

Revista
ESMAFE

Escola de Magistratura
Federal da 5a. Região

TRF 5a. Região
Recife – Pernambuco
Nº 2 – 2001

EDITORIA

SECRETARIA EXECUTIVA DA ESMAFE – 5ª
Humberto Vasconcelos – Secretário Executivo
Nanci Freitas – Supervisora

IMPRESSÃO

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

TIRAGEM

1.000 exemplares

CAPA

Andre Gonçalves Garcia
Denise Maria de Aguiar da Silva

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**

Des. Federal NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Diretor

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
(Composição em agosto/2001)

DESEMBARGADORES FEDERAIS

Juiz FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS – Presidente

Juiz UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE – Vice-Presidente

Juiz FRANCISCO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI – Corregedor

Juiz RIDALVO COSTA

Juiz JOSÉ DE CASTRO MEIRA

Juiz PETRÚCIO FERREIRA DA SILVA

Juiz JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES

Juiz NEREU PEREIRA DOS SANTOS FILHO

Juiz JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA

Juíza MARGARIDA DE OLIVEIRA CANTARELLI – Diretora da Revista

Juiz JOSÉ BATISTA DE ALMEIDA FILHO

Juiz NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO – Diretor da ESMAFE-5ª

Juiz LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA

Juiz PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

Juiz MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT (Convocado)

Sumário

Editorial	7
Descentralização Administrativa e Núcleos Regionais	9
<i>Desembargador Federal Castro Meira</i>	
O Supremo Tribunal Federal e a Inconstitucionalidade por Omissão Parcial.....	19
<i>Desembargador Federal Francisco de Queiroz Cavalcanti</i>	
Depoimento de Um Magistrado (Mensagem aos Novos Juízes)	27
<i>Juiz Federal Orlando Cavalcanti Neves</i>	
Princípios Constitucionais e Direito Tributário	35
<i>Desembargador Federal Hugo Machado</i>	
O Judiciário e o Direito dos Concursos	59
<i>Juíza Federal Germana de Oliveira Moraes</i>	
Julgamento Antecipado da Ação Penal.....	83
<i>Juiz Federal Agapito Machado</i>	
Da Curatela dos Interditos	107
<i>Juiz Federal Francisco Roberto Machado</i>	
Acesso à Justiça: Benefício da Gratuidade e Assistência Judiciária	119
<i>Juiz Federal Luís Praxedes Vieira da Silva</i>	
A Audiência de Conciliação nos Processos Judiciais de Desapropriação Para Reforma Agrária – LC 88/76	137
<i>Juiz Federal João Bosco Medeiros de Sousa</i>	
Intervenção Estatal Sobre o Domínio Econômico, Livre Iniciativa e Proporcionalidade (Céleres Considerações)	143
<i>Juiz Federal Edilson Pereira Nobre Júnior</i>	
A Relação Jurídica Pré-Processual	161
<i>Juiz Federal Substituto Fco. Antônio de Barros e Silva Neto</i>	
Sigilo Bancário	189
<i>Juíza Federal Substituta Joana Carolina Lins Pereira</i>	
O Juiz Federal e o Meio Ambiente.....	215
<i>Juiz Federal Substituto Raimundo Alves de Campos Júnior</i>	

Arqueologia e Direito Criminal.....	249
<i>Procurador Regional da República, Ivaldo Olímpio de Lima</i>	
Juiz Instrutor: Uma Tendência de Ampliação da Atividade Instrutória Oficial em Face dos Valores Consagrados pelo Estado Social Democrático	255
<i>Bacharela Katarine Keit Guimarães Fonseca de Faria</i>	
A Revelia no Processo Cautelar	283
<i>Bacharel Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti</i>	
Tipologia das Espécies Recursais em Face da Complexa Diversidade Processual	301
<i>Bacharela Flávia Romero Campos</i>	
A Remessa de Ofício e o Mandado de Segurança	319
<i>Bacharela Melissa Pereira Guará</i>	
Estudo Introdutório à Apropriação Indébita Previdenciária	331
<i>Bacharela Patrícia Cristina Lessa Franco</i>	

EDITORIAL

Aqui está o segundo número da Revista da ESMAFE-5ª, para desempenhar o papel que lhe está designado na programação geral da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, que é o de servir de porta-voz da Magistratura Federal e de outros estudiosos e operadores do Direito nesta parte do Brasil.

Segue o roteiro que para ela foi traçado por seu instituidor, o eminente Desembargador Federal Castro Meira, primeiro Diretor da Escola, a cuja dedicação e competência a Justiça Federal nesta Região deve mais este serviço da maior relevância para o aperfeiçoamento daqueles que laboram nesta área da prestação jurisdicional.

Tendo cumprido seu mandato na diretoria que estruturou a Escola e orientou os seus primeiros passos, Castro Meira volta a dedicar-se em tempo integral ao seu múnus de membro ilustre do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Sob sua inspiração, a Diretoria que o sucede cumprirá as diretrizes que deixou traçadas para a Escola e para esta revista.

Este segundo número registra um momento de grande movimentação na Escola, quando todas as suas atenções estiveram voltadas para os estágios finais do IV Concurso Público para Provimento de Cargos de Juiz Federal Substituto da 5ª Região.

Desde o primeiro momento do referido conclave, criou-se um vínculo efetivo entre a Comissão e a Escola, onde inclusive ficou localizada fisicamente a Comissão e foram realizadas as provas escritas dos candidatos inscritos em Pernambuco. Mas o envolvimento maior surgiu com o Curso de Preparação para a Magistratura e se intensificou com a realização das provas orais e, concluído o certame, do Curso Prático de Iniciação à Magistratura Federal.

O processo de seleção dos novos Juízes, dessa forma, passou a integrar o quadro de ações da Escola de Magistratura, que se organiza para abrigar as atividades da Comissão do próximo concurso, a par, naturalmente, de suas atividades rotineiras.

De todo esse rico período foram extraídos alguns trabalhos que aparecem inseridos neste número. Aulas como a proferida pelo tributarista

Hugo Machado e exposições apresentadas pelos então candidatos, hoje Juízes Substitutos, no Curso de Preparação, valorizam esta publicação e dão conta dessa atuação importante da Escola.

Comparecem, de outra parte, em bom número, Magistrados do Ceará, cuja Seção Judiciária, a maior da 5ª Região, este número pretende homenagear. Ao lado deles, novos colaboradores, entre advogados e assessores jurídicos ligados aos Gabinetes dos Magistrados, passam a freqüentar as páginas de nossa revista.

Os que fazem a Escola e editam a revista sentem-se realizados com a sua continuidade e trabalham no sentido de que lhe seja garantida a periodicidade quadrimestral definida pelos que a instituíram.

Recife, abril de 2001.

A EDITORIA.

DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E NÚCLEOS REGIONAIS

Castro Meira

Desembargador Federal do TRF da 5a. Região

1. INTRODUÇÃO

A interiorização da Justiça Federal tem gerado alguns problemas, sobretudo no âmbito administrativo e orçamentário. Por vezes, a solução pode ser encontrada em expedientes rotineiros, como o adiantamento para despesas de menor porte. Entretanto, em muitos casos, deve-se buscar outra alternativa, quando a unidade interiorana compreende dez varas, como é o caso de Ribeirão Preto.

As presentes anotações serviram de substrato ao painel sob o título em epígrafe, de que participei naquela cidade, juntamente com a ilustre Desembargadora Federal aposentada Dra. Ana Maria Goffi Scartezzini, durante o 1º Encontro de Juízes Federais do Interior, coordenado pelos Juízes Federais Dr. Augusto Martinez Perez e Dr. Nino Oliveira Toldo.

A partir de um breve histórico do desenvolvimento da Justiça Federal, passa-se à análise da questão relativa ao setor financeiro, ainda não solucionado, sugerindo-se a instituição de unidades gestoras, nos casos mais complexos.

2. BREVE HISTÓRICO

A análise do tema “Descentralização Administrativa e Núcleos Regionais” não pode prescindir de uma referência, ainda que breve, sobre a história da Justiça Federal.

Proclamada a República, muito se discutiu sobre a organização do Poder Judiciário. Alguns defendiam a organização única. Prevaleceu, porém, a tese adotada por Campos Sales, então Ministro da Justiça, de que deveria haver uma Justiça Federal e a Justiça Estadual.

Sob a primeira constituição republicana, a Justiça Federal achava-se distribuída no Supremo Tribunal Federal e nos juízes e tribunais seccionais, entendidos estes não como órgãos de segundo grau, mas como tribunais do júri.

A Constituição de 1934 previu a criação de tribunais federais, com atribuição para o julgamento das revisões criminais, excetuadas as sentenças do Supremo Tribunal Militar, e das causas de interesse da União, de direito marítimo, causas fundadas exclusivamente em norma constitucional e matérias similares às previstas na vigente Constituição como da competência do Juiz Federal. Foi ainda criado um tribunal destinado a julgar privativamente, salvo recurso para a Corte Suprema, das matérias que envolvessem matéria constitucional, nos recursos de atos e decisões definitivas do Poder Executivo, e das sentenças quanto ao funcionamento do serviço público, regidas pelo direito Administrativo. Também se incluíam em sua competência os litígios entre a União e seus credores, derivados de contratos públicos.

Essa estrutura não chegou a ser implantada. Sobreveio o Estado Novo e, com ele, a extinção da Justiça Federal.

A Constituição Federal de 1946 criou o Tribunal Federal de Recursos, com a competência hoje atribuída aos Tribunais Regionais Federais. Entretanto, as causas federais continuaram na competência das Varas da Fazenda Nacional, na Justiça Estadual. Já então estava prevista a criação de outros Tribunais Federais de Recursos, mediante proposta do próprio TFR, através de lei.

Com o Ato Institucional nº 2, foi reinstaurada a Justiça Federal de primeiro grau, com a livre nomeação dos novos juízes federais e juízes federais substitutos pelo então Presidente Castelo Branco. Em seguida, foi elaborada a Lei nº 5.010, de 30.05.66, que, com algumas alterações, até hoje normatiza a organização judiciária da Justiça Federal. Em relação às Varas, admitiu que o Conselho da Justiça Federal poderia “fixar-lhes sede em cidade diversa da Capital, especializar Varas e atribuir competência por natureza de feitos a determinados juízes” (art. 12).

A Constituição Federal de 1967 cuidou do Poder Judiciário no capítulo VIII, do Título I, dispondo na Seção III sobre o segundo grau da Justiça Federal, com a denominação “Dos Tribunais Federais de Recursos”, ressaltando que a lei complementar poderia criar mais dois Tribunais Federais de Recursos, um no Estado de Pernambuco e outro no Estado de São

Paulo, fixando-lhes a competência e menor número de ministros. Tais tribunais jamais foram instalados.

Finalmente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi extinto o Tribunal Federal de Recursos e criados os Tribunais Regionais Federais.

3. ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O HISTÓRICO

O breve esboço histórico revela que a Justiça Federal comum sempre foi dotada de uma estrutura excessivamente centralizada. Em sua primeira fase, os recursos das decisões proferidas pelos Juízes Federais eram endereçados diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Malgrado o acentuado desenvolvimento de muitas cidades interioranas, principalmente na Regiões Sul e Sudeste, a primeira referência à descentralização territorial somente vai aparecer na Lei nº 5.010/66. Entretanto, apenas em 1987, viria a ocorrer a instalação da primeira Vara interiorana, na cidade de Ribeirão Preto, no estado de São Paulo.

Por outro lado, verifica-se que sempre esteve nas preocupações do legislador constituinte a criação de novos órgãos julgadores de segundo grau, sendo que a versão original da Constituição de 1967 foi explícita em referir-se a Pernambuco e São Paulo como as sedes dos futuros e incriados Tribunais Federais de Recursos.

Impende observar também que a extinção da Justiça Federal pelo Estado Novo não foi seguida de protestos, ainda que tímidos. Ao contrário, malgrado haver contado com magistrados responsáveis e conscientes, não conseguiu impor-se como órgão realizador da justiça. No fim da década de 80, como se sabe, o Deputado Hélio Bicudo apresentou projeto de Reforma do Judiciário, em que extinguiu a Justiça Federal, entre outros argumentos, pelo fato de ter fracassado na sua interiorização, o que a colocava distante da maioria dos jurisdicionados. A proposta, embora de pouca receptividade, acarretou uma reação positiva do Conselho da Justiça Federal que, na presidência do dinâmico Ministro Lauro Leitão, incentivou a criação de diversas Varas Federais no interior, sobretudo nos estados de São Paulo, Paraná e Rio Grande do Sul.

Seria um exagero dizer que a implantação das novas varas teria evitado nova extinção da Justiça Federal. Todavia, não há dúvida de que contribuiu em muito para torná-la irreversível, no momento em que a Assembléia Nacional Constituinte discutia uma nova estrutura do Poder Judiciário.

4. DESCENTRALIZAÇÃO E DESCONCENTRAÇÃO

Na linguagem comum e também em compêndios de Ciência da Administração, costuma-se usar o termo “descentralização” como sendo a menor concentração do poder decisório que, assim, passa a ser mais bem distribuído pelos seus diversos níveis hierárquicos. Todavia, os manuais de Direito Administrativo dão outro alcance a esse termo. O conceituado CELSO ANTÔNIO B. DE MELLO ensina: “*Diz-se que a atividade administrativa é descentralizada quando é exercida, em uma das formas mencionadas por pessoa ou pessoas distintas do Estado*”. Em seguida, distingue: “*O fenômeno da distribuição interna de plexos de competências, agrupadas em unidades individualizadas, denomina-se desconcentração*” (Curso de Direito Administrativo, 12ª edição, Malheiros Editores, págs. 124 e 125).

A departamentalização territorial de uma Seção Judiciária é modalidade de desconcentração, “*pois cogita-se da distribuição de competências na intimidade dela, mantendo-se, pois, o liame unificador da hierarquia*” (Idem, ib., pág. 126).

A desconcentração territorial oferece vantagens inegáveis, tendo em vista que, do ponto de vista dos jurisdicionados, torna-lhes mais fácil o acesso ao Poder Judiciário; do ponto de vista dos magistrados, permite-lhes conhecer melhor a realidade local para a tomada de decisão administrativa ou judicial. À medida que a organização administrativa se desenvolve, percebe-se a necessidade de distribuir o poder de decisão entre os seus integrantes para alcançar suas finalidades.

Com a ressalva conceitual já feita, vale lembrar a distinção entre “descentralização” e “delegação” para a Ciência da Administração. Esquemáticamente, DJALMA DE PINHO REBOUÇAS DE OLIVEIRA, faz as seguintes distinções:

Descentralização: ligada ao cargo; geralmente atinge vários níveis hierárquicos; caráter mais formal; menos pessoal; mais estável no tempo.

Delegação: ligada à pessoa; atinge um nível hierárquico; caráter mais informal; mais pessoal; menos estável no tempo (Sistemas, Organização e Métodos, 10ª edição, Atlas, pág. 194).

É claro que tais diferenças encontradas sob a ótica da administração de empresas nem sempre se ajustam à realidade de uma organização judiciária. Entretanto, o ensinamento é útil, pois se percebe que na “descentralização” (ou seja, desconcentração) predomina o aspecto objetivo, enquanto na mera delegação é o aspecto subjetivo que se destaca.

O orçamento, nesse processo, é peça essencial, porque, ao desconcentrar atribuições, a autoridade central, concomitantemente, faz o aporte de dotações, de tal modo que a autoridade local possa desincumbir-se de suas responsabilidades, realizando ela própria o empenho e o pagamento. Para tanto, os créditos orçamentários precisam ser descentralizados.

A “descentralização” é o termo que na gestão orçamentária expressa a transferência do poder de utilizar os créditos que foram dotados a uma entidade ou que lhe tenham sido transferidos de uma unidade orçamentária ou administrativa para outra unidade.

A análise científica da desconcentração ou “descentralização”, como se diz na linguagem comum, é ainda um desafio a ser enfrentado. Seria uma boa contribuição o encaminhamento ao colendo Conselho da Justiça Federal, a quem compete a adoção de diretrizes básicas para a estrutura administrativa da Justiça Federal, sugestões concretas para a normatização do tema. No momento, há diversidade de tratamento nas diversas regiões. Por exemplo: nas 1ª e 3ª Regiões, fala-se em Subseção Judiciária dirigida por um Juiz Coordenador; na 4ª Região, refere-se a Circunscrição Judiciária dirigida pelo Diretor do Foro da Circunscrição Judiciária; na 5ª Região, o termo utilizado é Subdiretoria do Foro, sob direção do Juiz Federal Subdiretor do Foro; na 2ª Região não houve até o momento modificação na estrutura administrativa, permanecendo as unidades interiorizadas simplesmente como Varas descentralizadas. Impende o estabelecimento de normas que padronizem nossa estrutura administrativa enquanto é tempo, sob pena de instalar-se uma babel organizacional. Penso que o ideal seria adotar-se a denominação Subseção Judiciária, para deixar explícito que se cuida de uma subunidade da Seção Judiciária respectiva, dirigida por um Juiz Federal Diretor do Foro da Subseção Judiciária, para evidenciar que ele é detentor de atribuições plenas na direção daquela subunidade.

5. DESCENTRALIZAÇÃO DE CRÉDITOS

A descentralização de créditos orçamentários constitui tema da maior relevância. No nosso dia-a-dia, sentimos que a desconcentração administrativa desacompanhada de uma correspondente descentralização dos créditos dificulta em muito o normal funcionamento da instituição.

