prevista na Lei n.º 9.783/99. Interpretação do art. 40, §§ 8º e 12, c/c o art. 195, II, da Constituição, todos com a redação que lhes deu a EC n.º 20/98. DEBATES PARLAMENTARES E INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. - O argumento histórico, no processo de interpretação constitucional, não se reveste de caráter absoluto. Qualifica-se, no

entanto, como expressivo elemento de útil indagação das circunstâncias que motivaram a elaboração de determinada norma inscrita na Constituição, permitindo o conhecimento das razões que levaram o constituinte a acolher ou a rejeitar as propostas que lhe foram submetidas. Doutrina. - O registro histórico dos debates parlamentares, em torno da proposta que resultou na Emenda Constitucional n.º 20/98 (PEC n.º 33/95), revela-se extremamente importante na constatação de que **a única base constitucional - que poderia viabilizar a cobrança, relativamente aos inativos e aos pensionistas da União, da contribuição de seguridade social - foi conscientemente excluída do texto, por iniciativa dos próprios Líderes dos Partidos Políticos** que dão sustentação parlamentar ao Governo, na Câmara dos Deputados (Comunicado Parlamentar publicado no Diário da Câmara dos Deputados, p. 04110, edição de 12/2/98). **O destaque supressivo, patrocinado por esses Líderes partidários, excluiu, do Substitutivo aprovado pelo Senado Federal (PEC n.º 33/95), a cláusula destinada a introduzir, no texto da Constituição, a necessária previsão de cobrança, aos pensionistas e aos servidores inativos, da contribuição de seguridade social. O REGIME CONTRIBUTIVO É, POR ESSÊNCIA, UM REGIME DE CARÁTER EMINENTEMENTE RETRIBUTIVO. A QUESTÃO DO EQUILÍBRIO ATUARIAL (CF, ART. 195, § 5º). CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL SOBRE PENSÕES E PROVENTOS: AUSÊNCIA DE CAUSA SUFICIENTE.** - Sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou a majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício. **A existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição.** Doutrina. Precedente do STF. A CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS EM ATIVIDADE CONSTITUI MODALIDADE DE TRIBUTO VINCULADO. - A contribuição de seguridade social, devida por servidores públicos em atividade, configura modalidade de contribuição social, qualificando-se como **espécie tributária de caráter vinculado, constitucionalmente destinada ao custeio e ao financiamento do regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo.** Precedentes. A GARAN-

TIA DA IRREDUTIBILIDADE DA REMUNERAÇÃO NÃO É OPONÍVEL À INSTITUIÇÃO/MAJORAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL RELATIVAMENTE AOS SERVIDORES EM ATIVIDADE. - A contribuição de seguridade social, como qualquer outro tributo, é passível de majoração, desde que o aumento dessa exação tributária observe padrões de razoabilidade e seja estabelecido em bases moderadas. Não assiste ao contribuinte o direito de opor, ao Poder Público, pretensão que vise a obstar o aumento dos tributos - a cujo conceito se subsumem as contribuições de seguridade social (RTJ 143/684 - RTJ 149/654) -, desde que respeitadas, pelo Estado, as diretrizes constitucionais que regem, formal e materialmente, o exercício da competência impositiva. Assiste, ao contribuinte, quando transgredidas as limitações constitucionais ao poder de tributar, o direito de contestar, judicialmente, a tributação que tenha sentido discriminatório ou que revele caráter confiscatório. A garantia constitucional da irredutibilidade da remuneração devida aos servidores públicos em atividade não se reveste de caráter absoluto. Expõe-se, por isso mesmo, às derrogações instituídas pela própria Constituição da República, que prevê, relativamente ao subsídio e aos vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos - (CF, art. 37, XV), a incidência de tributos, legitimando-se, desse modo, quanto aos servidores públicos ativos, a exigibilidade da contribuição de seguridade social, mesmo porque, em tema de tributação, há que se ter presente o que dispõe o art. 150, II, da Carta Política. Precedentes: RTJ 83/74 - RTJ 109/244 - RTJ 147/921, 925. (...) **TRIBUTAÇÃO CONFISCATÓRIA É VEDADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.** - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende cabível, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de a Corte examinar se determinado tributo ofende, ou não, o princípio constitucional da não-confiscatoriedade consagrado no art. 150, IV, da Constituição. Precedente: ADI 1.075-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (o Relator ficou vencido, no precedente mencionado, por entender que o exame do efeito confiscatório do tributo depende da apreciação individual de cada caso concreto). - A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-

lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, por exemplo). **A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte - considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) - para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar**, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda, a aferição do grau de insuportabilidade econômico-financeira, à observância, pelo legislador, de padrões de razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público. Resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo - resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal - afetar, substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/ou os rendimentos do contribuinte. - O Poder Público, especialmente em sede de tributação (as contribuições de seguridade social revestem-se de caráter tributário), não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. (...)” (ADI 2010 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 30/09/1999 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ DATA-12-04-02 PP-00051 EMENT VOL-02064-01 PP-00086). - Original sem destaques.

À luz do entendimento do citado Sodalício, invocado com base nos esteios já declinados, passo ao exame da reforma introduzida por meio da EC 41/2003, no ponto em que toca a instituição da cobrança aos inativos.

II. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO ADQUIRIDO

É possível inferir, com razoável clareza, que a baliza nuclear do precedente está em que não houve o estabelecimento da necessária matriz constitucional à cobrança da exação. Em ponto algum do julgamento, afirma-se diretamente a ocorrência de violação ao preceito do direito adquirido, no tocante à imposição da cobrança em si.

Deveras, de outro modo não podia ser, já que o próprio Supremo Tribunal Federal, já reiterou, em diversas ocasiões, seu entendimento acerca da inexistência de direito adquirido a regime jurídico.

Adite-se que os inativos e pensionistas da União nunca estiveram imunes, por dispositivo constitucional, expresso ou implícito, à tributação. Embora não tenha faltado quem defendesse a aplicação subsidiária aos servidores aposentados, da regra específica dos segurados do Regime Geral (art. 195, II), a os eximir da tributação de seus proventos, a exegese não chegou a vingar. Talvez porque, como sustentava, à época, o hoje Ministro do STF, Dr. Gilmar Ferreira Mendes¹, tratar-se-ia mesmo de uma “soma de felicidades”: aos servidores públicos os bônus de sua própria disciplina, bem como os da disciplina dos segurados do regime geral, sem no entanto, os ônus deste último regramento.

O certo é que havia apenas uma não incidência do tributo sobre seus proventos. Assim, sendo a contribuição previdenciária espécie de tributo, não há, em princípio, óbice a sua cobrança, desde que respeitados os ditames constitucionais limitadores respectivos, já que não existe direito adquirido à exclusão de futura tributação.

Sobre o tema, a clareza e a autoridade do insigne especialista Marcelo Leonardo Tavares²:

“Não vislumbro agressão aos postulados do direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, tendo em vista que não existe direito subjetivo à não incidência futura de tributo, bem como o ato jurídico de concessão não prevê tal cláusula.

Note-se que as contribuições previdenciárias aqui admitidas pela Constituição não retroagem, elas incidem sobre fatos geradores ocorridos após a previsão em hipótese de incidência.

Como não há direito adquirido à não-imposição tributária para o futuro, ou cláusula específica, baseada em lei, de não-incidência quando do ato de deferimento de benefício, não vislumbro como acolher a tese de agressão a esse instituto.

¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Contribuição dos inativos: uma interpretação possível. Jus navigandi, Teresina, a. 4, n. 39, fev. 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br>.

² TAVARES, Marcelo Leonardo. Comentários à reforma da previdência / Marcelo Leonardo Tavares, Fábio Zambitte Ibrahim, Marco André Ramos Vieira – Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

O ato jurídico de aposentação é perfeito, se observou a lei, e gera direito adquirido ao gozo de benefício sob as condições estipuladas.

Ocorre que não existe garantia constitucional ou legal, nesses casos, à futura não-incidência de tributo utilizando o valor dos proventos como base de cálculo. O fato de, no momento da concessão, não haver lei anterior prevendo a tributação não garante que lei futura não possa criar hipótese de incidência vinculada ao pagamento de benefício previdenciário.

O que deve ser verificado é se foram atendidos os princípios da reserva legal tributária, da isonomia, da irretroatividade e da anterioridade e da vedação de confisco (arts. 40, 150 e 195 da CFRB/88).”

III. A QUESTÃO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS

A impossibilidade da redução dos vencimentos também não é oponível à atuação da atividade tributante do Estado.

De fato, a majoração, por lei, da alíquota, *v.g.*, do imposto de renda, causa, em última análise, uma redução na remuneração do servidor taxado, que terá uma parcela maior do tributo retida, já na própria fonte.

Nem por isso será reconhecido a este o direito de insurgir-se contra o Fisco, de sorte a impedir a tributação, válida, desde que tenha sido estabelecida dentro dos parâmetros da razoabilidade e com observância dos princípios basilares do Sistema Tributário Nacional.

Este entendimento foi sufragado pelo Tribunal Augusto, na decisão sobre a reforma anterior, tanto que restou registrado na ementa:

“A garantia constitucional da irredutibilidade da remuneração devida aos servidores públicos em atividade não se reveste de caráter absoluto. Expõe-se, por isso mesmo, às derrogações instituídas pela própria Constituição da República, que prevê, relativamente ao subsídio e aos vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos - (CF, art. 37, XV), a incidência de tributos, legitimando-se, desse modo, quanto aos servidores públicos ativos, a exigibilidade da contribuição de seguridade social, mesmo porque, em tema de tributação, há que se ter presente o que dispõe o art. 150, II, da Carta Política.”

Na ocasião, fez-se ressalva à aplicação da exegese apenas aos servidores ativos, tão-somente porque os inativos já haviam sido excluídos da taxaço, na análise de item anterior, por força da ausência da necessária matriz constitucional da cobrança.

IV. A IRRETROATIVIDADE E ANTERIORIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA

Tem-se duas condicionantes cuja observação se impõe, para que se possa dar por válida a imposição da contribuição em exame: a irretroatividade (art. 150, II, “b” da CF/88) e a anterioridade da lei tributária, no caso a nonagesimal ou mitigada (art. 195, § 6º da CF/88).

Consiste o princípio da irretroatividade da lei tributária na impossibilidade de cobrar tributos relativos a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei instituidora.

De sua vez, a contribuição previdenciária sobre os proventos dos inativos e pensionistas está prevista para incidir sobre as parcelas dos proventos recebidos após a edição da emenda. Portanto, o fato gerador da obrigação tributária – percepção do valor mensal da aposentadoria ou pensão – é posterior à lei tributante, não sendo possível vislumbrar ofensa ao preceito da irretroatividade.

No que respeita a anterioridade, dispõe o art. 195, § 6º da CF/88, que as contribuições sociais somente poderão ser cobradas após 90 (noventa) da data da publicação que as houver instituído ou aumentado.

Nada há na redação da Emenda Constitucional n.º 41/2003, que contrarie esta limitação, pelo que não restam dúvidas quanto à aplicação do dispositivo. De todo modo, o preceito não poderia ter sido afastado (e vem sendo cumprido), por constituir garantia individual do contribuinte, consoante já entendeu o STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da relatoria do Ministro Sidney Sanches, versando sobre a emenda constitucional que instituiria o malsinado IPMF.

V. A AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR

Em se tratando de contribuições para a seguridade social, impõe-se sua instituição da contribuição mediante Lei Complementar, observado o disposto no art. 195, § 4º, quando não exista base constitucional para a exação.

Deveras, são previstas nos incisos I a III do art. 195 as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade. Cuidando-se de outras contribuições que não estas, o art. 195, § 4º exige sejam instituídas por lei complementar.

Poder-se-ia argumentar que o preceito não é sequer aplicável aos servidores inativos, posto que sua tributação estaria a obedecer apenas a disciplina do art. 40.

Não reconheço validade ao referido argumento, pois aplicação subsidiária ao regime de previdência dos servidores das disposições constitucionais sobre seguridade social, não só é constitucionalmente determinada, *ex vi* do art. 40, § 12 da CF/88 (não reformado), como também necessária à garantia da segurança jurídica na tributação.

Ocorre que a contribuição dos servidores inativos foi introduzida no próprio texto constitucional, por meio da EC em exame, possuindo o mesmo fundamento de validade das demais, previstas nos incisos do art. 195, já citados.

Assim é que, para estas como para aquelas, despicienda a veiculação de sua disciplina por lei complementar, nos termos do aludido § 4º. O tributo instituído com a reforma não se enquadra no conceito de “outras fontes”, porque previsto no texto da própria constituição.

Não se olvide que, quando o constituinte estabeleceu a exigência de lei complementar, desejou garantir ao contribuinte o quorum privilegiado da espécie normativa, prevenindo de eventuais abusos cometidos pelo legislador ordinário.

Entretanto, a emenda constitucional ocupa posição superior à lei complementar, na pirâmide do ordenamento jurídico, não sendo lícito subtrair àquela competência para tratar de assuntos que poderiam ser disciplinados por esta.

VI. A VERIFICAÇÃO DO EFEITO CONFISCATÓRIO

Quanto ao princípio da vedação de confisco, já esclareceu o Supremo Tribunal que “*a identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte - considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) - para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar*”³. Portanto, a matéria somente é passível de aferição diante do exame dos pormenores de cada caso concreto, não sendo possível o reconhecimento *tout court* do efeito confiscatório de determinada exação, sem consideração às circunstâncias específicas de sua cobrança.

³ Conferir ementa anteriormente transcrita.

VII. DO CARÁTER CONTRIBUTIVO (E RETRIBUTIVO) DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO COMO COROLÁRIO DA NATUREZA VINCULADA DO TRIBUTO

Quando do julgamento acerca da constitucionalidade da reforma anterior, a Suprema Corte, adotou como argumento subsidiário, no sentido de sua inconstitucionalidade, a assertiva de que *“a existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição.”*⁴

Inferiu-se desta assertiva, a ilação de que se estava a reconhecer relação de correspondência estrita entre os valores pagos e os recebidos em contraprestação, de sorte a considerar que, em não havendo outra aposentadoria a ser concedida aos inativos, estar-se-ia diante de “tributo sem causa”.

Para com a vênua das vozes dissonantes, entendo não ser este o melhor entendimento extraído da passagem do Pretório Excelso.

Ora bem.

A contribuição previdenciária é tributo de natureza vinculada e bem por isso tem sua cobrança atrelada a uma atuação estatal específica, que deve estar prevista na hipótese de incidência tributária. Além disto, a receita da arrecadação deve possuir destinação, previamente estabelecida. Estes os elementos necessários a sua configuração e validade. Nada mais.

Na hipótese da contribuição dos inativos e pensionistas, a atuação estatal específica consiste na manutenção e gerência, pelo Estado, por meio de sua autarquia especializada, do sistema previdenciário, apto a suportar o pagamento dos benefícios previstos em lei, aos seus segurados.

De sua vez, a arrecadação desta contribuição é destinada exclusivamente ao orçamento da Seguridade Social.

Não há necessidade de proporcionar ao contribuinte outro benefício, que não a própria garantia de aposentar-se. A nota de retributividade do sistema, não há ser confundida com a necessidade de correspondência entre os valores pagos e os recebidos.

Tal entendimento equivaleria a dizer que vige, na previdência pública brasileira, um sistema de capitalização jamais adotado na história do país. Isto a Suprema Corte não afirmou.

⁴ Idem.

De fato, a redação original da Constituição de 1988 já determinava que serviriam de fundamentos nucleares à disciplina da seguridade social os princípios da solidariedade, da equidade na forma de participação do custeio e da diversidade da base de financiamento (art. 195 e incisos da CF/88).

Sobre o tema, leciona Sérgio Pinto Martins⁵, esclarecendo que “*ocorre solidariedade na Seguridade Social quando várias pessoas economizam em conjunto para assegurar benefícios quando as pessoas do grupo necessitarem. As contingências são distribuídas igualmente a todas as pessoas do grupo.*”

Este é o quadro vigente no Brasil. Todas as contribuições, oriundas de diversas fontes, são carreadas para o mesmo orçamento, que deverá suportar os custos da seguridade. Assim, o que o segurado recebe não equivale à capitalização dos valores que pagou anteriormente; mas ao montante passível de ser-lhe destinado, mensalmente, consideradas a totalidade dos valores arrecadados e a proporção de sua participação.

Forte nestas razões, não é possível admitir que a contribuição dos inativos e pensionistas seja um “tributo sem causa”. Sua causa, bem como a dos servidores em atividade, é a necessidade de manutenção do sistema, apto a beneficiar-lhes, no momento oportuno, seja este pretérito ou futuro ao recolhimento da contribuição.

Vou além. No meu humilde pensar, sem causa, seria uma contribuição cobrada em patamares reconhecidamente inferiores às necessidades de manutenção do sistema, conduzindo-o ao colapso, de sorte a prejudicar, em massa, a aposentadoria das futuras gerações. Nesta hipótese sim, faltaria não só ao contribuinte, em particular, mas a uma comunidade inteira de contribuintes, privados de receber aposentadoria, a nota de retributividade da contribuição para a previdência social.

VIII. CONCLUSÕES

A jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal não parece ser obstáculo à implementação da reforma.

Sob o ponto de vista estritamente jurídico, parece que, desta feita, o Estado Brasileiro logrou êxito em adotar o instrumento apto à promoção da refor-

⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social. 18ª ed. – São Paulo: Atlas, 2002. pág. 76.

ma da previdência, que vinha sendo pauta de discussões em sucessivos governos.

Ao exame dos aspectos políticos e sociais, que de resto não se excluem a uma análise jurídica plena do tema, que pressupõe a presença do vetor Justiça, também não se observam maiores incongruências.

Os reconhecidamente hipossuficientes ficaram excluídos da tributação. De outra parte, partindo do pressuposto da honestidade na fundamentação da mudança, a reforma era necessária à prevenção do colapso, a médio prazo, do sistema previdenciário brasileiro.

Penso que a verdadeira Justiça Social é aquela que, sem descuidar dos aspectos individuais dos direitos subjetivos, trata de priorizar os interesses maiores da coletividade. De nada adiantaria defender sectariamente a preservação de um direito individual não absoluto, mesmo porque patrimonial, se o preço desta defesa estivesse a recair, com intensidade, talvez insuportável, sobre as gerações futuras.

Dessarte, os argumentos trazidos ao debate, no presente opúsculo, conduzem-me ao entendimento pela constitucionalidade da cobrança dirigida aos inativos e pensionistas da União, veiculada por meio da Emenda Constitucional n.º 41/2003.



ESMAFE
ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO



ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: QUESTÕES EM TORNO DA LEI N.º 9.882/99

Jailsom Leandro de Sousa

Juiz Federal

Introdução; 1- Evolução do controle de constitucionalidade no Brasil; 2- Institutos similares em outros países; 2.1- Alemanha: o recurso constitucional alemão (verfassungsbeschwerde); 2.2- Espanha: o recurso de amparo espanhol; 3. Definição de preceito fundamental; 3.1- O que é descumprimento de preceito fundamental; 4 - Natureza jurídica da argüição de descumprimento de preceito fundamental; 5 - Hipóteses de cabimento; 6 – A ADPF e a ampliação do controle concentrado de constitucionalidade; 7 - Legitimação ativa; 8 - Modalidades da ADPF; 9 - Juízo de relevância: inovação inconstitucional? 10 - O caráter subsidiário da ADPF; 11 - A natureza objetiva da ADPF; 12 - Quórum para julgamento e efeitos da decisão de mérito; 12.1 - Efeito erga omnes; 12.2 - Efeito vinculante aos órgãos do poder público; 12.3 - Efeito ex tunc ou ex nunc; 12.4 - Efeito repristinatório; 13 - Suspensão do andamento de processos ou de efeitos de decisões judiciais; 14 - Restrição de efeitos ou fixação de termo para a eficácia das decisões declaratórias de inconstitucionalidade; 15 - A Adin 2.231/DF; Considerações finais; Bibliografia.

INTRODUÇÃO

A presente monografia justifica-se pelo interesse em aprofundar o estudo sobre a Lei n.º 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que dispôs sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, haja vista a relativa novidade da regulamentação do instituto.

O tema, muito instigante, evoca questões sobre a constitucionalidade de diversos dispositivos, a saber: a) o que estabelece o controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal - STF sobre atos normativos municipais, atos infralegais e atos anteriores à Constituição; b) o que estabelece os legitimados para a propositura da ação, excluindo a legitimidade popular; c) o que estabelece efeito vinculante para as decisões proferidas; d) o que condiciona o julgamento a juízo prévio de relevância e e) o que possibilita ao Supremo Tribunal restringir os efeitos ou fixar termo para a eficácia das declarações de inconstitucionalidade proferidas.

O contexto é de relativa instabilidade judicial, uma vez pendente de apreciação o mérito de ação direta de inconstitucionalidade n.º 2.231/DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Pairam incertezas sobre a aplicabilidade e eficácia desse novel instrumento de controle de constitucionalidade trazido pela Carta de 1988, que ampliou sobremaneira as possibilidades de aferição da conformidade dos atos do Poder Público com o Estatuto Maior.

Nos tópicos que seguem, serão abordados sucintamente, entre outros pontos, a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, a definição de preceito fundamental, a natureza jurídica da arguição, suas modalidades, os legitimados, os efeitos das decisões e a existência de institutos similares em outros países.

1. EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O controle judicial de constitucionalidade¹, no Brasil, iniciou-se com a Constituição de 1891, a qual determinou que os juízes não aplicariam as leis e os decretos que fossem contrários à Constituição, instituindo, em seu art. 59, § 1º, alínea b, recurso para o Supremo Tribunal Federal quando contestada, em face da Constituição ou das leis federais, a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados, e a decisão de última instância as considerar válidas.²

¹ No sistema da Constituição do Império (1824), o controle de constitucionalidade era feito pelo Poder Legislativo, sendo da competência da Assembléia Geral elaborar, interpretar, suspender e revogar as leis (conforme seu art. 15, inciso VIII).

² Sobre a evolução do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, cf. Edílson Pereira Nobre Júnior, *Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental*, p. 73/78, e Roberto Mendes Mandelli Junior, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição*, p. 40/56.

A Constituição de 1934, promulgada após a Revolução Constitucionalista de 1932, trouxe importantes inovações: o recurso para o STF passou a se chamar recurso extraordinário; estabeleceu-se a possibilidade de o Senado suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo (art. 91, inciso IV) e inaugurou-se o controle concentrado de constitucionalidade com a criação da ação de inconstitucionalidade interventiva, sendo legitimado o Procurador-Geral da República (art. 12, V).

Importante novidade foi a criação da cláusula de reserva de plenário (art. 179), ainda vigente e que consta do art. 97 da atual Constituição Federal. Por ela, os Tribunais só podem declarar a inconstitucionalidade de uma lei pelo voto da maioria de seus membros ou do órgão especial nos Tribunais com mais de 25 (vinte e cinco) membros. É medida de prudência que prestigia a presunção de constitucionalidade das leis e possibilita maior serenidade no julgamento dessa questão, que, quando apreciada pelo Tribunal em controle concentrado, influi na órbita jurídica de um sem-número de pessoas.

A Constituição do Estado Novo (1937) notabilizou-se principalmente por possibilitar ao Presidente da República submeter ao Congresso Nacional lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e, se obtida a confirmação da lei por 2/3 (dois terços) de cada uma das Casas Legislativas, tornar sem efeito a decisão da Corte (art. 96, parágrafo único). Além do quorum, exigia somente que o Presidente entendesse que a lei impugnada fosse necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta.

A Carta de 1946 trouxe a possibilidade de, na ação interventiva, a decisão do Tribunal limitar-se a declarar a inaplicabilidade do ato que motivou o pedido de intervenção, se isso fosse suficiente para a correção da inconstitucionalidade (art. 13).

O controle concentrado de constitucionalidade de atos normativos federais e estaduais foi estabelecido com a Emenda Constitucional n.º 16/65, que alterou a alínea k, do art. 101, inciso I, da Constituição, a ser exercido por representação do Procurador-Geral da República. Dada a permanência do controle difuso, temos, desde então, um sistema misto de controle de constitucionalidade, com um progressivo fortalecimento do controle concentrado.

A Carta de 1967 destacou-se pela supressão de um avanço trazido pela Emenda n.º 16/65, ao acrescentar o inciso XIII ao art. 124 da Constituição de 1946: a permissão de que lei estadual estabelecesse processo para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato municipal em face da Constituição Estadual.

O ano seguinte ao triste dezembro de 1968, data em que foi editado o Ato Institucional n.º 5, marcou-se pela Emenda n.º 01/69, que na verdade era uma nova Constituição outorgada. Nela, destacou-se a marca positiva da criação da intervenção federal de Estado-membro em Município, de competência dos Tribunais de Justiça, sempre que ato municipal violasse princípios constitucionais sensíveis insculpidos na Carta Estadual (art. 15, § 3º, alínea d).

A Emenda Constitucional n.º 07/77, conhecida como Pacote de Abril, singularizou-se principalmente pela previsão de possibilidade de concessão de medidas cautelares nas representações de inconstitucionalidade (art. 119, inciso I, alínea p).

A Constituição Cidadã de 1988 trouxe significativas inovações.

Dentre elas, alterou a nomenclatura da representação de inconstitucionalidade para ação direta de inconstitucionalidade; aumentou o rol de legitimados a propô-la (art. 103, incisos I a XI); instituiu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI) e admitiu a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedando a legitimação para agir a um único órgão (CF, art. 125, § 2º).

Atribuiu ao Advogado-Geral da União a competência para defender a constitucionalidade das leis e atos normativos impugnados em ações declaratórias de inconstitucionalidade (art. 103, § 3º).

Em 1993, via Emenda Constitucional (n.º 03/93), foi criada a ação declaratória de constitucionalidade.

A Constituição Federal previu a arguição de descumprimento de preceito fundamental em seu art. 102, parágrafo único, depois alterado, pela Emenda n.º 3/93, para § 1.º, nos seguintes termos:

“A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”

A jurisprudência fimou-se no sentido de que a norma tinha eficácia limitada, não sendo auto-executável, estando sua aplicação condicionada ao advento de lei prevista no próprio texto constitucional.³

³ Cf. AI 145.860 AgR/SP, 2ª turma, vu, rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/02/1993, DJU 12/03/1993; Pet 1.365 QO/DF, Pleno, vu, rel. Min. Néri da Silveira, j. 03/12/1997, DJU 23/03/2001.

A proposta de regulamentação do dispositivo constitucional consistiu no Projeto de Lei n.º 2.872, de março de 1997, de autoria da Deputada fluminense Sandra Starling, que, denominando a arguição de representação, atribuía-lhe como objeto a arguição de descumprimento de preceito fundamental resultante da aplicação ou interpretação dos regimentos internos da Câmara, do Senado ou do regimento comum do Congresso Nacional no processo legislativo de elaboração de normas.

Em fevereiro de 1997, o Ministério da Justiça instituiu comissão de juristas para elaboração de proposta de regulamentação do artigo. Foi composta pelos juristas doutores Celso Ribeiro Bastos, que a presidiu, Oscar Dias Corrêa, Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra da Silva Martins e Arnoldo Wald. Após meses de estudo, a Comissão elaborou proposta de projeto de lei, tendo como preocupação a guerra de liminares então travada em face da implementação do programa de privatizações do governo federal.

O deputado Prisco Viana, relator do Projeto de Lei n.º 2.872/97 na Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, aprovou a iniciativa nos termos de emenda substitutiva que adotou basicamente a proposta elaborada pela comissão de juristas, adicionando a ela a hipótese constante do projeto da deputada Sandra Starling.

Após aprovação em ambas as casas do Congresso Nacional, indo à sanção, o Presidente da República vetou os dispositivos que permitiam a legitimação popular (inciso II do art. 2.º); a possibilidade de representar diretamente ao Supremo Tribunal Federal quando o Procurador-Geral da República não acolhesse representação para propositura de arguição de descumprimento (§ 2.º do art. 2.º); a exigência de quorum qualificado para a aprovação da arguição pelo Supremo – impondo quorum superior ao da própria ação declaratória de inconstitucionalidade – (parágrafos do art. 8.º) e a possibilidade de impugnação de ofensa a preceitos fundamentais decorrente de aplicação ou interpretação das normas dos regimentos internos da Câmara, do Senado ou do Congresso Nacional (inciso II do parágrafo único do art. 1.º, § 4º do art. 5.º e art. 9.º).

A lei recebeu o n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

2. INSTITUTOS SIMILARES EM OUTROS PAÍSES

Analisando o direito estrangeiro, constata-se que a Alemanha e a Espanha são os países que possuem os institutos mais assemelhados à arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Vejamos.

2.1 ALEMANHA: O RECURSO CONSTITUCIONAL ALEMÃO (VERFASSUNGSBESCHWERDE)

O recurso constitucional alemão (*Verfassungsbeschwerde*) é previsto no art. 94, alínea 4.a, da Constituição da República Federal da Alemanha. Pode ser proposto por toda pessoa que se sinta lesada pelo Poder Público em um de seus direitos fundamentais constantes dos artigos 1 a 19 ou um dos direitos contidos nos artigos 20, alínea 4, 33, 38, 101, 103 e 104 da Lei Fundamental, quais sejam: direito de resistência; de igualdade perante os Estados-membros; igualdade de direitos civis e políticos e acesso igualitário à função pública; direito de sufrágio ativo e passivo; garantia do juiz natural e não admissibilidade de juízo de exceção; contraditório e legalidade e anterioridade penais.⁴

Está regulamentado nos artigos 90 a 95 da Lei Sobre o Tribunal Constitucional Federal Alemão.

É regido pelo princípio da subsidiariedade, de forma que, se cabível outra medida judicial contra o ato do Poder Público, o recurso constitucional só poderá ser proposto depois de esgotada essa via. Admitem-se exceções a essa regra, quais sejam, quando o recurso é de significado geral, isto é, quando há um interesse público na apreciação para formação de precedente, ou ainda se a imposição da via judicial ordinária puder causar ao promovente um prejuízo grave e inevitável.

Interessante notar que, nos termos do art. 93.4b da Constituição da República Alemã, o recurso constitucional também pode ser proposto pelos municípios ou uniões de municípios nos casos em que uma lei federal ou do estado viole a autonomia municipal.

O recurso deve ser proposto no prazo de 1 (um) mês, a contar da notificação ou comunicação informal da decisão redigida em forma completa, ou no prazo de 1 (um) ano quando proposto contra lei ou outro ato do poder público contra o qual não haja via judicial aberta. O prazo começa a contar da entrada em vigor da lei ou da promulgação do ato do poder público, ou da data de vigência da constituição para as leis anteriores.

⁴ Cf. Luís Afonso Heck, O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã, p. 115-133.

O julgamento requer juízo prévio de admissibilidade que não exige fundamentação (§ 24 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal Alemão).⁵

São pressupostos de admissibilidade:

1. a existência de um significado fundamental jurídico-constitucional. Vale dizer, que o caso concreto tenha como cerne uma questão jurídico-constitucional de importância fundamental.
2.
 - a) verificação da indicação da ocorrência de um dos direitos para os quais a Constituição Federal prevê o recurso constitucional, quais sejam, os direitos fundamentais constantes dos artigos 1 a 19 ou um dos direitos contidos nos artigos 20, alínea 4, 33, 38, 101, 103 e 104 da Lei Fundamental;
 - b) verificação da ocorrência, na hipótese, de algum especial prejuízo grave ao promovente em virtude da denegação de decisão sobre a matéria.