É oportuno, pois, uma breve reflexão sobre o funcionamento do sistema, para que seja possível uma divisão equânime dos recursos orçamentários entre as Seções e Subseções Judiciárias.

A descentralização de créditos é efetuada de acordo com as normas de execução orçamentária; a unidade orçamentária somente poderá descentralizar os créditos após a publicação do QDD (Quadro do Detalhamento da Despesa), quando se tratar de créditos orçamentários, e após a publicação do respectivo Decreto de abertura, no caso de créditos adicionais.

São operações descentralizadas de crédito:

a) destaque – é descentralização de crédito de um Ministério ou Órgão para outro Ministério ou Órgão, bem como das dotações globais ou dos Encargos Gerais da União consignadas na Lei de Orçamento ou em crédito adicional;

b) provisão - é descentralização de créditos das unidades orçamentárias para as unidades administrativas sob sua jurisdição ou entre estas, no âmbito do Próprio Ministério ou órgão equivalente, ou, ainda, entre unidades orçamentárias de Ministérios ou órgãos diferentes, ou seja, é a típica descentralização de crédito entre unidades do próprio Ministério ou Órgão.

Essas definições constam da IN/STN nº 012, de 08/07/87.

Verifica-se que o **destaque**, hoje, se aplica exclusivamente aos chamados suborçamentos, isto é, dotações globais a serem destinadas a vários Ministérios ou órgãos equivalentes. Por exemplo, os créditos consignados em Encargos Gerais da União, qualquer que seja a sua destinação, só podem ser utilizados mediante destaque.

A unidade administrativa somente poderá descentralizar créditos mediante **provisão** e desde que autorizada pela unidade orçamentária que efetuou a transferência.

6. DA ADMINISTRAÇÃO E REGISTRO DAS DESCENTRALIZAÇÕES

No estudo em questão, interessam-nos as operações de provisionamento haja vista a estrutura de dotações dos créditos orçamentários.

rios para a Justiça Federal de Primeiro e Segundo Graus, cuja supervisão compete ao Conselho da Justiça Federal, nos termos do parágrafo único do art. 105 da Constituição Federal.

O sistema que processa a execução orçamentária, financeira e patrimonial da Administração Federal direta e indireta é o **SIAFI – Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal**, implantado conforme IN nº 022, de 22/12/1986, e IN nº 024, de 29/12/1986, da Secretaria do Tesouro Nacional/Ministério da Fazenda.

A provisão de créditos, emitidos pela Seção Judiciária, através do sistema de adiantamentos, está hoje limitada a dois por mês no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), sendo uma para aquisição de bens de consumo (papel, *tonner* para impressoras, etc.) e outro para serviços em geral (manutenção do prédio, equipamentos etc.), perfazendo um total de R\$ 16.000,00. Tais recursos, como se sabe, destinam-se a atender as necessidades mais imediatas. As despesas de maior vulto, tais como, pagamento do aluguel do imóvel, aquisição de máquinas e equipamentos, entre outras, podem ficar a cargo da própria Seção Judiciária até o momento em que o crescimento das necessidades da Subseção revele que seria mais racional outra forma de atendimento.

É importante que a atividade-meio ocupe um mínimo de recursos humanos, tendo em vista que nas Subseções é comum a deficiência do quadro de pessoal, pois os servidores preferem optar pelo exercício na Seção Judiciária, sediada na capital. Cabe assim preparar devidamente um quadro mínimo para responder pelas necessidades administrativas e financeiras da subunidade, através de cursos de formação e treinamento, proporcionando-lhe os incentivos necessários à boa implementação de seu importante mister.

7. DAS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELO SISTEMA

A arquitetura sistêmica atualmente em uso permite, como último estágio de descentralização dos créditos orçamentários, a chamada **Unidade Gestora Executora-UG**, ou seja, a unidade que realiza atos de gestão orçamentária, financeira e/ou patrimonial, cujo titular, em consequência, está sujeito a tomada ou prestação de contas anual (IN/DTN nº 1, de 20/03/1992).

Na Justiça Federal de Primeiro e Segundo Graus, as Unidades Administrativas reconhecidas pelo sistema como Unidades Gestoras são os Tribunais Regionais Federais e as Seções Judiciárias nos respectivos Estados. Nada impede que as Varas localizadas no interior sejam organizadas como unidades executoras, como fez o colendo TRF da 1ª Região, através da Resolução nº 13, de 14.09.98, considerando “*a necessidade de disciplinar-se as atividades da Administração da Justiça Federal de 1º Grau, dotando as Varas descentralizadas do interior de maior autonomia administrativa*”.

Dessa forma, embora as Seções Judiciárias sejam Unidades Gestoras em nossa estrutura, verifica-se uma possibilidade técnica de uma descentralização da execução orçamentária para possibilitar melhor atendimento às necessidades de funcionamento do serviço judiciário.

8. SITUAÇÃO DAS VARAS DESCENTRALIZADAS NA JUSTIÇA FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Atualmente, na 5ª Região, as Varas descentralizadas de Petrolina e Campina Grande são supridas totalmente em suas necessidades pelas respectivas Seções Judiciárias, sendo o Juiz Diretor do Foro o único Ordenador de Despesa. Outrossim, às Varas são concedidos adiantamentos mensais (suprimento de fundo) para despesas de pequeno vulto.

Idêntica situação podemos observar em outras Seccionais da Justiça Federal.

9. PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS À CRIAÇÃO DE NOVAS UNIDADES GESTORAS

A transformação destas Varas em Subseções, ou seja, Unidades Gestoras-UG propriamente ditas, com autonomia orçamentária e financeira, demandaria preliminarmente verificar se as características da Unidade enquadram-se na definição esboçada pelo art. 14 da Lei 4.320/64, in verbis

Art. 14 – Constitui unidade orçamentária o agrupamento de serviços subordinados ao mesmo órgão ou repartição a que serão consignadas dotações próprias.

Parágrafo único – Em casos excepcionais, serão consignadas dotações a unidades administrativas subordinadas ao mesmo órgão.

Basicamente deve à unidade corresponder a responsabilidade pelo planejamento e execução de certos projetos e atividades, bem como a competência para autorizar despesa ou empenhar.

Assim, a unidade se tornará um centro de planejamento, elaboração orçamentária, execução orçamentária e controle interno, devendo possuir toda a estrutura capaz de processar a despesa, como pessoal técnico e terminal de acesso ao SIAFI.

A proposta deverá ser encaminhada ao Conselho da Justiça Federal para fins de viabilização operacional.

10. CONCLUSÃO

Mostra-se necessária uma solução sistêmica para a nova realidade que se apresenta. A restauração da Justiça Federal iniciou-se nas capitais dos estados e no Distrito Federal. Há mais de uma década, entretanto, iniciou-se um sólido movimento em direção ao interior, buscando tornar mais fácil o acesso dos jurisdicionados que, não raramente, preferiu deixar de lado suas justas pretensões pelas dificuldades de locomoção às capitais.

Esse processo mostra especial dinamismo na 3ª e 4ª Regiões, mas não é difícil prever que se tornará irreversível, abrangendo todo o território nacional. Por isso mesmo, haverá necessidade de dotar as unidades locais de um mínimo de autonomia indispensável ao seu funcionamento. Claro que se torna necessário o exame da realidade local para adotar-se a solução dos problemas. A criação de novas unidades gestoras, aqui preconizada, não é uma sugestão para ser adotada linearmente. Dependerá de estudos técnicos que justifiquem essa alternativa. Na maioria dos casos, o sistema de adiantamento pode revelar-se satisfatório. As dificuldades, muitas vezes, situam-se não exatamente no modelo adotado, mas na falta de recursos financeiros, ou no estabelecimento de critérios racionais para a sua distribuição e aplicação.

Além disso, impõe-se o desenvolvimento de um programa de formação, treinamento e atualização de servidores para o planejamento e desempenho de tais funções. De outro modo, seria atribuir ao juiz federal mais uma tarefa, além das múltiplas responsabilidades que lhe são cometidas, o que não é desejável.

BIBLIOGRAFIA

PISCITELLI, Roberto Bocaccio. *Contabilidade pública*. 2ª ed., Atlas, São Paulo, 1989.

MACHADO JR., J. Teixeira & Reis, Heraldo da Costa. *A Lei nº 4.320 comentada*. 24ª ed., IBAM, Rio de Janeiro, 1991.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1999.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. *Sistemas, organização e métodos*. 10ª ed., Atlas, São Paulo, 1999.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

Desembargador Federal do TRF da 5a. Região

1. A inconstitucionalidade por omissão vem se caracterizando como novo campo de preocupação da doutrina, sendo também objeto de disciplina por alguns ordenamentos jurídicos modernos, embora em número bastante limitado e voltada, sobretudo, para as chamadas inconstitucionalidades absolutas. Sem dúvida, o tratamento normativo, corretivo, da omissão legislativa a contrariar normas e princípios constitucionais é recente e escasso. **Jorge Miranda**, p. ex., aponta, apenas três Constituições a tratar da questão: a da Iugoslávia de 1974 (art. 377) a Constituição de Portugal de 1976 (art. 283) e a Constituição do Brasil de 1988, esta prevendo uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, parágrafo segundo) como mecanismo de controle abstrato e concentrado e uma autêntica ação constitucional de defesa que é o mandado de injunção (art. 5º, LXXI). Ao lado desses textos, autores como José Manuel M. **Cardoso da Costa** lembram, ainda, a Constituição Polonesa^{1/2}. A questão das omissões legislativas não tem, evidentemente, sido objeto de preocupação apenas desses

¹ VII - Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus - Lisboa - 1987 - Relatório Geral de José Manuel M. Cardoso da Costa.

² Nota: Tal controle acha-se previsto na lei polonesa de 29.04.1985, referente ao Tribunal Constitucional polonês:

“Article 5 - Le Tribunal Constitutionnel soumet à la Diète de La République populaire de Pologne et à d'autres organes statuant le droit, ses observation sur les défauts et lacunes juridiques constatés dont l'élimination est nécessaire pour assurer la cohérence du système juridique de la République populaire de Pologne.”

referidos Estados³ que criaram instrumentos para controle da inconstitucionalidade por omissão absoluta que é apenas uma das espécies e não o gênero. Ressalte-se, inclusive, tratar-se de espécie pouco efetiva de controle. Nesse sentido lembraria a recente decisão do Colendo STF na Adin 2061-7 DF (julgamento em 25.04.2001), quando face à omissão do Executivo em encaminhar o projeto de lei previsto no inciso X, do Art.37, da CF/88, resolveu aquela Corte *“assentar a mora do Poder Executivo no encaminhamento do projeto previsto no inciso X, do art.37, da Constituição Federal e determinar a ciência àquele a quem cabe a iniciativa do projeto, ou seja, ao chefe do Poder.”* Verifica-se, pois, tratar-se de ação de pouca efetividade. De qualquer sorte faz-se mister tecer algumas considerações sobre a relevante distinção entre as duas espécies: *omissão relativa e absoluta*.

2. Quanto à distinção entre omissão relativa e absoluta deve-se ressaltar passagem de Luiz de **Aguiar Luque** ao destacar lição de Constantino **Mortari** (in Appunti per un Studio sui Remedi Giurisdizionali p/ Control Comportamenti Omissivi del Legislatore): *“EL CITADO AUTOR ITALIANO, ..., DISTINGUI LA OMISIÓN QUE CALIFICA DE <<ABSOLUTA>> ESTO ES, ALLÍ DONDE FALTA TODO TIPO DE ACTUACIÓN NORMATIVA DESTINADA A APLICAR EL PRECEPTO CONSTITUCIONAL DE LA OMISIÓN <<RELATIVA>> DERIVADA DE ACTUACIONES PARCIALES QUE DISCIPLINAM UN TEMA PARA ALGUNAS RELACIONES Y PARA OTRAS ANÁLOGAS, CONECTÁNDOSE ASÍ, LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, ADVERTIENDO DE LAS MAYORES DIFICULTADES QUE OFRECE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LAS PRIMEIRAS QUE SOBRE LAS SEGUNDAS.”*⁴

³ Nota: bem lembra **Cardoso da Costa**: *“A problemática das omissões legislativas não é desconhecida noutros ordenamentos nem é de todo excluída a possibilidade de os respectivos órgãos Jurisdicionais do controle normativo apreciarem a ocorrência de tais omissões, retirando daí uma consequência de inconstitucionalidade (v. os relatórios Nacionais da R.F. Alemanha, Áustria, França, Irlanda, Itália e Turquia). Trata-se aí, porém, de omissões que respeitam a um certo regime ou preceito legal e decorrem basicamente de sua “incompletude” a qual pode ser fundamento da inconstitucionalidade do preceito ou diploma em causa (no Relatório Francês dá-se o exemplo de uma lei em que o legislador ficou aquém de sua competência; mas a situação mais referida é a de não consideração pelo legislador, de situações semelhantes a por ele contempladas, com violação do princípio da igualdade) situando, pois, no contexto do controle de normas”*.³

⁴ LUQUE, Luiz de Aguiar - “EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA FUNCIÓN LEGISLATIVA; EL CONTROL DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO Y DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISSION” - In Revista de Derecho Político, nr. 24 (1987) - p. 25.

Tal distinção tem sido adequadamente compreendida pela melhor doutrina europeia ocidental, sobretudo a alemã, possibilitando-se o suprimento da inconstitucionalidade relativa pelo Judiciário, mesmo frente a ordenamentos em relação aos quais não há previsão de mecanismo específico de controle de constitucionalidade por omissão.⁵ Tal fato decorre do fundamento diverso do controle nas duas hipóteses. Na de omissão absoluta o comando dirige-se ao *non facere* daquele responsável pela normatização, por exemplo, o legislador. No segundo caso, há um *facere* normativo que não é pelo direito que assegurou, pela disciplina que estabeleceu, inconstitucional. A inconstitucionalidade nesse caso decorre do fato de a normatização não ter observado um comando constitucional de isonomia. Por exemplo, Uma lei concede revisão da remuneração dos servidores civis da União e não determina a aplicação da revisão aos inativos, apesar do que determina o Art.40, parágrafo 8º., da Constituição Federal. Não há inconstitucionalidade pelo que se concedeu, mas pela omissão quanto à observância da regra de vinculação.

É o delicado tema da “*incompletude*” da norma existente, sobretudo em situações que geram a quebra de princípios como da equidade e da isonomia. Bem lembra **Clémerson Cléve** distinguindo as omissões absolutas e

⁵ Nota: Sobre os mecanismos para correção dessas omissões legislativas parciais Giustino **D’Orazio** desenvolve interessante estudo sobre “Le sentenze Costituzionali additive”, lembrando que com ela “*il quid novi non si limita, né si esaurisce in una operazione ermeneutica già consentida, anzi richiesta ex ante ad ogni giudice, ma, sulla base della rilevanza di una illegittima omissione normativa nella disposizione impugnata, la decisione fa, per casi dire, calare in quel vuoto di formulazione, una norma che è già (dalla Corte ritenuta) presente o, comunque, de sumibile da una fonte gerarchicamente sobrestante (fondata al limite, sull’universale principio di ragionevolezza, ex. art. 3 Cost). Pertanto, effetto dell’aditiva è di rendere (attraverso un’interpretazione che, in questo caso, non è fine a sé stessa ma solo premessa a ben altri e più incisive effette) più amplia la sfera di efficacia della disposizione, anteriormente manchevole*” ... (e ainda) da Corte, consapevole di non essere <<abilitata a esercitare solte di esclusiva spettanza del legislatore>> (ord. n° 78/1985) ha più volte affermate e ribadito che, <<in nome delle’eguaglianza>> essa può solo ricondurre le deroghe ingiustificate e le arbitrarie ecogiuoni alle REGOLE GIÀ STABILITE DALLA LEGGE ovvero oi principi generali univocamente desumibili dall’ordinamento.”⁵ Tenta o autor demonstrar da possibilidade de o Juízo Constitucional completar, esclarecer o sentido da norma incompleta, ampliando-a face à regra da isonomia. Tarefa árdua e sujeita, naturalmente, a atritos com o legislativo mas que, necessariamente deve ser exercida. Canotilho, por outro lado, bem examina a questão das omissões parciais (inclusive com a relevante distinção entre “omissão relativa” e omissão absoluta parcial”) observando que “a relevância jurídica das omissões relativas implica a caracterização constitucional concreta do princípio da igualdade ou das suas várias concretizações: caso “se verifique um dever legislativo concreto, então, na hipótese de actos legiferantes, violadores da igualdade, pode isolar-se, da regulação positiva a omissão inconstitucional, e contra esta dirigir a censura jurídico-constitucional, caso se entenda existir apenas uma omissão aparente>>, deve a regularidade constitucional do comportamento legiferante centrar-se exclusivamente no acto positivo de regulação. O problema é, pois, o da verdadeira natureza jurídico-constitucional da exigência da igualdade.”⁵

as relativas, que “*enquanto aquelas decorrem da violação, por inércia, de um dever autônomo de legislar (as ordens de legislar e as imposições constitucionais, v.g.), estas derivam da violação ao princípio da isonomia. Portanto, se no primeiro caso o legislador deveria necessariamente atuar, no outro isso não ocorre. Aqui poderia o legislador manter-se inerte sem ofender a Constituição. Mas se resolveu atuar, então não poderia descumprir o princípio da isonomia para, por exemplo, deixar de prever o alcance dos dispositivos aprovados, ou excluir dos benefícios concedidos, pela omissão, outras categorias de pessoas em idêntica situação*”⁶ Por sua vez, ressalta **Gilmar Ferreira Mendes** que nesses casos existe a “*caracterização de uma lacuna parcial, configurando ofensa ao princípio da isonomia*”⁷, a serem resolvidas através de decisões denominadas “*aditivas, criativas, ou apelativas*”⁸. No Direito brasileiro, entretanto, a doutrina mais conservadora, arraigada, ainda a uma errônea concepção da teoria da separação de funções e, também, a jurisprudência, têm se mostrado extremamente tímidas no enfrentamento da questão das omissões relativas, ou mesmo diante daquilo que **Canotilho** bem precisou como “*omissão absoluta parcial*” (“*casos em que o legislador não cumpre uma imposição constitucional concreta, omitindo certos casos ou excluindo-os expressamente, violando assim, o dever legislativo concreto que tem como elemento constitutivo o princípio da igualdade.*”⁹)

3. Vinha, reiteradamente, o Judiciário brasileiro se esquivando de enfrentar esse tipo de questão, ante o argumento de não ser dado aquele Poder competência para “*legislar positivamente, mesmo para corrigir injustiças, ou suprir inconstitucionalidade*”, com escudo em interpretações como a cristalizada na Súmula no.339 do STF. Expressão desse posicionamento conservador, p.e., é o comentário do ilustre **Roberto Rosas** sobre a citada súmula: “*Não houve alteração após a Constituição de 1988. o princípio da isonomia deve ser concretizado pelo legislador (RMS 21.512-7, DJU 19.02.1993; Adilson Dallari, Regime constitucional dos Servidores*

⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin – A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000. p. 328.

⁷ FERREIRA MENDES, Gilmar - Controle de Constitucionalidade - Aspectos Jurídicos e políticos - Saraiva (1990) - p. 133.

⁸ MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional - Tomo II, 3ª ed., Coimbra Editora - (1991) - p. 511.

⁹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim - Constituição dirigente e vinculação do Legislador - Coimbra Editora - (1994), p. 336.

*Públicos, p.65)*¹⁰ Sem dúvida, essa posição, é de difícil compatibilização com o princípio da plenitude da tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, da Constituição brasileira de 1988. Exemplo típico dessa tímida posição foi a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal brasileira na ADIMC nº 529/91, de seguinte Ementa:

“INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO RELATIVA: ALEGAÇÃO CONTRA A MED. PROV. 296/91: PLAUSIBILIDADE: DENEGACÃO, PORÉM DA LIMINAR.

1. AÇÃO DIRETA CONTRA A MED. PROV. 296/91 QUE - DIVERSAMENTE DE OUTRA, PROPOSTA CONTRA O MESMO ATO NORMATIVO (ADIN 525) -, NÃO POSTULA A INVALIDADE DOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS AOS SERVIDORES FEDERAIS NELA CONTEMPLADOS, MAS SE FUNDA, AO CONTRÁRIO, NA ALEGADA OMISSÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, NA MEDIDA EM QUE NÃO OS ESTENDEU A TOTALIDADE DO PESSOAL CIVIL DA UNIÃO, COMO IMPOSTA PELAS NORMAS CONSTITUCIONAIS (CF, ARTS. 37, X, E 39, PAR. 1º):

PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA ALEGAÇÃO DE MÉRITO.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DILEMA - NA HIPÓTESE DE OFENSA A ISONOMIA PELA NORMA LEGAL QUE, CONCEDEDENDO VANTAGENS A UNS, NÃO AS ESTENDE A OUTROS, EM SITUAÇÃO IDÊNTICA -, ENTRE A DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE POSITIVA DA LEI DISCRIMINATÓRIA OU DA INCONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO RELATIVA.

3. ADMISSIBILIDADE, EM PRINCÍPIO, DA ANTECIPAÇÃO CAUTELAR PROVISÓRIA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADIN 361, 5.10.90), AGRAVADA, NA ESPÉCIE, EM QUE O ATO NORMATIVO QUE TRADUZIRIA A DISCRIMINAÇÃO ALEGADA E UMA MEDIDA PROVISÓRIA, AINDA PENDENTE DE APRECIACÃO PELO

¹⁰ ROSAS, Roberto – Direito Sumular, 10ª .ed. São Paulo : Malheiros, 2000, p.138.

CONGRESSO NACIONAL E, PORTANTO, ELA MESMA, COM VIGÊNCIA PROVISÓRIA E RESOLÚVEL.
RELATOR: MIN. - SEPÚLVEDA PERTENCE.”

Observe-se que apesar das limitações quanto à tese de fundo, por se tratar de julgamento de cautelar e de o Relator admitir a plausibilidade dela, esquivou-se a Corte de enfrentá-la expressamente, embora o relator Sepúlveda Pertence tivesse deixado patente o seu posicionamento no seguinte trecho de seu voto:

“... A solução oposta - a da omissão parcial - seria satisfatória se resultasse na extensão do aumento alegadamente, simples reajuste monetário - a todos quanto sofrem com a mesma intensidade a depreciação inflacionária dos vencimentos.

A essa extensão da Lei, contudo, faltam poderes ao tribunal, que à luz do art. 103, § 2º, C.F., declarando a inconstitucionalidade por omissão da Lei - seja ela absoluta ou relativa, há de cingir-se a comunicá-la ao órgão legislativo competente para que a supra.”¹¹

Na mesma linha de raciocínio o voto do Ministro Carlos Velloso:

“... O constituinte quando introduziu a inconstitucionalidade por omissão, na Jurisdição Constitucional brasileira, teve esta um plus, vale dizer, como forma de ampliar a garantia quer sob o ponto de vista objetivo, quer sob o prisma subjetivo. Na inconstitucionalidade por omissão, obtém-se na verdade, muito menos do que se estivéssemos a considerar a inconstitucionalidade por ação. Obtém-se menos tendo em vista o que dispõe § 2º, do art. 103, da Constituição Federal.”¹²

4. O que se vinha constatando no Direito brasileiro era a não correção das inconstitucionalidades por omissão relativa, pela justiça constitucional,

¹¹ Revista Trimestral de Jurisprudência do S.T.F. nº 146, p. 431 - nov./93.

¹² Revista Trimestral de Jurisprudência do S.T.F. nº 146, nov/93, pág. 434.

quer quando de seu exercício de modo concentrado, quer difuso. A razão dessa ocorrência foi ,sem dúvida, o equívoco em confundir ato de criação de norma inexistente (hipótese de omissão absoluta), com a distinta questão de determinar a aplicação de norma existente a todos aqueles ,ou a todas aquelas situações a exigirem tratamento isonômico ,por força de norma constitucional. Nesse caso, o Judiciário não fixa o parâmetro, não é o legislador positivo, apenas determina a observância do parâmetro fixado pelo legislador a todos aqueles que estiverem em idêntica situação, ou em situação a exigir o mesmo tratamento, por força de imposição constitucional.., resta ao Tribunal tão somente, declarar da constitucionalidade da lei, desde que entendida com a correção, com o aditamento interpretativo no sentido de adequar a norma à observância do princípio da isonomia. Tentar assim proceder tornando efetiva a Constituição, sem usurpar funções é, sem dúvida, um difícil mister, mas que nem por isso deve ser evitado. O ponto de equilíbrio deve ser perseguido. No mesmo sentido leciona klaus **Schlaich**, referindo-se ao Direito alemão:

“ICI ADOPTER UN DIFFICILE MÉDIAN EN TEME: L’IDÉE DE LA COMPENSATION DES DÉFICITS DU PROCÉDÉ PARLEMENTAIRE PAR DES JUGEMENTS DU TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL PEUT AVOIR COMME EFFET QUE LES DÉFICITS SERONT ACCEPTÉS À LA LÉGÈRE COMME INÉVITABLES ET QU’AINSI ILS SE RENFORCENT PLEITÔT. C’EST CELA QUE LE TRIBUNAL DEVOIT EVITER. EN MÊME TEMPS, IL NE PEUT PAS NÉGLIGER SA MISSION DE REALISER L’EFFICACITÉ DE LA CONSTITUTION.”¹³

Nesse ponto ressaltou a relevância da mudança de postura do Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos envolvendo a pretensão de aplicação do percentual de reajuste de 28,86%, decorrente das leis no. 8.622/93 e 8.627/93, concedido aos servidores militares e não previsto para os servidores civis apesar da regra de isonomia prevista no art.37 da CF, antes da Emenda Constitucional nº.18. Naqueles julgados, que serviram de “leading cases” para os Juízes e Tribunais Regionais Federais o STF supriu a incons-

¹³ SCHLAICH, Klaus - Procédures et Techniques de Protection des Droits Fondamentaux - in Cours Constitutionnelles Européennes et Droits Fondamentaux - Economica (Paris - 1982 - p. 162).

titucionalidade por omissão parcial afastando-se do entendimento exposto na Súmula no. 339, ou seja, expressamente entendendo que o Judiciário poderia fazer incidir a norma legal concessiva do reajuste para as categorias de servidores públicos federais nela não expressamente consignadas. Consagrou-se, nesse caso, indubitavelmente a tese do controle judicial sobre inconstitucionalidade por omissão parcial, tese que não se compatibiliza com o teor da citada súmula nº. 339.

É relevante, ainda, destacar que o controle judicial da inconstitucionalidade por omissão parcial pode ser exercitado em qualquer processo judicial, em sede de controle difuso. Trata-se de relevante instrumento para dirimir abusos legislativos, com a utilização de critérios diferenciados para o tratamento de situações a exigir a mesma normatização por força de expressa regra constitucional.

5. Deve-se reputar, pois, revogada a súmula no.339 do Colendo STF, impeditiva da plena eficácia do Art.5º., XXXV [*A lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*] pois , se assim não se entender o legislador poderia não tratar isonomicamente situações em relação às quais a Constituição impusesse tal igualdade, sem que o Judiciário nada pudesse fazer. Restaria, pois, nessa hipótese, lesão a direito sem apreciação judicial. Essa mudança de interpretação da Corte Suprema deve ser melhor e mais intensamente realçada pela doutrina e mais efetivamente aplicada por outros órgãos jurisdicionais visando dar mais efetividade à Constituição Federal.

Depoimento de Um Magistrado (*)
(MENSAGEM AOS NOVOS JUÍZES)

Orlando Cavalcanti Neves

Juiz Federal da SJ/PE (aposentado)

Desejo que minhas palavras aos novos colegas se construam sob a emoção de um discurso que proferi no dia 11 de dezembro de 1968, na ocasião em que era inaugurado o Fórum Desembargador Neves Filho, homenagem da Seção Judiciária de Pernambuco, da Justiça Federal, ao meu querido e saudoso Pai.

Nele encontro inspiração e motivo para dirigir-me a vocês, que ora se preparam para enfrentar a nobre missão de promover justiça.

O caminho que os aguarda estará cheio de desafios, mas nada retira o encanto e a nobreza da tarefa reservada ao magistrado, se ele se mantiver consciente da gravidade e da beleza da missão que lhe é confiada pela sociedade.

Eis como me expressei naquela ocasião:

“Minha Mãe,
Excelentíssimo Senhor Ministro Cunha Melo,
Excelentíssimo Senhor Governador Nilo Coelho,
Excelentíssimo Senhor Desembargador Ribeiro do Vale, Presidente do Tribunal de Justiça de Pernambuco e do Tribunal Regional Eleitoral,
Excelentíssimos Senhores Magistrados,
Demais Autoridades,
Meus colegas.
Minhas Senhoras, Meus Senhores,

Não entendam Vossas Excelências que o protocolo foi quebrado.

(*) Trabalho apresentado no Curso de Preparação de Magistrados, penúltima etapa do IV Concurso de Juizes Federais Substitutos da 5ª Região.

O orador de se dirigir, em primeiro lugar, à mais alta autoridade presente.

Mais do que Juiz ou cidadão, sou o filho que deseja testemunhar todo o respeito devido àquela que, juntamente com o meu Pai, foi a primeira autoridade que conheci.

Isto é essencial nos dias de hoje, em que campeia o desrespeito aos superiores em todas as esferas da sociedade, até mesmo, entre alguns daqueles revestidos de múnus sagrado, que pregam a subversão à ordem, o desrespeito à lei e ao 4º mandamento.

Aqui estou, em nome de minha mãe, de meus irmãos e demais parentes, para agradecer a homenagem, tão tocante, que a Seção Judiciária de Pernambuco, da Justiça Federal, presta à memória do meu querido e saudoso pai – o velho Desembargador Neves – o rosto mais duro, que cobria o mais brando dos corações.

A missão é penosa. Fui escolhido por ser o mais velho dos filhos.

Neste momento, melhor seria estar longe daqui, para poupar-me da emoção desta hora.

Regredirei no tempo, para recordar meu pai desde a meninice.

Sou o filho privilegiado porque, como primogênito, o velho me dedicou mais tempo em atenções e conselhos.

A Providência Divina nos enlaçou, mais do que aos meus irmãos, na dor do sofrimento: cada um de nós perdeu uma filha.

É uma dor que não se descreve, sente-se.

Até completar os onze anos de idade, ainda não havia freqüentado uma escola. Todavia, a velha gramática expositiva de Eduardo Carlos Pereira; a aritmética de Trajano, cujo exemplar ainda guardo com carinho; a gramática francesa de Halbout; a História do Brasil de Rocha Pombo; Terra Pernambucana e Velhos Azulejos de Mário Sette; versos esparsos de Bilac, Raimundo Correia, Padre Antônio Tomás, Castro Alves e Capistrano de Abreu, eram velhos conhecidos, os quais meu pai lia para mim, ou forçava-me a ler.

Ele gostava de estudar comigo e costumava dizer para os parentes: “Este menino é capaz de aprender tudo o que lhe ensinarem, mas se lhe derem escolher entre enfrentar uma metralhadora ou um livro, pode apostar que ele prefere a metralhadora”.

Naquela época, eu tinha uma certa idéia de Cervantes e de Dante.

Foi meu Pai que me despertou a curiosidade de conhecer a obra do imortal florentino, especialmente o “Inferno”. O “livro de vinganças nobres”, no dizer de Quental.

Sua atividade não se limitava a ensinar os textos. Comentava-os também, aproveitando sempre as ocasiões para lições de moral e de civismo.

Ele comprou para mim: “Instrução Moral e Cívica”. Era meu livro de leitura e análise gramatical. Em sua capa branca, recordo muito bem, havia impressa, em cores, a bandeira nacional.

Ali aprendi os deveres sagrados dos cidadãos: amar a Pátria e morrer, se necessário, em sua defesa; votar; servir de jurado; depor como testemunha; respeitar o poder constituído; obedecer às leis; prestar serviço militar.

“Não faças aos outros aquilo que não queres que te façam”, dizia meu pai, citando o Evangelho.

Homem de fé profunda, sabia transmitir aos outros a sua confiança.

“Olhai para as aves do céu, que não semeiam nem ceifam, nem fazem provisões em celeiros, e contudo Vosso Pai Celeste as sustenta. Porventura não sois vós muito mais do que elas?”

“Considerai como crescem os lírios dos campos; eles não trabalham nem fiam. E digo-vos todavia que nem Salomão em toda sua glória se vestiu jamais como um deles. Se pois Deus veste assim uma erva do campo, que hoje existe e amanhã será lançada ao forno, quanto mais a vós, homens de pouca fé.”

“Não queirais pois andar inquietos pelo dia de amanhã. Porque o dia de amanhã cuidará de si; a cada dia basta o seu cuidado”.

Mais lições tiradas do Evangelho.

O velho era grande e ao mesmo tempo simples.

Churchill, num discurso aos jovens, em Harrow, disse:

“Nunca cedais. Nunca vos rendais. Nunca, nunca, nunca, em nada, grande ou pequeno, importante ou transcendente! Nunca cedais ante convicções de honra e de senso comum”.

Assim era o proceder de meu pai.

Papai nos educou para o bem.

Constantemente nos fazia ver a transitoriedade desta vida e que não há grandeza na Terra que valha a eternidade.

Estava sempre querendo mais bem ao filho que dele mais necessitasse.

Oh! Parece que foi ontem. Ouço-o cantar, bem desafinado, desafios inteiros de cantadores do Sertão:

“Você pra canta comigo
Tem que cumprir um degredo
Dormir tarde, acordar cedo
Pisar no chão, devagar
Bem na pontinha do dedo.

Ou

“Inácio da Catingueira
Escravo de Mané Luís
Tanta canta, como risca
Como sustenta e o que diz.”

Era a sua cantiga de ninar um filho doente.

Desde os sete anos fui o seu companheiro em quase todas as viagens que fez ao Recife, a trato de negócios de sua Comarca.

Lembro-me de casos, quando era Juiz de Itambé, donde saí aos treze anos incompletos.

Uma vez, numa seção eleitoral, tomou um punhal de um eleitor metido a brabo, que o exhibia acintosamente, quebrou a lâmina numa gaveta entreaberta e devolveu o cabo e a bainha.

Juiz, filho de Juiz, sabia se manter acima das paixões e das intrigas.

Em 1927, bem me recordo do Dr. Manuel Borba, antigo Governador do nosso Estado, exemplo de dignidade e de coragem, passar a manhã em nossa casa, em Itambé, para, depois de sua saída, chegar o Secretário da Agricultura, Dr. Samuel Hardmann, inimigo político do dr. Borba, para ficar conversando até à noite.