Os requisitos 1 e 2 são cumulativos, sendo alternativos entre si as hipóteses “a” e “b” do item 2.

A Lei do Tribunal Constitucional também prevê que o Tribunal pode declarar na decisão que toda a reiteração da medida objetada viola a Lei Fundamental, o que equivale a estender a eficácia da decisão para todos.

Se provido o recurso constitucional, em se tratando de recurso interposto contra decisão judicial, a Corte Constitucional infirma essa decisão e remete a causa para julgamento ao Tribunal competente. Quando provido contra uma lei federal, essa lei é declarada nula.

⁵ O juízo de admissibilidade é feito por uma das Câmaras ou um dos Senados do Tribunal Constitucional. O Tribunal Constitucional alemão é dividido em dois Senados com 08 (oito) juízes cada, sendo cada Senado dividido em Câmaras de 03 (três) juízes. Três juízes de cada Senado serão eleitos entre juízes dos tribunais superiores com mais de 03 (três) anos de atividade. São requisitos para a nomeação: idade mínima de 40 (quarenta) anos e elegibilidade para o Parlamento Federal. Exercem mandatos de 12 (doze) anos, sem reeleição, com aposentadoria compulsória aos 68 (sessenta e oito) anos de idade. Os juízes são nomeados pelo Presidente da República e eleitos metade pelo Parlamento Federal e metade pelo Conselho Federal (órgão composto de membros dos governos estaduais, cuja atribuição é participar da elaboração das leis, da administração da Federação e dos assuntos da União Européia).

2.2. ESPANHA : O RECURSO DE AMPARO ESPANHOL

Vicente José Martínez Pardo define o recurso de amparo espanhol nestes termos:

“O recurso de amparo constitui um meio de impugnação extraordinário e subsidiário, que cabe interpor ante o Tribunal Constitucional contra a última resolução judicial definitiva emanada do Poder Judiciário por haver essa resolução (ou sentença, ato administrativo ou via de fato que aquela resolução vem a confirmar) violado algum direito fundamental dentre os contemplados na 1ª Seção, 1º do Capítulo II do título I da Constituição (arts. 15 a 29), o princípio da igualdade (art. 14) ou o direito à objeção de consciência (art. 30.2), e dirigido a obter a declaração de nulidade de tais resoluções, o reconhecimento do direito fundamental infringido e a adoção, em seu caso, das medidas apropriadas para seu restabelecimento”⁶ (tradução livre do autor).

Refletindo sobre o recurso de amparo, esse autor resume que sua natureza é de um recurso de cassação “especial” pelo seu objeto, qual seja a defesa da Constituição. Afirma sua qualidade de recurso extraordinário, sendo subsidiário e eventual, vez que os direitos fundamentais devem receber sua garantia ordinária e natural através das resoluções dos órgãos jurisdicionais ordinários.

Destina-se apenas a salvaguardar liberdades públicas constantes dos artigos 14 a 30.2 da Constituição Espanhola, não alcançando os direitos sociais.

É cabível contra atos do Poder Público e, embora não previsto em lei, é também utilizado contra atos particulares mediante o artifício de se propor a medida ante um juiz ordinário que, ao negar o amparo, transmuda-se na autoridade pública causadora da lesão que passa a ser impugnada por novo recurso

⁶ “El recurso de amparo constituye un medio de impugnación extraordinario y subsidiario, que cabe interponer ante el Tribunal Constitucional contra la última resolución judicial definitiva emanada del Poder Judicial por haber vulnerado dicha resolución (o la sentencia, acto administrativo o vía de hecho que aquella resolución viene a confirmar) algún derecho fundamental de los contemplados en la Sec. 1º del Capítulo II del Título I de la Constitución (arts. 15 a 29), el principio de igualdad (art. 14) o el derecho a la objeción de conciencia (art. 30.2) y dirigido a obtener la declaración de nulidad de tales resoluciones, el reconocimiento del derecho fundamental infringido y la adopción, en su caso, de las medidas apropiadas para su restablecimiento”.

de amparo, tendo por sujeito passivo o juiz que denegou o amparo.⁷ Dessa forma, o recurso é cabível diante dos Tribunais Ordinários – o chamado ‘amparo ordinário’ - e diante do Tribunal Constitucional, este chamado amparo constitucional.

A jurisprudência igualmente ampliou o rol dos legitimados. Informa Ángel J. Gómez Montoro⁸ que o art. 162 da Constituição Espanhola dispôs que pode interpor o recurso de amparo

“toda pessoa natural ou jurídica que invoque um interesse legítimo, assim como o Defensor do Povo e o Ministério Fiscal, mas que o artigo 162.1b contém uma regulamentação mais ampla que a do artigo 53.2 [da CE] por duas ordens de considerações: em primeiro lugar, não fala de cidadão, mas sim de toda pessoa física (o que inclui também os estrangeiros) ou jurídica; em segundo lugar, a utilização da expressão ‘interesse legítimo’ parece indicar que para que se tenha legitimação, a vinculação que deve dar-se entre o direito fundamental e a pessoa que interpõe o recurso não tem porque ser em todos os casos a que deriva da titularidade do direito”⁹

Sobre o objeto, leciona Martínez Pardo¹⁰ que o recurso de amparo é cabível contra disposições, atos jurídicos ou vias de fato do Poder Público. As

⁷ Cf. Pablo Perez Tremps, Tribunal Constitucional, juez ordinario e uma deuda pendiente de el legislador, p. 133.

⁸ El interés legítimo para recurrir en amparo – la experiencia del tribunal constitucional español. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/9/ard2.htm>. Acesso em 16/02/2004.

⁹ O art. 46 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, ao enumerar os legitimados para propositura do recurso de amparo, também não faz distinção. Refere-se apenas a “pessoa diretamente afetada” e “quem tenha sido parte no processo judicial correspondente”. Veja-se: “Artículo 46. Están legitimados para interponer el recurso de amparo constitucional: a) en los casos de los artículos 42 y 45, la persona directamente afectada, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. b) en los casos de los artículos 43 y 44, quienes hayan sido parte em el proceso judicial correspondiente, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.”

¹⁰ El recurso de amparo constitucional – consideraciones generales. Revista Internauta de Prática Jurídica. Disponível em <http://www.uv.es/~ripj/8vic.htm>. Acesso em 16/02/2004.

disposições limitam-se aos regulamentos da administração pública, pois leis e disposições com força de lei só podem ser combatidas por recurso de inconstitucionalidade ou questão de inconstitucionalidade¹¹. Esclarece que o conceito de ato jurídico alcança máxima significação, englobando os atos provenientes do Executivo e do Judiciário¹², os comissivos e os omissivos - estes referentes a inércia de agente público em cumprir obrigação a que estava vinculado, da qual resulte impedimento ao livre exercício de uma liberdade ou direito fundamental-, os atos administrativos, os atos políticos e os atos administrativos excluídos do âmbito da jurisdição contencioso-administrativa.

Processualmente, o amparo possui, a um só tempo, natureza declaratória e condenatória. Aquela concernente ao desejo de ver reconhecido o direito e declarada a nulidade do ato causador da lesão; esta em virtude do pedido de restabelecimento do direito ou liberdade violada.

Vige o princípio da subsidiariedade, de maneira que o recurso de amparo não pode ser proposto se ainda não foram esgotados os recursos judiciais cabíveis contra o ato impugnado.

Há prazo para sua propositura. Ele é decadencial e de 20 (vinte) dias, contados da ciência do ato ou, quando existir outra via judicial de impugnação, da ciência do esgotamento de todos os recursos cabíveis.

As sentenças em amparo têm efeito inter partes. Porém, o tribunal pode declarar que a inconstitucionalidade atinge também eventuais atos semelhantes que venham a ser praticados.

A apreciação do recurso de amparo exige juízo prévio de admissibilidade, que é feito pelo próprio Tribunal e para o qual não se exige fundamentação. Graças a ele, o Tribunal tem conhecido atualmente apenas cerca de 5% (cinco por cento) dos recursos interpostos (o que equivale a 350 (trezentos e cinqüenta) dos 6.000 (seis mil) casos que chegaram à Corte no ano 2000). O recurso

¹¹ Na Espanha, o recurso de inconstitucionalidade corresponde ao controle concentrado e abstrato de constitucionalidade; a questão de inconstitucionalidade corresponde ao recurso indireto, ou incidental, suscitado num processo ordinário para definição, pela Corte, da constitucionalidade em um caso concreto.

¹² Walter F. Carnota, in *Dos visiones constitucionales divergentes sobre el amparo: los casos argentino y español*, noticia que o grande parte dos recursos de amparo espanhol são interpostos em face de sentenças judiciais, por violação ao direito de tutela constitucional efetiva consagrado no artigo 24 da Constituição.

de amparo responde por 99% (noventa e nove por cento) do trabalho do Tribunal Constitucional.¹³

3. DEFINIÇÃO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

De início, faz-se necessário esclarecer o que seja preceito. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira aponta como origem da palavra o latim *praeceptu* e, como significados, entre outros, “regra de proceder, norma, ensinamento, doutrina, ordem, determinação, prescrição.”¹⁴ Assim, preceito fundamental é a norma, ordem ou determinação ligada aos fundamentos basilares do Estado Brasileiro. São as normas estritamente essenciais da Constituição.

Preceito não se confunde com princípio. Vai além, inclui também normas que não sejam principiológicas. “Os preceitos fundamentais englobam”, nas palavras de Alexandre de Moraes, “os direitos e garantias fundamentais da Constituição, bem como os fundamentos e objetivos fundamentais da República, de forma a consagrar maior efetividade às previsões constitucionais”.¹⁵

Edílson Pereira Nobre Júnior esclarece que “a locução ‘preceito fundamental’ há de ser compreendida como o conjunto dos dispositivos que, explícita ou implicitamente, acham-se abrigados nos Títulos I [Dos Princípios Fundamentais] e II [Dos Direitos e Garantias Fundamentais] da Constituição, ou que, mesmo situados noutra parte desta, configurem proposição dirigida à tutela de direitos fundamentais; diversamente, o Pretório Excelso, como se pode notar das

¹³ Na obra já citada, Martínez Pardo traz os seguintes dados estatísticos: dos processos ingressos no Tribunal Constitucional no ano de 1997, 4.694 (quatro mil, seiscentos e noventa e quatro) foram recursos de amparo e 125 (cento e vinte e cinco) foram referentes a outros assuntos de sua competência. Dentre os recursos de amparo, 99% (noventa e nove por cento) tinham como núcleo fundamental atos ou omissões judiciais. Em 4.158 (quatro mil, cento e cinquenta e oito) recursos, alegou-se violação dos direitos consagrados no art. 24 da Constituição Espanhola, frente a 1.233 (mil, duzentos e trinta e três) recursos em que se alegou o art. 13 e 1.063 (mil e sessenta e três) recursos em que foram alegados outros direitos fundamentais. Em 1999, o Tribunal Constitucional apreciou 4.485 (quatro mil, quatrocentos e oitenta e cinco) recursos de amparo, admitindo-se ao trânsito apenas 4,75% (quatro vírgula setenta e cinco por cento) deles. Em 2000, o número de recursos de amparo chegou a quase 6.000 (seis mil). A demora média de um recurso de amparo é de 01 (um) a 03 (três) anos. No fim de 1997 havia 3.916 (três mil, novecentos e dezesseis) recursos de amparo e 149 (cento e quarenta e nove) questões de inconstitucionalidade pendentes.

¹⁴ Dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI.[s.l.]: Editora Nova Fronteira-Lexicon Informática, 1999.

¹⁵ Comentários à Lei nº 9.882/99 – arguição de descumprimento de preceito fundamental, in André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (Orgs.), Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99, p. 15-37.

primeiras decisões sobre o cabimento da medida, vem ofertando compreensão ampla, de sorte a considerar como portador de tal qualidade os preceitos inerentes à separação de poderes e à organização federativa”.¹⁶

No plano jurisprudencial, constata-se o seguinte trecho de voto do Ministro Néri da Silveira na ADPF- 1-7 -RJ¹⁷:

“Guarda da Constituição e seu intérprete último, ao Supremo Tribunal Federal compete o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental, cujo desrespeito pode ensejar a argüição regulada na Lei n.º 9.882, de 3.12.1999. Nesse sentido, anota o Ministro Oscar Dias Corrêa, in “A Constituição de 1988, contribuição crítica”, 1, ed. Forense Universitária, 1991, p. 157: “Cabe exclusivamente e soberanamente ao STF conceituar o que é descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, porque promulgado o texto constitucional é ele o único, soberano e definitivo intérprete, fixando quais são os preceitos fundamentais, obediente a um único parâmetro – a ordem jurídica nacional, no sentido mais amplo. Está na sua descrição indicá-los”. Noutro passo, observa: “Parece-nos, porém, que, desde logo, podem ser indicados, porque, pelo próprio texto, não objeto de emenda, deliberação e, menos ainda, abolição: a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes, os direitos e garantias individuais. Desta forma, tudo o que diga respeito a essas questões vitais para o regime pode ser tido como preceitos fundamentais. Além disso, admita-se: os princípios do Estado democrático, vale dizer: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa, pluralismo político; os direitos fundamentais individuais e coletivos; os direitos sociais; os direitos políticos, a prevalência das normas relativas à organização político-administrativa; a distribuição de competências entre a União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios; entre Legislativo, Executivo e Judiciário”...”enfim, todos os preceitos que, assegurando a estabilidade e a continuidade da ordem jurídica democrática, devem ser cumpridos”(op.cit. p. 157).”

¹⁶ Direitos fundamentais e argüição de descumprimento de preceito fundamental, p.120.

¹⁷ Voto disponível, na íntegra, no site <http://www.stf.gov.br>. Consulta em 16/02/2004.

Percebe-se na decisão transcrita que compete ao Supremo Tribunal Federal definir quais são os preceitos fundamentais em face da não conceituação do que seja preceito fundamental pela Constituição e pela Lei n.º 9.882/99. Nota-se também, pela exaustiva enumeração, que se atribuiu ao conceito a mais ampla interpretação.

Anote-se ainda que a argüição poderá referir-se a preceitos decorrentes direta e indiretamente da Constituição, bastando que sejam fundamentais. Isso porque, sendo os preceitos constituídos de princípios e normas, poderão decorrer indiretamente da Constituição quando relacionados aos chamados princípios constitucionais implícitos. É nesse sentido a doutrina de André Ramos Tavares em seu *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental*.¹⁸

3.1 O QUE É DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Descumprimento de preceito fundamental, como observa Roberto Mendes Mandelli Junior¹⁹, é espécie do gênero inconstitucionalidade, assim como também o é a contrariedade à Constituição necessária para a interposição do recurso extraordinário.

O referido autor, em lição aplicável a preceitos fundamentais, esclarece que a espécie ‘descumprimento da Constituição’ comporta as seguintes modalidades²⁰:

- a) descumprimento formal ou material: aquele quando decorrer de vício de incompetência do órgão que expede o ato do Poder Público ou quando não for adotado procedimento fixado na Constituição; este quando se verificar uma incompatibilidade com o conteúdo de preceito constitucional fundamental;
- b) total ou parcial: conforme vicie todo o ato ou apenas parte dele;
- c) por ação ou por omissão: o primeiro exige uma conduta comissiva, o segundo uma omissão por parte do poder público em praticar atos a que estejam obrigados pela Constituição;
- d) originário ou superveniente: no primeiro caso, o descumprimento a preceito fundamental vigente ocorre desde o início da prática do ato; no

¹⁸ P. 158.

¹⁹ Argüição de descumprimento de preceito fundamental; instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição, p. 107.

²⁰ Op. cit., p.111/112.

segundo caso, o ato que em sua origem estava em conformidade com preceito fundamental deixa de estar com o decurso do tempo, em virtude de mudança formal na Constituição ou mudança na interpretação do preceito fundamental.

- e) antecedente (imediatamente) ou conseqüente (derivado): aquele decorre da violação, direta e imediata, de um preceito fundamental por ato do Poder Público; este deriva de um efeito reflexo do descumprimento antecedente, em virtude da relação de dependência que pode existir entre atos do Poder Público;
- f) direto ou indireto: conforme seja contrário a um preceito fundamental explícito ou implícito.

4. NATUREZA DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal de 1988 não dispôs sobre o conceito de preceito fundamental, como, aliás, não deveria, vez que a atribuição de conceituar é própria da doutrina, sendo imprópria para o legislador.

Conquanto a palavra argüição insinue tratar-se de incidente, ao que se vê na regulação trazida pela Lei n.º 9.882/99, o legislador ordinário conferiu caráter de ação constitucional à argüição de descumprimento.

Incidente, nas palavras de Cândido Dinamarco²¹, é aquilo que incide, ou seja, que recai sobre algo ou alguém (do latim *in-cidere*, que é cair sobre – *Carnelutti*). Os incidentes do processo recaem sobre este, causando alguma alteração no procedimento e produzindo, ao fim, algum efeito sobre ele. O processualista define ainda processo incidente como “um processo novo, nova relação processual, que se instaura por causa de outro já pendente e destinado a exercer alguma influência sobre ele.”²²

O legislador afastou, por completo, a natureza de recurso ou de mero incidente de inconstitucionalidade à argüição ao permitir sua propositura direta no STF, independente de estar atrelada à ação judicial já proposta, embora tenha previsto também modalidade incidental para a ação.

²¹ Instituições de direito processual civil, v. 2, p. 465.

²² Ibid., p. 465.

Assim, pode-se afirmar que a argüição de descumprimento de preceito fundamental é uma ação constitucional de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal que tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público. É cabível também quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Celso Bastos atribui conceito mais amplo ao instituto, sem distingui-lo das ações de controle de constitucionalidade, ao dizer que a argüição “é medida de cunho judicial, que promove o controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos, desde que emanados do Poder Público”.²³

Ivo Dantas vê no instituto natureza de ação subsidiária à ação direta de inconstitucionalidade e nega a natureza de recurso.²⁴

Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que ela é uma nova ação direta de inconstitucionalidade, com outro nome, e que seu objetivo real, embora disfarçado, “é introduzir uma forma de avocatória, concentrando nas mãos do Supremo Tribunal Federal questões de inconstitucionalidade, suscitadas incidentalmente perante outras instâncias”.^{25 26}

Edílson Pereira Nobre Júnior conclui que a argüição de descumprimento de preceito fundamental é uma ação que a Constituição Federal submete à competência originária do Supremo Tribunal Federal, de índole objetiva, que nada mais faz do que ampliar a abrangência das ações direta de inconstitucionalidade e direta de constitucionalidade.^{27 28}

Um ponto é pacífico: a argüição veio completar o quadro de ações objetivas para controle de constitucionalidade.

²³ Argüição de descumprimento de preceito fundamental e legislação regulamentadora, in André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (Orgs.), *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*, p. 76-84.

²⁴ *Constituição & processo: introdução ao direito processual constitucional*, p. 421.

²⁵ O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (lei nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.982, de 3 de dezembro de 1999), in *Revista de Direito Administrativo*, nº 220, p. 1-17.

²⁶ Francisco Wildo L. Dantas, *Jurisdição constitucional: ação e processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental*, entende que a argüição não se confunde com a avocatória, pois esta permitia chegar ao Supremo Tribunal Federal qualquer matéria politicamente interessante, enquanto aquela só permite o controle pelo STF de matéria constitucional e referente a preceito fundamental.

²⁷ *Op. cit.*, p. 96.

²⁸ Bruno Noura de Moraes Rêgo, em *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*, p. 59, entende que a intenção do legislador ao criar as argüições principal e autônoma foi apenas aumentar o controle concentrado de constitucionalidade, diminuindo o difuso.

5. HIPÓTESES DE CABIMENTO

Consoante disposto no art. 1.º da Lei n.º 9.882/99, “a argüição será proposta perante o Supremo Tribunal Federal e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

Clara a opção do legislador pela exclusividade de foro no Supremo Tribunal Federal, assim como pela possibilidade de propositura preventiva da argüição, ao lado da reparadora.

Destina-se a ação a reparar ou prevenir lesão resultante de ato do Poder Público. Estão excluídos os atos praticados por particulares.

Entende-se que a ação também pode ser proposta em face de ato praticado por particular no exercício de atividade própria do Poder Público, aplicando-se, por semelhança, entendimento cabível para o mandado de segurança.²⁹

Daniel Sarmento vai além, ao entender sindicáveis também atos privados equiparáveis a ações estatais.³⁰ Veja-se:

“Parece-nos que os atos privados que, por sua natureza, forem equiparáveis à ação estatal, poderão sujeitar-se também ao controle por via de ADPF, caso inexista outro meio para sanar a lesividade. Num contexto como o atual, em que a tônica constitui a substituição do Estado por atores privados, por meio de desestatizações, terceirizações, parcerias com a iniciativa privada, e outros mecanismos assemelhados, é assaz importante vincular estes atores ao respeito aos direitos fundamentais e à Constituição, mediante todos os meios e remédios disponíveis.”

Com vênia ao prestigiado autor, não se pode anuir com o seu posicionamento, uma vez que a extensão da argüição aos atos privados equiparáveis a ações estatais, não obstante desejável, extrapola os limites previstos em lei, sendo, pois, indevida.

A expressão Poder Público comporta interpretar todas as dimensões: as três esferas da Federação, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, são controláveis atos da competência dos Municípios, Estados, Distrito

²⁹ Nesse sentido, Roberto Mendes Mandelli Junior, op. cit., p. 126.

³⁰ Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental, inRevista de Direito Administrativo, n.º 224, p. 95-116.

Federal e União, bem como os praticados, nas várias esferas, nos âmbitos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário.

Elival da Silva Ramos ressalva a exclusão dos atos formal e materialmente legislativos, embora entenda viável a propositura de argüição tendo por objeto lei revogada, haja vista que esta não conta mais com a característica da abstração, deixando de consubstanciar disposição legal em sentido material.³¹ Observe-se que da mesma forma ocorre com a lei orçamentária, que, inatacável por ADIn, por não possuir generalidade e abstração³², pode ser sindicável por argüição de descumprimento.

Sem fazer a ressalva anterior, Mandelli Junior entende possível a sindicância inclusive dos atos políticos, já que esses atos, no seu entender, são controláveis pelo Poder Judiciário, não havendo razão para exclusão da apreciação via ADPF em face do princípio da inafastabilidade da Jurisdição (CF, art. 5.º, XXXV).³³

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “são definidos como atos políticos ou atos de governo os atos praticados pelo Poder Público com margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição, no exercício de função meramente política...”.³⁴ Na mesma passagem, exemplifica como ato político o veto fundado na contrariedade ao interesse público e finaliza asseverando que referidos atos são controláveis pelo Poder Judiciário.

Diversa a posição de Miguel Seabra Fagundes.³⁵ Após definir o ato estritamente político como aquele que possui medida de fins unicamente políticos (finalidade) e, ao mesmo tempo, “há de circunscrever-se ao âmbito interno do mecanismo estatal, e, se o exceder, não deve alcançar direitos individuais explicitamente reconhecidos, mas apenas interesses (conteúdo)”, conclui o autor no sentido de que o ato estritamente político não é controlável pelo Poder Judiciário, embora não fique fora da ordem jurídica. *In verbis*:

³¹ Argüição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto, in André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (Orgs.), Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99, p. 109-126.

³² Nesse sentido, ADI 203 AgR/DF, Pleno, vu, rel. Min. Celso de Mello, j, 22/03/90, DJU 20/04/90 e ADI 1716/DF, Pleno, vu, relator Min. Sepúlveda Pertence.

³³ Op. cit, p. 123/124

³⁴ Curso de direito administrativo, p. 342/343.

³⁵ O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, p. 162.

“Os atos administrativos exclusivamente políticos, escapando à apreciação jurisdicional, não ficam, por isso, fora da ordem jurídica. São apenas isentos do controle do Poder Judiciário, o qual, aliás, seria impraticável em relação a eles, dado que não podem ferir direitos individuais. Mas tanto quanto os demais atos da Administração Pública, se devem submeter à ordem jurídica exercendo-se segundo a competência constitucional e dentro da forma legal. Praticados fora dessas jurídicas limitações, serão os atos exorbitantes da ordem jurídica, atos violadores do direito. Aliás, é de esclarecer que, no nosso sistema político, os chamados pesos e contrapesos, tão úteis ao bom funcionamento da máquina estatal, constituem meios de controle para esses atos. Emanem eles do Parlamento ou do Presidente da República, tais órgãos se controlam reciprocamente. O controle dos atos administrativos exclusivamente políticos é, sem dúvida, mais político do que de legalidade. Entretanto, não deixa de dar ensejo ao exame do aspecto jurídico.”

Com vênia aos que compreendem de outra forma, considera-se possível a sindicância de atos políticos por meio da argüição pela razão acima exposta, qual seja, a inafastabilidade da jurisdição estatuída na Carta da República, e também porque não é absoluta a liberdade para a prática desses atos, vez que o agente político está circunscrito aos parâmetros previstos na Constituição, cujo respeito é obrigatório, sendo a inobservância corrigível pela atuação do Judiciário.

Lamentavelmente, o STF não caminhou nesse sentido, pois ao julgar a já citada ADPF n.º 1/RJ, proposta pelo Partido Comunista Brasileiro em face do Prefeito da Cidade do Rio de Janeiro, que vetou projeto de lei sem apresentar motivação, entendeu que o ato político não está incluído no conceito de ato do Poder Público, não sendo, pois, tutelável por meio da argüição.³⁶

³⁶ ADPF(QO) 1-7 RJ, STF, vu, rel. Min. Néri da Silveira, DJU 07/11/2003. Ao acolher a questão de ordem e negar provimento à argüição, o Tribunal baseou-se no fundamento de que o ato de vetar e a deliberação legislativa sobre o veto são atos políticos, procedimentos que se reservam à esfera de independência dos Poderes. Daí, não caberia ao Supremo Tribunal substituir o Legislativo e antecipar juízo formal sobre os motivos do veto, manifestando-se sobre sua procedência ou improcedência. Não bastasse a violação à independência dos poderes, entendeu o STF que, inexistindo, ainda, lei, não lhe caberia manifestação sobre constitucionalidade, haja vista a inexistência, em nosso sistema jurídico, de controle prévio de constitucionalidade pela via jurisdicional. O acórdão da ADPF 1- RJ pode ser consultado, na íntegra, no endereço <http://www.stf.gov.br>.

6. A ADPF E A AMPLIAÇÃO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Como pode ser visto no § 1.º do art. 1.º da Lei n.º 9.882/99, a ADPF ampliou as hipóteses de apreciação de inconstitucionalidade pelo STF, pois admite a propositura:

- a) contra ato normativo em geral, não exigindo tratar-se de lei;
- b) contra leis e atos normativos municipais;
- c) contra leis e atos normativos anteriores à Constituição.

Alexandre de Moraes entende que o legislador ordinário incorreu em inconstitucionalidade ao prever que a ADPF poderia tratar de tais assuntos, ampliando, indevidamente, o objeto previsto no § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Isso porque referidos assuntos não seriam preceitos fundamentais e a competência dada ao legislador ordinário restringir-se-ia à regulamentação do procedimento da arguição, não à ampliação de seu objeto.³⁷ *In verbis*:

“O texto constitucional é muito claro quando autoriza a lei o estabelecimento exclusivamente da forma pela qual o descumprimento de um preceito fundamental poderá ser argüido perante o Supremo Tribunal Federal. Não há qualquer autorização constitucional para uma ampliação das competências do Supremo Tribunal Federal.”

“Controvérsias entre leis ou atos normativos e normas constitucionais, relevantes que sejam, não são hipóteses idênticas ao descumprimento pelo poder público de um preceito fundamental e devem ser resolvidas em sede de controle de constitucionalidade, tanto difuso quanto concentrado.”

“O legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal que, conforme jurisprudência e doutrina pacíficas, somente podem ser fixadas pelo texto magno. Manobra essa eivada de flagrante inconstitucionalidade, pois deveria ser precedida de emenda à Constituição.”

³⁷ Comentários à Lei n.º 9.882/99 – arguição de descumprimento de preceito fundamental, in André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (Orgs.), Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99, p. 15-37.

Pensa-se que a ampliação de competência trazida no art. 1.º da Lei n.º 9.882/99, ao incluir as hipóteses acima, merece interpretação conforme a Constituição, no sentido de que elas devem sempre referir-se a lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental.

Entendimento diverso conduziria ao reconhecimento de inconstitucionalidade dessa lei, vez que estaria a ampliar a competência do Supremo Tribunal Federal, o que não é permitido ao legislador ordinário, mas só ao constituinte.

A ampliação de competência está clara, pois o constituinte não previu o controle direto de constitucionalidade sobre leis e atos normativos municipais, bem como, para o controle difuso por meio de recurso extraordinário, não admitiu que o ato normativo tivesse *status* infralegal.³⁸

Por outro lado, a par de ser descabida a ampliação de competência por lei ordinária, mostra-se desnecessária a previsão de que o controle de constitucionalidade possa ser feito contra leis e atos normativos anteriores à Constituição. Isso porque não há impedimento para a apreciação da constitucionalidade de referidas espécies pelos meios já previstos no Texto Magno. A limitação existente decorre de entendimento jurisprudencial firmado pelo próprio STF, bastando, para sua superação, que a Corte revise o seu posicionamento.³⁹

Feita essa nota sobre a necessidade de interpretação conforme, é de se reconhecer que, se observado o limite da constitucionalidade, houve avanço institucional, mormente ao admitir-se o controle de constitucionalidade pela Corte Maior de atos normativos municipais, de atos infralegais e de atos normativos anteriores à Constituição. Até então, a jurisprudência era cediça em sentido contrário a esses pleitos da cidadania e a constitucionalidade de atos municipais

³⁸ Sobre o descabimento de ADI contra ato infralegal, veja-se ADI 264 AgR/DF, Pleno, vu, rel. Min. Celso de Mello, DJU 08/04/1994 e ADI 561 MC/DF, Pleno, mv, rel. Min. Celso de Mello, j. 23/08/1995, DJU 23/03/2001. Sobre descabimento de RE contra decreto regulamentar, veja-se AI 206809 AgR/DF, Segunda Turma, vu, rel. Min. Maurício Correa, j. 10/02/1998, DJU 27/03/1998 e RE 207016 AgR/RS, Segunda Turma, rel. Min. Nelson Jobim, j. 22/10/2002, DJU 29/11/2002.