Mais tarde, como Interventor do Estado, recebia em sua residência, com a mesma isenção e desinteresse partidário, os candidatos à Presidência da República, Dutra e Eduardo Gomes.

Cada um dos meus irmãos tem a sua recordação, a sua história para contar.

José, que foi mais peralta de todo o clã, deve se lembrar de quantas vezes foi ameaçado de ser posto na Marinha, naquele tempo, o mais seguro meio de corrigir indisciplinados.

Crescemos todos. Ainda assim, meu Pai continuava com seus conselhos diretos e indiretos.

Quantas vezes o vi recitar (Mal Secreto):

Se a cólera que espuma a dor que mora
Nalma, e destrói cada ilusão que nasce,
Tudo que punge, tudo que devora
O coração, no rosto se estampasse!
Se se pudesse o espírito que chora
Ver, através da máscara da face,
Quanta gente, talvez, que inveja agora
Nos causa, então piedade nos causasse!

Quanta gente que ri, talvez, consigo
Guarda um atroz recôndito inimigo,
Como invisível chaga cancerosa!

Quanta gente que ri, talvez existe,
Cuja ventura única consiste
Em parecer aos outros venturosa!

Não esqueço seus comentários sobre os fatos políticos.

Quando, há poucos anos, um Presidente da República teve sua residência cercada de tanques, sob as ordens do seu Ministro da Guerra, meu pai disse: “Que diferença do Marechal Bittencourt, Ministro de Prudente de Moraes, que expôs o corpo à punhalada fatal de Antônio Bispo, para defender a vida do Presidente.”

Há muitos e muitos episódios que merecem recordação. Todavia, a paciência dos ouvintes deve ser respeitada.

Veio a aposentadoria e alguns amigos dele se esqueceram. Mas havia o consolo da perseverança de muitos.

Ele tinha prazer em servir. Alegrava-se quando podia ser útil.
Gostava de dar conselhos. Muitos dos presentes sabem disto.
Um dia, recitou para mim “As Velhas Árvores”, de Olavo Bilac:

“Olha estas velhas árvores mais belas
Do que as árvores moças, mais amigas
Tanto mais belas quanto mais antigas,
Vencedoras das idades e das procelas...”

O homem, a fera e o inseto, à sombra delas,
Vivem livres de fome e de fadigas;
E os seus galhos abrigam as cantigas
E a alegria das aves tagarelas...
Não choremos jamais a mocidade!
Envelheçamos rindo! Envelheçamos
Como as árvores fortes envelhecem

Na glória da alegria e da bondade
Agasalhando os pássaros nos ramos
Dando sombra e consolo aos que padecem”.

Era seu modo de dizer que ainda podia ser útil. Era seu desabafo à ingratidão de uns poucos.

Voltei do Senho.

Eis-me aqui, para repetir, de todo coração, os agradecimentos, de minha mãe, os meus, de meus irmãos e demais parentes, à sensibilizadora homenagem de ver perpetuado o nome de meu Pai, sempre chorado, mas nunca esquecido, nesta Casa de Justiça, em que, pelos desígnios de Deus, represento a terceira geração de Juízes, na família, esperando, com ajuda do todo Poderoso, saber honrar o nome que me foi legado e pedindo, com toda sinceridade, a Deus, Nosso Senhor, a morte, de preferência à prática duma indignidade.

Tanto eu como meus irmãos estamos certos de que, com a graça dos céus, passaremos aos nossos filhos a única riqueza de um homem: um nome digno, honrado, respeitado.

Os agradecimentos, por dever de justiça, devem ser particularizados aos meus colegas da Seção Judiciária de Pernambuco e aos demais membros da Comissão de Instalação da Justiça Federal, Advogado e Professor Heraldo José de Almeida e o Procurador da República José Maria Jatobá, os quais, durante a minha ausência, em férias, deliberaram dar o nome do Desembargador Neves Filho ao Fórum da Justiça Federal em Pernambuco; ao Excelentíssimo senhor Ministro Cunha Melo, pela honra que nos concedeu de presidir esta solenidade e pelas cordiais e afetivas referências que costuma fazer ao meu querido Pai, a quem ligavam laços de recíproca amizade.

Agradeço também às demais autoridades, aos parentes, amigos e demais pessoas, o honroso comparecimento a esta solenidade.

Finalmente, como os últimos que serão os primeiros no Reino dos Céus, e eles eram os primeiros no coração do meu Pai, agradeço a presença dos Senhores Desembargadores Pedro Cabral e Nestor Diógenes, que foram seus companheiros no Tribunal de Justiça do Estado.

Agora, só me resta dizer como o poeta: “Chorava em cada canto uma saudade”.

Tenho dito.”

Lido o texto acima, o Doutor Orlando Neves, invocando sua condição de decano da Magistratura Federal nesta 5ª Região, em tom de diálogo, deu prosseguimento ao seu depoimento aos futuros Juízes, colocando a ilustre figura de Magistrado que foi seu pai, mais do que sua própria pessoa, como símbolo de Juiz que deveria ser seguido por aqueles que estavam chegando neste momento.

Relatou, com pormenores que muito enriqueceram seu depoimento, os episódios que marcaram a instalação e o início de funcionamento da Justiça Federal em Pernambuco, destacando as dificuldades materiais que muito exigiram de sua pessoa e daqueles que o acompanharam naqueles primeiros tempos.

Cada desafio exigia dos pioneiros a adoção de soluções peculiares, que suscitavam sempre muita criatividade e, não raro, uma elevada dose de coragem.

Os exemplos práticos e as curiosidades com que ilustrou sua palestra tiveram grande repercussão entre os futuros Juízes, que se disseram muito satisfeitos com o que ouviram.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITO TRIBUTÁRIO (*)

Hugo de Brito Machado

Des. Federal – TRF/5ª R (aposentado)

Que este trabalho se caracterize como um diálogo, pois, no meu entender, considerando inclusive a qualidade da platéia a que ora me dirijo, haverá nele, dessa forma, maior proveito. Na verdade, vim conversar com vocês a respeito dos princípios constitucionais da tributação.

Vamos fazer algumas incursões sobre temas momentosos, temas de grande destaque no momento e de enorme utilidade no trabalho que vocês vão desempenhar como juízes federais.

Vamos conversar sobre os princípios da tributação, na visão clássica desses princípios. Gostaria de começar por um enfoque que não tem sido muito explorado, que não tem merecido a atenção devida. Em primeiro lugar eu me refiro à questão do direito intertemporal em relação às decisões judiciais. Nós temos uma situação, para a qual eu tive minha atenção despertada, em função de consulta que recebi, e hoje meu trabalho tem sido praticamente concentrado em consultoria jurídica. Se optasse pela advocacia, teria de ser sócio ou concorrente de meus filhos e de minha mulher, e eu não quero enfrentar essa situação. Tenho feito consultoria jurídica do interesse principalmente de advogados e, num desses trabalhos, deparei-me com uma situação sobre a qual desejo registrar com vocês, porque acho que se trata de matéria da maior relevância. Ela diz respeito à questão do direito intertemporal, em relação às decisões proferidas nas ações declaratórias de inconstitucionalidade.

Qual era a situação concreta? A empresa vinha pagando regularmente as contribuições na condição de agro-indústria e vinha recolhendo essas contribuições nos termos exatos da lei, contribuições que eram calculadas

(*) Aula proferida no Curso de Preparação de Magistrados, penúltima etapa do IV Concurso de Juizes Federais Substitutos da 5ª Região.

sobre o valor da produção. É importante destacar que esse critério adotado pela lei foi o critério que prevaleceu na jurisprudência. Com a criação do Funrural, começaram a surgir os problemas relacionados a essa questão. As empresas que eram exclusivamente rurais – posteriormente tive um caso de uma outra empresa, por sinal, daqui, de Pernambuco, dedicada à cana de açúcar, de duas empresas de São Paulo e de uma outra do Ceará, esta dedicada à área da castanha de caju, as quatro com situações muito parecidas, com diferenças pontuais muito pequenas, mas, no essencial, situações iguais.

As agro-indústrias tinham uma situação peculiar. Se a empresa era exclusivamente rural, não havia problema, pagava as contribuições para o Funrural, calculadas sobre o faturamento. Se era indústria, pagava as contribuições para o INSS sobre a folha de salário. Não havia nenhum problema. O problema residia naquelas que eram agro-indústrias. Quer dizer, a mesma pessoa jurídica tinha – para adotar o caso da empresa de Pernambuco – o plantio de cana e tinha indústria de álcool ou de açúcar. Deviam portanto pagar a contribuição previdenciária relativa aos plantadores e colhedores de cana, aos que lidam com o plantio de cana, e também aos que lidam com o engenho de álcool ou de açúcar.

Essas questões demoraram muito no Judiciário. O antigo Tribunal Federal de Recursos terminou consolidando a jurisprudência no sentido de que era devida apenas uma contribuição, não duas como pretendia o governo. Os órgãos previdenciários pretendiam arrecadar duas contribuições, a contribuição sobre a folha de salários de todos os empregados da empresa e a contribuição sobre o faturamento só do setor rural, digamos assim. Mas isso foi pretensão desacolhida. Afinal a jurisprudência se fixou no sentido de que a empresa deveria pagar realmente duas contribuições, mas como se fossem duas empresas: sobre a folha de salários, pagaria somente em relação aos salários da indústria e, sobre a produção, pagaria somente sobre a produção do setor rural, que corresponderia às contribuições daquele pessoal dedicado à atividade rural. Solução absolutamente lógica, razoabilíssima, não havia por que tratar diferentemente uma pessoa jurídica que tem duas empresas – o sentido objetivo de empresa, eram duas empresas, não havia por que tratar diferentemente do que deveria tratar se as empresas pertencessem a duas pessoas jurídicas diferentes. E essa solução, que foi consolidada na jurisprudência, virou lei. O próprio governo, para evitar que continuassem a ser suscitadas questões, conseguiu que o Congresso aprovasse uma lei que expressamente estabeleceu esse critério. A empresa agro-

industrial paga, em relação aos trabalhadores da agricultura, somente uma contribuição calculada sobre o valor da produção.

A questão, tal como foi colocada, pode parecer simples demais. Mas não era tão simples assim. O que alegavam os que não aceitava essa tese é que a empresa agro-industrial tinha faturamento. E realmente não tinha, porque ela simplesmente transferia o produto de sua agricultura para o estabelecimento industrial, mas não havia um negócio jurídico-comercial, não havia uma transação comercial, não havia uma venda de mercadoria, por isso é que achavam que a contribuição não deveria ter essa base. Mas, enfim, a lei explicitou essa solução, consagrando o entendimento jurisprudencial, e passou a ser assim. Calculava-se sobre o valor de mercado da produção. Não havia venda, mas a produção era avaliável, até porque muitas empresas em condições idênticas apenas eram produtoras daqueles produtos agrícolas – da cana, da castanha de caju ou do café –, algumas eram simplesmente rurais e, portanto, vendiam, e existia um mercado que permitia avaliar a produção daquelas nas quais eram integradas as atividades da agricultura e da indústria.

Ocorre que um setor agro-industrial, no caso o setor de aves, modificou a sua estrutura de custos em função da automatização e para os criadores de frangos passou a ser mais conveniente pagar sobre a folha de salários em relação à totalidade dos seus empregados, mesmo aqueles que trabalhavam apenas com a produção do frango. Porque tudo na criação de frangos é automatizado: a água, a ração, enfim, todo o tratamento do frango é feito hoje por computador, de modo que a participação da mão de obra no custo da produção é absolutamente não significativa. E para eles, portanto, era muito inconveniente pagar uma contribuição de 2, 2 e tal por cento sobre a produção. Era muito melhor pagar os 30% aproximadamente sobre a folha de salários. E esse setor então conseguiu que a Confederação Nacional ingressasse no Supremo Tribunal Federal com uma ação declaratória de inconstitucionalidade do dispositivo dessa lei que havia consagrado a orientação jurisprudencial. E alegou algumas razões – não vem ao caso, porque a questão que estamos enfocando é a questão do direito intertemporal –, mas o fato é que a Confederação terminou conseguindo do Supremo Tribunal Federal a declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo. O Ministro Maurício Correia acolheu as razões da Confederação Nacional da Indústria, votou dessa forma e foi acompanhado pelos seus companheiros, tendo sido, assim, declarada a inconstitucionalidade do dispositivo. Não poderia haver

essa discriminação, seria anti-isonômica, eram argumentos um pouco vagos, mas o fato é que foi declarada a inconstitucionalidade.

Surge aí a questão que eu quero focar com vocês. Qual é o efeito, no tempo, dessa declaração de inconstitucionalidade? Se vocês consultarem os compêndios, os tratados, as monografias de Direito Constitucional, vão encontrar que é mais ou menos tranqüilo que ela retroage. O efeito da declaração de inconstitucionalidade é *ex tunc*. E calcado nesse entendimento, o INSS então começou a notificar as empresas para pagarem as contribuições, e as empresas, como é o caso das canavieiras, das castanheiras de caju, passariam a ter um ônus simplesmente arrasador, que as levaria à falência literalmente, se tivessem de pagar a diferença de contribuição dos últimos cinco anos, até porque elas calcularam os seus custos operacionais tendo em vista uma contribuição legal a que estavam obrigadas. Como é que, de repente, são obrigadas a recolher contribuições de cinco anos sobre a folha de salários dos seus empregados do setor agrícola ou pecuário? Mas, se aplicada literalmente, sem qualquer preocupação tópica, se aplicada a tese que prevalecia na doutrina e na jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, não haveria outra solução, a contribuição dos últimos cinco anos teria de ser recolhida.

Muito bem. Eu recebi a consulta, analisei e decidi que deveria ir na razão de ser das coisas para encontrar uma solução adequada. É ao raciocínio a que fui conduzido que os convido a fazer igual raciocínio, não somente em relação a essa questão, mas a todas as questões com as quais vocês vão se defrontar. Primeiro, o elemento finalístico ou teleológico. Para que é que tudo isso existe? Isso foi criado para quê? Qual a finalidade? E o elemento histórico, que está no caso, inspira o elemento finalístico.

Por que surgiu a idéia de Constituição? Como se desenvolveu o constitucionalismo no mundo inteiro, no mundo civilizado? Ora, quem já leu ou ouviu alguma coisa sobre isso sabe que o constitucionalismo se desenvolveu para proteger o cidadão contra o arbítrio do poder público, especialmente na medida em que esse arbítrio se expressa, como diz o Ministro Celso de Melo, com muita propriedade, pela voz do legislador. Porque o legislador é poder público. Ao fazer a lei ele pode agir arbitrariamente, e para que ele não atue arbitrariamente, surgiu a idéia de uma norma superior, que é a Constituição, à qual ele estaria vinculado e em confronto com a qual esse arbítrio poderia ser anulado, poderia ser descartado.

Ora, se é assim, se a Constituição é superior e a garantia de que as leis devem ser conforme a Constituição é uma garantia pró-cidadão, como é

que, de repente, isso se mostra invertido e se tem uma situação em que a declaração de inconstitucionalidade favorece o poder público e desfavorece o cidadão, que cumpriu a lei, que não fez a lei e de repente está submetido a uma situação de constrangimento, em função da declaração de inconstitucionalidade? O único autor em que encontrei subsídios nesse sentido e que me permitiram fazer uma afirmação, sem precisar dizer que era a minha opinião, foi o Professor Paulo Bonavides. Em seu livro – Direito Constitucional – ele desenvolve exatamente essa tese a que acabei de me referir, da supremacia constitucional, do fundamento e constitucionalismo, e conclui pelo temperamento – digamos assim – quanto aos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade.

Que tem de ter efeitos *ex tunc* não há dúvida, porque de um modo geral, na generalidade dos casos, a lei inconstitucional, que é como tal declarada, estava prejudicando o cidadão. Logo, a remoção dessa lei pela declaração de inconstitucionalidade tem que retroagir, porque só assim o benefício que a supremacia constitucional propicia estará completo. Mas na situação em que o inverso acontece, quer dizer, uma lei, que é declarada inconstitucional, mas ela era mais favorável ao cidadão, não é possível admitir a aplicação retroativa dessa lei.

Fiquei muito feliz ao constatar, logo pouco tempo depois de haver emitido meu parecer, que o Tribunal Regional Federal da 5ª Região consagra exatamente essa tese. Analisei os acórdãos e senti que os eminentes julgadores tiveram uma certa dificuldade, como eu também tive, quando elaborei o meu parecer.

(Após intervenção do Desembargador Ubaldo Ataíde Cavalcante) Sobre esse tema, eu queria acrescentar a vocês apenas uma consideração quanto à natureza jurídica da decisão que declara a inconstitucionalidade no plano do controle concentrado. Eu tenho sustentado – e nesse parecer a que me referi adotei essa tese – que não obstante se trate de ato praticado por órgão do Poder Judiciário, no caso, o órgão maior do Poder Judiciário, essa atividade tem natureza absolutamente clara como ato de legislação, ela não é um ato de jurisdição.

Para aceitar essa afirmação, temos que ter alguns esclarecimentos e afastar alguns preconceitos. O principal preconceito é o de que um Tribunal não pratica ato legislativo. Pratica, sim. O Tribunal pratica ato legislativo de várias maneiras: quando o Presidente baixa uma Portaria, quando aprova seu próprio Regimento Interno, o Tribunal está praticando ato legislativo. Da mesma maneira que o Poder Executivo pratica ato jurisdicional, como

também o Legislativo, que pratica ato jurisdicional e ato administrativo, enfim, essa repartição dos órgãos estatais não significa uma divisão absoluta, estanque, das funções que cada um deles desempenha.

Na verdade, o Poder Legislativo desempenha, por excelência, predominantemente, essencialmente, função legislativa, mas também administra e também julga. O Poder Executivo pratica essencialmente atividade administrativa, mas também legisla e julga. E o Judiciário pratica essencialmente atividade jurisdicional, mas também legisla e também administra. Os atos praticados pela direção dos órgãos do Poder Judiciário nomeando funcionários, demitindo, concedendo férias, etc, são atos tipicamente administrativos. Então, esse primeiro preconceito deve ser completamente descartado.

Mas vamos pensar um pouquinho sobre o que caracteriza a atividade legislativa e o que caracteriza atividade jurisdicional. E vocês podem se lembrar, quando começaram a estudar Direito, os primeiros contatos com o estudo do Direito, estudaram o que é jurisdição, certamente leram ou alguém disse a vocês que é a aplicação do Direito ao caso concreto. Então é impensável jurisdição sem fato. E ação declaratória de inconstitucionalidade do controle concentrado não pressupõe fato. Ela não é sequer uma ação no sentido adotado pelo Direito Processual Civil. A ação declaratória de inconstitucionalidade não é ação, não tem autor e nem tem réu no sentido jurídico processual. Tem, sim, alguém dotado de aptidão constitucional para a propositura. Mas não é autor no sentido de que não é titular de interesse nenhum que justifique a autoria. Ele é um órgão estatal incumbido de adotar uma providência tendente ao aperfeiçoamento do sistema jurídico. E é nessa qualidade, é nessa condição, que ele promove a ação, simplesmente provocando a manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre uma lei em tese. E aí vem o outro argumento que eu sempre coloco, utilizando terminologia muito usada, muito conhecida, que se diz sempre que não é – principalmente Mandado de Segurança (não cabe Mandado de Segurança contra lei, em tese). Não cabe ação nenhuma. Porque se a jurisdição é a aplicação do Direito ao caso concreto, como posso pensar numa ação onde vou questionar a lei em tese? Onde está o caso concreto? Então, a ação pressupõe a concreção do Direito, para que se possam desencadear efeitos que são questionados e são afinal apreciados pelo juiz.

Portanto, na ação declaratória de inconstitucionalidade, como na ação declaratória de constitucionalidade, as duas que, a rigor, são uma única, que

eu chamaria de ação de controle de constitucionalidade, não vejo nenhuma diferença entre um acórdão do Supremo Tribunal Federal que julgue procedente uma ADIN e um acórdão do Supremo Tribunal Federal que julgue improcedente uma ação declaratória de constitucionalidade. O Supremo pode muito bem, numa ação declaratória de constitucionalidade, julgá-la improcedente e declarar a inconstitucionalidade. Então, são ações de controle de constitucionalidade, que, na verdade, não são ações no sentido jurídico-processual, mas instrumentos dos quais podem dispor certas pessoas constitucionalmente indicadas, para contribuir, oferecer uma contribuição no aperfeiçoamento da ordem jurídica. Se, pois, a declaração é um ato legislativo, é um ato de legislação e não um ato de jurisdição, é uma consequência inarredável que a esse ato se apliquem as limitações que Desembargador Ubaldo acabou de mencionar, do Direito português: tem que respeitar a coisa julgada, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, do mesmo jeito que uma lei editada pelo Congresso Nacional, que pode ser retroativa, mas tem que respeitar essas situações: o direito adquirido, o ato jurídico perfeito. Isso se faz por amor à segurança jurídica, que é um dos princípios mais fundamentais de todo o Direito, em qualquer lugar do mundo. Imaginem alguém praticando um ato – que é um ato jurídico perfeito, porque se regula pela lei vigente e depois tendo esse ato posto em dúvida porque a lei foi declarada inconstitucional. Seria a instalação do caos na ordem jurídica.

Então, a declaração de inconstitucionalidade pode retroagir e deve retroagir quando para favorecer o cidadão, porque o controle de constitucionalidade é instrumento do cidadão e não instrumento do poder público. Em princípio, embora em situações muito excepcionais um órgão do poder público possa tirar proveito de uma declaração de inconstitucionalidade, mas, em princípio, a declaração de inconstitucionalidade deve favorecer o cidadão e não o poder público, tal como acontece com a lei, porque a declaração de inconstitucionalidade ela inova ou restabelece a ordem jurídica no plano da abstração do Direito e não no plano da concreção jurídica.

Um outro tema muito atual diz respeito à questão da chamada norma anti-elisão, que interfere diretamente com alguns princípios jurídicos da tributação. Que é uma norma anti-elisão? Hoje, esse tema é muito badalado. Vocês vão ler nas revistas especializadas, inclusive nós estamos produzindo um texto para o Repertório IOB de Jurisprudência, eles me pediram um texto sobre isso, e ontem eu recebi de um advogado, professor no Rio de Janeiro um texto que já li e achei espetacular, muito bem feito, eu assino

embaixo, poderia publicá-lo como sendo meu, sem nenhum acanhamento, só não faço isso porque o autor é que vai achar ruim, não é, seria roubar a autoria dele... É do Professor Gabriel Lacerda Troianelli. É, como disse, advogado no Rio de Janeiro. Não sei se o texto já está publicado, pois o recebi pela Internet. Em síntese se conclui que a alteração do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, a inserção desse parágrafo único foi, se interpretada como quer a Fazenda Pública, é essa norma absolutamente inconstitucional, além de ser conflitante com outros dispositivos do Código Tributário Nacional. E, se interpretada como a doutrina tende a interpretá-la, será inútil. Não totalmente inútil, porque, nem sempre a consagração de um entendimento já prevalente na jurisprudência é inútil, ela tem um efeito didático, mas inútil no sentido de que não é novidade, porque a jurisprudência brasileira consagra esse entendimento, mesmo sem existir essa norma.

Que diz o parágrafo único? Diz; “A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. Professor Marco Aurélio Greco, Doutor em Direito Tributário pela PUC de São Paulo e, acho eu, um dos grandes tributaristas brasileiros, ele tem uma posição francamente favorável à norma anti-elisão. Entretanto, mesmo ele se insurge contra essa norma anti-elisão colocada nesses termos como está aqui. O Marco Aurélio preconiza a existência de um órgão que avalie as circunstâncias, caso a caso, para então se manifestar sobre a viabilidade ou não, sobre a juridicidade ou não da desconsideração do ato.

Eu lhes digo que esse é um tema muito delicado, é um tema muito problemático. Os temas fundamentais do Direito são realmente difíceis. O Direito é apaixonante exatamente por isso, os temas não são de solução fácil. Qual o ponto central dessa questão? É a liberdade humana para escolher formas jurídicas menos gravosas. O cidadão contribuinte tem ou não tem o direito de buscar fórmulas para estruturar seus negócios de maneira menos gravosa? Eu pessoalmente não tenho nenhuma dúvida de que ele tem essa liberdade, sob pena de não se realizar o princípio de liberdade da atividade econômica. Na hora em que a Constituição diz que o empresário é livre para o desempenho da atividade econômica, ela está dando a ele liberdade para escolher os caminhos que vai adotar e o que ele não pode fazer é

violar as leis. E aí se situa o ponto fulcral da dificuldade: Onde é que se consubstancia a violação da lei? A jurisprudência tem adotado o entendimento de que é ilícito, ou se configura violação à lei, sempre que ocorrer o chamado abuso de direito. O abuso de direito é uma figura muito difícil, mas, ao mesmo tempo, muito fácil de ser constatado. Isso no sentido de se determinar uma fronteira, onde é e onde já não é abuso.

É muito fácil – nós temos um exemplo, dentro do Poder Judiciário, um exemplo que eu posso citar hoje muito à vontade porque a imprensa publicou, não é um assunto mais reservado, é do domínio público, então não me constrange fazer referência a ele. Eu me refiro ao exemplo do Ministro Nelson Jobim, do Supremo Tribunal Federal, com os pedidos de vista. Todos vocês sabem, e daqui a pouco vão chegar no Tribunal e vão ver na prática como funciona e para que é, que todo órgão colegiado adota o chamado pedido de vista. Digamos que todos nós aqui vamos julgar um caso e que o Desembargador Ubaldo é o relator do caso. Ele, na condição de relator, conta para nós, resume para nós, a controvérsia, o que é que o autor quer, o que o réu quer, quais são as provas colhidas, ele relata para nós o que está acontecendo e, em seguida, ele vota. Ocorre que a criatura humana é falível, e o relator, intencionalmente ou não, pode omitir algum ponto importante no julgamento, às vezes até porque, para ele, não é importante, mas para as outras pessoas pode ser.

Então, se o relator é um ser humano e, portanto, falível, é normal que um outro dos participantes do colegiado se sinta com a necessidade de examinar melhor o processo, para poder ter um ponto de vista, e então ele pede vista dos autos. A finalidade do pedido de vista é essa. Ela comporta alguns elastérios. Eu posso não ter dúvida nenhuma quanto ao que disse o relator, mas não estou seguro da própria tese jurídica e quero consultar a doutrina ou a jurisprudência e quero tempo para isso. Peço então vista. Embora essencialmente não seja essa a finalidade, porque se pressupõe, embora isso não seja totalmente correto, mas se pressupõe que o juiz deve estar sempre em condições de julgar, então a finalidade do pedido de vista não é dar ao juiz tempo para se preparar de conhecimentos jurídicos para julgar, a finalidade essencial do pedido de vista é dar a ele condições de ter informações completas quanto ao fato controvertido. Mas, de qualquer maneira, esse elastério é razoável e é perfeitamente admitido que todos os tribunais pratiquem isso.

Ocorre que, no Supremo Tribunal Federal, dizem que o Ministro Nelson Jobim usa o pedido de vista como o instituto do veto. Ele pede vista

para que o caso não seja julgado, e pede vista toda vez que sente que a tese favorável ao Governo pode não prevalecer, pode ficar vencido, o julgamento pode – eventualmente nem ele tem certeza, mas dizem que ele faz o papel de líder do Governo no Supremo, contata com os colegas nos gabinetes, fazendo lobby, e quando percebe que não conseguiu e que o caso é posto em votação, ele pede vista. Tanto que tem o recorde. É um número enorme de pedidos de vista. Há poucos dias, a Gazeta Mercantil publicou nota sobre o assunto: toda vez que ele não consegue um julgamento para a tese que sustenta, ele pede vista. Então, já que não julga como eu quero, não julga de jeito nenhum...

Ora, meus amigos, isso se chama, em boa doutrina, abuso de direito. Então o que é o abuso de direito? É o ato que, embora aparentemente esteja de acordo com a lei, com a norma, e no caso aparentemente está porque existe norma no regimento que autoriza o pedido de vista, e essa norma não diz que o autor do pedido de vista tem de ser explícito quanto à dúvida que ele tem. Então aparentemente o pedido de vista está de acordo com a norma, mas há uma deturpação quanto à finalidade. Por isso que os tratadistas, sobretudo do Direito Administrativo, às vezes se referem a desvios de finalidade. Abuso de direito, abuso de poder, desvio de finalidade, são figuras mais ou menos parecidas. Pois eu diria que a norma anti-elisão tem por finalidade, exclusivamente, limitar o abuso de direito praticado pelo cidadão contribuinte.

Dizer onde se situa a fronteira entre o lícito e o ilícito nesse terreno é muito problemático. Mas eu coloco para vocês dois exemplos, um que considero lícito e um que considero ilícito. Vocês podem até ter uma opinião diferente da minha quanto à análise de cada um desses casos, mas vejam. O primeiro exemplo que eu coloco é o do *leasing*. Eu estou montando uma empresa de aviação – e na empresa de aviação isso é comum, absolutamente comum. Em vez de comprar os aviões eu os alugo, eu faço um arrendamento, ou *leasing*. E com isso eu vou ter uma situação favorável em relação ao Imposto de Renda, porque não terei um ativo para corrigir. Pelo menos era assim. Hoje já está um pouco diferente. Com o Plano Real, a situação de correção modificou-se. Mas, não vai haver ICMS na venda do avião, porque não houve venda, enfim, há uma série de vantagens do ponto de vista tributário, se se faz o *leasing* ao invés da compra do bem. Esse é um exemplo que eu coloco como sendo de planejamento tributário lícito. Portanto, a norma anti-elisão não pode ser interpretada no sentido de autorizar a auto-

ridade administrativa a desconsiderar o negócio jurídico de leasing e dizer: não, o que tem aí é uma compra e venda e vamos tributar a compra e venda. Não pode fazer isso, porque é uma alternativa absolutamente lícita, indiscutivelmente lícita.

Vamos admitir que surgisse um imposto cujo fato gerador fosse a venda de automóveis novos, ou, melhor dizendo ainda, a revenda de automóveis novos. E aí todas as revendedoras de automóveis passariam a não mais vender os automóveis, mas passariam a alugar esses automóveis. Só que o contrato de locação dos automóveis seria feito, é... o cliente quer comprar o automóvel para pagar em doze meses. Aí faz o contrato de locação do automóvel por dez anos, o aluguel mensal durante os primeiros doze meses corresponde ao valor da prestação que ele pagaria se tivesse comprado o automóvel em doze meses e o aluguel mensal daí para a frente, até completar os dez anos, é de um centavo de real por mês. O contrato prevê que durante os doze meses o locatário do automóvel é obrigado a manter seguro total contra todos os riscos, não pode sublocar sem consentimento expresso e por escrito do locador, enfim, dá todas as garantias ao locador. E, a partir do 13º mês, ele pode sublocar sem necessidade de permissão do locador, não é mais obrigado a manter seguro, enfim, ele passa a ter o controle completo e total do bem.

Ora, o que isso significa? Não precisa ser muito inteligente para ver que isso aí produz o mesmíssimo efeito do contrato de compra e venda, embora tenha a forma e o nome de contrato de locação. Se ele tivesse comprado, qual seria o efeito? Seria esse que ele vai obter, isto é, produz o mesmíssimo efeito do contrato de compra e venda, na prática, embora tenha o nome de contrato de locação. A meu ver esse é um exemplo de ato ilícito, por configurar um abuso de forma jurídica, é uma forma jurídica que está colocada de maneira anômala.

Eu dei dois exemplos que são de fácil identificação, mas, entre um e outro, existem muitos de identificação muito difícil, muito problemática. O que nós não podemos fazer é aceitar certas teses, como a tese do Professor Marco Aurélio Greco, que eu rejeito completamente, tendo tido, já, debates homéricos com ele, divergimos muito acesamente. Ele diz que o que configura o ilícito é a ausência de um propósito comercial, é a presença exclusiva do intuito de reduzir o tributo. Em outras palavras, se alguém faz determinada transação e adota uma forma, sem que tenha nenhuma intenção relacionada com a organização empresarial, a única intenção é reduzir ou excluir

o tributo, diz ele, é ilícito. Eu não aceito isso e já dei para ele, e dou agora para vocês, um exemplo que derruba completamente essa tese. Vamos admitir que um empresário, um grupo de industriais paulistas, decide colocar uma indústria aqui em Pernambuco, ou no Ceará, e publica em todos os jornais do país que a única e exclusiva razão dessa decisão foi a isenção do Imposto de Renda. Eu vou dizer que a opção é ilícita? Se eu disser que a opção é ilícita, estou negando a possibilidade de atendimento do apelo legislativo, porque quando o legislador concedeu isenção para as indústrias do Nordeste, foi exatamente fazendo um apelo para que os industriais decidissem vir para cá. E esse é um exemplo que se pode generalizar.

A chamada tributação extra-fiscal é aquela na qual a finalidade essencial não é a arrecadação e, sim, a ingerência na atividade econômica. O tributo foi criado, foi aumentado, foi reduzido, como forma de interferência na atividade econômica e não como instrumento de arrecadação de meios financeiros.

Toda essa tributação extra-fiscal estaria negada, na medida em que se admitisse que o propósito de excluir ou reduzir o tributo é ilícito. Se não me engano, é o Alberto Xavier que sustenta que isso configura inclusive um propósito comercial. Portanto, coloca em cheque a tese do Marco Aurélio dizendo que a escolha de uma opção tributária menos gravosa é um propósito comercial. Na medida em que a finalidade essencial da atividade comercial é o lucro, tudo o que contribua, sem violação de leis, para aumentar o lucro é propósito comercial, é propósito empresarial. Portanto, a escolha de um caminho tributariamente menos gravoso é propósito comercial ou empresarial. Essa questão não é nova. Existem autores de ciências das finanças que são europeus, franceses, por exemplo, como é o caso do Gaston Geser, que sustentam que é absolutamente indubitosa a licitude da opção que o empresário exerça por situações menos gravosas.

Não é razoável admitir que, em duas ou três opções eu vá escolher aquela em que vou pagar mais imposto. Pelo contrário, devo escolher a em que pago menos.