³⁹ Antonio G. Moreira Maués e Patrick Menezes Colares, A arguição de descumprimento de preceito fundamental e o direito anterior, apontam a verificação da recepção do direito anterior pela nova Constituição como fator importante para a legitimação da Carta Magna como critério de validade do ordenamento jurídico, principalmente nos países que passaram por regimes autoritários. Como exemplos, anotam que em Portugal a Constituição prevê expressamente a competência do Tribunal Constitucional para apreciar a constitucionalidade do direito anterior e que na Espanha esse controle pôde ser feito pela via direta até três meses após a promulgação da Constituição, podendo, ainda, ser feito via recurso de amparo e conflito constitucional.

só podia ser apreciada via controle concentrado pelos Tribunais de Justiça ou por via de controle difuso, por todos os juízes.⁴⁰

A seu tempo, não se admitia o controle de constitucionalidade de atos anteriores à Constituição, sob entendimento de que a hipótese seria de recepção ou não recepção pela nova Carta da legislação antecedente.^{41 42}

Merece nota entendimento de Walter Claudius Rothenburg no sentido de que a possibilidade de propositura de arguição sobre os assuntos em destaque é para ambas as modalidades da ação, não tendo razão a interpretação segundo a qual assuntos tais só poderiam ser abordados na arguição dita incidental.⁴³

7. LEGITIMAÇÃO ATIVA

Estatui a lei de regência que os legitimados para a ADPF são os mesmos legitimados para a ação declaratória de inconstitucionalidade, quais sejam:

- 1) o Presidente da República;
- 2) a Mesa da Câmara dos Deputados;
- 3) a Mesa do Senado Federal;
- 4) as Mesas das Assembléias Legislativas e da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- 5) os Governadores de Estado e do Distrito Federal;
- 6) o Procurador-Geral da República;
- 7) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

⁴⁰ Cf. ADI 508/MG, Pleno, vu, rel. Min. Sydney Sanchez, j. 12/02/2003, DJU 23/05/2003; ADI 699 MC/MG, Pleno, vu, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 27/03/1992, DJU 24/04/1992; ADI 1886 AgR/MG, Pleno, vu, rel. Min. Néri da Silveira, j. 08/10/1998, DJU 17.12.1999.

⁴¹ A questão foi apreciada pelo STF na ADI nº 2, Pleno, mv, rel. Min. Paulo Brossard, DJU de 12.02.92, tendo prevalecido o entendimento de que inexistente inconstitucionalidade superveniente, de forma que a contrariedade com a Constituição de lei que lhe é anterior resolve-se pelo instituto da revogação. Vencido o Min. Sepúlveda Pertence, que entendeu plausível a tese da inconstitucionalidade superveniente também correta e mais conveniente ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, por não restringir a propositura de ADIs.

⁴² Palhares Moreira Reis, A arguição de descumprimento de preceito fundamental, posiciona-se no sentido de que, por contrariar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deve ser declarada inconstitucional a previsão de controle dos atos anteriores à Constituição.

⁴³ Arguição de descumprimento de preceito fundamental, in André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (Orgs.), Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99, p. 198-235.

- 8) partidos políticos com representação no Congresso Nacional;
- 9) confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.

Acrescente-se que a inclusão do Governador do Distrito Federal e a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal como legitimados para a ADIn foi feita pela Lei n.º 9.868/99, que disciplinou o processo e o julgamento das ações declaratórias de inconstitucionalidade e de constitucionalidade. Essa lei, embora não seja materialmente inconstitucional – posto que apenas explicitou o que era implícito na Constituição e corrigiu uma lacuna desta - evidencia a falta de boa técnica legislativa, posto que o correto seria a supressão da omissão por emenda constitucional – aproveitando para tanto uma das muitas emendas já aprovadas.

A legitimação comporta as mesmas limitações válidas para as ADIns, dentre elas a pertinência temática para os legitimados aos quais a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já exigia (Mesas das Assembléias Legislativas e do Distrito Federal, Governadores de Estado e do Distrito Federal, confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional).

A lei não previu legitimação irrestrita, para qualquer pessoa. Embora prevista no projeto aprovado no Congresso, essa possibilidade foi suprimida pelo veto presidencial ao inciso II do art. 2.º. Resta ao cidadão representar ao Procurador-Geral da República ou a outro legitimado para que este, entendendo cabível, proponha a argüição.

Aqui não andou bem o legislador, pois vedou ao cidadão comum o acesso a um instrumento de grande importância para o exercício da cidadania. Pode-se dizer que a exclusão das pessoas comuns do rol de legitimados desvirtuou a natureza que se concebia para a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Tinha-se a expectativa de ser ela uma ação constitucional nos moldes do mandado de segurança, do *habeas corpus* e do *habeas data*. Ou seja, um instrumento que permitisse a insurreição direta do cidadão contra atos do Poder Público que atentassem contra direitos fundamentais. Infelizmente, o legislador andou em outro sentido, pois os contornos que deu à ADPF bem evidenciam que a ação foi aproveitada para ampliar os limites dos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade.

Crê-se que não foi para esse fim que o constituinte previu a argüição.

Observe-se que a previsão de que o interessado poderá representar ao Procurador-Geral da República não supre a falha: um, porque se trata de uma

burocracia desnecessária; dois, porque o Procurador-Geral da República não está obrigado, por força da representação, a propor a argüição.⁴⁴

Por outro lado, em face do texto legal, não há que se dizer que permanece a legitimação popular para propositura da ADPF, como fazem alguns.⁴⁵ A lei é expressa, impondo-se aplicá-la enquanto não modificada pelos instrumentos constitucionais existentes.

8. MODALIDADES DA ADPF

Analisando a Lei n.º 9.882/99, a doutrina interpreta o art. 1.º, *caput* e parágrafo único, e o inciso V do art. 3.º, no sentido de que a argüição comporta duas modalidades: ação autônoma e ação incidental.

A argüição autônoma é uma ação de competência do Supremo Tribunal Federal, de caráter subsidiário e objetivo, que tem por fim a declaração e a correção de atos do Poder Público que lesem ou ameacem preceito fundamental decorrente da Constituição.

A modalidade incidental é cabível quando no curso de ação judicial surgir controvérsia sobre constitucionalidade que diga respeito a preceito fundamental a recomendar, para fins de celeridade e uniformização de entendimento e evitar a proliferação de decisões divergentes, a remessa da questão ao STF para apreciação do incidente. Decidido este, a ação originária retoma o seu curso, cabendo ao juízo natural o julgamento da questão aplicando a decisão da ADPF. Permite um controle concentrado e concreto da Constituição, que tem como precedente a representação de inconstitucionalidade.

Causa estranheza o fato de os legitimados para a propositura da argüição incidental serem os mesmos da argüição principal, acrescentando-se apenas que o Procurador-Geral da República, nos termos do art. 2.º, § 1.º, pode propor a ação atendendo à representação de parte em processo no qual tenha surgido controvérsia sobre descumprimento de preceito fundamental.

⁴⁴ Da mesma forma como não estava obrigado a propor Representação de Inconstitucionalidade, como decidido pelo STF nos seguintes julgados: Pet 262/SP, Tribunal Pleno, vu, Min. Carlos Madeira, j.24/08/1988, DJU 16/09/1988; Rp 1405/AC, Tribunal Pleno, vu, Min. Moreira Alves, j. 18/05/1988, DJU 01/07/1988; Rcl 160/DF, Tribunal Pleno, vu, Min. Néri da Silveira, j. 15/08/1984, DJU 16.10.1992.

⁴⁵ Cf. André Ramos Tavares, Tratado da argüição de preceito fundamental: (Lei 9.868/99 e Lei 9.882/99), p. 404 e ss.

Como mencionado no capítulo anterior, essa última disposição legal é inócua porque nada acrescenta, tendo em vista o direito de petição já consagrado no art. 5.º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal e o fato de o Procurador-Geral não estar obrigado a propor a arguição requerida na representação.

Isso evidencia o quanto a arguição ficou descaracterizada com a supressão da legitimidade popular. Ao que parece, a instituição da modalidade servirá mais como medida possibilitadora de avocação para o Supremo de questões de interesse do Poder Executivo ou a requerimento do Procurador-Geral da República, na possibilidade remota de este receber representação, pois, sendo os legitimados para propor a arguição incidental os mesmos da arguição direta, não é de se esperar que escolham aquela via sendo mais fácil propor a arguição direta.

Ambas as ações têm caráter objetivo - o que diferencia a incidental é que a provocação judicial tem por base um caso concreto. Ou seja, a análise pelo Supremo Tribunal Federal tem como móvel o interesse de extirpar ato do poder público que atente contra preceito fundamental decorrente da Constituição, sendo desnecessária a existência de interesse subjetivo.

Tanto é assim que a arguição prescinde da existência de partes no sentido processual clássico e, uma vez proposta, eventual pedido de desistência não impede a apreciação da ação pelo STF, pois é vedada a desistência. O proponente não é senhor da ação. Tem apenas o poder constitucional de provocar a atuação do Supremo Tribunal Federal para o controle de constitucionalidade (no caso, o controle de descumprimento de preceito fundamental).⁴⁶

Nas duas modalidades é cabível a concessão de medida liminar. Ordinariamente por decisão da maioria absoluta dos membros do STF e, excepcionalmente, pelo relator *ad referendum* do Plenário, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave ou ainda no período de recesso.

Vale dizer que não assiste razão aos que, como André Ramos Tavares⁴⁷, entendem que as hipóteses do parágrafo único do art. 1.º (impugnação de leis anteriores à Constituição, inexistência de o ato impugnado ostentar *status* de lei,

⁴⁶ Cf. ADI 164/DF, Pleno, vu quanto à preliminar e vm quanto ao resultado, rel. Min. Moreira Alves, j. 08/09/1993, DJU 17/12/1993; ADI 387 MC/RO, Pleno, vu, rel. Min. Celso de Mello, j. 01/03/1991, DJU 11/10/1991; ADI 2049/RJ, Pleno, vm quanto à questão de ordem e vu quanto ao pedido, rel. Min. Néri da Silveira, j. 14/04/2000, DJU 31/08/2001.

⁴⁷ Op. cit., p.106.

possibilidade de propositura em face de ato municipal) somente se aplicariam à argüição incidental.

Tal distinção, além de não ter sido feita pelo legislador, fere a razoabilidade, pois carece de lógica e razão impedir propositura de ações nesses casos pelos legitimados para a ação direta.

9. JUÍZO DE RELEVÂNCIA: INOVAÇÃO INCONSTITUCIONAL?

A Lei n.º 9.882/99 condicionou o conhecimento da ação de argüição a juízo prévio de relevância a ser feito pelo Supremo Tribunal Federal.⁴⁸

Entende-se que o juízo de relevância é aplicável também para a argüição dita principal, não tendo sentido o entendimento referido no capítulo anterior de que as disposições do parágrafo se aplicariam apenas à argüição incidental.

Diz-se que uma causa é relevante para apreciação pelo Supremo Tribunal Federal quando a importância de seu julgamento ultrapassa o caso concreto e o interesse subjetivo das partes. Isto é, quando a apreciação da questão é de interesse da sociedade em geral, quando há um interesse público no julgamento, além e maior que o interesse privado das partes em litígio, a justificar a necessidade de formação de precedente.

Registre-se que não é novidade a exigência de juízo de relevância em julgamentos do Supremo Tribunal Federal, eis que naquela corte já vigorou a chamada argüição de relevância, instituída em seu regimento interno pela Emenda Regimental n.º 03/75. Essa emenda dispôs no sentido de que o conhecimento dos recursos extraordinários fundados no art. 119, inciso III, alíneas “a” e “d”, da CF/69, estava condicionado à existência de relevância da questão federal. Foi considerada inconstitucional por muitos em virtude de a Constituição enumerar como critério para admissão do recurso apenas a natureza, espécie e valor da causa. Posteriormente, foi constitucionalizada pela Emenda Constitucional n.º 7/77, que adicionou aos critérios a relevância da questão federal.

Vê-se a medida como salutar por possibilitar filtragem dos processos a serem analisados, reduzindo a atuação do STF aos casos em que há real necessidade. Resulta na barragem de causas repetitivas e daquelas destituídas de impor-

⁴⁸ Como se depreende da redação do art. 1.º, parágrafo único: “Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental: I- quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; II – (vetado.)” (grifo nosso).

tância para a afirmação da supremacia da Constituição, diminuindo de forma significativa os feitos em trânsito na Corte. Permite, dessa forma, melhores condições para os julgamentos realmente necessários.

A propósito, não foram outras as razões que levaram à instituição do júízo de relevância no direito norte-americano. Como mostra Bernard Schwartz⁴⁹ em trecho que merece transcrição:

“A Corte Suprema federal, como se tem frisado, é quase inteiramente um tribunal de apelação. A necessidade de tal tribunal central no vértice do sistema judiciário para unificar a lei interpretada e aplicada pelos tribunais inferiores parece clara. Ao mesmo tempo, num país tão grande como os Estados Unidos, o direito de apelar para o mais alto tribunal deve ser restrito, do contrário o tribunal se verá assobado com tantas apelações que não disporá de tempo suficiente para resolvê-las. Se se permitisse que os litigantes particulares apelassem para a Corte Suprema toda vez que assim o desejassem, os casos seriam tão numerosos que o tribunal não poderia resolvê-los com a rapidez necessária. O resultado disso seria que alguns casos de importância geral teriam a sua decisão indevidamente protelada, enquanto o tribunal desperdiçaria o seu tempo em casos de pouca importância(...)”

“Segundo uma Lei de 1925, o antigo direito de apelar para a Corte Suprema como uma coisa costumeira foi abolido. Em lugar disso, o próprio tribunal, em muitos casos, tornou-se juiz para decidir se receberia ou não a apelação. Se achar que a questão em apreço não é de suficiente importância, pode recusar julgar o caso.”

A teoria da Lei de 1925, ao transferir muitos casos da jurisdição obrigatória para a facultativa da Corte Suprema, como o Juiz Taft nos informa, ‘é que os litigantes têm os seus direitos suficientemente protegidos por uma audiência ou julgamento nos tribunais de primeira instância e por uma revisão no tribunal de apelação federal imediato. A função da Corte suprema é considerada não como o remédio para o erro de um litigante em particular, mas como o exame de casos cuja decisão envolva princípios cuja aplicação seja de am-

⁴⁹ Direito constitucional americano, p. 175/176.

plo interesse governamental ou público e que deve ser autorizada-mente declarada pelo tribunal final'.”

Partilha-se a visão de que, além de ser uma medida saudável por regular o acesso direto à Corte, não há inconstitucionalidade no juízo de relevância por ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5.º, XXXV). Isso porque a verificação de relevância é feita pelo próprio Judiciário; isso, em si, já constitui uma fase da apreciação jurisdicional. Não nega, pois, o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Pelo contrário, cumpre-o.

Cabe observar que não se trata de condicionar o julgamento à discricionariedade do órgão jurisdicional, pois uma vez reconhecida a relevância (cuja apreciação requer, como toda decisão judicial, motivação – diferente do que ocorre no *writ of certiorari*⁵⁰ americano), o Tribunal é obrigado a dar seguimento ao julgamento, podendo chegar ao exame do mérito.

10. O CARÁTER SUBSIDIÁRIO DA ADPF

Dizer que a arguição de descumprimento tem caráter subsidiário equivale a afirmar que ela, como bem consta do art. 4.º, § 1.º, da Lei n.º 9.882/99, não será cabível quando o ato impugnado puder ser atacado por outro remédio judicial.

Edílson Pereira Nobre Júnior indica que duas correntes exegéticas procuram determinar o conteúdo desse dispositivo legal. Diz o autor que “a primeira delas, a que se filiam Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e Rodrigo Pieroni Fernandes⁵¹, concebe que a existência de outro meio eficaz diz respeito tanto aos instrumentos do controle concentrado de constitucionalidade quanto aos demais meios judiciais que resguardam os direitos fundamentais”.⁵²

Já a segunda corrente, capitaneada por Gilmar Ferreira Mendes, “aponta que, no exame da proteção do preceito fundamental, haverá de preponderar um

⁵⁰ O writ of certiorari é uma das possibilidades de provocação da jurisdição da Suprema Corte americana (a outra é a appeal). Pode ser traduzido como carta requisitória ou mandado de avocação e é caracterizado pelo requerimento de apreciação de determinada questão jurídica pela Suprema Corte que, em juízo discricionário, poderá decidir pela apreciação do caso, quando, então, requisitará o processo ao juízo em que tramita.

⁵¹ Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental, p. 109.

⁵² Cf. A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a manipulação dos efeitos de sua decisão, in Revista Forense n. 363, p. 121-139.

enfoque objetivo ou de defesa da ordem constitucional objetiva.”. De forma que “...a subsidiariedade diria respeito apenas ao possível manejo de processos de índole objetiva.”⁵³

Sobre o tema, com razão, Carlos Mário Velloso manifestou-se nos seguintes termos:

“O Supremo Tribunal Federal deverá, ao construir a doutrina da argüição de descumprimento de preceito fundamental, debruçar-se sobre essa disposição legal. É que, praticamente, sempre existirá, no controle concentrado ou difuso, a possibilidade de utilização de ação ou recurso a fim de sanar lesão a preceito constitucional fundamental. Então, se o Supremo Tribunal der interpretação literal, rigorosa, ao § 1º art. 4º da lei 9.882/99, a argüição será, tal qual está ocorrendo com o mandado de injunção, posta de lado. De outro lado, o Supremo Tribunal Federal, na construção da doutrina dessa argüição, deverá proceder com cautela, sob pena de consagrar, por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo municipal em face da Constituição Federal, inclusive dos atos anteriores a esta. E isto o constituinte não quis e nem seria suportável pelo Supremo Tribunal, dado que temos mais de cinco mil municípios”.⁵⁴

O Supremo Tribunal Federal tem se inclinado no sentido da primeira corrente, concebendo o princípio da subsidiariedade de maneira mais abrangente. Como, por exemplo: a) ADPF 03/CE⁵⁵, proposta pelo Governador do Estado do Ceará contra decisões monocráticas e colegiadas do Tribunal de Justiça do Ceará, proferidas em reclamações, atinentes à remuneração de servidores ativos e inativos, gratificações, vantagem, cálculo de acréscimos pecuniários e teto de vencimentos e proventos, tendo a Corte entendido ser incabível a argüição porque os atos poderiam ser atacados por outros meios judiciais eficazes, assim como poderia o Governador do Estado propor ação direta de inconstitucionalidade dos artigos 108, inciso VII, da Constituição do Estado, e do art. 21,

⁵³ Argüição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz. Revista jurídica Virtual, Brasília, nº 13, vol. 2, jul. 2000. https://www.planalto.gov.br/cciv_03/revista/Rev_50/index.htm. Acesso em 16.03.2004.

⁵⁴ A argüição de descumprimento de preceito fundamental, Fórum Administrativo, n. 24, p. 1849-1853.

⁵⁵ ADPF 03/CE(Q0), Pleno, vu, relator Min. Sydney Sanches, DJU 27/02/2004

inciso VI, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Ceará, que instituíram a Reclamação destinada à preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; b) ADPF 12/DF⁵⁶, proposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira contra ato do Presidente do Superior Tribunal de Justiça que, mantendo decisão em suspensão de segurança concedida para declarar nula a eleição para a Mesa Diretora da Assembléia Legislativa de Santa Catarina, encaminhou a julgamento agravo regimental contra ele proposto, tendo o Relator negado seguimento à ADPF porque a decisão atacada poderia ser reexaminada por meio de agravo regimental, que, inclusive, foi interposto; c) ADPF 13/SP⁵⁷, apresentada pela Mesa da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo contra ato do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consubstanciado no Provimento n.º 747, que reorganizou as delegações de registros e notas no Estado, tendo o STF negado seguimento por ter entendido que o meio judicial cabível, na hipótese, era a Ação Direta de Inconstitucionalidade, inclusive já interposta; c) ADPF 18/CE⁵⁸, proposta pela Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Cíveis – Cobrapol em face de ato do Governador do Estado do Ceará que, concordando com a conclusão a que chegou Comissão Processante, determinou a lavratura de ato de demissão de policial civil, não tendo a Corte admitido a arguição em face da existência de outro meio idôneo para impugnar o ato, qual seja, a propositura de ação ordinária na Justiça estadual, na qual, inclusive, foi concedida antecipação de tutela; d) ADPF 39/DF⁵⁹, proposta pelo Partido Social Cristão impugnando o art. 13 da Lei n.º 9.096/95, tendo o STF indeferido a inicial por vislumbrar, na hipótese, cabimento de ação direta de inconstitucionalidade.

Na ADPF n.º 17-AP⁶⁰, relator o Ministro Celso de Mello, assim decidiu o STF:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (CF, ART. 102, § 1º). AÇÃO ESPECIAL DE ÍN-

⁵⁶ ADPF 12/DF, decisão do relator Min. Ilmar Galvão, DJU 26/03/2001.

⁵⁷ ADPF 13/SP, decisão do relator Min. Ilmar Galvão, DJU 05/04/2001.

⁵⁸ ADPF 18 AgR/CE, Pleno, vu, relator Min. Néri da Silveira, DJU 14/06/2002.

⁵⁹ ADPF 39/DF, decisão do relator Min. Sepúlveda Pertence, DJU 06/03/2003.

⁶⁰ ADPF 17 AgR/AP, Pleno, vu, relator Min. Celso de Mello, DJ 12/02/2003.

DOLE CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE (LEI Nº 9.882/99, ART. 4º, § 1º). EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO APTO A NEUTRALIZAR A SITUAÇÃO DE LESIVIDADE QUE EMERGE DOS ATOS IMPUGNADOS. INVIABILIDADE DA PRESENTE ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO.

– O ajuizamento da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), de tal modo que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo, apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes: ADPF 3-CE, ADPF 12-DF e ADPF 13-SP. A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, no entanto, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio em questão, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz e real, a situação de lesividade que se busca neutralizar com o ajuizamento da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental”.

Nesse caso, em que o Governador do Estado do Amapá procurava anular a nomeação de 6 (seis) Desembargadores pelo Tribunal de Justiça, o Tribunal findou por extinguir o processo sem julgamento do mérito, confirmando a decisão monocrática do relator, por entender que a parte autora poderia se valer de ação popular para anular o ato administrativo, como, de fato, foi proposta. Referida ação é cabível para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público nos termos da Lei n.º 4.717/65 e, uma vez proposta ação cautelar, nela se poderia requerer liminar apta a suspender os efeitos do ato atacado. Sendo a ação popular perfeitamente adequada à hipótese, incabível a ADPF.

Resultado inverso sacramentou a Corte Maior no julgamento da ADPF 04/DF⁶¹, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT contra a Medida Provisória n.º 2.019/2000, que fixou o valor do salário-mínimo, ao entendimento de que a medida judicial existente – Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão – não seria eficaz a sanar a lesividade.

⁶¹ ADPF 04/DF, Pleno, vm, relatora Min. Ellen Gracie, DJ 27/04/2002.

Importante notar que não basta a existência de outro meio legal para impugnação do ato. Faz-se necessário que ele seja eficaz, capaz de conduzir a termo que solucione a lide. Como visto no segundo exemplo referido, pois, embora existente o mecanismo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, entendeu o Tribunal que referido meio não era eficaz em face da interpretação da própria Corte sobre os limites dos efeitos dessa ação constitucional, no sentido de que o legislador não poderia ser compelido a legislar, cabendo apenas cientificação da mora.

11. A NATUREZA OBJETIVA DA ADPF

Impende, agora, dedicar algumas linhas à afirmação de que a ADPF é uma ação objetiva.

Em simples palavras, afirmar que a ADPF é uma ação objetiva equivale a dizer que é ação em que as partes são apenas formais, que é uma ação que provoca um pronunciamento objetivo da Corte Constitucional, independentemente de interesse subjetivo dos que figuram no processo.

Não se admite desistência, pois o interesse em questão não é das partes litigantes, mas sim o interesse público de extirpação da ordem jurídica de norma inconstitucional nela inserida. O titular da ação tem apenas a legitimidade constitucional de provocar a atuação do STF. Não tem poder sobre a ação para desistir ou transigir.

Dada sua natureza de ação objetiva, aplica-se o impedimento de intervenção de terceiros consagrado na jurisprudência do STF para as ações diretas de inconstitucionalidade, como, por exemplo, no seguinte precedente:

*“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL - INADMISSIBILIDADE - RISTF (ART. 169, PAR. 2.) - NORMA REGIMENTAL RECEBIDA COM EFICÁCIA DE LEI PELA CF/88 - FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO REQUERIDA POR PARTICULARES - IMPOSSIBILIDADE EM AÇÃO DIRETA - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. - A norma regimental inscrita no art. 169, PAR. 2., do RISTF, que veda a intervenção assistencial no processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal, foi recebida com força e eficácia de lei pelo novo ordenamento constitucional. Tratando-se de *lex specialis*, a norma regimental prevalece sobre o disposto*

no art. 50, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que admite a intervenção assistencial em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus de jurisdição. - A natureza eminentemente objetiva do processo de controle abstrato de constitucionalidade não dá lugar a intervenção de terceiros que pretendam, como assistentes, defender interesses meramente subjetivos. - A formação litisconsorcial passiva, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, só se legitima em face dos órgãos estatais de que emanou o próprio ato normativo impugnado. O mero particular não se qualifica como litisconsorte passivo em processo de controle abstrato, em face da necessária estatalidade do ato normativo nele impugnado”⁶².

Por óbvio, observada a pertinência temática, inexistente impedimento para litisconsórcio ativo das entidades legitimadas na Constituição, assim como poderá ocorrer litisconsórcio passivo sempre que o ato impugnado for praticado por mais de um órgão do Poder Público.

Curioso notar a possibilidade de atuação do chamado *amicus curiae*, assim entendido o interessado que, sem ser parte no processo, a critério do relator e por este autorizado, apresenta memoriais ou sustentação oral (nos termos do art. 6.º, § 2º da Lei n.º 9.882/99).

A título de ilustração, registre-se que o direito espanhol permite a atuação, no processo do recurso de amparo, como demandado ou como assistente, das pessoas que foram favorecidas pela decisão, ato ou fato em razão do qual se formulou o recurso, ou ainda daquelas que ostentem um interesse legítimo (art. 47 da LOTC).

12. QUÓRUM PARA JULGAMENTO E EFEITOS DA DECISÃO DE MÉRITO

O art. 8.º da LADPF dispõe que a decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos 2/3 (dois terços) dos Ministros.

Embora a lei silencie, aplica-se o disposto no art. 97 da Constituição Federal, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade exige o voto da maioria dos Membros da Corte (no caso, seis Ministros).

⁶² ADI 575 AgR/PI, Pleno, vu, relator Min. Celso de Mello, DJU 01/07/1994. Veja-se, também, ADI 748 AgR/RS, vu, relator Min. Celso de Mello, DJU 18/11/1994 e ADI 1286 AgR/SP, vu, relator Min. Ilmar Galvão, DJU 06/10/1995.

Os efeitos da decisão de mérito proferida na ADPF são os apresentados a seguir.

12.1 EFEITO *ERGA OMNES*

Segundo esse efeito, a decisão é válida e oponível a todos e não apenas àqueles que figuram como partes no processo.

Como diz Mandelli Junior⁶³:

“A eficácia erga omnes confere à decisão uma força obrigatória geral, determinando, por meio de um efeito negativo cassatório do ato declarado inconstitucional (ou descumpridor de preceito constitucional fundamental), a sua não aplicação pelos tribunais e pelos órgãos e agentes do poder político do Estado, sempre que confrontado com uma situação que poderia ensejá-lo.”

Compartilha-se o entendimento de que somente o dispositivo da decisão tem eficácia *erga omnes*, vez que inexistente previsão legal de que também os fundamentos terão esse efeito.

12.2 EFEITO VINCULANTE AOS ÓRGÃOS DO PODER PÚBLICO

Inicialmente, é de se registrar que há controvérsias na doutrina a respeito da possibilidade de lei estabelecer efeito vinculante.

Celso Ribeiro Bastos⁶⁴ posiciona-se favoravelmente nos seguintes termos:

“Nesse passo, temos que é possível à lei estabelecer o efeito vinculante às decisões proferidas em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, senão pela semelhança (controle concentrado) com a ação declaratória de constitucionalidade, pela cir-

⁶³Arguição de descumprimento de preceito fundamental; instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição, p. 172

⁶⁴Arguição de descumprimento de preceito fundamental e legislação regulamentadora, in André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (Orgs.), Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99, p. 76-84

cunståncia de que à lei é dado disciplinar a força das decisões judiciais, especialmente aquela decorrente da arguição, já que nesta hipótese a lei [leia-se Constituição] remete diretamente à vontade da lei.”(a ressalva é nossa)

Já Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁵ entende faltar ao legislador ordinário legitimidade para instituir referido efeito. Menciona que só o legislador constituinte poderia conferir força vinculante às decisões judiciais, como o fez com relação à Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Aliás, o constituinte alemão procedeu dessa forma. A força vinculante do recurso constitucional germânico, prevista no § 79 da Lei do Tribunal Constitucional Federal, tem por alicerce o art. 94.2 da Constituição Federal, que prevê expressamente que lei federal determinará em quais casos as decisões do Tribunal Constitucional Federal terão força de lei.⁶⁶

Ponderando, tem-se que o segundo autor está com a razão, haja vista que o advento de lei que imponha a força vinculante viola a garantia de inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5.º, inciso XXXV. “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). Não se vê na dicção do art. 102, § 1º da Constituição Federal, alcance a permitir a instituição de força vinculante, mas apenas para o disciplinamento do processo para julgamento de descumprimento de preceito fundamental.

Observa-se, porém, que a medida poderá ser imposta por emenda constitucional, não ocorrendo, na hipótese, violação a cláusula pétrea, pois emenda que imponha força vinculante restringe, mas não tende a abolir direito e a garantia fundamental de acesso à jurisdição (CF, art. 60, §4º, inciso IV)⁶⁷.

⁶⁵Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos, in André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (Orgs.), Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99, p. 150-171.

⁶⁶ Interessante mencionar que o mesmo § 79 prevê revisão de julgados penais transitados em julgado que tenham tido por fundamentado leis declaradas inconstitucionais pela Corte ou interpretação de norma que foi declarada, pelo Tribunal Constitucional Federal, incompatível com a Lei Fundamental. Não se admite o mesmo para processos cíveis, permanecendo intactas as decisões, ficando, porém, vedadas as execuções dos julgados ainda não levados a termo. A Lei Fundamental exclui também, na hipótese, pretensões fundadas em enriquecimento sem causa.

⁶⁷ Como, aliás, já decidiu o STF no julgamento da ADI 2024-2/DF (MC), pleno, vu, relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ 01/12/2000. Em seu voto, asseverou o relator que “as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.”

Por outro lado, ainda que admitido, nos termos da Lei n.º 9.882/99, o efeito vinculante não alcança o Poder Legislativo, pois este não pode ser coarcado em sua liberdade legislativa, que é a manifestação básica da vontade popular. Tanto é assim que o constituinte não o incluiu quando previu o efeito vinculante para as decisões de mérito da Ação Declaratória de Constitucionalidade, tendo, ali, referido apenas aos órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo (art. 102, § 2º, da Constituição Federal).

Não alcança o fundamento das decisões, pois a lei não dispôs nesse sentido. Pelo contrário, quando disse sobre a necessidade de publicação para fins de eficácia contra todos e efeito vinculante, limitou a necessidade de publicação ao dispositivo (art. 10, § 2º, da Lei n.º 9.882/99). Naturalmente, só se pode pretender vinculativo o que é publicado para conhecimento de todos.