Outro aspecto que também é relevante na distinção entre o lícito e o ilícito, no que diz respeito à norma anti-elisão, é o problema da veracidade. Será ilícito todo comportamento que mascare, que esconda uma verdade factual. Eu dou um exemplo. Vocês sabem que quem recebe acima de 900 reais por mês sofre desconto de Imposto de Renda na fonte. Abaixo de 900 reais, não está sujeito a desconto. Digamos que um advogado preste um

serviço a uma empresa e vai receber dessa empresa 1.500 reais de honorários. Mas já está no dia 28 ou 30 do mês, e diz, vamos fazer o seguinte: pague-me apenas 750 hoje e 750 no dia 2 ou 3 do mês que vem, quer dizer, uma diferença de 3 a 5 dias. É melhor para ele esperar receber os 750 restantes do que pagar os 15% de Imposto de Renda. E faz isso, mas, de fato, só recebe 750; de fato, daí a mais 5 dias, recebe os outros 750. Absolutamente lícito, absolutamente indiscutível a licitude desse comportamento. Agora, se ele diz, me dá logo os 1.500 em dois recibos, um com a data de hoje e outro com a data de daqui a 5 dias. Aí é fraude. É claro que esse exemplo é caricaturesco, muito simplório, mas, no dia-a-dia a gente pode constatar situações em que o empresário faz é esconder a verdade do fato debaixo de uma documentação irreal, de uma documentação que é fictícia. Se acontece isso, isso é fraude, não há dúvida nenhuma.

Para completar essa conversa a respeito de norma anti-elisão, eu coloco para vocês o seguinte raciocínio. O Código Tributário Nacional proíbe expressamente a tributação por analogia. O art. 108, § 1º, salvo engano, diz que da aplicação da analogia, ou da utilização da analogia, não pode resultar tributo que não esteja previsto em lei. Pois eu digo para vocês que a maior incidência dessa norma anti-elisão seria exatamente contraditar esse princípio, porque alguém iria dizer: não, você praticou o fato A, mas esse fato B que você praticou está tão parecido com o fato A, revela de tal maneira a capacidade contributiva que está constatada no fato A, que é justo pagar o imposto.

Existem algumas teses de tributaristas nesse sentido, dizendo que realmente é o que deve prevalecer, inclusive Marco Aurélio caminha nesse rumo, diz que o que deve prevalecer é a capacidade contributiva. Meu Deus do céu! O que deve prevalecer é a tipicidade legal. Da mesma maneira que o Direito Penal, para que o crime se configure é preciso que exista uma forma que tipifique o fato, no Direito Tributário, para que o tributo exista, para que seja devido, é preciso que exista uma norma que diga qual é a situação de fato que faz nascer esse tributo. Não basta que o contribuinte revele capacidade contributiva. Ele pode ter muita capacidade contributiva, isso não significa que deva pagar tributo por isso. É preciso que ocorra o fato típico, o fato jurídico previsto em lei como necessário e suficiente ao nascimento da dívida tributária. Do contrário, não há como tributar. Pois a norma anti-elisão entra em conflito, entra em contradição com os princípios fundamentais que garantem a segurança jurídica, a não ser para ser interpre-

tada como abrangente apenas dos casos de abuso por parte do contribuinte, mas, repito, se é para ser assim ela não seria necessária, porquanto já a jurisprudência vinha decidindo a favor da Fazenda em casos desse tipo.

(SEGUEM-SE DISCUSSÕES EM TORNO DAS QUESTÕES COLOCADAS.)

Muito bem. Agora, vamos fazer uma revisão nos princípios constitucionais da tributação, na sua visão clássica. Vamos começar então pelo princípio da legalidade.

Segundo o princípio da legalidade, o tributo só pode ser criado ou aumentado por lei. Isso é tão comum, isso é tão vulgar, que ninguém põe em dúvida. Mas a questão que se coloca, algumas questões são colocadas, uma delas diz respeito a saber o que é criar tributo. Porque a lei diz que o tributo só pode ser criado ou aumentado através de lei. Que significa criar ou aumentar? Seria possível uma lei dizer que fica criado o tributo X, cuja base de cálculo será definida pelo Ministro da Fazenda, cuja alíquota será fixada pelo Conselho Monetário Nacional, etc, etc? Não. Criar o tributo significa determinar, definir, todos os elementos de que precisamos para determinar o valor a ser pago. O tributo só está criado quando se dispõe de informações suficientes para se dizer: quem deve, qual o fato que gera o tributo, qual a dimensão econômica desse fato, qual a alíquota que vou aplicar. Respondidas essas questões, o tributo está criado. Todos esses elementos de que eu preciso para saber como calcular o tributo, eu devo encontrar esses elementos na lei e não numa norma infralegal; eu devo encontrar todos esses elementos na lei. Se eles não estiverem na lei, o tributo não foi criado por lei, ele pode ter tido sua criação iniciada por uma lei, mas não foi criado por lei.

E o que é lei? É a outra questão grave. Lei é o ato normativo produzido pelo órgão estatal ao qual a Constituição deu essa atribuição. Então, já estão todos pensando – e a medida provisória? A medida provisória é lei. Desgraçadamente, a Constituição Federal deu ao Presidente da República o poder de fazer lei. Alguém diz: ela não é lei, ela tem força de lei! Para mim é a mesma coisa. Se eu tenho força de trator, eu sou trator. Se eu tenho asa de avião, eu sou avião. Então, se eu tenho força de lei, eu sou lei.

Claro, a medida provisória é lei. E aí alguém dirá: mas o senhor defende então a medida provisória? Não, eu não defendo. Acontece, porém, que os erros devem ser situados e eu garanto a vocês que a maior parte dos insucessos naqueles que procuram o caminho correto, a maior

parte dos insucessos se deve à incorreta identificação do erro, e tenta combater uma coisa que na verdade não está errada, e deixa de combater aquilo que realmente está errado.

O que está errado nas medidas provisórias? Só há um erro nas medidas provisórias – é a reedição. Só. Alguém vai dizer: mas elas não poderiam tratar de determinados assuntos, só dos casos de urgência e relevância. Não há dúvida quanto a isso. Mas como são conceitos de certa forma vagos, centrar a discussão nesse tema é muito útil. Já a questão da reedição, duvido que alguém tenha algum argumento para defender a validade jurídica da reedição. Não conheço. Participei aqui, no Recife, no Sebrae, de um debate com o Ministro Nelson Jobim, em que essa questão foi colocada. E o Ministro Nelson Jobim é um cidadão habilíssimo, tem um poder de argumentação incrível, se expressa muito bem, concatena as idéias com uma agilidade enorme. Então, ele tentou me levar para ao canto da parede – como se diz –, e argumentou: não, a Constituição fala de medidas rejeitadas (artigo 62 da Constituição Federal, que diz: “As medidas provisórias perderão eficácia desde a edição se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias”. Ele não leu esse dispositivo, mas disse como se estivesse lendo, só que assim: ...as medidas provisórias perderão eficácia desde a edição, se rejeitadas. E afirmava: “O Congresso tem o dever de rejeitar expressamente. Se não rejeitar, o Presidente pode reeditar.

Mas ele leu o que não estava escrito. A Constituição não usa a palavra rejeitar, ela diz não aprovar. Não deliberar é não aprovar. Eu posso até aceitar o argumento dele, de que a rejeição da medida provisória impede – aliás, o Supremo marchou nesse rumo –, se o Congresso rejeitar o Presidente não pode reeditar. A Constituição não usou o verbo rejeitar. A Constituição diz – medidas provisórias não convertidas em lei. Ora, se elas perderão a eficácia – vamos ter senso prático – qual é o sentido do prazo? Perde completamente, quer dizer, acaba-se o prazo. Se o Presidente, a cada 30 dias reeditar, o prazo de 30 dias e nada é a mesma coisa. Seria muito melhor que o legislador tivesse dado o prazo de dois anos, ou então tivesse feito como fez com o decreto-lei, que o Congresso poderia rejeitar, mas se não o fizesse estaria com validade. Era mais honesto.

O dispositivo da medida provisória está sendo interpretado exatamente como o era o decreto-lei. O Congresso pode rejeitar, mas, se não rejeitar, implicitamente aprovou, desde que o Presidente formalize a reedição. Então eu acho que a questão da medida provisória se resume na ques-

tão da reedição. Na medida em que não se permita (li, numa ocasião, não sei se na Gazeta Mercantil ou num desses jornais, que os ministros do Supremo Tribunal estavam preocupados com a quantidade de reedições de medidas provisórias. Eu não me contive – sou irreverente por natureza – e fiz um artiguinho dizendo que eles não precisavam preocupar-se, que o cidadão comum, esse, sim, deveria estar preocupado, mas os ministros do Supremo eram os únicos onze brasileiros que não precisavam preocupar-se com a quantidade de reedição, porque estava exclusivamente na mão deles proibir essa reedição. Somente seria preciso que o Supremo deliberasse que não podia reeditar. Só precisa isso.

Então, eles não têm nenhum razão de preocupação, a solução está na mão deles). Tecnicamente – vamos ficar no dever ser –, como deveria ser realmente? A medida provisória só poderia criar o empréstimo compulsório de emergência e o imposto de guerra, porque são os únicos casos cuja relevância e urgência são indiscutíveis. Agora, criar um imposto, que só vai entrar em vigor no ano seguinte, em virtude do princípio da anterioridade, não se pode alegar urgência para isso.

Mas isso é no plano do dever ser: só deveria poder criar. Na verdade, passou a criar todo e qualquer imposto, o Tribunal passou a chancelar que essa criação era válida e, a meu ver, o único ponto sobre o qual ainda alimento a esperança de que se consiga contornar é a questão da reedição, ou por via do Congresso, através de emenda, ou por via do próprio Supremo, se um dia resolver criar coragem e dizer que não pode reeditar, como, de fato, não pode.

Por favor, leiam depois, com calma e atenção, o artigo 62 e seus parágrafos, da Constituição. Duvido que vocês encontrem apoio para a reedição. Tudo mostra que são situações excepcionalíssimas que têm de ser resolvidas, não pode ficar reeditando.

Pois bem, a lei é o ato produzido pelo Congresso Nacional ou pelo Presidente da República – são órgãos aos quais a Constituição deu atribuição para produzir norma e criar todos os elementos de que se precisa para estabelecer o valor do tributo. A única questão que ainda permanece um pouco imprecisa, uma questão que para mim está em aberto, é a questão de saber se o prazo para o recolhimento do tributo tem que estar afixado na lei ou se pode estar num ato infralegal. Existem opiniões num sentido e noutro.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encaminhou-se no sentido de que não há necessidade de previsão na lei – prazo não seria um

elemento essencial na relação tributária, portanto, o prazo para o pagamento do tributo poderia ser fixado em ato infralegal. Aí se encarta uma outra questão, de grande significado prático: se a lei fixar um prazo, é possível a alteração desse prazo por um ato infralegal, mesmo para os que admitem que o prazo não é da essência da relação tributária? O mesmo Superior Tribunal de Justiça já respondeu dizendo que o ato normativo infralegal, se pudesse fixar um prazo que já está na lei, estaria alterando a lei. Ainda não sendo matéria da reserva legal, se tratar de conferir ao Ministro da Fazenda competência para fixar prazos para recolhimento dos tributos federais. E aí se pergunta, essa norma que atribuiu ao Ministro da Fazenda competência para fixar prazo para recolhimento de tributos federais teria revogado todas as normas fixadoras de prazo existentes nas leis federais? Se se entender que revogou, tudo bem. Se se entender que não revogou, a consequência é que a gente vai entender que ela atribuiu ao Ministro competência para revogar.

Será que isso é constitucional? Será que uma lei pode atribuir ao Ministro da Fazenda poderes para revogar outras leis? A minha opinião pessoal é de que não pode, é que o prazo fixado em lei não pode ser alterado a não ser por outra lei e que esse dispositivo que diz que o Ministro da Fazenda fixará os prazos para recolhimento só se aplicará a tributos novos, que não tenham ainda prazo fixado, ou se uma lei revogar aquele dispositivo que fixou o prazo e deixar o campo aberto para o Ministro da Fazenda trabalhar. É a interpretação que a meu ver preserva o princípio da separação dos poderes, preserva o princípio da legalidade, sem anular a atribuição do Ministro da Fazenda. Ela existe, pode ser exercida, mas não de maneira a que se admita a revogação pelo Ministro da Fazenda de dispositivo expresso de lei que estabelece prazo.

Ainda quanto ao princípio da legalidade, há a questão de saber se é possível o estabelecimento, em norma infralegal, de obrigações tributárias acessórias. Este é um tema que me deixa muito à vontade, porque minha posição neste caso é nitidamente fazendária. Eu acho que pode. Acho que o regulamento pode estabelecer obrigações acessórias; a portaria, o decreto, enfim, as normas infralegais podem estabelecer obrigações acessórias. Só que aí surge a questão de saber o que é obrigação acessória. Há quem conceba como obrigação acessória qualquer dever jurídico que se instala na relação tributária e que não corresponde a um pagamento.

A acessoriedade seria definida simplesmente por exclusão. É acessório tudo quanto não é principal. A obrigação principal tem como conteúdo

o pagamento, o objeto é o pagamento, o conteúdo é pecuniário. Obrigação tributária principal tem como conteúdo o pagamento do tributo, ou da penalidade, ou dos juros. Vejam que aí prevalece a idéia que está no Direito Civil de que o juro é acessório, a multa é acessória.

No Direito Tributário, obrigação principal é aquela que se resolve pagando, obrigação principal é aquela que tem conteúdo patrimonial, econômico, financeiro. Eu cumpro a obrigação pagando. Obrigação acessória tem como conteúdo um fazer, um tolerar, mas nem fazer ou não fazer, ou tolerar, será uma obrigação acessória. Ela pode ser uma obrigação jurídica que não é tributária e portanto não é acessória. O que caracteriza a obrigação tributária como acessória? Diz o Código que as obrigações tributárias acessórias são instituídas na legislação no interesse da fiscalização e da arrecadação do tributo.

Então eu diria para vocês que as obrigações acessórias são aquelas obrigações de natureza instrumental, cujo cumprimento é condição para viabilizar a cobrança da obrigação principal. Por exemplo, surge uma lei dizendo que quem ganhar rendimento superior a tantos mil reais por ano é obrigado a pagar Imposto de Renda. Não disse que é obrigado a declarar para a repartição o valor do rendimento, muito menos estabelecer qual o formulário que deve ser preenchido.

Acho que tudo isso pode ser resolvido em normas infralegais. O dever jurídico-tributário é pagar Imposto de Renda, o fato gerador é ganhar renda acima de tantos mil reais. Ocorrido o fato gerador, surge o dever de pagar e, portanto, o dever de declarar é condição *sine qua non* para que possa ser viável o cumprimento do dever de pagar. Como é que alguém pode ser obrigado a pagar imposto sobre a renda se não é obrigado a declarar? Então, a obrigação de declarar está implícita, ínsita, na obrigação de pagar sobre a renda.

A obrigação de pagar ICMS sobre a saída da mercadoria contém, implícito, o dever de documentar essa saída, de escriturar, de Ter um documento que materialize, que comprove a saída, que é condição *sine qua non* para o controle da obrigação principal, que o pagamento do ICMS, e assim por diante. Obrigação tributária principal é aquela cujo objeto é um pagamento de conteúdo patrimonial, pecuniário, financeiro, e obrigação acessória é aquela que é instrumental da obrigação principal, ela se presta exclusivamente como um instrumento.

Esse instrumento, na minha opinião, pode ser regulado por normas infralegais, porque as normas infralegais estarão simplesmente regulando

aquilo que já está implícito na lei, estarão apenas explicitando deveres que estão implícitos na lei, e esse é o papel dessas normas infralegais.

Quando fiz meu curso de especialização, o professor de Direito Tributário não aceitava opinião, que eu, já na época, tinha. E eu era líder de um grupo que deveria expor esse assunto e ele me cortou a palavra, disse que era um absurdo, porque pelo princípio da legalidade ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei, logo, o princípio da legalidade constituiria um obstáculo à minha tese, ao meu raciocínio. E simplesmente encerrou o assunto, concluiu a discussão desse tema arbitrariamente, não permitindo que fosse discutido nada.

Quando foi na prova, lá vem a pergunta: é válida a criação de uma obrigação tributária acessória por um regulamento? Então, eu fiquei preocupado, e os colegas todos. Mas, graças a Deus, estava fiscalizando a aplicação da prova um grande professor e uma criatura humana notabilíssima, que se chama Paulo Bonavides. Então, eu disse: professor, estou com um problema. O problema é este: essa questão não foi discutida, quando começamos a discuti-la, o professor discordava do meu entendimento e encerrou a discussão e eu queria que o senhor me permitisse dar uma palavrinha para os colegas, aqui, de público, falar alto, para eles ouvirem. Ele disse: perfeitamente, pode falar. Então eu disse: pessoal, eu vou responder a minha questão assim – segundo a opinião do Professor Manuel Lourenço dos Santos, não é válida, ponto. E todo mundo respondeu assim e ele deu dez, ele aceito a resposta e eu não me contradisse, não entrei em contradição.

Então, eu acho que o princípio geral da legalidade, que diz que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei tem que ser entendido nos seus devidos termos. Até porque se não fosse assim, toda uma gama imensa de normas infralegais podia ir para a cesta do lixo que não faria falta nenhuma. Então, naturalmente, essas normas infralegais têm o papel de viabilizar o cumprimento da lei e da Constituição, é dando caminhos, estabelecendo modos e meios, instrumentos. Certamente, elas, eventualmente, entram em conflito com a lei, mas na hora em que isso acontece, aquela parte que entrou em conflito não vale. Vale o que está na lei. Fora disso, o campo de aplicação é esse.