12.3 EFEITO *EX TUNC* OU *EX NUNC*

Embora ordinariamente a declaração de inconstitucionalidade tenha efeito desde o nascer do ato impugnado (efeito desde então – *ex tunc*), na ADPF o Tribunal pode decidir por aplicação de efeitos a partir do trânsito em julgado da decisão (a partir de agora, ou *ex nunc*), ou pode, ainda, deliberar para que os efeitos só iniciem em outro termo.

Jorge Miranda observa que o objetivo de disposições como essa é conceder meios para que a Corte, podendo fixar a data a partir da qual surtirá efeito a declaração de inconstitucionalidade, não deixe de declará-la em virtude dos danos que poderiam advir em decorrência dos efeitos já produzidos pelo ato impugnado.⁶⁸

A seu turno, Ives Gandra da Silva Martins sustenta a impossibilidade da medida, tendo em vista que a declaração de inconstitucionalidade significa o reconhecimento da nulidade do ato impugnado, vale dizer, considerando Kelsen, que o ato, por não estar em conformidade com a norma fundamental, é um não-ato.⁶⁹ É um ato inexistente, e, sendo inexistente, não pode produzir efeitos no mundo jurídico.

⁶⁸ Manual de Direito Constitucional, t. II, p. 500/501

⁶⁹ Descumprimento de preceito fundamental: eficácia das decisões, in André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (Orgs.), Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99, p. 172-179.

Constata-se que o termo deve situar-se entre a edição do ato impugnado e o trânsito em julgado, pois fora desses limites o ato normativo é inexistente - e o Supremo Tribunal não pode determinar a aplicação de ato normativo inexistente, sob risco de incorrer em inconstitucionalidade.

Como já afirmado, essa disposição legal evidencia e amplia o caráter político dos julgamentos no STF, por se tratar de verdadeiro poder discricionário a ser exercido conforme juízos de conveniência e oportunidade conferidos à Corte.

Exige *quorum* de 2/3 (dois terços) de seus membros.

Apreciando a questão nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2231, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra a LADPF, o Relator Ministro Néri da Silveira votou no sentido de que, “cuidando-se de processo de natureza objetiva, não há norma constitucional que impeça o legislador ordinário autorizar o STF a restringir, em casos excepcionais, por razões de segurança jurídica, os efeitos de suas decisões”.⁷⁰

12.4 EFEITO REPRISTINATÓRIO

É sabido que uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei, é reconhecida sua nulidade e ela é extirpada do mundo jurídico. O efeito repristinatório é a volta de eficácia à norma que antes regia a matéria, que vigia antes da entrada em vigor da lei declarada inconstitucional.

CLÉMERTON CLÈVE⁷¹ distingue efeito repristinatório de repristinação, nos seguintes termos:

“o efeito repristinatório é o fenômeno da reentrada em vigor da norma aparentemente revogada. Já a repristinação, instituto distinto, substanciaria a reentrada em vigor da norma efetivamente revogada em função da revogação (mas não anulação) da norma revogada. A repristinação, salvo hipótese de expressa previsão legislativa, incorre no direito brasileiro.”

⁷⁰ Informativo do STF n. 253, disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 16/03/2004.

⁷¹ A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro, p. 250.

No campo jurisprudencial, o Min. Celso de Mello, em voto proferido no julgamento da ADIn n.º 2574/AP⁷², observa que não é novo no direito pátrio o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade *in abstracto* e a suspensão de eficácia de ato inconstitucional importam em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato. Aponta que já no regime constitucional anterior a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vinha reconhecendo a existência de efeitos repristinatórios nas decisões que declaram a inconstitucionalidade ou deferem medida cautelar de suspensão de eficácia dos atos estatais questionados em ação direta. Como ocorreu, por exemplo, no julgamento da Representação n.º 1.077/RJ, proposta pelo Procurador-Geral da República em face da Assembléia Legislativa e do Governador do Estado do Rio de Janeiro, impugnando lei de custas judiciárias⁷³, e na Representação n.º 1.356/AL, proposta pelo Procurador-Geral da República em face da Assembléia Legislativa e do Governador do Estado de Alagoas, em que se pleiteou a revogação de Medida Cautelar antes concedida, até o julgamento do mérito, sob a alegação da ocorrência de vazio legislativo, tendo o julgamento desta última assentado que “a suspensão liminar da eficácia da lei torna aplicável a legislação anterior acaso existente, e não impede que se edite nova lei, na conformidade das regras constitucionais inerentes ao processo legislativo.”⁷⁴

13. SUSPENSÃO DO ANDAMENTO DE PROCESSOS OU DE EFEITOS DE DECISÕES JUDICIAIS

A Lei da argüição prevê a suspensão do andamento de processos ou de efeito de decisões judiciais no § 3.º do art. 5.º, que dispõe da seguinte forma:

“a liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou o efeito de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada”.

⁷² ADI 2574/AP, Pleno, vu, relator Min. Carlos Velloso, DJU 29/08/2003. No mesmo sentido, ADI 2215/PE, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 26/04/2001.

⁷³ Representação n.º 1.077/RJ, Pleno, vu, relator Min. Moreira Alves, j. 26/02/1981, RTJ 101/499, 503.

⁷⁴ Representação n.º 1.356/AL, Pleno, vu, relator Min. Francisco Rezek, j. 23/10/1986, RTJ 120/64.

É forçoso reconhecer-se que não há eiva de inconstitucionalidade em referido dispositivo, eis que, ressalvado o respeito à coisa julgada e considerando-se que são próprios dessa ação os efeitos *erga omnes* das decisões nela proferidas, tem-se que é salutar a possibilidade de se suspender o andamento de processo ou o efeito de decisões judiciais que seriam alcançados pela decisão de mérito. Como a suspensão é decorrente de decisão judicial proferida em ação judicial, não há falar-se de supressão da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito.

É medida que visa garantir uma atuação institucional uniforme do Judiciário no que diz respeito à apreciação de constitucionalidade, prestigiando-se o órgão que, por mando do constituinte originário, tem a primazia - embora não a exclusividade - de dizer sobre a conformidade de lei ou ato normativo com a Norma Fundamental.

Também não se pode vislumbrar na hipótese violação ao princípio do juiz natural, pois a causa continuará a ser julgada pelo juízo originário, sendo remetida ao STF apenas a apreciação da questão de constitucionalidade, após cuja solução o processo retoma o seu curso. Além disso, não há ofensa ao juízo natural quando a lei aplicada é anterior ao caso, sendo suficiente, portanto, que não se aplique a Lei n.º 9.882/99 aos processos que lhe são anteriores.

Como já mencionado, o voto do relator no julgamento do pedido de liminar na ADIn MC 2231/DF⁷⁵ foi no sentido de suspender a eficácia do § 3º do art. 5.º da Lei n.º 9.882/99, por estar relacionado com a – entendida inconstitucional no voto – arguição incidental em processos em concreto.

14. RESTRIÇÃO DE EFEITOS OU FIXAÇÃO DE TERMO PARA A EFICÁCIA DAS DECISÕES DECLARATÓRIAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

O art. 11 da Lei n.º 9.882/99 possibilita ao STF a restrição de efeitos ou a fixação de termo para a eficácia das declarações de inconstitucionalidade. Diz o seguinte:

“Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepci-

⁷⁵ O julgamento foi suspenso após o voto do relator e ainda continua nesse estágio, em virtude de pedido de vista do Min. Sepúlveda Pertence.

onal interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Comentando o art. 27 da Lei n.º 9.868/99, de igual teor, Manoel Gonçalves Ferreira Filho observa que são exigidos dois requisitos para que o Supremo Tribunal Federal manipule os efeitos das decisões proferidas: um formal e um material.⁷⁶

O formal diz respeito à exigência de aprovação por 2/3 (dois terços) dos ministros. O material refere-se à existência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Verifica-se que o requisito material é de natureza explicitamente subjetiva e política, razão pela qual o citado autor critica acidamente a inovação legislativa. No seu entender, o caráter político das decisões do Supremo Tribunal Federal foi acentuado além da medida, a ponto de considerar que a Corte se transformou na 3ª Câmara do Legislativo.

Aponta, além disso, que a decisão de reconhecimento de inconstitucionalidade deixa de ter natureza declaratória e passa a ter natureza constitutivo-negativa.

Isso porque ela deixaria de limitar-se a reconhecer inconstitucionalidade existente *ab initio*, desde o momento da entrada da norma no ordenamento jurídico, passando a ter como principal característica o poder de desconstituir a lei a partir de momento determinado.

Nesse ponto, discorda-se do autor, por entender que a decisão tem natureza dúplice, pois ao mesmo tempo em que é declaratória da inconstitucionalidade será, a um só tempo, em se valendo a Corte da faculdade do art. 11, desconstitutiva do ato normativo impugnado.

É forçoso reconhecer que a natureza desconstitutiva refere-se à validade da lei, e não à inconstitucionalidade, de forma que o Tribunal não estaria declarando que a constitucionalidade perduraria até determinado momento.

Edilson Pereira Nobre Júnior anota que a restrição de efeitos ou a fixação de termo para a eficácia das declarações de inconstitucionalidade em controle

⁷⁶ O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (leis n. 9.868, de 10 de novembro e n. 9.982, de 3 de dezembro de 1999), Revista de Direito Administrativo, n. 220, p. 1-17.

concentrado não é novidade no Brasil e no estrangeiro.⁷⁷ Nesta pátria, há precedentes em vários julgados do Supremo Tribunal Federal, inclusive anteriores à Constituição de 1988. No exterior, além da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, a possibilidade é positivada na Constituição austríaca (art. 140.3) e na Constituição portuguesa (art. 282, n.º 4.º), estabelecendo esta última, como requisito, que exijam a medida a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado.

Perceba-se que não se trata de hipótese de inconstitucionalidade superveniente, isto é, aquela segundo a qual uma norma originariamente constitucional deixaria de sê-lo em virtude de modificação da Constituição por emenda constitucional.

Como dito antes, tem-se que o disposto no art. 11 deve ser interpretado no limite da constitucionalidade, ou seja, interpretado conforme o sentido de que o limite temporal deve situar-se entre a promulgação do ato normativo e o trânsito em julgado da decisão que declarou a inconstitucionalidade. Pois, fora destes limites, não se poderia aplicar norma que foi reconhecida nula e, portanto, inexistente.

Além disso, deduz-se que ao restringir os efeitos da decisão a Corte não poderá fazer distinção entre as pessoas por ela alcançadas, sob pena de violação do princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*).

Por outro lado, esse artigo de lei introduz no ordenamento jurídico um mecanismo que poderá gerar inconstitucionalidades intencionais, sendo um perigoso instrumento para a estabilidade das relações jurídicas. Gera fundado receio de que o legislador, burlando a Carta Maior, edite normas sabidamente inconstitucionais com o intento premeditado de obter vantagens indevidas decorrentes da fixação, pelo STF, de data posterior para a eficácia da declaração de inconstitucionalidade.

Ainda que fosse a única, essa possibilidade de fraude à Constituição, por si, é razão suficiente para que o STF limite-se a aplicar o art. 11 com a excepcionalidade estrita que é própria da situação nele tratada.

15. AADIn 2.231/DF

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs a ADIn n.º 2.231/DF contra toda a Lei n.º 9.882/99, e, em especial, contra seus dispo-

⁷⁷ Op.cit., p.118/119.

sitivos constantes do parágrafo único, inciso I, do art. 1º, do § 3º do art. 5º, do art. 10, *caput* e § 3º e do art. 11.

A primeira imputação diz respeito à possibilidade de cabimento da argüição “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

Entende-se, como antes já consignado, que referida hipótese não comporta inconstitucionalidade, desde que feita interpretação conforme a Constituição no sentido de que o relevante fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, deve referir-se exclusivamente a preceito fundamental. Assim, não é em qualquer hipótese que o STF analisará, nessa via concentrada, a constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal. Dessa forma, não há que se falar em ampliação da competência do Supremo Tribunal Federal por lei ordinária e, portanto, em inconstitucionalidade.

O voto do relator Min. Néri da Silveira foi no sentido de dar ao parágrafo único do art. 1º interpretação conforme a Constituição para não permitir a propositura de argüição incidental em processos em curso, pois entendeu que a argüição incidental não poderia ser criada pelo legislador ordinário, mas apenas por emenda constitucional⁷⁸. Votou, também, para suspender a eficácia do § 3º do art. 5º, referente a suspensão de andamento de processos e de efeito de decisões, por estar relacionado com a argüição incidental em processos em concreto.

Com relação à impugnação do art. 11, o ministro votou pelo indeferimento da liminar por considerar que, cuidando-se de processo de natureza objetiva, não há norma constitucional que impeça o legislador ordinário autorizar o STF a restringir, em casos excepcionais, por razões de segurança jurídica, os efeitos de suas decisões.

O relator posicionou-se pelo indeferimento da liminar com relação à impugnação do art. 10, § 3º (efeito vinculante), por entender que o efeito vinculante não tem natureza constitucional, podendo o legislador ordinário disciplinar a eficácia das decisões judiciais, especialmente porque a CF remete expressamente à lei a disciplina da argüição. Após a apresentação do voto, o julgamento foi – e continua – suspenso em virtude de pedido de vista do Ministro Sepúlveda Pertence.

⁷⁸ Informativo do STF n. 253, disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 16/03/2004.

De outra feita, o entendimento segundo o qual não seria aferível o controle de constitucionalidade de atos e leis anteriores à Constituição é construção jurisprudencial, não havendo obstáculo expresso no Texto Magno, de forma que a lei, nesse tópico, também não atenta contra a Carta Magna.

O controle abstrato de constitucionalidade do direito anterior à Constituição é admissível na Alemanha, em Portugal, na Itália e na Espanha.

Realmente, ao prever o controle de constitucionalidade, o art. 100 da Constituição Federal Alemã não distingue atos normativos que lhe sejam anteriores. Não fazendo distinção, por consequência, a Lei sobre o Tribunal Constitucional ao dispor sobre o controle abstrato de normas (§ 76), sobre juízo de admissibilidade no controle concreto (§§ 80 e 81a) e sobre o recurso constitucional (§§ 90 e seguintes), salvo para explicitar que o prazo para propositura de recurso constitucional contra lei que entrou em vigor antes de 1º de abril de 1951 findaria em 1º de abril de 1952 (§ 93.4).⁷⁹

A Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol também não diferencia as leis anteriores à Constituição. Exige apenas que o recurso de amparo seja interposto no prazo de 20 (vinte) dias da violação do direito fundamental, e após o esgotamento de eventuais vias ordinárias de impugnação (art. 44 da LOTC).

Na Itália, a admissão de controle constitucional de normas anteriores à Constituição foi decidida pela própria Corte Constitucional, que apreciou a questão na *Sentenza 01/1956*.

Em Portugal, a questão resolveu-se com previsão expressa no art. 282, n.º 2.º, da Constituição, que admitiu a inconstitucionalidade por norma constitucional posterior, vigendo os efeitos da inconstitucionalidade desde a entrada em vigor desta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como síntese do exposto, pode-se concluir o seguinte:

1. a arguição de descumprimento de preceito fundamental é uma ação constitucional de competência exclusiva do STF, que tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, assim como quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre

⁷⁹ Cf. Luís Afonso Heck (trad.), Lei sobre o Tribunal Constitucional federal alemão, Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 1, p. 231-262.

lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

2. essa ação ampliou as hipóteses de apreciação de inconstitucionalidade pelo STF, constituindo verdadeiro avanço institucional ao admitir o controle de constitucionalidade pela Corte Maior de atos normativos municipais, de atos infralegais e de atos normativos anteriores à Constituição.

3. não há inconstitucionalidade na ampliação antes referida, pois o art. 1.º, parágrafo único, inciso I, merece interpretação conforme a Constituição, no sentido de que o relevante fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, deve referir-se exclusivamente a preceito fundamental. Entendimento diverso conduziria ao reconhecimento de inconstitucionalidade da Lei n.º 9.882/99, vez que estaria a ampliar a competência do Supremo Tribunal Federal, o que não é permitido ao legislador ordinário, mas só ao legislador constituinte.

4. não andou bem o legislador ao vetar a legitimidade popular para a propositura da arguição. Desvirtuou-a da natureza que se lhe concebia, similar ao recurso constitucional alemão e ao recurso de amparo espanhol. Os contornos que deu evidenciam que a arguição foi aproveitada para ampliar os limites do controle direto de constitucionalidade e para instituir medida possibilitadora de avocação para o Supremo Tribunal de questões de interesse do Poder Executivo.

5. a Lei n.º 9.882/99 incorre em inconstitucionalidade ao prever efeito vinculante para as decisões proferidas na arguição, pois viola a garantia da inafastabilidade da jurisdição inculpada no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Porém, essa medida poderá ser estabelecida por emenda constitucional, não ocorrendo, na hipótese, violação a cláusula pétrea, pois emenda que imponha força vinculante, embora restrinja, não tende a abolir direito e a garantia fundamental de acesso à jurisdição (CF, art. 60, §4º, inciso IV). Ainda que admitido, o efeito vinculante não alcança o Poder Legislativo, pois este não pode ser coarctado em sua liberdade legislativa, assim como, nos termos legislados, não alcança o fundamento das decisões.

6. a apreciação da ADPF exige juízo prévio de relevância, medida salutar que possibilita filtragem dos processos a serem analisados pelo STF, restringindo sua atuação aos casos de importante interesse público. Não há inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, inciso XXXV), pois a verificação de relevância constitui, já em si, uma fase da apreciação judicial e porque é lícito ao legislador estabelecer requisitos processuais para o conhecimento das ações.

7. o art. 11 da Lei n.º 9.882/99 possibilita ao STF a restrição de efeitos ou a fixação de termo para a eficácia das declarações de inconstitucionalidade. Essa disposição legal evidencia e amplia o caráter político dos julgamentos no STF, por se tratar de verdadeiro poder discricionário a ser exercido conforme juízos de conveniência e oportunidade conferidos à Corte. Exige *quorum* de 2/3 (dois terços) de seus membros. Sua constitucionalidade exige interpretação conforme a Constituição no sentido de que o termo deve situar-se entre a edição do ato impugnado e o trânsito em julgado, pois fora desses limites o ato normativo é inexistente. Além disso, ao restringir os efeitos da decisão a Corte não poderá fazer distinção entre pessoas, em respeito ao princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*).

8. Em resumo, pode-se afirmar que a Lei n.º 9.882/99 incorre nas inconstitucionalidades totais ou parciais (a exigir interpretação conforme a Constituição) acima apontadas. Verifica-se que o legislador, de forma oportunista, valeu-se da previsão constitucional da arguição, regulamentando a ação de forma a atender a conveniências do governo no combate à chamada “guerra das liminares”, em detrimento da cidadania, que perdeu a oportunidade de criação de um instrumento que lhe permitisse o acesso direto ao Supremo Tribunal Federal contra atos que descumprissem preceitos fundamentais decorrentes da Constituição.

BIBLIOGRAFIA

CARNOTA, Walter F. Dos visiones constitucionales divergentes sobre el amparo: los casos argentino y español. *Revista Mexicana de derecho constitucional*, México, n.º 9, jul./dez. 2003. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/9/ard/ard2.htm>. Acesso em 16/02/04.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Jurisdição constitucional: ação e processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista dos Tribunais/Fasc. Civ.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 783, p. 115-134, janeiro de 2001.

- DANTAS, Ivo. *Constituição & processo : introdução ao direito processual constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, v. 2, 2003.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 5ª ed., rev. e atual. Belo Horizonte-Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves, FERNANDES, Rodrigo Pieroni. A argüição de descumprimento de preceito fundamental e a manipulação dos efeitos de sua decisão. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, nº 363, p. 121/139, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves . O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.982, de 3 de dezembro de 1999). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 220, pág. 1-17, abr./ jun. 2000.
- GÓMEZ MONTORO, Angel J. El interés legítimo para recurrir em amparo - La experiencia del tribunal constitucional español. *Revista Mexicana de derecho constitucional*, México, nº 9, jul./dez. 2003. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/9/ard/ard2.htm>. Acesso em 16/02/04.
- HECK, Luís Afonso(trad.). Lei sobre o Tribunal Constitucional federal alemão. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. [s.l.]:[s.e.], nº 1, p. 231-262, jan./jun. 2003.
- _____. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, nº 124, p. 115-133, outubro/dezembro 1994.
- MAUÉS, Antonio G. Moreira; COLARES, Patrick Menezes. A argüição de descumprimento de preceito fundamental e o direito anterior à Constituição de 1988. *Justiça Constitucional en Iberoamérica*. Disponível em <http://www.uc3m.es/uc3m/ins/MGP/JCI/05-10-foro-descumprimento>. Acesso em 17/02/2004.
- MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Argüição de descumprimento de*

preceito fundamental : instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARTÍNEZ PARDO, Vicente José. El recurso de amparo constitucional - Consideraciones generales. *Revista Internauta de Prática Jurídica*, Valência, nº 8, jul./dez. 2001. Disponível em <http://www.uv.es/~ripj/8vic.htm>. Acesso em 16/02/2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. A argüição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz. *Revista Jurídica Virtual*. Brasília, nº 13, v. 2, jun. 2000. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_50/index.htm. Acesso em 16/04/2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed., rev., ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. II, 3ª ed.(reimpr.), Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*, 9ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

_____. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *Direitos fundamentais e argüição de descumprimento de preceito fundamental*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Manual da monografia jurídica: como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese*. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

PÉREZ TREMPES, Pablo. Tribunal constitucional, juez ordinario e uma deuda pendiente de el legislador. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. [s.l.]:[s.e.], nº 1, p. 127-146, jan./jun. 2003

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

REIS, Palhares Moreira. A argüição de descumprimento de preceito fundamental. *Boletim de Direito Administrativo*. [s.l.]: Editora NDJ, nº 6, p. 466-471, junho 2003.

SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 224, p. 95-116, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 3, junho, 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 16/02/2004.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio: Forense, 1966.

TAVARES, André Ramos. *Tratado da argüição de descumprimento de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99)*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords.). *A argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

VELLOSO, Carlos Mário. A argüição de descumprimento de preceito fundamental. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n.º 24, p. 1849-1853, fev. 2003.



ESMAFE
ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO



O PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO. O CASO BRASILEIRO EM COMPARAÇÃO

CARLA SANTINA DE SOUZA RODRIGUES

Juíza do Trabalho Substituta (6ª. Região – Pernambuco)

Ex-Juíza de Direito

Mestranda em Direito pela UFPE

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. As limitações ao poder reformador numa visão comparatista; 2.1. Considerações iniciais. 2.2. Limitações explícitas; 2.2.1. Limitações materiais; 2.2.2. Limitações temporais; 2.2.3. Limitações circunstanciais; 2.3. Limitações tácitas; 3. O Processo de reforma constitucional e as suas peculiaridades de acordo com o sistema constitucional em exame; 3. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Suscitar discussão acerca do poder de reforma constitucional, à luz de elementos de Direito Comparado, e, mais precisamente, de Direito Constitucional Comparado, constitui o objetivo deste trabalho. Com efeito, as delimitações científicas para uma análise desse jaez reclamam uma permanente consulta aos métodos do Direito Comparado, ramo jurídico que se firma com autonomia, consoante leciona Ivo Dantas¹, que após tecer considerações sobre o *status* da referida disciplina, diz que “podemos afirmar que existe um Direito Constitucional Comparado com caracterização de Ciência, e não como método.”. Idêntica é a posição defendida por Carlos Ferreira de Almeida².

¹ CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. Direito Constitucional Comparado. Introdução. Teoria e Metodologia. Rio de Janeiro: Renovar. 2000. p. 60.

² ALMEIDA, Carlos Ferreira. Introdução ao Direito Comparado, 2ª ed. Coimbra: Almedina. p. 12.

Assim, será oferecido enfoque pontual ao tratamento dado ao poder reformador pelo Direito Francês através dos tempos, em cotejamento com o Direito Brasileiro.

2. AS LIMITAÇÕES AO PODER REFORMADOR NUMA VISÃO COMPARATISTA

2.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

O poder de reforma constitucional toma uma enorme dimensão quando tratamos das chamadas Constituições rígidas, vez que estas possuem uma certa imutabilidade no seu texto, redundando, assim, numa maior estabilidade jurídica.

Sabemos que o Direito trabalha com dois valores primordiais: a justiça e a segurança jurídica. A segurança jurídica se dá, por exemplo, com a permanência razoável do texto constitucional, pois é a Constituição a base de sustentação de todo o ordenamento jurídico. Assim, a imutabilidade constitucional, que se contrapõem à mutação constitucional, tem como exteriorização de seus propósitos as Constituições de natureza rígida, as quais dificultam a mutabilidade, mas não garantem a imutabilidade.

No dizer do professor Paulo Bonavides³, as Constituições rígidas “traduzem até certo ponto o grau de certeza e solidez jurídica das instituições num determinado ordenamento estatal”.

A imutabilidade constitucional é de difícil vislumbre nos tempos atuais, pois a sociedade vive em constante mudança, calcada na instabilidade dos âmbitos sociais, econômicos e políticos, os quais tanto interferem na formação de seus anseios. É cediço que a Carta Maior de um Estado deve conter em seu bojo as “vontades” de seu povo e sendo estas variáveis, deduz-se, de pronto, que a Constituição também vai necessitar de reparos tendentes a se aproximar da *volutas* do povo que permitiu a sua existência jurídica.

Apesar das considerações acima, já se buscou outrora a imutabilidade das Constituições, como informa Edouard Laboulayle⁴, pois os iluministas, lastreados no racionalismo do Século Dezoito, viam a lei como um “produto lógico e absoluto “. Baseado nesta visão, a lei era tida como válida para resolver os

³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 173.

⁴ Cf. BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 173.

problemas de todas as gerações, em todas as épocas. Alijava-se, destarte, qualquer esboço de reforma da lei, que se considerava perfeita para a resolução de todos os problemas futuros. Como pensar em reformar o que é produto da lógica e fruto da razão humana?

Observe-se que a concepção apontada acima era oriunda de uma visão iluminista, a qual focalizava a razão humana como um vetor. É, portanto, necessário se ter em mente o momento histórico que a referida concepção brota, sob pena de não se compreender o raciocínio utilizado por seus defensores e chamar tal tese de absurda para a época.

Para ilustrar o fascínio que a imutabilidade constitucional empregava, podemos citar a proposta de um publicista francês que sugeriu a pena de morte a quem ousasse propor a reforma à Constituição Francesa.

Para os estudiosos do direito é impensável uma Constituição imutável, vez que, conforme já dito acima, a vida é movimento, rotatividade e, sobretudo, renovação. Assim, adotar o princípio da imutabilidade da Constituição, seria inviabilizar os caminhos da reforma “sem armas” do sistema político, isto é, a reforma pacífica (advindas das mudanças ocorridas) não poderia acontecer, havendo uma única saída para o império da vontade popular transformada: a revolução e o golpe de Estado.

A Revolução Francesa trouxe para a Ciência Política e para o Direito Constitucional contribuições de diversos pensadores, tais como Emmanuel Siyès, Emmerich de Vattel e Jean Jaques Rousseau⁵.

Vattel, pensador revolucionário, entendia que a Constituição era a representação do contrato social e que somente poderia ser modificada com a anuência de todos os cidadãos que são parte no referido trato, na linha de o poder constituinte deveria ser “entendido como soberania constituinte do povo, ou seja, o poder de o povo, através de um acto constituinte, criar uma lei superior juridicamente ordenadora da ordem política” consoante lembra J.J. Gomes Canotilho⁶. Na verdade, tal posicionamento de Vattel equivaleria à defesa da imutabilidade constitucional, vez que exigir a participação e aceitação de todos para que a mudança possa operar validamente, seria impraticável já na socieda-

⁵ Jean Jacques Rousseau foi quem formulou cientificamente o princípio jurídico da reforma constitucional, o chamado poder constituinte derivado.

⁶ GOMES CANOTILHO, J.J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Disponível na Internet: http://inforum.insite.com.br/arquivos/2066/Direito_Constitucional_e_Teoria_da_Constituicao-JJGCanotilho.doc [20.04.2004].

de francesa da época. Esse entendimento foi por ele mesmo depois flexibilizado, através da concepção da mudança constitucional sem a exigência do assentimento unânime e consentindo por mera decisão da maioria, resguardando aos “contratantes” dissidentes o direito de secessão pela quebra do contrato nos seus moldes originais⁷.

Sieyès⁸, apesar da tentativa de formular uma teoria para o poder reformador, não conseguiu satisfatoriamente explicá-lo, pois só vislumbrou uma face, não conseguindo explicar o poder constituinte de forma jurídica exercido pelo poder constituinte derivado.

Partia, o referido autor acima, da distinção que existe entre poder constituinte e poderes constituídos. As leis constitucionais, segundo Sieyès, são obra do poder constituinte, as quais obrigam os poderes constituídos. Entretanto, não obrigam a nação, que é titular do poder constituinte do qual emanam as leis constitucionais.

Assim, vê-se que o poder constituinte derivado ou jurídico não foi focalizado e sim o poder reformador ilimitado da Nação, que não se trata de poder jurídico que deriva do poder original, político.

Rousseau, por seu turno, é quem verdadeiramente trata da matéria de forma plena, não a visualizando de forma parcial. Ele formula o conceito jurídico de reforma constitucional, incumbindo a reforma a uma autoridade/órgão designado na própria Constituição (instrumento, exteriorização do poder constituinte originário). Na sua obra “*Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa Réformation Projetée em Avril 1772*” defendeu o seguinte, conforme cita o Paulo Bonavides⁹: “*É contra a natureza do corpo social impor leis que ele não possa revogar*” (...) “*Não é contra a natureza nem contra a razão a possibilidade de revogar tais leis, desde que o façamos com a mesma solenidade empregada para estabelecê-las*”.

A formulação teórica construída por Rousseau foi empregada já na Constituição Francesa de 1791, a qual reconhecia que a Nação tinha o direito de reformar a Constituição, quando houvesse dispositivos em seu texto que não mais retratavam as suas necessidades.

⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo. op.cit. 176.

⁸ Cf. BONAVIDES, Paulo, op.ct. 174.

⁹ Op. cit., p. 174.

O art. 1º, título VII dispõe:

“L’Assemblée nationale Constituante déclare que la nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution et, néanmoins, considérant qu’il est plus conforme à l’intérêt national d’user seulement par les moyens pris dans la Constitution même du droit d’en réformer les articles dont l’expérience aurait fait sentir les inconvénients, décrète qu’il y sera remédié par une assemblée de revision dans la suivante”.

Portanto, a partir de Rousseau foi delineado o poder constituinte derivado, que se consubstanciava em um poder jurídico, que era antevisto e limitado pelo próprio poder constituinte que lhe deu origem.

Destina-se este ensaio, a partir de agora, à análise pontual das limitações do poder reformador.

2.2. LIMITAÇÕES EXPLÍCITAS

O poder constituinte derivado se condiciona a diversas limitações, podendo estas limitações ser expressas ou não no próprio texto constitucional. As limitações expressas são também denominadas de explícitas e se contrapõem às limitações tácitas ou implícitas.

Tanto as limitações expressas como as tácitas são extraídas da própria Constituição, isto é, são frutos do poder constituinte originário que se limitou autonomamente, sujeitando o órgão revisor (incumbido da reforma) nas balizas traçadas.