Muito bem. Querem questionar alguma coisa sobre a legalidade, ou devo entrar logo na anterioridade? (à falta de tempo para debates, ficou resolvido que o expositor deveria continuar).

Um outro princípio constitucional fundamental no Direito Tributário é o da anterioridade. Pelo princípio da anterioridade, nenhum tributo pode

ser cobrado em cada exercício, sem que a lei que o criou ou aumentou tenha sido publicada até o último dia do exercício anterior. É importante distinguir entre anualidade, anterioridade e retroatividade.

São três princípios complementares, um do outro, muito parecidos um com o outro, mas rigorosamente diferentes um do outro. A anterioridade, eu já disse, pelo princípio da anterioridade, nenhum tributo pode ser cobrado em cada exercício, sem que a lei que o criou ou aumentou tenha sido publicada antes do início do exercício. Pelo da anualidade, nenhum tributo pode ser cobrado, em cada exercício, sem que essa cobrança esteja prevista no orçamento do ano.

Então, vejam, a diferença é fundamental. Pelo princípio da anualidade, a garantia do cidadão contribuinte está em que o tributo só pode ser cobrado se estiver previsto no orçamento. Desgraçadamente, o nosso Congresso Nacional não entendeu, em toda sua extensão, esse princípio, descartou esse princípio, inclusive na Constituição de 1988, que não consagra o princípio da anualidade. Se uma lei criar um tributo em novembro, ou em dezembro, e o orçamento já estiver aprovado, esse tributo vai poder ser cobrado assim mesmo, ainda que sem previsão orçamentária.

O maior defensor, no Brasil, do princípio da anualidade, foi o mestre Aliomar Baleeiro, de grande projeção, tanto na política quanto, depois, no Judiciário. Ele dizia que o princípio da anualidade tem raízes nitidamente democráticas, na medida em que, ao aprovar o orçamento, o representante do povo está deliberando sobre a destinação do dinheiro e só então autoriza a cobrança do tributo que o cidadão vai ser obrigado a pagar, porque o seu representante já concordou com a destinação do tributo, então, nitidamente democrático, desgraçadamente descartado de nosso sistema constitucional. Temos, hoje, só, o princípio da anterioridade e o princípio da irretroatividade.

O princípio da irretroatividade diz que o tributo só pode ser cobrado com base em fatos geradores posteriores à lei que o instituiu ou que o aumentou. Uma lei foi publicada em março, ela diz respeito ao IPI, por exemplo, que está fora do princípio da anterioridade, é exceção a esse princípio, mas ela não pode alcançar os fatos ocorridos em janeiro, só pode alcançar os fatos ocorridos depois de sua publicação.

O princípio da irretroatividade é o princípio geral do Direito, que regula as relações jurídicas de um modo geral. Da anterioridade diz respeito a ser antes do início do ano, da anualidade diz respeito à previsão orçamentária.

O princípio do não confisco. Diz a Constituição que o tributo não pode ter efeito confiscatório. Dá para sentir-se, de logo, que se trata de um conceito vago e, portanto, muito problemático. Que é ser confiscatório? A Corte Suprema da Argentina, salvo engano, tem decisões dizendo que é confiscatório se absorver mais de 30% da riqueza sobre a qual incide. No Brasil, não temos ainda orientação jurisprudencial. É princípio que tem o seu valor, certamente, mas ainda não foi operacionalizado, salvo num único caso, ao que conheço, no Supremo Tribunal Federal, em que aquela Corte, desgraçadamente, decidiu de uma maneira infeliz. Foi com relação a determinada multa. A lei criou uma multa, que seria, acho, de cinco vezes o valor da mercadoria, para o caso de flagrante de venda sem nota fiscal.

A meu ver, esse foi o mais valioso instrumento introduzido no sistema jurídico-tributário brasileiro para combater a sonegação de tributo e desgraçadamente abandonado, mesmo antes de o Supremo decidir que é inconstitucional. É a maneira mais eficiente de obrigar o empresário a pagar imposto é obrigá-lo a emitir a nota fiscal na venda. Fui contador durante muitos anos e sei que o comerciante, quando emite a nota, ele se amarra, porque, não pagando, depois, a fraude já está caracterizada. Documentou a venda, como é que depois não paga?.

Pois bem, o Supremo Tribunal Federal disse que essa multa era inconstitucional. Não disse ainda definitivamente, concedeu Medida Cautelar para suspender a eficácia do dispositivo de lei que instituiu essa multa. Eu acho que o Supremo não foi feliz. Acho que a multa pode e deve ser confiscatória. Quando a Constituição diz que o tributo não pode ser confiscatório, está levando em consideração que o tributo é algo da vida normal do cidadão sério, honesto, que age licitamente. Ora, se eu ajo licitamente, me comporto de acordo a lei e mesmo assim vou sofrer um tributo que vai terminar levando tudo que tenho? Não é possível. Então, a garantia de que o tributo não é confiscatório, ela é concernente ao tributo em sentido estrito e não à multa. A penalidade só a sofre quem viola a lei, e quem viola a lei não pode reclamar do caráter confiscatório da multa. As penas podem ser confiscatórias. Não vejo em que se apóie uma decisão em sentido contrário, mas, infelizmente, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida liminar para suspender esse dispositivo, dizendo que a multa não pode ser confiscatória.

Temos ainda outros princípios, como a liberdade de tráfego, por exemplo. Diz a Constituição que não pode haver um tributo que incida ou que

seja agravado em função da destinação da mercadoria ou da interestadualidade da operação. Que dizer, seria possível ou impossível um tributo interestadual.

Esse princípio, que também existe no direito norte-americano é, no Brasil, muito mitigado. Eu até acho que nosso sistema é muito mais racional, mas, nos Estados Unidos, o princípio é mais rigoroso. Lá, a operação interestadual não pode sofrer nenhum tributo. Isso fez nascer, nos Estados Unidos, uma atividade comercial, no ramo da prestação de serviços, de volume muito grande. Quem já andou nos Estados Unidos de carro, pelas estradas, deve ter observado a enorme quantidade de caminhões com aquelas carrocerias fechadas, que são os transportadores de encomendas. A prática é esta: o cidadão mora num Estado e faz compras, por telefone, no Estado vizinho. O comerciante do Estado vizinho manda as mercadorias, desde que as mercadorias, pela distância, pelo volume e peso, tenham um frete menor que o imposto, aí se opta por essa forma de comprar e não há imposto nessa operação.

Estive nos Estados Unidos em 1992 e, apesar de estar de férias, consegui um encontro com um juiz que era de uma Corte de condado da Geórgia. Por coincidência, dois ou três dias antes, havia saído num jornal da Geórgia e do New York Times, a decisão da Corte Suprema dos Estados Unidos. O Estado de Dakota do Norte quis cobrar esse imposto interestadual, instituindo um sistema de conta-corrente, em que ele cobrava o imposto, em que ele cobrava o imposto e o remetia para o Estado onde estava domiciliado o comprador da mercadoria. Eles raciocinam lá assim: eu sou devo pagar imposto ao meu Estado. O que devo pagar por fatos fora do meu Estado são os impostos federais, mas os municipais só devo pagá-los ao meu condado, os estaduais, ao meu Estado e não a outros estados. Mas a Corte Suprema norte-americana decidiu pela inconstitucionalidade da cobrança, embora tenha já adiantado que se o Congresso Nacional deliberasse no sentido de instituir essa cobrança, não seria contrária à Constituição Federal. Mencionei para esse Juiz norte-americano como era o nosso sistema, ele riu e disse que estava errado. O correto era o seu sistema.

Mas, como funciona o nosso sistema? O que não pode haver é um gravame maior do que ocorre na operação interna. Quer dizer, um gravame que decorra da interestadualidade. Mas, se é possível tributar o ato internamente ocorrido, é possível tributar esse mesmo ato no plano interestadual, dentro do limite do ônus que ocorre no ato intra-estadual. Não há problema nenhum quanto a isso.

O JUDICIÁRIO E O DIREITO DOS CONCURSOS

Germana de Oliveira Moraes

Juíza Federal da 3ª Vara da SJ/CE

SUMÁRIO: 1 - Colocação do tema. 2 - Princípios constitucionais aplicáveis aos concursos públicos. 2.1 - Princípios constitucionais gerais. a) Art. 5º, II, e 37, II (igualdade). b) Art. 37, caput, CF (legalidade, publicidade, impessoalidade, moralidade e eficiência). c) Razoabilidade e Proporcionalidade. d) Outros (ampla defesa, motivação, etc.). 2.2 - Princípios e regras constitucionais específicos. a) Amplo acesso aos cargos, empregos e funções públicas – art. 37, I. b) Obrigatoriedade do concurso público – art. 37, II. c) Prazo de validade – art. 37, III. d) Prioridade de convocação do aprovado – art. 37, IV. 3 - Orientação jurisprudencial em matéria de concursos públicos. 3.1 - Requisitos de inscrição. 3.2 - Revisão administrativa das provas. 3.3 - Controle judicial da correção das provas. 3.4 - Direito do concursado à convocação.

1. COLOCAÇÃO DO TEMA

A importância do tema “O judiciário e o direitos dos concursos” – tratado a partir da perspectiva constitucional, evidencia-se tanto do ponto de vista individual quanto do ponto de vista coletivo. Do ponto de vista individual, à medida em que cada vez mais aumenta o universo de pessoas que ingressaram e ingressam mediante concurso no serviço público – seja federal, estadual ou municipal, as quais, de alguma maneira, direta ou indiretamente, beneficiaram-se da disciplina constitucional do assunto. Do ponto de vista coletivo, porque a predominância deste modo de recrutamento dos agentes públicos extirpa a formação elitista dos quadros funcionais, além de conferir independência aos servidores.

Por essas razões, ultimamente, tem-se levado com frequência ao Poder Judiciário Brasileiro discussão de causas que envolvem diversas fases do procedimento de concursos para provimento de cargos públicos, inclusive aquelas relativas a correção de provas. Também se começa a questionar judicialmente os exames aplicados para fins de admissão em cursos superiores (exames vestibulares) e ainda de avaliações dos desempenhos escolares, em especial dos universitários¹.

Interessa, portanto, tratar da revisão do concurso público pelo Poder Judiciário, ou seja, do controle judicial dos atos do procedimento seletivo, desde o edital, perpassando pelas fases de inscrição (habilitação) e correção das provas até a etapa final da convocação e conseqüente admissão no serviço público.

É preciso, por primeiro, compreender o concurso público *como procedimento por meio do qual o Poder Público recruta recursos humanos para ocupar cargos e empregos de seus quadros, mediante aplicação de provas, isoladamente, ou de provas conjuntamente com exame de títulos.*

Releva a compreensão do concurso público como procedimento, ou seja, conjunto de atos concatenados visando um resultado final, pois ela facilitará a solução das controvérsias submetidas à apreciação do Poder Judiciário durante a realização dos certames. Detecta-se, com alguma frequência, o equívoco de admitir-se a revisão judicial de certa etapa do concurso, quando já preclusa a oportunidade de impugná-la.

Em segundo lugar, atente-se que a revisão ou controle judicial dos concursos envolve predominantemente matéria constitucional.

Sem perder de vista o enfoque constitucional, cuidar-se-á do tema **O Poder Judiciário e o direito dos concursos** através de dois prismas: primeiro, através do prisma dos princípios e regras previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, aplicáveis aos concursos públicos; depois, apresentar-se-á, de modo sistemático, a orientação jurisprudencial dos Tribunais Brasileiros em matéria de concursos públicos, vale dizer, como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vem solucionado as lides que envolvem concursos públicos.

¹ A propósito do direito dos exames, consultar MORAES, Germana de Oliveira Moraes, "Controle jurisdicional da Administração Pública", Dialética, 1999, pp. 170 e seguintes.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AOS CONCURSOS PÚBLICOS

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS GERAIS

O controle judicial da atuação administrativa não mais se esgota no âmbito da legalidade, abrangendo também o exame da constitucionalidade, isto é, além de verificar a conformidade do ato administrativo com a lei, o juiz há de decidir também sobre a compatibilidade do ato impugnado com a princiologia constitucional².

O controle judicial da legalidade dos atos do procedimento do concurso público, como por exemplo, dos atos de correção de exames - seja da avaliação das respostas, seja da atribuição de notas, é matéria pacífica que não suscita maiores problemas no âmbito do Poder Judiciário. Se a Banca examinadora, no ato de correção das provas, afasta-se da lei e dos regulamentos, aos quais as instituições se vinculam ou dos editais, leis internas de certames vinculativas do Poder Público, cabe ao Judiciário invalidar, conforme o caso, os atos do procedimento de correção, a nota resultante deste procedimento ou até, nos casos mais extremos, todo o processo seletivo.

Já o controle jurisdicional da constitucionalidade, no campo do direito dos exames, envolve maiores dificuldades, pois as fronteiras entre a verificação da observância dos princípios constitucionais da Administração Pública e o exame de mérito do ato administrativo nem sempre são perfeitamente delimitadas. Incumbe ao julgador, em cada caso, traçar esses limites, tendo sempre em mente que a sua capacidade de revisão do procedimento da Comissão Examinadora somente deve cessar, no reexame judicial de provas de concursos públicos, quando esbarrar na impossibilidade de lançar mão de critérios objetivos ou sua interferência puder desequilibrar a competição com prejuízos ao princípio constitucional da isonomia, considerando ser a finalidade das seleções de recrutamento de servidores públicos ou de ingressos em universidades propiciar iguais oportunidades de acesso a todos os candidatos.

Observa-se que, em muitas ocasiões, para saber se há ou não vício de inconstitucionalidade, é preciso examinar o acerto tanto das perguntas, quanto

² O controle jurisdicional dos atos administrativos não se esgota no exame de legalidade, alargando-se para o controle de juridicidade. A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que a sua produção observe - não contrarie os princípios gerais de Direito, previstos, explícita ou implicitamente, na Constituição. V. "Controle Jurisdicional da Administração Pública", Dialética, pp. 1925.

das respostas dos quesitos considerados corretos pela Comissão Examinadora. Isso pode ser feito sem prejuízo do direito dos demais concorrentes em concursos públicos, e precisamente para prevenir lesão aos direitos dos competidores que, nas ações judiciais com esse conteúdo, os Tribunais Brasileiros têm considerado indispensável ao processamento da causa a citação de todos os candidatos do concurso, o que viabiliza a restauração de equilíbrio que possa ser eventualmente comprometido³.

A constitucionalização dos princípios gerais alargou o espectro de sindicabilidade judicial dos atos administrativos. Aplicam-se, por isso, aos atos do procedimento do concurso público tanto os princípios constitucionais gerais e os princípios constitucionais da Administração Pública, quanto princípios e regras específicos disciplinadores deste assunto.

Entre os princípios constitucionais, assoma como megaprincípio orientador e estrela guia dos concursos públicos o princípio da igualdade, previsto, genericamente, no artigo 5º - inciso I e projetado, especificamente, no inciso I do artigo 37 da Constituição Federal de 1988⁴.

Ao prover seus cargos e empregos por meio de concurso público, a Administração Pública assegura iguais oportunidades a todos aqueles que pretendam ingressar no serviço público, concretizando desta maneira, o princípio da isonomia.

Para além do princípio da isonomia, os princípios constitucionais da Administração Pública – legalidade, publicidade, impessoalidade moralidade e eficiência são aplicáveis ao procedimento do concurso público.

O princípio constitucional da legalidade, já se destacou, é de importância incontestável, sobretudo porque vigora em termos de concurso público, a vinculação ao edital, o que propicia o controle da legalidade dos atos do procedimento, a qual vem sendo, pacificamente, objeto de controle pelo Poder Judiciário.

³ Decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Resp 34805-RJ que ~ segundo o princípio maior da igualdade que rege o concurso, a anulação das questões (pedido da ação ordinária) não pode se dar apenas para os recorridos. Em sendo atendido, dever[ia] haver uma alteração na classificação geral, pois todos os concursados 'aproveitam' a anulação, inclusive aqueles já empossados. Necessidade de litisconsórcio. Violação ao art. 47 CPC.~ (IN DJ de 18.11.96). Em igual sentido v. Resp 85.898-PI e Resp 80037-SP. No Resp 20.468-Ce, relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves, deliberou o STJ que "em processo onde se visa anular questões de concurso público, é mister a citação dos outros candidatos do certame, como litisconsortes passivos necessários, sob pena de nulidade." (IN DJ de 06.09.99, p. 147)

⁴ Segundo o princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos e empregos públicos, previsto no inciso I do artigo 37 da Constituição, "os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei".

A publicidade dos atos do procedimento também há de ser observada. Por força do princípio da publicidade, não se admitem exames sigilosos; as provas orais devem ser abertas ao público; os julgamentos (correções) não podem ser secretos, deles sendo assegurada a ciência aos candidatos, assim como o acesso às provas.

O princípio constitucional da impessoalidade, seja entendido como igualdade, neutralidade, finalidade ou proporcionalidade⁵, é de observância obrigatória nos concursos públicos, nos quais não se admitem favoritismos ou perseguições, sob pena de desvio da finalidade para a qual se abrem os processos seletivos de pessoal para o serviço público.

Quer sob a dimensão da boa-fé, quer sob a dimensão da probidade, quer sob dimensão da razoabilidade, o princípio da moralidade administrativa é inafastável dos concursos públicos.

De igual modo, aplicáveis aos concursos públicos os princípios constitucionais da eficiência, da proporcionalidade e da razoabilidade, da ampla defesa e da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos⁶.