As limitações explícitas são aquelas expressas no próprio texto constitucional, ou seja, estão formalmente contidas na Constituição, conferindo uma certa estabilidade institucional e demarcando o alcance do poder constituinte derivado, conforme leciona Paulo Bonavides¹⁰: *“Limitações explícitas ou expressas são aquelas que, formalmente postas na Constituição, lhe conferem estabilidade ou tolgem a quebra de princípios básicos, cuja a permanência ou preservação se busca assegurar, retirando-os do alcance do poder constituinte derivado.”.*

Vamos analisar agora as espécies de limitações explícitas que a doutrina nos apresenta. Começemos pela limitação material que, ao meu ver, é a limita-

¹⁰ Op. cit., p. 175.

ção mais incisiva ao poder de reforma e que consta nos mais variados sistemas jurídicos.

Mais adiante, analisaremos as limitações temporais, circunstâncias e as limitações não-expressas, mas que, apesar de não explicitadas na Constituição, se extraem do seu texto, vindo compor, deste modo, o quadro de limitações ao poder reformador.

2.2.1. LIMITAÇÕES MATERIAIS

As chamadas limitações materiais são aquelas explícitas e que delimitam o objeto da reforma. Constituem, na verdade, um conjunto de matérias que o poder constituinte originário entende intangível, ou seja, inalcançável pelo poder reformador. Este tipo de limitação é muito utilizado pelos Estados, que as fazem inserir nas suas respectivas Cartas Constitucionais, inclusive as brasileiras.

Com efeito, as Constituições do Brasil, desde a Carta Republicana, trazem em seu texto um elenco de limitações materiais, tornando algumas temas imutáveis frente ao poder reformador, notadamente aqueles que dizem respeito à própria estrutura do poder original. Assim, desde a Carta de 1892 que era vedada qualquer iniciativa do poder reformador que visasse a abolir a forma republicana de governo e a forma federativa de Estado. Eram, portanto, cláusulas pétreas de nosso sistema constitucional sempre presentes nas Constituições anteriores à nossa Carta atual.

No entanto, a Constituição vigente retirou a forma republicana do elenco das cláusulas pétreas, autorizando, inclusive, que houvesse consulta plebiscitária, como de fato ocorreu, para que os cidadãos pudessem escolher a forma de governo a se adotar no Estado federativo brasileiro. Na referida Constituição, temos como limitação ao poder de reforma as matérias elencadas no art. 60, parágrafo 4º, as quais a doutrina chama de cláusulas pétreas, pois são matérias que a ordem constitucional não deixa livre ao exercício do poder constituinte derivado, devendo, portanto, continuar intocadas até um novo exercício do poder constituinte originário.

É de ser lembrado que algumas Cartas Constitucionais estrangeiras, tais como a portuguesa, a helvética e a alemã, trazem em seu bojo vedações de ordem material. Vejamos.

A Constituição portuguesa de 1911, na linha da nossa história constitucional recente, vedava também qualquer reforma tendente a abolir o regime de governo republicano, em similitude com o disposto na Lei Constitucional Francesa de 14 de agosto de 1884.

A Constituição da Suíça, de 1798, bem antes, portanto, das Constituições do Século Vinte, já trazia restrições materiais ao poder de reforma, isto é, já se valia dessa técnica restritiva tão eficiente, que impede a mutação constitucional. Na citada Constituição, era cláusula pétrea a democracia representativa, sendo esta parte do texto imune ao poder reformador.

No mesmo sentido, a Lei Fundamental de Bonn interditava a supressão da estrutura federal e a abolição do Conselho Federal, considerando-as matérias proibidas ao exercício do poder modificador.

É óbvio que assunto de tamanha envergadura sempre desperta críticas e elogios, mais as primeiros que as segundas, já que o rigorismo da limitação material pode até mesmo inviabilizar o funcionamento de uma forma de governo ou até mesmo implicar na derrocada de um regime, diante do imobilismo deste.

Assim, não é de todo sem razão o raciocínio de que é nociva a técnica restritiva, pois é factível que o poder exercitado num dado momento não seja superior ao poder constituinte que se exercerá no futuro. Desta forma, não há razão para se restringir os poderes constituintes que se sucedem, ainda que de forma pontual, pois é razoável afirmar-se que vedações materiais dessa natureza não passam de simples moções ou manifestações políticas, destituídas de qualquer valor jurídico ou força vinculante para os futuros poderes constituintes.

Tal construção crítica, entretanto, se expõe ao contra-argumento de ser dotada de uma certa imprecisão terminológica, já que o poder constituinte ali referido é unicamente o poder constituinte originário, deixando de lado o poder constituído, ou melhor, o poder constituinte derivado, sendo este sim, afetado pelas limitações materiais.

Como sabido, o poder constituinte é um poder político, extra-constitucional e superior ao próprio Texto Magno. É também um poder de exercício mais raro, pois é reservado às situações excepcionais na vida da sociedade. Diferentemente do poder que o origina, o poder constituído ou constituinte derivado é um poder de natureza jurídica, vez que afigura-se como sendo um poder menor, que deve obediência ao originário. É exercido nas situações de normalidade da sociedade e das instituições, sendo haurido da própria Constituição que o admite nos moldes de suas limitações. Nesta última hipótese, é incabível uma autonomia plena na escolha das matérias objetos de reforma, pois o constituinte derivado, como criatura, não poderá se sobrepor ao seu criador.

Na verdade, não se impede de forma absoluta a reforma constitucional. Apenas se exige que ela se desenvolva nos limites que a própria Constituição, no exercício que o poder originário, traçou para a mudança de seu texto.

Desta forma, o constituinte derivado, no exercício do poder constituinte secundário, não poderá transpor os limites expressos e tácitos, sob pena de estar praticando um ato de subversão e infidelidade aos mandamentos constitucionais.

2.2.2. LIMITAÇÕES TEMPORAIS

Eis outra técnica restritiva do poder reformador, que se constitui no impedimento da ação reformista durante um certo lapso temporal fixado no próprio texto constitucional. Assim, o órgão reformador fica, dentro de um determinado tempo, inibido de atuar.

As Constituições da França anteriores ao Século Vinte utilizavam bastante essa técnica restritiva. Desta forma, proibiam a mudança da ordem constitucional por determinado tempo, o que importava numa intangibilidade temporária da Constituição, com o escopo de consolidar a ordem jurídica estabelecida, cujas instituições ainda jovens, sem a proteção temporal, poderiam ser desrespeitadas antes do necessário tempo hábil destinado a sua solidificação e no ponto de se tornarem tradição na estrutura do Estado.

As Constituições que trazem em seu bojo esta limitação, a exemplo da Constituição Francesa de 1791, buscam a intangibilidade de seus dispositivos, permanecendo intactos durante o tempo assinalado no seu texto. Muitas vezes, busca-se a preservação da Constituição com esse mecanismo temporal, mas o mundo dos fatos não obedece tal mandamento.

A história constitucional ensina que as Constituições que pretenderam assinalar espaços temporais muito longos não lograram êxito, pois a sociedade, que é mutável, não espera o tempo que o legislador constituinte originário propõe, conforme foi demonstrado na Constituição francesa do Ano III, a qual impedia a atuação do órgão revisor por nove anos. No entanto, os fatos sociais não esperaram o período que objetivava o texto constitucional, ocorrendo muito antes o Dezoito Brumário¹¹.

Assim, com a experiência de vários modelos constitucionais que não tiveram a limitação temporal respeitada, os legisladores constituintes atuais perceberam que não adianta assinalar prazos muito longos de preservação do texto constitucional, vez que a celeridade dos fatos sociais não costuma esperar.

¹¹ Denominação do golpe dado na França, no Século Dezoito, levado a efeito pelos bonapartistas a 09 de novembro de 1799, conduzindo Napoleão ao poder, a partir da derrubada do Diretório, pondo fim à Revolução Francesa e inaugurando a fase de consolidação das conquistas burguesas.

A exemplo do que foi narrado no parágrafo anterior, os constituintes franceses estabeleceram um tempo razoável de intangibilidade do poder reformador, ao prescreverem na Constituição de 1948 uma limitação temporal aproximada de três anos.

2.2.3. LIMITAÇÕES CIRCUNSTANCIAS

Um outro tipo de modalidade de limitação contida nas Constituições é a circunstancial, que como o próprio nome diz, refere-se a circunstâncias históricas e excepcionais de uma determinada sociedade. Esta limitação tem lugar quando ocorre um estado de crise que torna ilegítima qualquer pretensão de reforma constitucional. Afigura-se como um estado de normalidade que impede a regular mudança do texto base de uma sociedade.

As Constituições da França, pela riqueza do seu constitucionalismo, mais uma vez fornecem exemplos que ilustram a nossa explicação. Assim, na Constituição Francesa de 1946 era consignada a proibição da revisão em caso de ocupação territorial. A explicação para tamanho cuidado se explica pela lembrança amarga de 1940, quando a França foi invadida pelos exércitos alemães e foram coagidos, devido à pressão militar germânica, a reformar as Leis Constitucionais do País.

Da mesma forma, a Constituição Francesa de 1958, imbuída também pelo patriotismo, apesar de não mais sofrer ocupação militar no passado próximo, vedou qualquer tipo de reforma constitucional enquanto houvesse atentado à integridade nacional.

Trazendo esta espécie de limitação para o ordenamento pátrio, temos que as Constituições Brasileiras também se utilizaram desse expediente. A Carta de 1967, por exemplo, vedava que durante a vigência do estado de sítio a Constituição pudesse ser reformada. No mesmo sentido, a nossa atual Carta Magna também interdita que a Constituição seja alterada na vigência de três situações anômalas, a saber: o estado de defesa, o estado de sítio e a intervenção federal.

2.3. LIMITAÇÕES TÁCITAS

É evidente que o poder de reforma está sujeito a limitações, pois é condicionado, limitado e dependente. Por ser um poder derivado, deve obediência às limitações expressas, consignadas explicitamente no próprio texto constitucional, conforme já foi exposto neste trabalho.

Ocorre que as limitações ao poder reformador não se cingem às já referidas, mas abrangem também as chamadas limitações tácitas ou não-expressas, as quais são extraídas dos próprios princípios e do espírito da Constituição. São exemplos de limitações não-expressas a extensão da reforma, a modificação do processo de reforma e a substituição do poder constituinte derivado pelo originário.

No que tange à extensão da reforma, entende-se que há uma vedação silenciosa nesse ponto, não sendo admitida uma revisão (ou reforma) total, já que se pensando o contrário, o poder reformador teria a capacidade de extirpar o poder que o criou, no caso, o poder constituinte originário. Criatura destruindo criador.

Pode-se, entretanto, utilizar-se um artifício de modificar apenas alguns artigos ou apenas um dispositivo do texto constitucional e com isso abalar toda a estrutura do sistema constitucional, vez que só formalmente a alteração foi parcial. Materialmente, o que ocorre, muitas vezes, é um quebramento no espírito da ordem constitucional, forjando uma reforma total com aparência de alteração parcial.

Tal expediente é designado como fraude à Constituição e já foi, infelizmente, demasiadamente praticado em diversos momentos da história constitucional com o escopo de atingir princípios vitais da Lei Maior de forma disfarçada de alteração de algum ou alguns dispositivos constitucionais.

Os sistemas totalitários foram usuários assíduos desta técnica fraudulenta, consoante a história nos mostra os exemplos da Itália Fascista e da Alemanha nazista que retiraram de suas Constituições “alguns artigos”, mas, na verdade, desnaturaram-nas em seus princípios básicos. Um exemplo emblemático da utilização da fraude à Constituição foi o esvaziamento que Adolf Hitler promoveu na Constituição de Weimar, conforme lembra José Damiano de Lima Trindade¹², pois Adolf Hitler chegou ao poder em 1933 pelas vias formais de uma democracia parlamentarista, mas um mês depois liquidou a oposição comunista atribuindo-lhe a autoria do incêndio do Reichstag (Parlamento), provocado em 27 de fevereiro daquele ano, forçou a reforma da Constituição e “mediante outorga parlamentar, obteve hipertrofia de poderes. Os alemães não ignoravam como ele empregaria esses poderes, pois suas idéias estavam metodicamente expostas num dos sucessos editoriais da Alemanha daqueles anos: Mein Kampf (‘Minha luta’).”.

¹² TRINDADE, José Damiano de Lima. História Social dos Direitos Humanos. Disponível na Internet: [http://conjur.uol.com.br/livros/274/\[12.06.2004\]](http://conjur.uol.com.br/livros/274/[12.06.2004]).

Outra hipótese que se levanta como limitação tácita do poder de reforma constitucional é a impossibilidade do poder revisor alterar o procedimento ou processo de reforma. A maioria dos publicistas entende que é inconcebível tal empreitada, vez que se fosse possível a referida alteração, estaria se dando *status* de poder originário ao poder constituinte derivado. Portanto, apenas o poder ilimitado e incondicionado, poder constituinte originário, é quem pode modificar o processo de reforma.

A história constitucional francesa mais uma vez auxilia na demonstração do ferimento às limitações constitucionais. O art. 8º da Lei Constitucional francesa de 1875 foi desrespeitado em 1940 ao se deliberar pela modificação do processo de revisão constitucional.

O que ocorre, na verdade, é que se visa à modificação o texto constitucional sem o respeito ao procedimento estabelecido pelo poder que originou o poder reformador, que é um poder constituído. Assim, deve o poder derivado se submeter ao processo de revisão que o poder que o concebeu traçou.

Uma outra limitação tácita que pode ser apontada é a possibilidade do poder de reforma ou derivado ser substituído pelo poder constituinte originário. Com efeito, não é ilógica a conjectura de que isto configuraria uma fraude ao poder constituinte, vez que estaria sendo violada não só a *forma*, mas também o próprio *espírito* da constituição. Em contrapartida, pode ser esgrimida a tese de que se o poder maior, o poder constituinte originário (isto é, que pode dar origem), é soberano, não estaria ele impedido de alterar ou modificar, o que constitui tarefa menos complexa.

Entretanto, conforme já foi acima alinhado, parece mais verossímil o entendimento de que o poder originário estaria usurpando o papel do poder reformador, ferindo, assim, o processo de reforma, ao substituir o órgão revisor. Esta situação ocorreu no governo de Charles de Gaulle, quando o general francês não respeitou o processo revisional e consultou o povo, que é a fonte da soberania e titular do poder constituinte originário, tentando, assim, legitimar o processo de reforma.

Esta limitação tácita é uma sub-espécie, decorrente da limitação comentada antes, pois substituir o poder reformador pelo poder originário/inicial é também desrespeitar o processo de reforma que indica como poder revisor poder não coincidente com o poder que constitui. A propósito, é nessa linha que doutrina J.J. Gomes Canotilho: “O poder de revisão constitucional é, conseqüentemente, um poder constituído tal como o poder legislativo. Verdadeira-

mente, o poder de revisão só em sentido impróprio se poderá considerar constituinte; será, quando muito, uma paródia do poder constituinte verdadeiro”.¹³

Portanto, estas são as considerações feitas acerca das limitações não expressas que a doutrina publicista costuma apontar, tendo o Direito Constitucional francês uma fonte rica de demonstração, devido à vasta experiência constitucional daquele país.

3. O PROCESSO DE REFORMA CONSTITUCIONAL E AS SUAS PECULIARIDADES DE ACORDO COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL EM EXAME

Um tema que se coloca à primeira vista quando tratamos do processo de reforma é a questão da iniciativa do processo de revisão. A iniciativa da reforma nos remete ao problema da imutabilidade das Constituições, pois os sistemas políticos mais democráticos, que são normalmente mais receptivos à dinâmica dos fatos sociais, costumam abrir as possibilidades de iniciativa da reforma. Estes sistemas mais abertos não obstam a abertura do processo de reforma, que é a iniciativa, colocando prescrições mais flexíveis e menos restritas, a exemplo da prática das Constituições rígidas.

A abertura da iniciativa é o critério que se utiliza para classificar as Constituições de acordo com a sua flexibilidade e rigidez, pois os textos constitucionais que fraqueiam o livre acesso à iniciativa da reforma são Cartas que demonstram uma certa flexibilidade em relação àquelas que possuem uma iniciativa mais restrita e impedem no nascedouro o exercício do poder de reforma constitucional.

Na iniciativa mais aberta, ou seja, mais ampla, há uma atmosfera favorável para que as mudanças da sociedade sejam mais facilmente absorvidas pelo texto constitucional, abrindo-se mais facilmente à mudança do texto original. Em alguns sistemas jurídicos inclusive a amplitude da iniciativa é tão significativa que se chega a equiparar a iniciativa constitucional à iniciativa legislativa.

Outras democracias exasperam na abertura da iniciativa constitucional, ampliando o direito de proposição da reforma ao conceder ao povo a possibilidade de iniciar o processo revisional. É o que ocorre nas chamadas democracias semi-diretas.

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993. p.95

Do lado oposto, temos a iniciativa reservada ou restrita, a qual se inclina para o sistema de rigidez, propiciando a um órgão, que é indicado na própria Constituição, a exclusividade ou preponderância na movimentação da reforma.

O órgão que é indicado para exercer a iniciativa é indicativo da natureza política do sistema constitucional. Assim, as Constituições taxadas de liberais costumam conceder a iniciativa da revisão exclusivamente ao parlamento, conforme previu a Constituição Francesa de 1791. Ao passo que as Constituições de regimes autoritários procuram concentrar a iniciativa da reforma constitucional no poder executivo.

Nos regimes democráticos procura-se partilhar a iniciativa entre os poderes do Estado, adotando-se a iniciativa concorrente entre o legislativo, executivo e, às vezes, conferindo a iniciativa também ao povo. Há democracias em que há iniciativa concorrente, sem a participação do povo (Constituições da França, Bélgica, Holanda e Alemanha) e as que aceitam também a participação popular, a exemplo da Constituição da Suíça.

Via de regra, os textos constitucionais elencam como promovedores da reforma da constituição a Convenção, o legislativo e o povo.

Já para a ratificação da reforma constitucional, é comum que este ato de confirmação seja cometido aos mesmos órgãos que procedem à reforma, podendo, em alguns sistemas (como o norte-americano), ser cometido o mister às assembléias legislativas dos Estados-membros, que consumam a reforma constitucional.

4. CONCLUSÕES

O processo de reforma constitucional, obra do poder constituinte derivado (ainda que esta terminologia seja criticada pelos doutos), é limitado pelo poder que o constitui (poder constituinte originário). Essas limitações estão na sua maior parte claras e literais no próprio texto constitucional (limitações expressas), mas podem encontrar-se limitadas de forma tácita, quando decorrem do próprio espírito da Constituição.

As limitações aqui comentadas são, na verdade, freios que restringem o poder de alterar a Carta Política, impondo condições para que se processe a reforma de maneira respeitosa para com o poder constitucional primário. As limitações estão inevitavelmente ligadas à questão da estabilidade constitucional, pois preservam a Constituição do poder reformista inconseqüente ou de aventuras pontuais daninhas.

Observa-se que o processo de reforma, apesar de poder ser dotado de nomenclaturas diferentes, em sua essência não diverge, pois tanto a revisão como a reforma são vias alteradoras do texto original, dando a doutrina uma acepção mais ampla para a revisão e mais restrita para a emenda constitucional.

No nosso sistema, não há razão de ser de traçar a diferença acima referenciada, pois o processo legislativo pátrio não prevê expressamente a revisão no processo legislativo, como fez com a emenda constitucional, esta última sendo utilizável inclusive para modificações mais densas no Texto Magno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Introdução ao Direito Comparado*, 2^a ed. Coimbra: Almedina.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 12^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6^a ed. Coimbra: Almedina, 1993. p.95.

———. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Disponível na Internet: http://inforum.insite.com.br/arquivos/2066/Direito_Constitucional_e_Teoria_da_Constituicao-JJGCanotilho.doc [20.04.2004].

CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. *Direito Constitucional Comparado. Introdução. Teoria e Metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

———. *Direito Constitucional e instituições políticas*. S. Paulo: Jalovi, 1986.

SALDANHA, Néelson. *O Estado moderno e o constitucionalismo*. São Paulo: José Bushatsky, 1967.

SILVA, José Afonso da. *Poder constitucional e poder popular*. São Paulo: 2000.

TRINDADE, José Damião de Lima. *História Social dos Direitos Humanos*. Disponível na Internet: <http://conjur.uol.com.br/livros/274/> [12.06.2004].

CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO DA NATUREZA JURÍDICA DOS PRONUNCIAMENTOS VINCULANTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Rogério Tadeu Romano
Procurador Regional da República

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS. O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME COMO TÉCNICA

No Brasil, a Lei nº 9.868/99 veio a disciplinar, com importante abertura procedimental, o processo e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Sabe-se que a decisão na Ação Declaratória de Constitucionalidade assim como na Ação Direta de Inconstitucionalidade se assenta em voto concorde da maioria absoluta dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, tendo eficácia erga omnes, assim que transitam em julgado.

Com o acórdão que declara ou não a constitucionalidade desencadeia-se efeito vinculante a teor do que dispõe o artigo 28 da Lei nº 9.868/99.

A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de constitucionalidade, sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal (art. 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/99).

Dentro do prazo de 10 (dez) dias, após o trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, no Diário de Justiça, em Seção Especial, a parte dispositiva do acórdão.

O efeito vinculante da decisão dá-lhe rigor de Lei. Na palavra de Manuel M. Cardoso (Relatórios da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus) é uma peculiar força de caráter obrigatório e geral.

Tal dispositivo da Lei nº 9.868/99, na conclusão de Edílson Pereira Nobre Jr. (O Direito Processual Brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos Tribunais Superiores), não envereda pelo vício do excesso de Poder legislativo. Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar uma questão de ordem na Reclamação nº 1.880, declarou constitucional o parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868, por 8 (oito) votos a 3 (três).

Na análise do texto constitucional pode o Supremo Tribunal Federal interpretar a norma jurídica conforme a Constituição, trazendo a inconstitucionalidade de uma ou algumas possibilidades de interpretação ao contrário da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que limitaria as hipóteses de aplicação do texto sem afetar seu conteúdo.

Na interpretação conforme o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dessas ações (art. 102, I, "a", da Constituição da República Federativa do Brasil) declara constitucional uma Lei com a interpretação que a compatibiliza com a Constituição, pois se eliminam interpretações inconciliáveis com a Constituição, não se contrariando o sentido da norma, mas compatibilizando a norma à Constituição.

Em parecer, na Representação nº 1.305, o ilustre Ministro Gilmar Ferreira Mendes, então membro do Ministério Público Federal, observou que a interpretação conforme o texto constitucional, quando verificada em ação direta, parece implicar conversão de representação por inconstitucionalidade em representação interpretativa, numa exegese congruente e uniforme à Constituição.

Mais que o controle da constitucionalidade da norma jurídica, aplicando-se o princípio da interpretação conforme como meio para tal, a decisão, ao dizer a Constituição (RTJ161, página 409), a interpretação da Lei ou ato normativo federal ou estadual, em caráter definitivo, a todos vincula como norma jurídica (O STF e a interpretação jurídica com eficácia normativa – Arquivo MJ 159/97,25). Bem diz o Ministro Néri da Silveira que opera, aí, o pronunciamento da Alta Corte a mesma força que se reconhece a Lei Interpretativa, após discussão sobre o direito em tese.

Não é, por acaso, como aduz Jorge Miranda (Teoria do Estado e da Constituição, Forense, p.506) que à decisão em estudo se atribui "força obrigatória geral" (art. 202,I, da Constituição Portuguesa). Será reconduzida a coisa julgada formal e material.

Ainda o mestre Jorge Miranda (obra citada, página 238) quando estuda a função jurisdicional observa atos de conteúdo normativo e ali encontra as declarações de inconstitucionalidade e de ilegalidade, lembrando que os assentos, até a pouco tempo, ali poderiam ser incluídos.

Em verdade, o legislador não pode convalidar, por via legislativa, atos praticados à sombra de lei inconstitucional.

Mesmo o legislador pode, depois da revisão constitucional, emitir lei igual à que foi declarada inconstitucional, mas não pode conferir-lhe eficácia retroativa.

Afinal, qual a natureza jurídica desses pronunciamentos da Alta Corte, à luz dos artigos 102, I, "a", da Constituição Federal adotado o procedimento previsto na Lei nº 9.868?

Em Cuba, da leitura do artigo 124 da Constituição cubana, nota-se que o Tribunal Supremo Popular dita normas de cumprimento obrigatório por todos os Tribunais e, sobre a base da experiência destes, emite instruções de caráter obrigatório para estabelecer uma prática judicial uniforme na interpretação e aplicação da lei, sendo de iniludível cumprimento pelos organismos estatais, as entidades econômicas e sociais e os cidadãos (art.126).

Na Itália, art.136 da Constituição peninsular, quando a Corte declara a ilegitimidade constitucional de uma norma legal ou de um ato com força de lei, a norma deixa de ter eficácia a partir do dia seguinte ao da publicação da decisão, produzindo a decisão efeitos erga omnes com relação a lide em concreto com eficácia ex nunc.

Não percamos de vista dados históricos que vão desde o Direito Romano ao Direito Lusitano, passando pelo Direito Anglo-Saxônico. Não percamos de vista a validade pragmática na preocupação com a geração de argumentos, justificações que nos devem motivar, a reconhecer a condição de validade implícita numa afirmação ou uma ordem, consoante a fiel avaliação de Robert Alexy (Teoria da Argumentação Jurídica, p. 99).

2. DADOS HISTÓRICOS

2.1. O DIREITO ROMANO

Há autores, como é o caso de Wilson Batalha (Tratado Elementar de Direito Processual do Trabalho, páginas 665/6), que observaram nos pronunciamentos dos pretores (*ius honorarium*) uma norma jurídica.

Bem disse Sérgio Ferraz (O prejulgado Trabalhista em face da Constituição, in 3 Estudos de Direito, RT, página 61/62) que tal atividade não se cuidava de exercício legiferante, por autoridade judiciária, uma vez inexistente na ordem jurídica romana a separação de poderes. No Codex, Livro VII, Título XLV,

Const. 13, negou-se a possibilidade de ser a Lei alterada ou revogada por pronunciamentos de natureza jurisdicional.

Dir-se-ia, como dá informação Max Kaser (Direito Privado Romano, Fundação Calouste Gulbenkian, pág. 53) que a criação do direito pelos juristas e pelos órgãos judiciais para os casos concretos, só em parte, pode basear-se em normas de direito escrito. Dir-se-ia que o intérprete, sobretudo, perante fontes antigas como as XII Tábuas, não deveria cingir-se estritamente ao texto, mas procurar o fim do Direito (a utilitas) e a retidão (aequitas).

Foi, sem dúvida, primorosa a contribuição do pretor, por seus expedientes específicos, na adoção expedida da Jurisdição. Valho-me do *interdictum*, instrumento jurídico que procura satisfazer o autor de forma expedida, com uma proibição ou uma ordem, típico do direito honorário, instrumentos que são a origem da moderna tutela sumária de segurança e das tutelas de urgência de satisfação. Vemos a proteção da posse (*interdicta adipiscendae, retinendae, recuperandae possessiones*), na proteção do penhor sem posse (*interdictum salvianum*), na locação da habitação para proteger o inquilino, se tiver cumprido suas obrigações, com o *interdictum de migrando*. Os *interdicta uti possidetis, utrubi* (respectivamente na defesa da manutenção da posse de imóveis e móveis) e o *unde vi* (restitutório) servem para preparação do pleito sobre a propriedade (Max Kaser, obra citada, p. 133).

Que se dirá das *actio in factum*, nos casos de reciprocidade de obrigações (compra e venda, locação de serviços), do *interdictum fraudatorium*, remédio de origem penal, na proteção de credores lesados pela insolvência do devedor comum?

Tal atividade, *in casu*, materialmente legislativa, não se arvorava em uso de poderes legiferantes.

Esse uso pelo Tribunal julgador de poderes legiferantes será visto no Direito Lusitano.

2.2. INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA DAS LEIS E ASSENTOS DA CASA DE SUPLIÇÃO

Em Portugal, existiam os assentos, pronunciamentos emitidos em tese pela Casa de Suplicação, revestidos de obrigatória observância pelo Judiciário, em casos idênticos, até que modificados ou revogados. Além da natural função uniformizadora da jurisprudência, eram fonte mediata do direito, sendo consideradas verdadeiras normas jurídicas com força obrigatória geral e que só podiam

ser revogados pelo Tribunal que as emitiu somente caducando se houvesse modificação da legislação ou se fossem revogados por preceito legislativo posterior (Pires de Lima – Antunes Varela, Código Civil Anotado, cit. V, I, vol. 53).

Os assentos consistiam em proposições de verdadeiras normas jurídicas em sentido material, tal como suscetíveis em sua existência encerrada em 12.12.95, com o Decreto-Lei nº 329 – A. Tais assentos, recentemente, eram submetidos à análise do Tribunal Constitucional de Portugal, que, inclusive, chegou a considerar a inconstitucionalidade do assento de 23.04.87, através de sentença 359, de 09.07.91, uma vez que violou o princípio constitucional da não discriminação dos filhos nascidos fora do matrimônio.

Na feliz síntese de J.J.Gomes Canotilho (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª edição, Livraria Almedina, página 905), os assentos eram normas materiais “recompostas” através de uma decisão jurisdicional ditada pelo Supremo Tribunal de Justiça sempre que houvesse contradição de julgados sobre as mesmas questões de direito no domínio da mesma legislação. É certo, repitamos, os assentos deixaram de ter interesse, pois o Decreto-Lei nº 329 – A, na reforma do Código de Processo Civil, revogou os artigos 763 a 770 daquele diploma normativo reguladores do recurso para o Tribunal Pleno eventualmente conducente ao assento e o art. 4º/2 da mesma norma jurídica que revogou o art. 2º do Código Civil onde se via o assento como fonte de direito. Ocorre que o Tribunal Constitucional de Portugal já havia se pronunciado pela inconstitucionalidade dos assentos (TC 743/96, de 18.09.96).

Aliás, a doutrina em Portugal, Pátria dos assentos, considera que a uniformização da jurisprudência poderá ser obtida através dos recursos de revista, no Brasil, o incidente processual de uniformização da jurisprudência, cujas decisões não possuem força vinculativa genérica dos antigos assentos e estão sujeitos ao princípio da revisibilidade. Os assentos, nos termos do Decreto-Lei 329 – A/95, passaram a ter valor dos acórdãos proferidos nos termos dos artigos 732 – A e 732 – B do Código de Processo Civil revisto.

A fonte dos assentos está à época de Dom Manuel I, que o atribuiu à Casa de Suplicação, no livro I, título V, parágrafo quinto, declarada pelos Decretos de 04.02.1684 e de 20.06.1705 e confirmada pela Lei da Boa Razão (Lei de 18.08.1769).

Posteriormente, o Decreto nº 2.684, de 23.10.1875, artº 1º, estabeleceu que os assentos tomados pela Casa de Suplicação de Lisboa, têm força de Lei no Império.

Na trilha desse pensamento, aquele Decreto nº 2.684 conferiu, em seu art. 2º, ao Supremo Tribunal de Justiça, competência para tomar assento para inteligência de leis civis, comerciais e criminais, quando a execução delas ocorrerem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações de Juízes de primeira instância.

Certo, que, na República, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucionais tais assentos, à vista do art. 159 da Constituição de 1891, da Lei nº 221 e do Decreto nº 843, de 1890.

Ensina José Rogério Cruz e Tucci (Precedente Judicial como Fonte do Direito, ed. Revista dos Tribunais, pág. 131), que, já no início da monarquia portuguesa, há o princípio de que a interpretação autêntica das leis constituía prerrogativa exclusiva do monarca, que a exercia mediante a edição de leis interpretativas ou em Relação, quando proferia julgamento presidindo as Sessões da Casa de Suplicação ou da Casa Civil, eventualmente.

Antecedentes dessa ótica são encontrados na Lei das Sete Partidas, compilação de Afonso X, uma se via que a sentença do Rei era considerada precedente judicial com eficácia vinculante para casos análogos.

Nessa linha foi instituída Lei Mental por D. João I.

Dom Manuel I (1494 – 1521) teve a iniciativa de outorgar interpretação autêntica ao próprio Tribunal Superior do reino, mantendo o Monarca, apenas, como de sua competência reservada, a interpretação daquelas dúvidas sobre cujo esclarecimento a Corte estivesse hesitante e levadas pelo respectivo regeedor.

A interpretação da Lei com eficácia vinculante ex post veio disciplinada pelo Alvará de 10 de dezembro de 1518, recolhido nas Ordenações Manuêlinas.

Hoje, em Portugal, a declaração de ilegalidade ou de inconstitucionalidade tem força obrigatória geral (art.281 e 282 da Constituição), prevalecendo sobre a dos restantes Tribunais e quaisquer autoridades (lei de organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional, art.2º).

2.3. EXPERIÊNCIA ARGENTINA E MEXICANA.

Na Argentina, encontramos, nos pronunciamentos da Corte Suprema da Justiça, a força normativa genérica e absoluta. Tal competência dada ao órgão jurisdicional foi expressamente fundamentada na Constituição de 1949, dispondo-se que a interpretação que dê a Corte Maior aos textos legais, nos julgamen-

tos de recursos extraordinários e de cassação será obrigatoriamente observada pelos juízes e tribunais nacionais e provinciais.

No México, estabeleciam os artigos 193 e 194 da Lei do Amparo que a jurisprudência da Suprema Corte de Justiça, funcionando em Plenário, sobre a interpretação da Constituição, das Leis Federais e dos Tratados celebrados com potências estrangeiras, é obrigatória para todos os órgãos e agentes jurisdicionais, inclusive para ela, tudo à luz do art. 107, inciso XIII, da Constituição Mexicana.

2.4. O *STARE DECISIS*

A doctrine of precedent, ancorada na Supremacia do Parlamento, após a Revolução de 1688, o Bill of Rights, fulcradas nas idéias contratualistas de Locke, é sintetizada, no sistema anglo-saxão, diverso do sistema europeu ancorado na Lei e na divisão de poderes, na aplicação aos novos episódios, de regras legais derivadas de princípios jurídicos e de precedentes judiciais com o objetivo de conservar a uniformidade, consistência e certeza, aplicadas a todos os casos, desde que não se afigurem ilógicas, que surgirem.

Tal doutrina foi várias vezes repetida, como nos casos *Beamish v. Beamish* (1861), *Bradford vs. Pickles* (1895), *London Tramways Company v. London Conty Council* (1898), sempre pela Câmara dos Lords.

Nos julgamentos, no âmbito do Common Law, impõe-se a exigência da Corte pela expressa alusão à jurisprudência do Tribunal Superior ou da própria Corte, aproximando-se os elementos objetivos que possam identificar a demanda em julgamentos com decisões anteriores proferidas em casos análogos.

A evolução determinada pela dinâmica social orienta exceção à regra do precedente a esse respeito. Fala-se em: a) retrospective overruling (revogação ex tunc do precedente); b) prospective overruling (eficácia ex nunc); c) na revogação preventiva do precedente (anticipatory overruling), face a experiência americana (José Rogério Cruz e Tucci, obra citada, a partir das ilações de Morretti, *La dottrina del precedente giudiziario nel sistema inglese*, p. 56 e 57).

O surgimento do precedente obrigatório ou vinculativo datou na Inglaterra, do século XVII, com relação ao equity (súplica ao rei para eliminar injustiças tributadas ao rigorismo dos Tribunais), passando pelo Common Law, em sentido amplo, na segunda metade do século XIX e início do século XX, assinalada pela solene declaração da Câmara dos Lordes de 1898.

Na organização judiciária inglesa, está no topo a Câmara dos Lords, cujo Comitê de Apelação poderá, excepcionalmente, conhecer do recurso de deci-

são proferida pela Court of Appeal, que opera como segundo grau de jurisdição das sentenças da Crown Court (matéria penal) e da Hight Court of Justice que estão acima das Cortes dos Condados e as Magistratures Courts.

As decisões da Câmara dos Lords são imperativas para todas as jurisdições, salvo para ela própria, porquanto declaração do Lord Chancellor, de 1966, tornou público que, no futuro, aquela poderia afastar-se dos seus pronunciamentos anteriores em razão de Justiça. Já as deliberações da Court of Appeal se impõem para as jurisdições que são inferiores a ela, excetuando-se a si mesma quando se cuida de matéria criminal. As decisões da Hight Court of Justice se aplicam a baixa Justiça.

Tal a situação nas 5 (cinco) ilhas britânicas (Inglaterra, País de Gales, Escócia, Irlanda do Norte e do Sul).

O precedente judiciário é o ponto de referência normativo do Common Law que, no caso brasileiro, à luz dos efeitos dados às decisões do Supremo Tribunal Federal, a teor do art. 102, I, "a", da Constituição Federal de 1988, tem absoluto caráter de fonte primária e não secundária de direito.

Stare decisis (Sérgio Sérvulo da Cunha, O efeito vinculante e os poderes do Juiz, São Paulo, ed. Saraiva, pág. 9) é a doutrina segundo a qual, se uma Corte de Justiça estabeleceu um princípio aplicável a uma determinada situação, o aplicará a todos os casos futuros em que os casos forem substancialmente os mesmos. Por fim, precedente é uma decisão judicial considerada como fornecendo um exemplo ou autoridade para um caso posterior idêntico ou similar.

A obrigação de recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes (stare decisis), de respeitar o precedente judiciário, é correlato básico de um sistema de direito jurisprudencial (René David, Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo, São Paulo, Martins Fontes, pág. 428).

O common law, que adentrou do sistema britânico para o norte-americano, respeitadas as peculiaridades típicas do Estado Federal, e com exceção do Estado da Lousiana, é um sistema aberto diverso dos sistemas de direito da família romano-germânica (do tipo fechado). O casuísmo que reveste o direito inglês, num sistema jurisprudencial, deixa subsistir muitas lacunas que são preenchidas no sufragar do dia a dia com o estabelecimento de regras novas.

2.5. EXEMPLO ALEMÃO

Na Alemanha, além da cassação, localizamos um incidente processual onde se emite um pronunciamento prévio sobre a questão de direito, com vistas

ao acerto da tese, à luz do qual a questão fática concreta há de ser decidida. Tal remédio exaure-se na lide que a suscitou (parágrafos 136 e 137 da Lei de Organização Judiciária de 1877, revista em 1950).

Sob a Lei Fundamental de Bonn, 1949, concebeu-se um tipo de ação, atribuída a um determinado número de entidades para provocar-se o exame da compatibilidade do direito federal ou estadual com a Constituição e, em hipótese negativa, obter-se a declaração de nulidade ou, na hipótese diversa, para obter-se a declaração de validade de dispositivo federal ou estadual, num caráter dúplice observado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, na AOR 166.

As decisões do Tribunal Constitucional ao declararem constitucionais ou não normas inferiores, em sede de controle abstrato ou concreto, constituem expressão soberana do direito com a qualidade de lei formal (Eric Bulow, Manual de Direito Constitucional).

A Lei de 12.03.1951 dispõe em seu art. 31 que “as decisões do Tribunal Constitucional Federal vinculam os órgãos constituídos da União e dos Estados, assim como todos os Tribunais e órgãos da Administração, tendo força de lei, nos casos do art.6º, incisos 6, 11, 12 e 14”, acrescidas pela Lei de 21.12.1970 com menção à do art. 13, inciso 8 a. Essas cinco hipóteses referem-se a compatibilidade ou incompatibilidade com a Constituição de normas estaduais com normas federais; a pertinência ou não, ao Direito Federal, de regras do Direito Internacional e a divergência na interpretação da Constituição.

3. A NORMA JURÍDICA

Trata-se de ato de caráter geral, abstrato e obrigatório, tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva (Miguel Seabra Fagundes, O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, José Konfino Editor, pág. 30).

Os atos normativos revestem as características da generalidade, coatividade. Para Ranelletti, o caráter específico da lei (norma jurídica) é, em sentido material, a novidade. Para ele, assim como Laband, na linha do direito alemão (pré-nazista) o regulamento não é lei substancialmente.

Hodiernamente para Jorge Miranda (obra citada, pág. 249) lei é meio de ação essencial do poder sobre a vida social, promovendo-se, programando, pelas suas prescrições, a vida social, legitimando a política global do Estado, retirando o regulamento do conceito de lei material, lei dotada de generalidade e ato de função política e sujeito à Constituição.

Pela linha de Ranelletti e, hoje, de Jorge Miranda, os regulamentos e as declarações de inconstitucionalidade não são leis materiais. Ocorre que a no-

vidade não é característica básica da norma (lei). São elas: a generalidade, a coercitividade, a abstratividade.

Para Kelsen (Teoria Geral do Direito do Estado, São Paulo, Martins Fontes) a norma jurídica (ato de vontade) é redutível a um juízo ou proposição hipotética, na qual se prevê um fato (F) ao qual se liga uma consequência (se F é, deve ser C) onde a norma primária diz respeito à sanção. Diversa da norma jurídica são os juízos categóricos (amanhã é sábado...).

Cóssio, para quem são características das normas jurídicas a bilateralidade (ver Del Vecchio com sua alteridade aristotélica), disjunção e sanção, dá tintas novas com seu juízo disjuntivo ao modelo hipotético Kantiano de Kelsen: norma primária do dever (endonorma) e se não cumprida a sanção (perinorma).

O mestre Reale segue essa linha de raciocínio, a partir do seu conceito de bilateralidade atributiva (nota essencial do direito, relação objetiva que assegura aos envolvidos, com ou sem reciprocidade, pretensões ou competências). Sem separar a norma de sua base fático-valorativa, o mestre Reale fala em normas de conduta, assim sintetizadas:

- a) Se F (fato) éC (consequência) deve ser;
- b) Se não C, SP (sanção punitiva) deve ser.

Mas há normas que não traduzem uma formulação hipotética:

- a) A do art. 1.630 do Código Civil quanto ao pátrio poder;
- b) Compete à União Federal, privativamente legislar sobre Direito Penal;
- c) A lei interpretativa ao Ato Adicional à Constituição do Império de 12.8.1834, que dava ao País o modelo de Estado Unitário regional integral;
- d) Brasília é a Capital Federal (Constituição Federal, art. 18, parágrafo primeiro).

Tais normas são de organização (instrumentais) não normas de conduta.

Entre as normas de organização encontraremos as normas interpretativas, na lição do mestre Giorgio Del Vecchio (Lezioni di Filosofia del Diritto, citado por Paulino Ignácio Jacques, Curso de Introdução à Ciência do Direito, Rio de Janeiro, Forense, 2ª edição, pág. 91) que visam a dar o verdadeiro sentido e alcance as leis preexistentes.

4. A ARGUMENTAÇÃO DOGMÁTICA E O PRECEDENTE

O modelo Kantiano de juízo de ordem prática com os juízos sintéticos, a posteriori, decorrentes da experiência, sem declinar dos juízos universais, transcendententes a priori, tipicamente formal e sem nenhuma preocupação histórica, não se preocupava necessariamente com a geração de argumentos. Seu pensamento gerou para a norma jurídica um juízo prescritivo, imperativo, sem qualquer linha pragmática.

Sua doutrina teve continuadores como Kelsen, cuja noção lhe atribuída de norma fundamental e primeira tem nítida fusão com o transcendental de Kant. É a doutrina de discursos prescritivos de valor não veritativo (verdadeiro ou falso), influenciando a norma, direito, a conduta fruto de modelos não descritivos, mas prescritivos.

Para tal, a lição de Wright (Norma e Acción, Tecnos, 1979, p. 22), com relação aos modais proibir, permitir e obrigar.

Fugia a esse modelo sintático (a relação entre as normas) o modelo semântico da escola do imperativo independente ou autônomo (fato social) que via a norma com relação ao objeto (fato social) de forma realista, despida de qualquer conteúdo valorativo (Escola Escandinava).

O discurso normativo é pragmático, onde se vê a produção de sentido em relação ao contexto, vista a norma, enquanto argumentação dogmática, e seus usuários.

Tem-se na geração de argumentos a pragmática universal (Robert Alexy, Teoria da Argumentação Jurídica, pág. 185) a partir das lições de Habermas (Was ist universal pragmatik, in Sprachpragmatik und philosophie, 1976), numa visão de ação comunicativa porque dinâmica.

A dogmática jurídica não é uma matemática social. Procura modernamente a análise lógica dos conceitos jurídicos, a unificação dessa análise num sistema e aplica resultados, na visão de argumentos, onde todos participem dessa análise discursiva, todos possam transformar essa afirmação num problema, como regras de argumentação lingüística, voltados a um auditório universal (convencimento) em sua totalidade.

Na lúcida e revolucionária visão de Habermas, da Escola de Frankfurt, uma norma é capaz de ser generalizada se suas conseqüências diretas e indiretas para a satisfação das necessidades de "cada um" é aceitável para todos (princípio da generalização), onde se justifica a norma. Justifica-se, aí, tal afirmação.

Vista sob a ótica pragmática, esse discurso de justificação, chega-se a proposições jurídicas, sinônimo de norma jurídica (Larenz, Metodologia do Di-

reito, pág. 242) dotadas de estrutura peculiar de hipótese a que estão ligadas conseqüências.

Isso porque o sistema de direitos não pode ser reduzido a mera leitura moral de direito (Kant), nem numa leitura simplesmente contratualista (Rosseau), pois o direito é um sistema de ação normativamente regulado. Os conflitos de relação não devem ser resolvidos de forma decisionista, mas de acordo com cada caso concreto.

Uma norma é válida se as conseqüências e os efeitos colaterais, que decorram como resultado de sua observância geral, sob circunstâncias invariáveis, para os interesses de cada individuo, puderem ser aceitos por todos (universalização) na compreensão do que se comunica. É o discurso de justificação quanto a validade das normas jurídicas. Diverso é o discurso de aplicação que diz respeito à adequação das normas válidas ao caso concreto.

Ora, o Supremo Tribunal Federal pode tomar proposições dogmáticas.

Como tal essas proposições se somam num todo coerente com o sistema (o todo normativo) cuja base e condição é a Constituição, num somatório de regras e princípios (proposições normativas de alto nível de generalidade, que se destacam pelo peso, preponderância).

A função da dogmática, e nela do precedente, é estabilizadora, só havendo nova solução com ulterior e forte justificativa fruto de mudanças sociais.

O papel do precedente é de fonte de lei, contribuindo para a certeza jurídica, a ordem social, a proteção da confiança, preservação da igualdade, todos balizados pela condição primeira delas que a Justiça, condição transcendente para a sua atualização histórica (Miguel Reale, *Lições Preliminares do Direito*, Saraiva, 27ª edição, p. 51).

5. NATUREZA JURÍDICA DO PRECEDENTE, PRONUNCIAMENTO VINCULANTE DO STF. A CONTRIBUIÇÃO DE HEBERT HART. A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Bem delinea José Rogério Cruz e Tucci (obra citada, pág. 275) que a força obrigatória dos precedentes judiciais do STF, assim como para Cortes Europeias, como citado, acentua o caráter de fonte de direito dos precedentes judiciais.

Mas precisamos ir mais adiante.

Para tanto, vamos a Hart (Conceito do Direito) que distinguia as normas em secundárias e primárias. Estas se referem à ação ou criam obrigação en-

quanto que as secundárias, parasitas das primárias, são subsidiárias, não se limitam a estabelecer sanções. Podem ser: de reconhecimento, que são as que se destinam a identificar as normas primárias, verificando sua validade; as regras de modificação ou alteração, que regulam o processo de transformação das normas primárias, sua revogação ou ab-rogação; as normas de julgamento, que dizem respeito à aplicação das normas primárias.

Por certo com esse modelo são corrigidos o perfil sancionatório simples do imperativo despsicologizado de Kelsen ou o juízo disjuntivo de Cossio, mas não se permite o aparecimento de normas outras inclusive de caráter estrutural, dentro do que Miguel Reale chama de caráter organizativo. Refiro-me às normas interpretativas, mais que normas secundárias, de organização, de poder.

Kelsen, por certo, via nas decisões dos Tribunais norma jurídica (Teoria Geral do Direito e do Estado, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 389). Aqui se exerce função de anular leis inconstitucionais, criando norma geral que se encontra no mesmo nível das normas criadas pelo Poder Legislativo, sob absoluta licença da Constituição.

Para Kelsen os Tribunais cumprem uma função legislativa quando são autorizados a anular leis inconstitucionais, exercendo-na ainda quando sua decisão, em caso concreto, se torna precedente para a decisão de outros similares. Na voz do mestre da Escola de Viena, com essa competência, o Tribunal cria, por meio de uma decisão, uma norma geral que se encontra no mesmo nível das normas criadas pelo Poder Legislativo. Na lição do mestre da escola de Viena os Tribunais exercem uma função legislativa quando a sua decisão, em um caso concreto, se torna um precedente para a decisão de outros casos similares. O Tribunal com essa competência cria, por meio de sua decisão, uma norma geral que se encontra no mesmo nível dos estatutos criados pelo chamado órgão legislativo. À luz dos ensinamentos de Kelsen percebe-se que a função judiciária consiste na criação de normas individuais com base em normas gerais e na execução de normas individuais assim como a função da Administração.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, a teor do art. 102, I, "a", da Constituição Federal ao ter eficácia erga omnes e vinculante exerce o papel de norma interpretativa, que esclarece o significado da norma ou ato normativo diante da Constituição, legitimada que foi pelo Poder Constituinte Originário, norma válida, pois todos os possíveis afetados concordam com sua existência em discursos racionais (Habermas, *Between facts and norms*, capítulo 3, pg. 107), aplicada em cada caso concreto segundo parâmetros de adequação à Constituição.

Em sendo interpretativas as decisões de inconstitucionalidade ou de não inconstitucionalidade oferecem-se declarativas uma vez que não fazem inovações na ordem jurídica. Nesse ponto é mister que se aponte significativa conclusão de Jorge Miranda (Teoria do Estado e da Constituição, Forense, pág. 504) que vê natureza constitutiva em decisões como, *verbi gratia*, nas decisões limitativas (de efeitos da decisão de inconstitucionalidade ou até da própria inconstitucionalidade) e nas decisões aditivas (quando considerando inconstitucional o entendimento da norma lhe acrescenta um segmento que permite a sua subsistência à luz da Constituição, formulando implicitamente uma regra sem apoiar-se, como nas decisões integrativas, diretamente numa regra constitucional). Nas decisões aditivas o Tribunal Constitucional constrói norma não apenas declara (interpreta) o seu enunciado (formulação).

No direito positivo brasileiro vemos da leitura do art. 27 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, exemplo de decisão limitativa em que o Supremo Tribunal Federal pondera sua decisão, tomando em consideração possíveis conseqüências.

Ao decidir pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma o Supremo Tribunal Federal edita norma interpretativa, de conteúdo declaratório, que consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na Constituição com o fim de obter uma solução, procurando, investigando o direito contido na norma constitucional. Tal é diverso da concretização, técnica própria da metódica normativa concreta, que implica num processo que vai do texto da norma para uma norma concreta de decisão, construção de uma norma jurídica (Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª edição, Livraria Almedina, pág. 1164).

A norma interpretativa visa a apurar a esclarecer o significado da norma perante a Constituição feita dentro do controle da constitucionalidade da lei. Diverso é o que acontecia, no passado, por conta da representação de interpretação, que tinha por fim a determinação, dentre várias interpretações possíveis e válidas, daquela que melhor condiz com a norma em causa e conduz a resultado análogo ao que chegaria a interpretação autêntica (Gilmar Ferreira Mendes, Controle da Constitucionalidade, 1990, ed. Saraiva, São Paulo, pág. 295). A interpretação conforme nada mais é que um meio para efetivação do controle da constitucionalidade da lei e não exige, ao contrário da representação interpretativa, a justificativa da necessidade da interpretação.

A eficácia erga omnes da decisão judicial é coisa diversa da "força da lei" ou força obrigatória da lei, porque, embora tenha esta eficácia erga omnes,

naquela não há preceito. Quando se fala em eficácia erga omnes de decisão do Supremo Tribunal Federal tem-se em vista ou a sua força declaratória ou o seu elemento declaratório. Apenas a declaração é que pode conter um enunciado de tipo geral e abstrato, semelhante as proposições dogmáticas. Se a essa declaração se confere "efeito vinculante", ela ganha o mesmo vigor que tem a lei.

É um plus graças a qual se dá um novo instrumento de controle da constitucionalidade a eficácia necessária. Se os demais órgãos do Poder Judiciário nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação (writ constitucional não mero incidente processual) para o Supremo Tribunal Federal (RTJ 157/381-2) a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão.

Se a decisão do Supremo Tribunal Federal expressa um enunciado abstrato passa a ter "força obrigatória de lei", devendo a Administração observá-la e cumpri-la, impondo o seu cumprimento.

Nas ações declaratórias de constitucionalidade o efeito vinculante é efeito extraprocessual, em razão de que os órgãos judiciais, em ações postas a seu exame, não podem conhecer da alegação de inconstitucionalidade da lei declarada constitucional.

Escrevendo sobre o tema J.J.Gomes Canotilho (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª edição, Almedina, pág. 981, aduz que as decisões do Tribunal Constitucional que declararem, de forma abstrata, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade, têm força geral. Vinculação geral porque as sentenças do Tribunal Constitucional declarativas de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, em Portugal, vinculam todos os órgãos constitucionais todos os Tribunais e todas as autoridades administrativas. Aduz que força de lei há porque as sentenças têm valor normativo para todas as pessoas físicas ou jurídicas. Ao final, conclui o mestre:

"Note-se que a força de lei neste sentido não significa que as sentenças declarativas da inconstitucionalidade ou da ilegalidade tenham exatamente a mesma natureza das leis; elas são semelhantes às leis quanto a alguns efeitos, mas não são formalmente actos legislativos nem criam normas jurídicas. Precisamente por isso, não há possibilidade de requerer a declaração de inconstitucionalidade das próprias sentenças nem mesmo o TC pode eliminá-las...".

Para o mestre de Coimbra força de lei e vinculação geral de uma decisão do TC declarativa de inconstitucionalidade da norma significa, pois, que essa

decisão tem uma “força semelhante” à lei. Força de lei com o escalão de normas ou parâmetro de referência, com valor de normas constitucionais. Uma verdadeira interpretação autêntica da Constituição e com valor de lei constitucional. Dir-se-á, pelo contrário, que interpretação autêntica só poderá ser feita por lei com valor constitucional (lei de revisão). Há força de lei com o valor das normas constitucionais não força de lei com o padrão das normas controladas, sob pena de mitigarmos a própria Justiça Constitucional que tem o Supremo Tribunal Federal em sua magna função. A norma de revisão, por seu turno, apesar de teorias respeitáveis como a de Jorge Miranda (obra citada), que põem em dúvida o caráter absoluto dos limites para tal (teoria da dupla revisão), é lei, integrante do processo legislativo e está circunscrita ao que trouxe o Constituinte Originário. A revisão constitucional, como processo político, é plenamente objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal e sua elaboração não se resume a uma interpretação autêntica cuja realidade até pode se sustentar em Portugal onde é prática o processo de revisão às Constituições (Constituição de 1911, Constituição de 1933 e na atual de 1976, já com algumas revisões). Preocupa-nos, seriamente, a ilação trazida pelo mestre Jorge Miranda (obra citada, página 418) no sentido de que não há limites absolutos. Absoluto deve ser, sim, o respeito de todos os limites, de todas as regras – tanto materiais como formais – enquanto se conservarem em vigor. É a teoria da dupla revisão, que se sintetiza pelo fato de que “uma coisa é remover os princípios que definem a Constituição em sentido material e que se traduzem em limites de revisão, outra coisa é remover ou alterar as disposições específicas do articulado constitucional que explicitam num contexto histórico e determinado alguns desses limites”, pois o que afeta os limites materiais da revisão é atingirem-se os princípios nucleares da Constituição.

Tais ilações inclusive se fincam em nossa tradição constitucional. Como bem acentua Ronaldo Poletti (Controle da Constitucionalidade das Leis, Rio de Janeiro, Forense, 2ª edição, página 30, baseado na lição de João Barbalho explicitada no seu Comentários à Constituição Brasileira, 2ª edição) o Poder Judiciário contrabalança a autoridade do Legislativo, do Executivo e dos governos dos Estados, fruto da experiência do sistema americano dos freios e contrapesos, limitações e compensações. A Constituição é o que os juízes dizem que é, sendo os juízes os intérpretes máximos da vontade constitucional (Willoughby).

Dentre outras conseqüências está em que a decisão judicial de Tribunal subordinado, que dela se afaste está sujeita a revisão pelos remédios cabíveis, entre os quais a ação rescisória, os embargos de devedor (art. 741 do Código de Processo Civil) e até mesmo ação declaratória de inexistência de relação

jurídica (hipótese de nulidade da sentença e não meramente anulabilidade) uma vez desrespeitada a validade do discurso de justificação que valida tal norma.

Na doutrina temos notícia de importante contribuição de João Baptista Machado (Jurisprudência, in Polis, III, 1985, pág. 842 e seguintes, citado por Jorge Miranda, obra citada, pág. 388) ao assimilar as decisões de eficácia geral sobre matérias constitucionais, como as declarações de inconstitucionalidade ou de ilegalidade pronunciadas por tribunais constitucionais ou por outros órgãos jurisdicionais, a atos normativos.

Aliás, Humberto Theodoro Jr. (A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos para seu controle), com alusão à doutrina de Paulo Otero, sustenta a nulidade da coisa julgada inconstitucional para concluir que a coisa julgada não deve ser empecilho para a invalidade da sentença proferida em contrariedade à Constituição Federal e, anoto, em contrariedade à norma interpretativa oriunda do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos de ações declaratórias de constitucionalidade e diretas de inconstitucionalidade a bem da justiça que está nessas decisões, onde não se aconselha a radicalização do instituto da coisa julgada.

Data máxima vênia e respeitosamente não concordamos com a posição do mestre Canotilho (obra citada, pág. 985) no sentido de que quando a Constituição estabelece a ressalva dos casos julgados isso significa a imperturbabilidade das sentenças proferidas com o fundamento na lei inconstitucional, de que a declaração de inconstitucionalidade não tem um efeito constitutivo da intangibilidade da coisa julgada uma vez que tais sentenças não são nulas nem revisíveis em consequência da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral e que a declaração de inconstitucionalidade não impede, sequer, que as sentenças adquiram força de coisa julgada. Ora, não se pode pensar apenas em questão da segurança jurídica. Deve-se pensar num todo de princípios que envolvem a segurança jurídica, a ordem, a igualdade, o respeito a lei, todos vetorizados à condição primeira de todos os demais valores: a justiça. Não se compreenderia como uma decisão com valor de lei constitucional poderia ficar subordinada a decisões a ela subordinadas que se firmam em norma que teve sua nulidade ipso iure reconhecida.

Nesse ponto a ação rescisória é instrumento contra decisões judiciais inconstitucionais (coisa julgada inconstitucional) com arrimo no princípio da isonomia, flexibilizando-se as hipóteses de aplicação do art. 485, V, do Código de Processo Civil, pois decisão passada em julgado que afronta norma interpretativa editada pelo Supremo Tribunal Federal é rescindível por violação literal à expressa disposição de lei, consolidando-se norma de aplicação ao caso.

Bem situa Jorge Miranda (Manual de Direito Constitucional, 2/445) que, quando um Tribunal aplica uma norma que a Corte Constitucional tenha declarado inconstitucional, busca-se remédio nos recursos cabíveis ou em recurso atípico, sendo essa última solução a que vem sendo adotada pelo Tribunal Constitucional português. No caso, a ação rescisória não é recurso, mas ação autônoma de impugnação como entende a maioria da doutrina, a partir de Pontes de Miranda (Tratado da Ação Rescisória, Rio de Janeiro, ed. Forense).

Sentença portadora de efeitos juridicamente impossíveis não se reputa jamais coberta pela *res iudicata*, porque não tem efeitos suscetíveis de ficarem imunizados por essa autoridade. Coisa julgada inconstitucional é sentença juridicamente impossível. Bem esclarece Candido Rangel Dinamarco (Relativizar a coisa julgada material) que é inconstitucional a leitura clássica da coisa julgada de que ela é algo absoluto, intransponível, pois não se pode fazer “do quadrado o redondo”.

Se a coisa julgada vista sob o enfoque infraconstitucional, como instituto de direito processual é qualidade da sentença e de seus efeitos, como bem disse Liebman (Eficácia e Autoridade da Coisa Julgada – Rio de Janeiro, Forense) a impossibilidade jurídica dos efeitos substanciais programados pela sentença impede a formação da coisa julgada material porque essa é uma autoridade incidente sobre efeitos e não pode incidir quando não houver efeito algum que se possa produzir, algo que se manifesta sob a lógica do razoável, pois não se pode manter injustiças para evitar a eternização de incertezas que homenageiam o absurdo e agridem a Constituição e pronunciamentos vinculantes do maior guardião da Constituição.

A idéia da coisa julgada inconstitucional assenta na premissa da harmoniosa convivência da certeza ou da segurança que a coisa julgada prestigia e a justiça e a legitimidade das decisões, zelando que se evite a fraude e infrações à Constituição.

Cabe a nossa Suprema Corte, vendo a Constituição como ordem jurídica fundamental e aberta da sociedade, dar prosseguimento à unidade do Estado e da ordem jurídica, assegurando a liberdade individual e limitando o poder, pois a Constituição é aberta ao tempo (Hesse), pois o arbítrio deve ser afastado, legitimando, diuturnamente, a ordem jurídica dando-se efetividade à Constituição dirigente ao serviço do alargamento das tarefas do Estado e da incorporação de fins econômico e sociais vinculantes.

A EXIGÊNCIA DO DEPÓSITO PRÉVIO É CONSTITUCIONAL?

Paulo Sérgio Morais Barbosa

*Técnico Judiciário-TRF 5ª Região
Especializando em Direito Público/UFPE*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Do processo administrativo tributário; 2. O depósito prévio; 3. Constitucionalidade do depósito recursal; 3.1. Argumentos em favor da constitucionalidade; 3.2. Fundamentos contrários à constitucionalidade; 4. O fim do depósito recursal – Lei nº 10.522/02; 5. Conclusões; 6. Referências.

INTRODUÇÃO

A análise acerca da (in)constitucionalidade da exigência do depósito prévio, previsto no art. 33 do Decreto nº 70.235/72, é bastante importante hodiernamente, na medida em que se pode identificar as causas que dificultam a obtenção do resultado útil do desejado, assim como as garantias relacionadas ao devido processo legal e à ampla defesa.

Neste trabalho, inicialmente, o processo administrativo tributário foi resumidamente comentado.

Na seqüência, definiu-se o que significa a exigência do depósito prévio, tecendo-se comentários acerca dos argumentos que defendem a (in)constitucionalidade de tal instituto.

Finalmente, comentou-se sobre as modificações produzidas pela Lei nº 10.522/02 no decreto supramencionado.

Esse assunto foi escolhido devido ao intenso debate doutrinário e à farta bibliografia existente sobre a questão.

O objetivo principal desta pesquisa é trazer medidas que solucionem o problema da morosidade que afeta as decisões administrativas e, principalmente, as judiciais, sem deixar de lado a certeza e a segurança que devem permear essas decisões.

Para alcançar essa finalidade, foi utilizado o processo dedutivo, partindo de uma idéia geral (processo administrativo tributário) para um caso bem particular e que ainda causa discussões (a garantia de juízo).

1. DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Com o surgimento do estado democrático de direito surgiu o processo administrativo nos diversos ordenamentos jurídicos e administrativos, a fim de que os direitos individuais fossem garantidos, finalizando com a tradição de arbitriedades dos governantes.

Há autores que atribuem o aparecimento do processo em comento concomitantemente com o surgimento do devido processo legal na Grã-Bretanha, a partir do que aduzia inicialmente o *law of land*, constante no art. 39 da Carta Magna de 1215 (Creat Charter).¹

A cláusula do *law of land*, inicialmente, assegurava que todos deveriam ser julgados pelo juiz natural, não podendo haver juízos pré-constituídos, nem tampouco por fatos que não estivessem previamente tipificados, não deveria existir pena sem crime já tipificado. Posteriormente, passou-se a regular a atividade jurisdicional também.

Esse processo de democratização dos direitos individuais, marcou a passagem do autoritarismo para o consenso nas decisões administrativas, afigurando-se com uma tendência contemporânea pela participação no poder e nas decisões governamentais.

Nesse contexto o processo administrativo começou a ser influenciado pelos princípios do contraditório, da ampla defesa (que de certa forma estão inseridos no devido processo legal), do duplo grau de jurisdição etc.

Tais princípios, dentre outros, estão elencados no texto da Constituição Brasileira de 1988, os quais norteiam todo o processo, inclusive o administrativo.

¹ Brito, Maria do Socorro Carvalho. O processo administrativo tributário no sistema brasileiro e a sua eficácia. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4112>>. Acesso em: 17/10/03.

O processo administrativo tributário, em especial, retira sua validade principalmente do art. 5º, LV, CF/88, do Código Tributário Nacional e das legislações extravagantes.

Nascida a obrigação tributária com a ocorrência do fato definido em lei como gerador, a mesma não é de pronto exigível, necessitando da formalização do crédito tributário por parte de um ato vinculado e privativo do Fisco que se configura no lançamento, constituindo este na declaração de que existe uma obrigação tributária e na constituição do crédito fiscal.

O lançamento constitui uma fase oficiosa do processo fiscal, já que antes dele não há obrigatoriedade de pagamento da exação, nem tampouco deve existir qualquer oposição ou contestação por parte do contribuinte.

Após o lançamento tributário de ofício (direto)², quando o tributo já poder ser exigido, o contribuinte tem duas alternativas: concorda com ele, pagando-o, extinguindo-se o crédito tributário (art. 156, I, CTN); ou discorda do lançamento notificado ou do auto de infração.

Seguindo a última opção, a que realmente interessa para o presente trabalho, o contribuinte primeiramente pode utilizar-se da impugnação (defesa ou reclamação) prevista no art. 151, III do CTN, que é dirigida à própria autoridade que efetuou o lançamento ou que efetuou a lavratura do auto de infração, no prazo normalmente de 30 dias, segundo o que aduz o art. 15 do Decreto Federal nº 70.235/72³, com a redação dada pela Lei nº 9.532/97. Registre-se, por oportuno, que as decisões da administração não fazem coisa julgada no Poder Judiciário e que tais procedimentos na esfera administrativa não excluem a possibili-

² Existem três espécies de lançamentos: a) direto ou de ofício: é aquele realizado pela autoridade fiscal sem qualquer interferência ou colaboração do contribuinte. b) por declaração: é aquele feito pelo próprio contribuinte ou por terceiro (art. 147 do CTN). c) por homologação ou autolancamento: é a modalidade em que o contribuinte calcula a exação devida e efetua seu pagamento, ficando a extinção do crédito tributário sujeito à homologação por parte do Fisco desse adimplemento antecipado. O que ora interessa para o estudo é o lançamento direto, sendo certo que esta espécie pode também ser utilizada nas outras quando a fiscalização encontrar alguma irregularidade nessas.

³ Antes da reforma administrativa, cada uma das autoridades administrativas tinha desenvolvido um processo administrativo diferente, mas com o advento do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, passou, por delegação do Decreto-lei nº 822, de 05 de setembro de 1969, a uniformizar e regular o processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários da União. Informações obtidas em: Martins, Ives Granda da Silva, coordenador. Curso de direito tributário. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 791 e 792, e Bedin, Lis Carolina. A exigência do depósito recursal prévio de 30 %. Disponível em: <<http://www.cahts.org.br/publicacoes/fa125/center14.html>>. Acesso em: 20/10/03.

lidade de irrisignação perante aquele poder⁴, sendo certo que uma vez interposta a ação judicial, ocorre a renúncia do processo na via administrativa (art. 38, parágrafo único, Lei nº 6.830/80).

Se a decisão for unânime e em favor do contribuinte na última instância, a Receita não mais poderá recorrer do julgado na instância judicial, nem muito menos na administrativa, já que foi a própria administração quem decidiu a questão. Na primeira instância, no entanto, a autoridade fiscal recorrerá de ofício ao órgão de segundo grau, observando-se o limite de alçada fixado em Portaria do Ministério da Fazenda Nacional⁵. Ives Granda, ainda, esclarece que:

“A discussão poderá, também, cingir-se à fase administrativa se, na decisão final, a própria Administração julgar ilegal o lançamento. Não é lícito à Administração ir a juízo para pretender aquilo que ela própria, por intermédio de seus órgãos julgadores, declarou inexigível.”⁶

Em caso de a reclamação ser julgada improcedente pela autoridade administrativa de primeira instância (Delegado da Receita Federal), ao contribuinte é conferida a faculdade de recorrer à autoridade superior (órgão singular ou colegiado), que no âmbito federal é o Conselho de Contribuintes (Decreto Lei nº 1.438/75), formado por juízes representantes da Fazenda e dos contribuintes.

Dos julgados dos Conselhos não cabe pedido de reconsideração (art. 39 do Decreto nº 70.235/72), sendo possível apenas a interposição do “recurso especial” perante a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), criada pelo Decreto nº 83.304, de 28 de março de 1979.⁷

⁴ Art. 5º, XXXV, CF/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Exceção feita à justiça desportiva, art. 217, §1º, CF/88: “§ 1º - O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”.

⁵ Martins, Ives Granda da Silva, coordenador. Curso de direito tributário. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 794.

⁶ IBIDEM, p. 791.

⁷ IBIDEM, p. 794.

2. O DEPÓSITO PRÉVIO

No momento em que o contribuinte recorre contra as decisões do(s) Delegado(s) da Receita Federal, surge a exigência do depósito prévio (ou garantia de instância) como pressuposto recursal (Medida Provisória nº 1.620-32, de 12 de dezembro de 1997⁸) ou para garantir a suspensão da exigibilidade do crédito, procedimento de algumas legislações que adotam o princípio do *solve et repete* (pague para discutir, exigindo a posterior repetição se for o caso)⁹.

A necessidade do depósito para ter direito à revisão da decisão pelo conselho de contribuintes ressuscita o princípio do *solve et repete*, que se traduz pela exigência do pagamento inicial de 30% da execução fiscal, para, só após, se pleitear a devolução ou a declaração do indébito, dando ao instituto feições de ação rescisória.

Tal exigência ou limitação recursal constitui um verdadeiro pressuposto objetivo de admissibilidade dos recursos contra as decisões administrativas, impedindo o conhecimento do recurso, caso não seja efetuado o pagamento do depósito prévio.¹⁰

Registre-se que Ives Gandra relata sobre o tema que: “Para a interposição de qualquer dos recursos enunciados não era exigida a garantia de instância até o advento da Medida Provisória n. 1.863/99.”¹¹

O aludido autor ao se referir ao termo “recursos” está se reportando àqueles interpostos contra as decisões de primeira e segunda instância (pp. 794 e 795), quando na verdade o depósito recursal faz-se necessário apenas para seguimento do recurso voluntário dirigido aos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, mas não também para o recurso ter andamento para a CSRF, já que o analisado pressuposto recursal se encontra normatizado no art. 33 do Decreto nº 70.235/72, que, por sua vez, está inserido na Seção VI desse diploma legal, que trata “Do Julgamento em primeira instância”.

⁸ Nogueira, Ruy Barbosa. Curso de direito tributário. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 250.

⁹ Chimentí, Ricardo Cunha. Direito Tributário. Volume 16. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 165.

¹⁰ Dantas, José Carlos de Arruda. A (in)constitucionalidade da exigência do depósito recursal prévio como pressuposto de admissibilidade recursal. Revista ESMape / Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – v. 7, n. 15. Recife: ESMape, jan/jun 2002, p. 400.

¹¹ Martins, Ives Granda da Silva, coordenador. Curso de direito tributário. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 795.

Outrossim, ressalte-se que a referida exigência apenas é aplicada às pessoas jurídicas, o que não altera a respectiva natureza jurídica.¹²

A Medida Provisória supramencionada, dessa forma, introduziu a necessidade do depósito de, no mínimo, 30% (trinta por cento) da exigência fiscal definida na decisão de primeira instância no âmbito do processo administrativo fiscal federal, alterando a redação do art. 33 do Decreto nº 70.235/72, assim preceituando em seu art. 32:

“art. 33, §2º: Em qualquer caso, o recurso voluntário somente terá seguimento se o recorrente o instituir com prova do depósito de valor correspondente a, no mínimo, 30% (trinta por cento) da exigência fiscal definida na decisão”

A exigência do comentado depósito parcial recursal por inúmeras vezes foi declarado constitucional pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, órgão competente, em última instância, para exercer a fiscalização abstrata e concreta da constitucionalidade das normas em face da Carta Magna.

Pode até parecer estéril atualmente questionar a constitucionalidade do depósito prévio, diante do posicionamento da Suprema Corte. No entanto, vários autores e contribuintes se insurgem contra o mencionado entendimento, defendendo a inconstitucionalidade do instituto em tela.

O presente trabalho pretende, como já exposto na introdução, estudar as diversas correntes acerca da legalidade ou não da garantia de instância.

3. CONSTITUCIONALIDADE DO DEPÓSITO RECURSAL

3.1. ARGUMENTOS EM FAVOR DA CONSTITUCIONALIDADE

A) O duplo grau de jurisdição não é absoluto, comporta limitações realizadas pelas legislações infraconstitucionais, as quais ficam responsáveis pela respectiva regulamentação, podendo até vetar o cabimento de recursos.

A Constituição Federal não estabelece a obrigatoriedade a esse princípio, mas apenas assegura o respeito ao contraditório e garante a utilização dos recursos inerentes à ampla defesa.

¹² Dantas, José Carlos de Arruda. A (in)constitucionalidade da exigência do depósito recursal prévio como pressuposto de admissibilidade recursal. Revista ESMape / Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – v. 7, n. 15. Recife: ESMape, jan/jun 2002, p. 402.

O que no texto constitucional consta é a previsão do duplo grau e não a garantia do mesmo, o que possibilita ao legislador infraconstitucional, conforme cada caso, limitar o direito recursal ou, inclusive, suprimi-lo.

Destaque-se que os direitos e garantias constitucionais não são absolutas, a fim de que coexistam harmoniosamente as liberdades públicas.

“Aplicadas tais observações ao item sob enfoque – a irresignação quanto à exigência de depósito prévio pela Fazenda Pública para admissibilidade e seguimento de recurso administrativo – ao fundamento de que haveria nisso contrariedade ao princípio da ampla defesa, exsurge com clareza solar que tal princípio não é e nem pode ser ilimitado, sob pena de constituir grave óbice à paz e à harmonia social. Há que existir direito de defesa, mas é necessário que exista poder legitimado pelo direito legislado para estabelecer as condições de como exercê-la e bem assim seus limites.”¹³

Para outros autores, o que a Constituição Federal assegura é o direito de petição ao poder público¹⁴, mas não o conhecimento de recursos por vários órgãos administrativos, irresignações que na maioria das vezes possuem a finalidade de suspensão da exigibilidade do crédito da Fazenda, sem a necessidade da garantia em comento, além de contar com o adiamento do lançamento definitivo e com o retardo no julgamento da enorme quantidade de processos recursais.¹⁵

B) A ampla defesa e o contraditório são assegurados no contencioso fiscal na medida em que é oferecido aos litigantes o direito e os meios de reação contra os atos e decisões desfavoráveis.

A exigência do depósito recursal não impede que a parte interessada seja ouvida ou possa produzir provas de suas alegações, não importando, contudo,

¹³ Lirio, José Nilso de. Constitucionalidade da exigência do depósito prévio com condição de admissibilidade e seguimento de recurso administrativo. Boletim dos Procuradores da República. Ano II – nº 14 – junho – 1999, p. 29.

¹⁴ “a”, XXXIV, art. 5º da CF/88: “são a todos assegurados, independente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;”

¹⁵ Dantas, José Carlos de Arruda. A (in)constitucionalidade da exigência do depósito recursal prévio como pressuposto de admissibilidade recursal. Revista ESMape / Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – v. 7, n. 15. Recife: ESMape, jan/jun 2002, p. 407.

que o litigante não se submeta a determinadas limitações e condicionamentos de ordem processual.

Em relação a esses princípios, bem como no tocante ao analisado no item anterior, a controvérsia acerca do depósito recursal há de ser dirimida através da legislação ordinária que disciplina os pressupostos extrínsecos e intrínsecos para a interposição de recurso fiscal. A violação à norma constitucional, se houvesse, seria indireta e reflexa, o que não viabiliza a instância extraordinária.

A exigência do depósito não é condição para que o agente administrativo fiscal profira sua decisão, sendo certo que a fase processual adequada para contestar o lançamento tributário é justamente aquela compreendida entre o julgamento inicial e o eventual recurso voluntário para os Conselhos de Contribuintes.

Alguns doutrinadores afirmam, ainda, que em sede administrativa fiscal não há a obrigatoriedade que a plenitude de defesa se estenda às vias recursais e que a permanência da querela na seara da administração é uma faculdade do próprio contribuinte, podendo este recorrer sempre ao Poder judiciário, uma vez que o Brasil adota o princípio da Jurisdição Única, mas não do Contencioso Administrativo, adotado principalmente pela França, onde as decisões administrativas fazem coisa julgada, não podendo mais ser discutida no Judiciário.¹⁶

Registre-se que no Brasil não há a necessidade de exaustão da instância administrativa para ajuizar uma ação perante o Judiciário, exceto na justiça desportiva.

“Ora, se não constitui afronta à Constituição a limitação ao recurso judicial, não há que se indagar da inconstitucionalidade de limitação ao recurso administrativo, visto que a matéria decidida na esfera administrativa ainda pode ser examinada no âmbito judicial.”¹⁷

¹⁶ Na Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 07/77, porém, não era aplicado no Brasil o sistema de jurisdição uma. Havia a previsão do contencioso administrativo que dependia da regulamentação por lei complementar (art. 111 da CF/67), a qual não chegou a ser editada, contudo, na prática existia a dualidade de jurisdição. Nessa época também eram previstos: o exaurimento das vias administrativas para ter interpor a ação judicial, a possibilidade de substituição da decisão de primeira instância judicial pela proferida na esfera administrativa, a impossibilidade de se produzirem novas provas que pudessem influenciar as decisões do Poder Judiciário. Informações obtidas em: Dantas, José Carlos de Arruda. A (in)constitucionalidade da exigência do depósito recursal prévio como pressuposto de admissibilidade recursal. Revista ESMAPE / Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – v. 7, n. 15. Recife: ESMAPE, jan/jun 2002, p. 401.

¹⁷ Parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social. Processo Administrativo – Depósito Administrativo – Duplo Grau de Jurisdição Administrativa – Ausência de Garantia Constitucional. Revista Dialética, nº 34. São Paulo: Oliveira Rocha – Comércio e Serviços Ltda., Julho – 1998, p. 144.

C) A exigência do depósito recursal não viola a isonomia entre os contribuintes, pois tal princípio preconiza, atualmente, a igualdade material, não a formal, ou seja, as pessoas em situações equivalentes devem ser tratadas igualmente, mas aquelas que se encontram em circunstâncias desiguais, devem ser tratadas desigualmente, a fim de que possíveis distorções sejam eliminadas.

Foi abandonado o antigo entendimento de que todos devem ser tratados igualmente, posição essa que acabou por acentuar mais ainda as desigualdades.

No caso prático, o percentual de 30% exigido seria proporcional à capacidade econômica de cada obrigado, na medida em que tal índice é relacionado à exigência fiscal definida na decisão do Delegado da Receita Federal, que, por sua vez, via de regra, mantém correspondência com a atividade e produção dos contribuintes.

D) A Medida Provisória que originou a exigência do depósito prévio não se encontra eivada de inconstitucionalidade, uma vez que os requisitos formais de relevância e urgência (art. 62, CF/88) só podem ser apreciados pelo Presidente da República, o qual possui o juízo político de conveniência e oportunidade para edição de tal norma legal, não cabendo qualquer análise por parte do Poder Judiciário quanto a esses aspectos.

E) Analisando a questão do ponto de vista social e sob o aspecto da dignidade da pessoa humana¹⁸ em ver efetivado o direito no âmbito administrativo ou judicial, verifica-se que o depósito parcial do valor reclamado possibilita a agilização na realização das quantias em litígio e evita longas querelas que podem fragilizar consideravelmente a cobrança posterior, dadas as mutações possíveis nas condições econômico-financeiras do contribuinte. Além de que coíbe as irresignações meramente protelatórias, diminui a possibilidade de gasto de tempo e dinheiro público na discussão de questões inúteis e irrelevantes e garante o ingresso nos cofres públicos de pelo menos 30% da exigência fiscal, em caso de improcedência do recurso do contribuinte.

O inconformismo em garantir a instância estimula os contribuintes a buscarem seus direitos no âmbito judicial, o que evita de certa forma a dupla discussão administrativa-judicial, já que uma vez interposta a ação judicial, o procedimento administrativo é suspenso.

Em resumo, o interesse social é melhor garantido com a exigência do depósito, pois tal obrigação impõe mais rapidez e garantia de efetividade ao processo administrativo tributário.

¹⁸ Considerando nesse caso o bem de toda coletividade, pois de uma forma ou de outra os valores em disputa pertencem ao público, caso procedente a ação fiscal.

Seguindo a linha de pensamento desse capítulo, é mister transcrever os seguintes julgados dos Tribunais Regionais Federais:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ADMINISTRATIVO. DEPÓSITO PRÉVIO. OFENSA AO ART. 5º, LIV, LV E XXIV, CF. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. DIREITO DE PETIÇÃO. OFENSA INEXISTENTE.

- Inicialmente, é de ser afastada a alegação de perda de objeto do presente recurso, face ao julgamento do mérito do recurso administrativo pelo Conselho de Contribuintes. O fato de o recurso administrativo ter sido conhecido, por força da segurança concedida em primeira instância, e julgado em favor da impetrante, não torna sem objeto a presente apelação. A uma, porque o recebimento do recurso administrativo deu-se em decorrência do que foi decidido nestes autos e não, voluntariamente, pela autoridade impetrada, em revisão administrativa do ato. A duas, porque a questão aqui discutida nada tem a ver com o mérito do recurso administrativo julgado pelo Conselho de Contribuintes. A três, porque, se denegada a segurança pelo Tribunal, a liminar concedida pelo Juízo a quo perde sua eficácia desde a concessão, nos termos da Súmula nº 405 do Supremo Tribunal Federal. Vale salientar que, caso se julgue prejudicado o recurso, a sentença concessiva de segurança transitará em julgado.

- A discussão acerca da natureza do depósito prévio já se encontra devidamente superada quando se questionou a exigência de 30% do débito tributário, para fins de admissão do recurso administrativo. No caso do CTN, o próprio artigo 151, III, remeteu ao legislador ordinário os termos em que esta suspensão realizar-se-á. Significa dizer que o recurso administrativo suspenderá a exigibilidade do crédito tributário ‘ nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo’.

- Verifica-se, portanto, que a lei poderá estabelecer requisitos e condições para a interposição do recurso administrativo. Não se trata, assim, de norma auto-aplicável.

- Por outro lado, não se visualiza a alegada inobservância à garantia constitucional da ampla defesa, uma vez que o depósito, na percentagem de 30% ou na exigência do valor questionado, não tem o condão de aniquilar o direito de defesa da parte, que já fora assegurado em primeira instância. De se ressaltar, que inexistente qualquer preceito constitucional que assegure o duplo grau de jurisdição administrativa, como vem sendo reiteradamente reconhecido pelo E. STF.

- Diga-se, ainda, que não há qualquer vulneração ao direito de petição, previsto no art. 5º, XXXIV, da CF, vez que apenas se está condicionando a interposição do recurso, já tendo sido assegurado o acesso ao Poder Público, à Administração Pública, para fins de impugnar o crédito.

- Ademais, impõe-se registrar que o E. Supremo Tribunal Federal já sinalizou pela inexistência da plausibilidade do direito alegado, ao indeferir o pedido de medida liminar em sede de ADIN, em que se questionava a constitucionalidade da exigência do depósito recursal (ADINs n.º 1.922-9 e 1.976-7, Min. Moreira Alves, decisão de 6/10/99).

- Precedentes do E. Supremo Tribunal Federal. (STF - RE n.º 169.077 – Min. Octavio Gallotti – DJU de 27/03/97 e RE n.º 231320-1, Min. Maurício Corrêa, DJU de 6/11/98).

- Provimento do recurso.” (TRF 2ª R., 4ª T., AMS 42725/RJ, Des. Federal Benedito Gonçalves, DJU 22.01.2003, p. 85).

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DEPÓSITO PRÉVIO. RECURSO ADMINISTRATIVO-FISCAL (ARTIGO 33 DO DECRETO N.º 70.235, DE 6 DE MARÇO DE 1972 - COM REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 1.621-30, DE 12 DE DEZEMBRO DE 1997). PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE.

1. NÃO AFRONTA OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA, A EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO CONTIDA NO ARTIGO 33 DO DECRETO N.º 70.235/72 - COM REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 1.621-30/97. ESCÓLIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

2. TAL EXIGÊNCIA NÃO OBSTA O DIREITO CONSTITUCIONAL INSCULPIDO NO ART. 5.º, LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, JÁ QUE SE TRATA DE PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE E GARANTIA DE ALÇADA RECURSAL.

3. APELAÇÃO IMPROVIDA.” (TRF 5ª R., 3ª T., AMS 65376/AL, Des. Federal Geraldo Apoliano, DJU 02.10.2000, p. 661).

“ADMINISTRATIVO - TRIBUTÁRIO - PROCESSO ADMINISTRATIVO-FISCAL - DEPÓSITO RECURSAL - DECRETO N.º 70.235/72, ART. 33, § 2º - CONSTITUCIONALIDADE.

- O direito de petição é plenamente exercido pela impugnação na chamada ‘primeira instância administrativa’, não sujeita a restrições.
- A exigência de depósito prévio não viola o direito à ampla defesa, uma vez que o princípio do duplo grau de jurisdição não é absoluto, comportando limitações de ordem infraconstitucional.
- A suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em virtude de reclamações e recursos administrativos, deve ser exercida ‘nos termos das leis e regulamentos administrativos’.
- O recurso administrativo é uma faculdade do contribuinte, sendo-lhes assegurada a via judicial, não se podendo atribuir ao depósito prévio o caráter de taxa ou de confisco.
- Agravo de instrumento provido.” (TRF 3ª R., 4ª T., AG 130552/SP, Des. Federal Therezinha Cazerta, DJU 18.10.2002, p. 505).

3.2. FUNDAMENTOS CONTRÁRIOS À CONSTITUCIONALIDADE

A) Alguns autores, como Reis Friede, afirmam que a tese do *solve et repete* se encontra completamente excluída do ordenamento jurídico brasileiro, regra essa antiga e que macula certos princípios constitucionais como o da igualdade e da universalidade de jurisdição.¹⁹

Saliente-se, nesse entendimento, a seguinte decisão:

“Aqui, houve denúncia espontânea seguida de parcelamento do débito fiscal confessado, daí por impor ao contribuinte a penalidade fiscal a que ele não quer se submeter seria o mesmo que aplicar-lhe multa sem o antecedente processo administrativo de apuração da infração, o que magoaria durante a garantia constitucional do *due process of law*.

De outro lado reconheça-se que a exigência do pagamento da multa infracional indébita submete o contribuinte a desembolso significativo de capital e ao odioso ulterior *solve et repete*, sepultado definitivamente pela Jurisprudência do colendo STF, como prática avessa ao Direito e à Justiça.”²⁰

¹⁹ De Brito, Hugo. Curso de Direito Tributário, 19ª edição, 2001, p. 413.

²⁰ Pinheiro, José Parente. Juiz Federal Substituto da 8ª Vara – CE. Sentença publicada no Diário Oficial da Justiça Federal em sua edição de nº 170, no dia 19/09/03, circulou em 25/03/02.

B) O art. 5º, LV da Constituição Cidadã, viabiliza a ampla defesa à exaustão, inclusive no procedimento administrativo, pelo que a exigência do depósito como pressuposto recursal limita a defesa do contribuinte em toda sua plenitude, limitando claramente o significado da expressão “ampla defesa”.

O direito à defesa também é violado na medida em que a própria administração julga os recursos interpostos contra ela própria, o que compromete a imparcialidade dos julgados.

Outrossim, os próprios fiscais recebem a “Remuneração Adicional Variável – RAV”, que é proporcional às multas arrecadadas, o que mina a imparcialidade da administração.

Ratificando o pensamento supra:

“É o que ocorre no caso em tela: depósito é feito entre a decisão da 1ª instância e o acesso ao Conselho de Contribuintes. A impugnação é julgada por um único agente do fisco que, além de agir de forma institucional e corporativa, possui interesse material na manutenção dos lançamentos expedidos, pois, parte de sua remuneração, denominada Remuneração Adicional Variável – RAV, lhe é paga com o produto das multas arrecadadas.

Como se vê, o julgador administrativo de primeira instância não possui a impessoalidade e a imparcialidade para decidir o processo administrativo com a isenção necessária, para que se realize a garantia constitucional do processo justo.

(...)

A conclusão é única: se o julgador de primeira instância não tem isenção ou a imparcialidade para escutar a defesa, impedindo dessa forma que ela seja defesa e ampla, e se, para chegar ao outro órgão que pode desfazer a decisão desse julgador, será necessário pagar 30% da exação, isso significa que o contribuinte está sendo privado de seus bens antes do exercício da ampla defesa, violando o silogismo constitucional acima exposto.”²¹

C) Tal obrigação é veiculada por uma medida provisória, a qual pela sua condição de precariedade não deveria mitigar um princípio e garantia com “status” constitucional.

²¹ Wanderley, Denise Dill Donati. ADIn 1976 – Depósito Recursal – Conselho de contribuintes. Disponível em: <WWW.cni.org.br/adins/1976.htm, p. 5>. Acesso em: 09/03/04.

Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado quando se analisa o art. 151 do Código tributário Nacional, *in verbis*:

“Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito de seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança;

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI - o parcelamento.

Parágrafo Único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela conseqüentes.” (grifei)

Com efeito, a ocorrência de qualquer das hipóteses dos incisos supratranscritos, em especial a interposição de reclamações e recursos, é bastante para suspensão do crédito tributário, apesar disso, a MP 1.620-32 traz como condição para a aludida suspensão um outro requisito: o depósito prévio.

Uma medida provisória não deve limitar o conteúdo finalístico de uma lei complementar, já que aquela não tem a mesma ou superior hierarquia em relação a essa última norma, nem tampouco possuem processos legislativos com a mesma rigidez de aprovação.

Dessa maneira, o inciso III do art. 151 do CTN perderia sua aplicação, ante a não efetuação do depósito, obrigação essa não prevista nesse dispositivo legal²² de hierarquia mais elevada do que a prevista em medida provisória.

“Sem contar que também o CTN, lei complementar (hierarquicamente superior ao decreto, portanto), é violado, pois no bojo do seu art. 151, II, o depósito do montante integral, por si, já é elemento ensejador da suspensão do crédito tributário. Ora, sendo a cláusula **solve et repete** levada a termo, como reza o decreto revogado, ficaria desprovido de qual-

²² Freitas, Vladimir Passos de Freitas. Código Tributário Nacional comentado. São Paulo: Revista do Tribunais, 1999, pp. 591-592.

quer possibilidade de aplicação o inciso III do mesmo artigo do Código Tributário.²³

Em outra perspectiva, a medida provisória não pode dispor de matéria reservada à lei complementar, sob pena de afronta ao princípio da reserva material tributária, nos termos do art. 146, III, “b”, da CF/88.²⁴

D) O ônus da garantia de juízo para ter direito ao recurso na via administrativa causa, em algumas situações, impossibilidade de interposição de recursos, dependendo da situação financeira do contribuinte, o que viola o princípio do duplo grau de jurisdição, do contraditório, da ampla defesa²⁵, da dignidade da pessoa humana, da isonomia em relação ao Fisco etc.

A exigência do depósito prévio cria dificuldades operacionais consideráveis e uma discriminação contra os cidadãos menos abastados.²⁶

“Além de incompatível com o estado de direito definido pela Constituição, essa regra pode implicar prejuízos imensuráveis aos cidadãos que eventualmente venham a demandar administrativamente com o Fisco, por absoluta falta de recursos para atender a essa exigência”²⁷

E) O depósito recursal que em princípio intentava proporcionar ao Estado uma solução mais rápida à demanda, na verdade não consegue inibir que os argumentos levados à administração, no correspondente processo fiscal, sejam ventilados também em uma futura ação judicial, abarrotando de processos não só a máquina administrativa, como também os magistrados que vão apreciar novamente a questão, por vezes, amplamente discutida na seara da administrativa.

²³ Araújo, Victor Hugo Andrade. O Decreto 4523/2002 e a salvaguarda da ampla defesa. Disponível em: <www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/12/21/1221/, p. 1>. Acesso em: 09/03/04.

²⁴ Wanderley, Denise Dill Donati. ADIn 1976 – Depósito Recursal – Conselho de contribuintes. Disponível em: <www.cni.org.br/adins/1976.htm, p. 8>. Acesso em: 09/03/04.

²⁵ Friede, Reis. Depósitos Judiciais: aspectos fiscais e tributários. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, p. 46.

²⁶ Nogueira, Ruy Barbosa. Curso de direito tributário. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 250.

²⁷ Avelino, Pauderney. Depósitos para recursos administrativos podem mudar. Disponível em: <www.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp?pk=44113>. Acesso em: 09/03/04.

A solução para diminuir a enxurrada de processos que todo ano vão se acumulando nas varas judiciais e nas repartições administrativas não é através da garantia de juízo, mas sim por meio de uma reforma recursal ampla em todo o processo judicial e administrativo.

Destaque-se, ainda, que a pretexto de agilizar a cobrança dos débitos fiscais (fim secundário), o ato legislativo do Presidente da República na edição da já comentada medida provisória acaba por dificultar a averiguação da legalidade da conduta dos agentes administrativos (fim primário), frustrando o objetivo final do processo administrativo. É inadmissível sobrepor os fins secundários exclusivos do Estado aos fins primários de toda a coletividade.

A definição dos mencionados fins (ou direitos) primário e secundário é feita por Renato Alessi:

“Nesses objetivos, estariam configuradas as duas modalidades de interesse público a que se refere RENATO ALESSI (‘Principi di Diritto Amministrativo’, 3ª. ed., Milano, Giuffrè, vol. I, 1974, pp. 226 e ss.):

- a) o interesse coletivo primário, ou seja, o interesse da sociedade, protegido, no caso, em nível constitucional, pelo estabelecimento do princípio da isonomia; e
- b) o interesse público secundário, do aparelho estatal, enquanto pessoa pública.”²⁸

F) O art. 145, I, do CTN, dispõe que o lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo pode ser alterado mediante impugnação deste, o que leva a crer que na fase do contencioso administrativo fiscal, o lançamento ainda não se tornou definitivo, não sendo legítima qualquer constrição no patrimônio do contribuinte, inclusive no tocante à obrigação do depósito para que se tenha direito à impugnação na segunda instância.

No sentido dos fundamentos expostos segue o acórdão nº 104-17.113, de 13/07/99, da 4ª Câmara do Conselho de contribuintes da União:

“A exigência do depósito recursal instituído atualmente pela Medida Provisória nº 1.863-51/99 a meu ver não se harmoniza com as demais

²⁸ Amaral, Antônio Carlos Cintra do. Dispensa de licitação por emergência. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28/10/03.

normas reguladoras do processo administrativo fiscal da União. Parece-me que este depósito é exigência, além de pouco razoável, não alcança o verdadeiro espírito do processo administrativo fiscal. Diversos motivos me levam a esta conclusão.

Como se sabe, o processo administrativo fiscal existe para permitir ao sujeito passivo questionar a exigência que lhe é imputada. Assim, conquanto o lançamento interrompa a decadência, não se pode dizer que o crédito tributário regularmente constituído seja definitivo. Pelo contrário, o lançamento comporta alteração através de manifestações do contribuinte. Esta é a hipótese do art. 145, I, do Código Tributário Nacional.

Portanto, a só existência da fase litigiosa do contencioso administrativo é suficiente para assegurar que o crédito tributário regularmente constituído pelo lançamento não é definitivo, não encerra em si uma verdade absoluta. Nesta ordem de idéias não vejo como razoável a exigência de um depósito prévio para que se prossiga no questionamento de uma exigência em nada definitiva.

Parece-me inevitável o paralelo com o débito inscrito em Dívida Ativa e objeto de uma Execução Fiscal. Nunca é demais lembrar que na cobrança judicial do crédito da Fazenda Pública, este sim gozando de liquidez e certeza, admite-se a prestação de garantias (em bens, direitos e dinheiro) para que se promova a discussão do débito. Logo se num processo em que se enfrenta a exigência de um crédito líquido e certo é facultado ao contribuinte discuti-lo sem, necessariamente, efetuar o depósito em dinheiro, tenho como exarada a exigência de um depósito no âmbito de uma discussão em torno de um débito que ainda não é exigível, tampouco líquido ou certo.

Também vejo como impedimento à exigência do depósito recursal a inadequação da Medida Provisória nº 1.863-51/99 ao disposto no art. 151, III, do Código Tributário Nacional. Esta hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário prevista no CTN – verdadeira lei complementar em sentido material – remete às leis reguladoras do processo tributário administrativo a forma pela qual as “reclamações” e os recursos suspenderão um dos atributos do crédito da Fazenda Pública.

Encontram-se, pois, juridicamente aptas a suspender a exigibilidade do crédito tributário, conforme se depreende do art. 151, III, do CTN, as reclamações e os recursos administrativos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo, independente de prévio depósito da quantia discutida, ou mesmo parte dela.

Deve-se notar, contudo, que a competência do legislador ordinário não chega a ser tão ampla no sentido de admitir o estabelecimento de condições não previstas na lei complementar.

As leis reguladoras do processo tributário administrativo, a propósito, devem limitar-se a estabelecer normas que digam respeito ao procedimento, vale dizer, à fixação de prazos, à definição dos órgãos julgadores, ao tempo e lugar da prática dos atos processuais. Admitir-se o contrário, seria permitir que, através de uma norma de hierarquia inferior, se perpetrasse ofensa ao próprio teor do CTN, para quem a simples interposição do recurso, desde que obedecidas as normas legais que o regem, é apta a provar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Além do mais, conforme é cediço, um dos pressupostos jurídicos do depósito em dinheiro é a sua devolução pelo depositante, nas condições e prazos estabelecidos na lei ou no contrato. Entre essas condições estão: (a) a remuneração do capital pelo tempo em que o dinheiro ficou em poder do depositário; (b) e o prazo para devolução ao depositante, quando do implemento da regra devolutiva.

Como se vê, nem uma coisa nem outra estabeleceu a referida Medida Provisória.

Sem nenhuma sombra de dúvida, trata-se de verdadeira espoliação do contribuinte, pois ficará este privado de seu patrimônio e ao inteiro alvedrio da Administração Tributária para devolver o depósito como lhe convier e sem qualquer remuneração – juros compensatórios – pelo tempo em que o capital depositado ficou em seu poder.

Verifica-se. Aí uma dupla ofensa aos ditames da Constituição Federal, quais sejam, o confisco sem causa jurídica – art. 5º, inciso XXI – e a moralidade da administração pública – art. 37, CF – o que invalida por completo a disposição exigidora do depósito em evidência.

Outra questão relevante é que ao se exigir depósito prévio para recurso à segunda instância administrativa está-se coibindo indiretamente o acesso a essa instância recursal, mediante a criação de um óbice financeiro de altíssimo custo e muitas vezes impossível de ser atendido, impossibilidade esta que decorre inclusive da inexistência de permissão para o oferecimento de uma outra garantia real ou fidejussória alternativa ao depósito, como hoje ocorre na execução fiscal e como ocorreu quando, nos albores do Estado Novo, os recursos à instância administrativa superior deviam ser garantidos por depósito ou por termo de responsabilidade, sendo admitida exigência de fiança idônea (Decreto nº 20.350/31).

Ora, a exigência de garantia de instância como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo afronta o princípio constitucional que assegura ao contribuinte o direito ao contraditório e à ampla defesa também na esfera administrativa.

Vale lembrar que o adjetivo “amplo” empregado pelo texto constitucional significa largo, vasto, dilatado, extenso, sem restrição (Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, Ed.Globo).

À evidência, a imposição do depósito compulsório representa exatamente o inverso, ou seja, impõe, necessariamente, a limitação ao duplo grau de “jurisdição” em processo administrativo, o que é absolutamente incompatível e inconciliável com os desígnios do constituinte originário.²⁹

4. O FIM DO DEPÓSITO RECURSAL

Com o advento da Lei nº 10.522, em 19 de julho de 2002, em seu art. 32, houve nova modificação do art. 33 do Decreto 70.325/72, *in verbis*:

“Art. 32. O art. 33 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que, por delegação do Decreto-Lei nº 822, de 5 de setembro de 1969, regula o processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários da União, passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 33.....

§ 1º No caso de provimento a recurso de ofício, o prazo para interposição de recurso voluntário começará a fluir da ciência, pelo sujeito passivo, da decisão proferida no julgamento do recurso de ofício.

§ 2º Em qualquer caso, o recurso voluntário somente terá seguimento se o recorrente **arrolar bens e direitos de valor equivalente a 30% (trinta por cento) da exigência fiscal definida na decisão**, limitado o arrolamento, sem prejuízo do seguimento do recurso, ao total do ativo permanente se pessoa jurídica ou ao patrimônio se pessoa física.

§ 3º O arrolamento de que trata o § 2º será realizado preferencialmente sobre bens imóveis.

§ 4º O Poder Executivo editará as normas regulamentares necessárias à operacionalização do arrolamento previsto no § 2.” (NR) (grifei).

²⁹ Prolik, Augusto. Atualidades fiscais. Disponível em: <<http://www.prolik.com.br/08-00.html>>. Acesso em: 17/10/03.

Com efeito, foi revogada a exigência do depósito de 30% do valor definido na decisão singular com condição para o contribuinte interpor o recurso administrativo, sendo certo que praticamente apenas foi substituída a expressão “depósito” pela “arrolar bens e direitos”, permanecendo a controvérsia acerca da limitação ao direito de recorrer contra decisão administrativa de primeiro grau.

Ressalte-se que essa modalidade de arrolamento de bens restringe-se aos créditos de natureza tributária da União, não se aplicando aos débitos previdenciários, já que estes são regulados por legislação específica, o Decreto nº 3.048/99, o qual mantém a imposição do depósito recursal, não sendo modificado pela Lei nº 10.522/02.

Nesse sentido:

“Eliana Calmon observou ainda que a Lei 10522/2002 alterou o Decreto 7023/1999 (referente aos débitos tributários da União), mas não repercutiu sobre o Decreto 3048/1999, que, especificamente, disciplina os débitos da Previdência, cuja última modificação em outubro de 2003 não dispensou o depósito prévio. Dessa forma, manteve o entendimento do tribunal de origem. A decisão foi unânime.”³⁰

Pode-se argüir que toda a análise ora realizada, acerca do depósito recursal, não tenha mais sentido em vista de sua extinção e substituição, contudo, tudo o que foi estudado vai servir para que se possa ter uma posição com relação à (in)constitucionalidade da vigente exigência do arrolamento de bens e direitos como pressuposto recursal.

5. CONCLUSÕES

1. Quando o contribuinte discorda do lançamento tributário de ofício feito pelo fisco, ele pode recorrer da decisão às instâncias superiores, surgindo aí exigência do depósito prévio.

2. O depósito prévio consiste em um verdadeiro pressuposto objetivo de admissibilidade para os recursos interpostos contra as decisões de primeira ins-

³⁰ STJ. Arrolamento de bens não substitui depósito prévio de porcentagem do débito fiscal. Disponível em: <www.passarelliassessoria.com.br/in/?area_inst_web=jurisprudencia&cod_noticia=504>. Notícias data: 20/02/2004. Acesso em: 04/06/04.

tância no âmbito do processo administrativo fiscal federal. Em outras palavras, é a exigência de 30% do valor fixado na decisão de primeiro do grau do Fisco, para que o recurso voluntário possa ter seguimento.

3. Os principais argumentos em favor da constitucionalidade do depósito recursal são: a) o princípio do duplo grau de jurisdição não é absoluto, pode sofrer limitações, inclusive no que diz respeito à exigência do depósito de 30% da execução fiscal para ter acesso à instância recursal; b) na sede administrativa a ampla defesa não se estende às vias recursais, uma vez que a parte pode sempre levar a querela para o Poder Judiciário; c) a exigência do percentual de 30% é proporcional à capacidade econômica do contribuinte, já que tal índice matem correspondência com a atividade e produção do devedor, não sendo, dessa forma, violado o princípio da isonomia; d) a Medida provisória que deu ensejo à obrigação do depósito prévio atendeu aos requisitos de relevância e urgência (art. 62 da CF/88), os quais só podem ser apreciados pelo chefe do Poder Executivo; e) o dever de depositar parcialmente o valor reclamado garanti parte da futura execução da quantia e evita as irrisignações meramente protelatórias, o que valoriza o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que o executivo fiscal em disputa poder vir a pertencer ao poder público.

4. Os principais fundamentos contrários à constitucionalidade da exigência em comento são: a) o princípio do *solve et repete*, que se traduz na obrigação de pagar para discutir a causa controvertida, foi excluído do ordenamento jurídico brasileiro; b) a ampla defesa é violada na medida em que a possibilidade da via recursal é limitada, sendo certo, ainda, que os fiscais tributários recebem remuneração adicional proporcional ao valor das multas aplicadas, vulnerando a imparcialidade da administração nos julgamentos das querelas tributárias; c) o inciso III do art. 151 do CTN aduz que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário ocorre com a interposição de reclamações e recursos nos termos das leis, não fazendo nenhum condicionamento ao depósito necessário, deduzindo-se daí que a medida provisória que introduziu tal exigência recursal violou o princípio da reserva material tributária (art. 146, III, “b”, da CF/88) e da hierarquia das normas; d) o duplo grau de jurisdição é violando quando cria impossibilidade de reexame da questão para os que tiverem insuficiente condição financeira; e) A finalidade de evitar os recursos proscratatórios e, com isso, proporcionar uma solução mais rápida às controvérsias, é fragilizada quando há a possibilidade de demandar no Judiciário, abarrotando de processos essa esfera também; f) a constrição do patrimônio do contribuinte antes de que o lançamen-

to tributário se torne definitivo é ilegítima, posto que a regularidade do débito fiscal ainda está em discussão.

5. Diante de todos esses fundamentos contrários e favoráveis à constitucionalidade do depósito prévio, os primeiros são mais consistentes. Com efeito, apesar de o princípio do duplo grau de jurisdição ser apenas uma previsão constitucional, podendo sofrer limitações, ele está implicitamente previsto nas garantias do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º, CF/88), o que se leva a crer que em havendo violação da plenitude de defesa, aquele princípio também estaria sendo desrespeitado. O depósito necessário, nesse sentido, claramente atenta contra a defesa do contribuinte, à proporção que muitas vezes este não tem condições financeiras de efetuar o pagamento dos 30% da obrigação fiscal para ter direito ao recurso administrativo e que a própria administração não tem imparcialidade na análise das impugnações de suas próprias decisões.

A solução para diminuir a enxurrada de processos que todo ano vão se acumulando no Judiciário e nas repartições administrativas não é através da garantia de juízo, mas sim por meio de uma reforma recursal ampla em todo o processo judicial e administrativo, diminuindo a quantidade de recursos e de instâncias revisoras.

6. Com o advento do Lei nº 10.522/02 o depósito prévio foi substituído pela exigência do arrolamento de bens e direitos no mesmo percentual antes fixado, o que não desvaloriza o presente trabalho científico, pois praticamente foi trocado seis por meia dúzia.

6. REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Dispensa de licitação por emergência*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28/10/03;

ARAÚJO, Victor Hugo Andrade. *O Decreto 4523/2002 e a salvaguarda da ampla defesa*. Disponível em: <www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/12/21/1221/>, p. 1>. Acesso em: 09/03/04;

AVELINO, Pauderney. Depósitos para recursos administrativos podem mudar. Disponível em: <www.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp?pk=44113>. Acesso em: 09/03/04;

- BEDIN**, Lis Carolina. *A exigência do depósito recursal prévio de 30 %*. Disponível em: <<http://www.cahs.org.br/publicacoes/fa125/center14.html>>. Acesso em: 20/10/03;
- BRASIL**. *Constituição da Federativa do Brasil*, 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2004;
- BRASIL**. *Código Tributário Nacional*. 29ª.ed.-São Paulo: Saraiva, 2000;
- BRITO**, Maria do Socorro Carvalho. *O processo administrativo tributário no sistema brasileiro e a sua eficácia*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4112>>. Acesso em: 17/10/03;
- CHIMENTI**, Ricardo Cunha. *Direito Tributário*. Volume 16. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001;
- DANTAS**, José Carlos de Arruda. *A (in)constitucionalidade da exigência do depósito recursal prévio como pressuposto de admissibilidade recursal*. Revista ESMape / Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – v. 7, n. 15. Recife: ESMape, jan/jun 2002;
- DE BRITO**, Hugo. *Curso de Direito Tributário*, 19ª edição, 2001;
- FREITAS**, Vladimir Passos de Freitas. *Código Tributário Nacional comentado*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1999;
- FRIEDE**, Reis. *Depósitos Judiciais: aspectos fiscais e tributários*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994;
- LIRIO**, José Nilso de. *Constitucionalidade da exigência do depósito prévio com condição de admissibilidade e seguimento de recurso administrativo*. Boletim dos Procuradores da República. Ano II – nº 14 – junho – 1999;
- MARTINS**, Ives Granda da Silva, coordenador. *Curso de direito tributário*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000;
- NOGUEIRA**, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999;
- Parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social. *Processo Administrativo – Depósito Administrativo – Duplo Grau de Jurisdição Administrativa – Ausência de Garantia Constitucional*. Revista Dialética, nº 34. São Paulo: Oliveira Rocha – Comércio e Serviços Ltda., Julho – 1998;

PINHEIRO, José Parente. Juiz Federal Substituto da 8ª Vara – CE. Sentença publicada no Diário Oficial da Justiça Federal em sua edição de nº 170, no dia 19/09/03, circulou em 25/03/02;

PROLIK, Augusto. *Atualidades fiscais*. Disponível em: <<http://www.prolik.com.br/08-00.html>>. **Acesso em: 17/10/03;**

STJ. *Arrolamento de bens não substitui depósito prévio de porcentagem do débito fiscal*. Disponível em: <www.passarelliasessoria.com.br/in/?area_inst_web=jurisprudencia&cod_noticia=504>. Notícias data: 20/02/2004. Acesso em: 04/06/04;

WANDERLEY, Denise Dill Donati. *ADIn 1976 – Depósito Recursal – Conselho de contribuintes*. Disponível em: <WWW.cni.org.br/adins/1976.htm, p. 5>. Acesso em: 09/03/04.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO*

Terence Dornelles Trennepohl

*Professor de Direito Ambiental em cursos
de pós-graduação nos Estados de Alagoas e Pernambuco.
Autor do livro Perfil Jurídico-Ambiental em Alagoas.
Mestrando em Direito Público na Universidade Federal de Pernambuco.
Atualmente Chefe de Gabinete no Tribunal Regional Federal da 5.ª Região.*

Os homens, ao se agruparem como uma coletividade organizada, num primeiro momento o fazem movidos única e exclusivamente pelo instinto e não por um conteúdo racional¹.

Aduz o tributarista gaúcho **Alfredo Augusto Becker**, extraindo os ensinamentos de **Jean Dabin**, que essa conjunção em busca da coletividade organizada tem em vista a segurança e a maior facilidade de sobrevivência.

Assegura o autor que o primeiro passo na formação da sociedade se dá instintivamente, sem a *voluntas* racional que servirá de norte para a formação de um Estado propriamente dito.

Rousseau, em seu Contrato Social, menciona a *volonté générale*, como passo inicial da formação do Estado, onde as pessoas se organizam com vistas ao bem estar coletivo.

Dessa forma, vivendo em comunidade, os homens necessitam de um instrumento de organização tendente a solucionar os conflitos decorrentes do convívio social.

Essa forma de organização, ensina **Georges Burdeau**², vem a ser uma maneira coercitiva, obrigatória, de adaptação social. Denomina o citado autor

* Por ser a transcrição, sem emendas, da prova escrita da seleção do Mestrado da Universidade Federal de Pernambuco no ano de 2003/4, que integrou a avaliação da comissão, as notas de rodapé reportam-se, tão-somente, às obras, rigorosamente como fora realizado na avaliação.

¹ Becker, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

² Citado por Becker, em obra já referida.

de *idée de droit* essa maneira de regular as interações entre os membros da coletividade.

Assim, as inúmeras relações entre os homens constroem uma rede de contato, através de relações jurídicas. Curiosa também a posição do Estado, pois, ao tempo em que edita as leis, também está sujeito ao seu cumprimento, indistintamente das obrigações impostas aos cidadãos.

Ainda com os ensinamentos de **Burdeau**, tem de ser mencionada a existência de um direito que afirme a supremacia do Estado e organize as relações na sociedade, naquele determinado grupo social.

Menciona o autor francês no que chama de *droit transpositif*, que seria um embrião do direito, ocorrido antes da positivação pelo ente legitimado, o Estado, e fruto das experiências sociais.

Melhor desenvolveu o tema em língua portuguesa **Eros Roberto Grau**³.

Para o autor paulista existe aquele direito posto, estabelecido pelo Estado, como órgão legítimo na produção das leis; e também um direito pressuposto, aquele em que a sociedade constrói ainda sem a participação estatal, que vem a ocorrer num segundo momento, da positivação.

O professor da USP cita **Hegel** na introdução de seu livro, onde afirma que o direito é aquilo posto pelo Estado, e assim somente o é, variando em cada tempo e lugar.

Dessa forma, o homem, no seio de uma coletividade, agora formal e juridicamente organizada, deve buscar as formas de sobrevivência da maneira mais fácil e simples.

A complexidade das relações e a realidade polifacética desse grupo faz com que o Direito seja a um só tempo elemento organizador e mantenedor do grupamento chamado Estado.

A ordem jurídica, como ensina **Pontes de Miranda**⁴ é o processo de adaptação social mais eficaz e completo até então desenvolvido pelo homem. Normas de outra natureza, como morais e religiosas, isoladamente, não atendem aos fins preconizados pelo Estado.

O professor **Marcos Bernardes de Mello**⁵ explica com bastante didática os elementos diferenciadores das normas jurídicas, em relação às demais,

³ Direito posto e direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 1999.

⁴ Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1974.

⁵ Teoria do Fato Jurídico. São Paulo: Saraiva, 1996.

como melhor forma de regulação social, com fulcro nos ensinamentos de Pontes de Miranda.

Assim, tratado o Direito, a *vol d'oiseaux*, voltemos ao Estado em sua acepção não somente jurídica, mas principalmente administrativa.

Aliomar Baleeiro⁶ fala com vagar das necessidades públicas do Estado e na forma de que dispõe para obtenção dos meios financeiros de sua manutenção. Sustenta que o Estado necessita de produtos indispensáveis à sua manutenção e a forma de auferi-los se dá em várias vertentes. Duas delas serão mencionadas adiante quando tratarmos das receitas.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁷ pinça algumas considerações sobre as necessidades e utilidades públicas, dando ênfase ao atual estágio de evolução do conceito de Estado.

Fala o professor paulista do enorme arcabouço legislativo que o Estado produz e reitera sua infinidade de atribuições no mundo contemporâneo.

José Souto Maior Borges⁸ trata do assunto dividindo a atividade financeira em receita, gestão e despesa.

Sustenta o autor pernambucano, em excelente monografia, que as receitas do Estado podem ser *originárias*, frutos do *jus gestionis*, onde o Estado faz uso dos bens e rendas que dispõe, com o fito de gerar divisas e se manter operante; e *derivadas*, oriundas da intervenção estatal no patrimônio e na renda dos cidadãos, que se faz através da tributação.

Obtempera **Aliomar Baleeiro** que o Estado não mais possui função neutra no desenrolar da economia, mas atualmente possui função nitidamente intervencionista.

Sem dúvida, todos os autores modernos reconhecem a função intervencionista do Estado contemporâneo.

Passou-se do *L'État gendarme*, onde não ocorria a intervenção e o Estado ficava à margem da economia, para o *Welfare State*, intervencionista por natureza e buscando adaptar as incertezas do mercado às desigualdades entre os homens.

Vê-se, nitidamente, uma nova fase onde o Estado busca, dentro de suas possibilidades, como gestor, mitigar as injustiças sociais, gerindo e fomentando mais humanamente as receitas por ele obtidas.

⁶ Introdução à Ciência das Finanças. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

⁷ Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1998.

⁸ Introdução ao Direito Financeiro. São Paulo: Malheiros, 1998.

Dessa forma, a atividade financeira do Estado, atualmente, apresenta-se sob duas matizes, como fiscal ou extrafiscal.

A primeira visa, precipuamente, à manutenção do ente estatal, em pouco, ou quase nada, interferindo na órbita social. A segunda, diga-se de passagem, pouco explorada até idos do século XX, reflete na ordem econômica através de isenções, imunidades, incentivos e outros meios mais diretos.

Como já foi dito, com escol em **Baleeiro**, há muito chegou ao fim a atividade financeira neutra do Estado.

O fenômeno financeiro encontra respaldo na legalidade quando estamos a falar na atividade do Estado de recolher divisas.

Pontes de Miranda, citado por **Borges**, em obra já mencionada, traz dos alemães a locução *vorbehalt des gesetzes*, onde explica que a obediência ao princípio da legalidade é que faz o Estado também obedecer aos comandos que ele mesmo produz.

Uma teoria que buscava explicar a submissão do contribuinte à atividade financeira do Estado era a da soberania, defendida por **Ernst Blumenstein**, citado por **Souto Borges**, donde entendia que o ente estatal era legitimado em razão de sua soberania, prevalecendo esta em detrimento daquela (da legalidade).

Certo que não encontra mais guarida entre os modernos financistas.

A atividade financeira apresenta conteúdo dos mais variados, interessando, por ora, o fenômeno jurídico da tributação.

Souto Borges, com escol de **Giannini**, mensura quatro elementos no fenômeno financeiro, quais sejam: político, técnico, jurídico e econômico.

Ernst Blumenstein diz prevalecer o fato político na atividade financeira, por se tratar de fenômeno pré-jurídico e determinante para a sociedade.

Entendemos, com suporte em **Baleeiro e Borges**, que há uma integração desses elementos, não se podendo tratá-los de maneira estanque.

O fato político, por ser pré-jurídico, goza de importância singular, pois indica o caminho que irá nortear o Estado em sua linha de atuação em busca de receitas.

O elemento técnico trata das formas e procedimentos de arrecadação. Apresenta-se como a gama de 'armas' utilizadas pela administração na tarefa de transferir dinheiro da órbita privada para os cofres públicos.

O elemento econômico tem por objeto a análise das circunstâncias que envolvem o mercado e a economia, servindo como indicativo de ação para o Estado.

Por fim, o elemento jurídico, é o que embasa e legitima a atividade financeira, como fora anteriormente demonstrado, com a rubrica de **Pontes de Miranda**, citado por **Souto Borges**.

Diversas são as ciências postas à disposição do Estado para compreender tanto a atividade financeira, como o fenômeno da tributação.

A atividade financeira do Estado é permeada por diversas ciências que podem e devem determinar a sua construção.

Salienta o professor **Lourival Vilanova**⁹ que a transcendência de algumas ciências no fenômeno financeiro é possível. No direito tributário, não.

Explica que interferência na química, história, biologia, não desfiguram seu estudo, ao contrário, às vezes servem de elemento determinante.

O estudo das finanças, como ciência que fornece ao Estado elementos dos mais variados, é composto pela economia, pelo Direito, pelas ciências naturais, pela sociologia e por outras tantas.

Já o fenômeno jurídico que transforma o fato em objeto do direito, colocando o Estado como parte integrante de uma relação jurídica com o cidadão/contribuinte, tem seu fundamento no que se convencionou chamar direito tributário.

Não é demais falar, ainda que *en passant*, nessa fenomenologia, dada sua importância para a atual atividade que o Estado desenvolve relacionada às finanças.

Neste ponto estamos tratando de uma ciência que não permite ingerências de outros sistemas.

Geraldo Ataliba¹⁰ foi, para nós, quem melhor tratou do fenômeno tributário em sua origem: a hipótese de incidência.

Diferentemente de **Amílcar de Araújo Falcão**¹¹, Ataliba não levou em conta o fator econômico da tributação para levantar as bases do fenômeno jurídico.

Na esteira de **Hans Kelsen**¹², que também seguiu **Kant**, o professor **Ataliba** fez bem a distinção entre a hipótese de incidência (conceito abstrato) e o fato gerador (conceito concreto).

⁹ Sobre o Conceito de Direito. Recife: Imprensa Oficial, 1947.

¹⁰ Hipótese de Incidência Tributária. São Paulo: Malheiros, 1997.

¹¹ Fato Gerador da Obrigação Tributária. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

¹² Teoria Pura do Direito. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

Paulo de Barros Carvalho¹³ segue o caminho adrede percorrido por **Geraldo Ataliba** e chega ao mesmo ponto: hipótese '1' consequência.

Souto Borges¹⁴ também separa bem o que já foi dito, tratando da regra de preceito e da relação jurídica.

Sacha Calmon Navarro Coelho¹⁵ também, embora menos amiúde, fala da endonorma e da perinorma, também assim chamada por **Paulo de Barros Carvalho**.

Tratamos um pouco da tributação, entendendo esta guardar liame muito estreito com a atividade financeira do Estado, uma vez ser toda sedimentada no princípio da legalidade.

Como coube aos homens organizar suas atividades em um grupo político e juridicamente organizado, encontrando sua auto-organização por meio de normas jurídicas, que compõem o ordenamento jurídico e, por conseguinte, o Direito, daí porque vemos nada mais pertinente que tratar da atividade financeira do Estado com o que talvez mais lhe dê sustentação.

O Direito, assim expresso como quis **Pontes de Miranda**, como processo de adaptação social, ciência normativa do dever-ser (*sollen*), estudado por juristas e produzido por órgãos legitimados pela sociedade organizada, revela o que as proposições jurídicas colorem como jurídico, passando a existir e interessar para o homem que ali coexiste.

Doutra banda, perquirir os fundamentos da atividade financeira faz exsurgir mais que o fenômeno jurídico puro e simplesmente.

Como explicou **Sainz de Bujanda** e **Ezio Vanoni**, na obra de **Souto Borges**, já mencionada, mais do que o fato jurídico tem que ser observado e estudado. Tem-se que considerar o todo, neste momento de busca pelos meios de sustentação das atividades do Estado moderno.

Nessa hora, de manutenção da ordem estatal, onde os homens pretendem deixar como legado aos que os sucedem na sociedade, aduz poeticamente **Alfredo Augusto Becker**: mais do que receberam, faz-se imperiosa a participação de outras ciências, que são chamadas à fonte para enriquecer essa pretensão do grupo.

Destarte, a atividade financeira do Estado se apresenta como *receita* na obtenção dos valores destinados ao erário; *gestão*, como a manutenção das

¹³ Teoria da Norma Jurídica. São Paulo: Max Limonad, 1996.

¹⁴ Obrigação Tributária. São Paulo: Malheiros, 2000.

¹⁵ Curso de Direito Tributário. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

riquezas nos cofres públicos; e *despesa*, o dispêndio do que foi obtido pelo Estado.

O direito tributário é a ponta de um *iceberg*, com a licença da linguagem menos formal, donde tem como objeto o estudo do fenômeno jurídico tributário, fenômeno este que é o principal elemento arrecadador, dado se tratar de receita derivada, para o aparelho estatal.

Com arrimo em **Pontes de Miranda**, mais uma vez chamado a fundamentar essas assertivas, valemo-nos de parte de sua obra *Introdução à Política Científica*, onde o mestre alagoano aduz que, para se estudar ciência não se pode fazê-lo de modo estanque, autônomo; as ciências, é o caso daquela das finanças do Estado, devem se embebedar umas nas outras, numa saudável confraria. Neste passo, devem estar presentes a economia, a política, a matemática, a sociologia, a história, e o direito, este, alfim, a regular essa atividade complexa que o Estado desenvolve.

ESMAFE
ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO



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