Os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, por exemplo, impõem que as perguntas sejam formuladas de modo inteligível, de maneira que o candidato possa compreender com clareza o que se pretende saber com a indagação; inequívoco, de forma a não ensejar dúvidas, e congruente, sem conter contradições intrínsecas. Os quesitos redigidos de modo ininteligível, equívoco (dúbio) ou incongruente (contraditório) ensejam sua anulação para todos os candidatos. A anulação de quesitos igualmente para todos os candidatos não importa qualquer desequilíbrio na competição.

É nula, por força do princípio da ampla defesa, a cláusula editalícia que não admite a revisão administrativa das provas.

⁵ O princípio da impessoalidade, denominado de princípio da imparcialidade, evoluiu na doutrina europeia, da concepção subjetiva do dever de neutralidade dos funcionários públicos, de independência da Administração Pública e de garantia na persecução do interesse público definido pela lei, perpassando pela idéia de igualdade, para uma concepção objetiva, compreendida como a obrigação da Administração Pública de proceder a uma adequada ponderação e comparação valorativa de todos os interesses jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, sejam públicos ou privados, que possam ser afetados pela atividade administrativa". Mais sobre o conteúdo jurídico do princípio da impessoalidade, conferir na obra "Controle Jurisdicional da Administração Pública", Dialéctica, 1999, pp. 109-111.)

⁶ A esse propósito consultar o artigo "Obrigatoriedade de motivação explícita, clara, congruente e tempestiva dos atos administrativos, IN "Interesse Público", v. 8, SP, Notadez, 2000, pp. 44-52.

2.2. PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS ESPECÍFICOS

O Capítulo VII da Constituição Federal que disciplina a Administração Pública, em suas disposições gerais (Seção I) elenca no artigo 37 – incisos I a IV os princípios constitucionais específicos aplicáveis aos concursos públicos.

No inciso I do artigo 37 veicula o princípio, de índole material, de amplo acesso aos cargos, empregos e funções públicas aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros na forma da lei.

Trata-se de projeção do princípio constitucional da igualdade. Os requisitos para acesso aos cargos, empregos e funções públicos devem estar previstos em lei.

A compreensão do princípio da igualdade como a obrigatoriedade de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, assim como de proibição de desigualdades irrazoáveis ou injustificáveis admite a possibilidade de introdução, desde que mediante lei, de restrições de ingresso ao serviço público, em função da idade, por exemplo, desde que essa diferenciação seja justificável à vista do cargo ou emprego a prover.

A Constituição Federal estabelece diferenciação de tratamento entre brasileiros e estrangeiros. Quanto aos estrangeiros, vigora o princípio inverso, somente se admite seu acesso aos cargos públicos nas hipóteses previstas especificamente em lei, o que só foi possível a partir da Emenda Constitucional nº 19, de 4.6.1998.

No inciso II do artigo 37, a Constituição Federal estatui a regra, de caráter instrumental, da obrigatoriedade do concurso público, ao dispor que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.”

Trata-se de regra geral moralizadora da Administração Pública, preventiva de práticas não mais aceitas pela sociedade brasileira, como o clientelismo político e o nepotismo.

São exceções à regra geral da obrigatoriedade de concurso público para fins de preenchimento de cargos, as nomeações para cargo em comis-

são declarados de livre nomeação e exoneração e para fins de preenchimento de empregos públicos, a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, prevista em lei, conforme autoriza expressamente o inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal. Somente se admitem exceções a esta regra de obrigatoriedade de concurso público, desde que contempladas ou autorizadas expressamente no texto constitucional.

A preterição deste princípio constitucional importa na nulidade da investidura em cargo ou emprego público daquele que não tenha se submetido a concurso público ou não tenha sido aprovado no certame.

Consoante o inciso III do artigo 37 do texto constitucional, “o prazo de validade o concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez por igual período”.

Infere-se desse dispositivo constitucional que o prazo de validade será fixado discricionariamente pela Administração Pública, vinculada que fica, não obstante, ao prazo máximo de dois anos de validade, prorrogável uma vez por igual período. Quer dizer, a Administração Pública poderá estipular prazo de validade do concurso inferior a dois anos, igual a dois anos, porém nunca superior, a não ser que o prorrogue por mais dois anos.

A Administração Pública, em princípio, não está obrigada a prorrogar o prazo de validade, sendo esta decisão de igual modo discricionária. Entretanto, se resolver prorrogá-lo, o que lhe é facultado uma única vez, estará vinculada ao período de dois anos.⁷

No inciso IV do artigo 37, a Constituição Federal de 1988 dispõe que “durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira.”

Consoante entendimento jurisprudencial sintetizado na Súmula 15 do Supremo Tribunal Federal, a aprovação em concurso público não geraria

⁷ Paradigmático sobre o tema o julgamento do Supremo Tribunal Federal do RE 192.568, relatado por Sua Excelência, o Min. Marco Aurélio, comentado na segunda parte deste estudo.

direito à convocação, configurando mera expectativa de direito⁸. De igual maneira, deduz-se da regra constitucional em comento que da aprovação não nasce, *ipso facto*, para o candidato, o direito à convocação e consequente nomeação. Tampouco, está a Administração Pública proibida de providenciar a abertura de novo certame. Entretanto, se resolver, durante o prazo de validade do concurso, promover nova seleção, evidencia-se seu interesse em prover o cargo ou emprego, gerando, assim, para o candidato aprovado direito à prioridade de convocação sobre os novos concursados. Assim, não fosse, estaria violado o princípio da impessoalidade, vez que já conhecidos os candidatos aprovados, a Administração poderia, se fossem eles de seu desagrado, recusá-los e admitir outros através de novo concurso.

3. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL EM MATÉRIA DE CONCURSOS PÚBLICOS

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria de concursos públicos, far-se-á a partir da sistematização dos julgados referentes à impugnação judicial de atos nas diversas fases do procedimento do certame: na fase de inscrição, envolvendo questões pertinentes a requisitos e a exames psicotécnicos; na etapa de correção das provas, problemas relacionados à revisão administrativa proibida pelo edital e ao controle judicial tanto das perguntas quanto das respostas e, finalmente, controvérsias relacionadas ao direito à convocação do concursado aprovado.

3.1. REQUISITOS DE INSCRIÇÃO

No Brasil, tem-se discutido em juízo a compatibilidade com o princípio constitucional da igualdade da imposição de limites- mínimo ou máximo

⁸ Consoante julgado do Supremo Tribunal Federal “a doutrina e a jurisprudência tem-se orientado no sentido da discricionariedade quanto a oportunidade e conveniência de prover os cargos públicos. Não vicia a legalidade e a legitimidade do ato administrativo que, fundamentado na inexistência de necessidade, decide não prover os cargos vagos. (...) Na interpretação da Súmula 15 desta Corte, o que se assegura ao concursado habilitado é o direito a nomeação, no prazo de validade do concurso, quando ele é preterido por candidato em situação inferior na ordem de classificação dos aprovados(...) RMS 22.063, Relator Ministro Maurício Correia, INDJ de 7.12.95, O. 42.608).

de idade, como requisito para provimento de cargo público, portanto, para inscrição em concursos públicos.

O exame dos problemas relacionados com os requisitos de inscrição em concursos públicos e o princípio da igualdade, dos quais se ocupou o Supremo Tribunal Federal, após a Constituição de 1988, seja em sede de controle difuso, seja em sede de controle concentrado da constitucionalidade das normas, autoriza a concluir que se delineia uma tendência à construção de uma jurisprudência constitucional assentada mais no exame da razoabilidade das distinções, ou seja, na identificação das desigualdades legais acordes ou não com o princípio da igualdade, do que propriamente no reconhecimento de discriminações vedadas constitucionalmente, não obstante a presença no texto constitucional de normas específicas, que, inseridas com o objetivo de garantir o aspecto material da igualdade, proíbem expressamente certos critérios de discriminação⁹.

Essa conclusão se infere da leitura dos acórdãos e votos proferidos nos julgamentos dos Recursos em Mandado de Segurança n.º 21.046-RJ em 14.12.90 (RTJ 135/528-545) e 21.033-DF, em 10.3.91 (RTJ 959-963), nos quais a Corte Suprema Brasileira examinou a compatibilidade da imposição legal de limite máximo de idade de 35 anos como critério de admissão de servidores públicos, designadamente, nos casos examinados, para o cargo de Advogado da Justiça Militar, com o princípio constitucional genérico da igualdade (artigo 5º - **caput** da Lei Maior) e as disposições constitucionais específicas proibitivas de diferenciação de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (artigo 7º - XXX c/c artigo 39 - § 2º)¹⁰, garantidoras de amplo acesso aos cargos, empregos e funções públicas para os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei (artigo 37 - I)¹¹.

⁹ No artigo 7º - XXX da Constituição Federal, por exemplo, proíbe-se a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

¹⁰ Artigo 7º - “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”: XXX- proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.” O parágrafo 2º do artigo 39 estende esse direito aos servidores públicos federais.

¹¹ Art. 37 - “A administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e também ao seguinte: I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros na forma da lei.”

O Supremo Tribunal Federal decidiu, nos dois arestos acima citados, por ampla maioria, vencido apenas o MINISTRO PAULO BROSSARD, ser inconstitucional, por incompatível com o princípio da igualdade, a diferenciação, em razão da idade, para fins de ingresso no serviço público, ressaltando, no entanto, embora em tese, a possibilidade de existência, nas expressões precisas do MINISTRO SÉPULVEDA PERTENCE, de “distinções não arbitrárias, na medida em que logrem conciliar o dogma da isonomia, e especificamente, essa restrição de idade, com outros valores constitucionais”, como nas “hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição da natureza e da atribuições do cargo a preencher” (RMS 21.046-RJ, IN RTJ 135/541).

A decisão do julgamento do RMS n.º 21.046, de 14.12.90, relatado pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, a qual passou a ser paradigmática como precedente invocado nos processos similares posteriormente examinados, tem a seguinte ementa:

“CONCURSO PÚBLICO. INDEFERIMENTO DE INSCRIÇÃO FUNDADA EM IMPOSIÇÃO DE LIMITE DE IDADE, QUE, CONFIGURA, NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO, DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL (CF, artigos 5º e 7º XXX) SEGURANÇA CONCEDIDA.

- A vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF, artigo XXX) é corolário, na esfera das relações de trabalho, do princípio fundamental de igualdade (CF, artigo 5º, caput), que se estende à falta de exclusão constitucional inequívoca (como ocorre em relação aos militares - Cf - artigo 42, parágrafo 11), a todo o sistema do pessoal civil.

- É ponderável, não obstante, a ressalva das hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição da natureza e das atribuições do cargo a preencher.

- Esse não é o caso, porém, quando, como se dá na espécie, a lei dispensa do limite os que já sejam servidores públicos a evidenciar que não se cuida de discriminação ditada por exigências etárias das funções do cargo considerado.”¹²

¹² IN Revista Trimestral de Jurisprudência do STF 135, 528-544.

Idêntica orientação jurisprudencial se repetiu no julgamento do RMS 21.033-DF, cujo acórdão, relatado pelo Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO, foi ementado da seguinte forma:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. LIMITE DE IDADE. ADVOGADO DE OFÍCIO DA JUSTIÇA MILITAR. LEI N. 7384/85, ARTIGO 40, II, CF, ARTIGO 70, XXX, EX VI DO ARTIGO 39, § 2º.

I - O limite de idade, no caso, para inscrição, em concurso, inscrito no artigo 4º, II, da Lei n.º 7384/85, não é razoável. Precedente do STF: RMS n.º 21.046-RJ. Inteligência do disposto nos artigos 7º, XXX e 39, § 2º da Constituição

II - Recurso provido. Segurança deferida.¹³”

Nos dois julgados, predominou como fundamento da inconstitucionalidade da imposição legal do limite máximo de 35 anos de idade como condição de acesso ao cargo público de Advogado da Justiça Militar, a irrazoabilidade da diferenciação entre os candidatos, em virtude do critério etário, e não o argumento da proibição constitucional expressa (artigo 7º - XXX) de discriminação por motivo de idade, acrescentado pelo Ministro MARCO AURÉLIO no julgamento do RMS 21033-DF, ou da desarmonia com a livre acessibilidade aos cargos públicos, oposta, à mesma ocasião, pelo MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA.

O Supremo Tribunal Federal, nos dois julgamentos, não enfrentou, por desnecessário para o deslinde das questões então apreciadas, e se reservou com prudência para fazê-lo noutra oportunidade, a problemática de saber se “haverá ou não cargos cujas atribuições reclamem uma discriminação razoável em função da idade”, conforme ressaltou em seu voto, Sua Excelência, o MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE.

Mesmo assim, a maioria de seus ministros ressaltou a possibilidade da ocorrência de casos em que seria “razoável a fixação do limite de idade” (MINISTRO CARLOS VELLOSO, MS 21.033-DF, RTJ 135/961).

Ao apreciar o RE 136.237-DF (Relator Ministro PAULO BROSSARD) e o RE 174.548 (Relator Ministro CARLOS VELLOSO, IN RDA

¹³ IN Revista Trimestral de Jurisprudência do STF 135, 958-963.

196/103), o Supremo Tribunal Federal admitiu a razoabilidade da fixação do limite mínimo de trinta e cinco anos de idade para ingresso no cargo de Auditor do Tribunal de Contas estadual, quando examinou via incidental a constitucionalidade, em face do princípio da isonomia, de dispositivo de Lei do Estado do Acre, assentando que “pode a lei, desde que o faça de modo razoável, estabelecer limites mínimo e máximo de idade para ingresso em funções, empregos e cargos públicos”. (RE 174.548 - RDA 196/103). Justifica, no caso, que sendo o Auditor do Tribunal de Contas do Estado substituto do Ministro do Tribunal de Contas da União (CF, artigo 73, § 4o da Constituição Federal Brasileira), cargo cujo provimento requer, por força da Constituição, a idade mínima de 35 (trinta e cinco) anos de idade e considerando que as normas estabelecidas para o TCU se aplicam, de regra, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados, é razoável essa restrição. Segundo o Ministro PAULO BROSSARD, o certo é que o auditor é quem substitui, no Tribunal de Contas, o Ministro, tratando-se do Tribunal de Contas da União, ou o Conselheiros, nos Tribunais de Contas dos Estados. Ora, é requisito do ingresso no cargo de Ministro do TCU, a idade mínima de 35 anos (CF, art. 73, § 1o, I) Se o auditor é o substituto do Ministro, é razoável a exigência, posta em lei, para ingresso, naquele cargo, de idêntico requisito”(RDA 196/105)¹⁴.

A compreensão pelo Supremo Tribunal Federal da igualdade como conceito relativo, não absoluto, resultou, conforme se vê claramente no teor de seus votos e acórdãos, da influência das formulações doutrinárias acerca do conteúdo da igualdade, concebidas, por SANTIAGO DANTAS e, mais recentemente, pelo administrativista CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO.

Na “página antológica” referida pelos Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE e OCTÁVIO GALLOTTI e reproduzida no voto do MINISTRO PAULO BROSSARD (RE 21.046-RJ/RDA 135/529-544), assim se resume o pensamento de SANTIAGO DANTAS acerca da igualdade:

“Como conceituar, porém, a igualdade objetiva, a que fica sujeito o próprio legislador?

Quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge o seu sistema legislativo. A lei

¹⁴ V. ainda RE 136.237 e RE157.863, IN RDA 195/65.

raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos; quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre os distingue, conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade da valia que oferecem a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre as distingue, conforme as circunstâncias em que se produzem ou conforme a repercussão que tem no interesse geral.

Todas essas distinções, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permite distinguir as leis arbitrárias das leis conforme ao direito, e eleva até essa alta triagem a tarefa do órgão máximo do Poder Judiciário. (“Problemas de Direito Positivo, 1953, p 56)”¹⁵

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, também citado pelo Ministro OCTÁVIO GALOTTI no mesmo julgamento, é, dentre os publicistas contemporâneos brasileiros, quem fornece os substratos doutrinários básicos acerca do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, assinalando que por via desse princípio “o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas” e sintetiza, com precisão, que “para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimetosas para os atingidos”. Conclui que “não basta a exigência de pressupostos fáticos diversos para que a lei distinga situações sem ofensa à isonomia. Também não é suficiente o poder-se argüir fundamento racional, pois não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima. Fora daí”, arremata, “ocorrerá incompatibilidade com o preceito igualitário”.¹⁶

¹⁵ Apud RE 21.046-RJ IN RDA 135/529-544.

¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO - *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, SP, Malheiros, 3ª ed., 1993, p. 18.

Aponta em sua teoria quatro elementos imprescindíveis à convivência do discrimine legal com a isonomia: 1º) a generalidade da desequiparação, ou seja que “ela não atinja de modo atual e absoluto um só indivíduo”, 2º) efetiva distinção entre as situações ou pessoas desequiparadas pela regra; 3º) a existência, em abstrato, de uma correlação lógica entre os fatores diferenciais e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida na norma jurídica e, por fim, 4º) pertinência, **in concreto**, do vínculo de correlação em função dos interesses constitucionalmente protegidos. Para o jurista brasileiro, o **quid** determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia não reside na insuscetibilidade de determinados elementos ou característicos das pessoas ou situações, como por exemplo, os critérios de desequiparação em razão da raça, do sexo ou da convicção religiosa, serem colhidos pela norma como “raiz de alguma diferenciação”, mas é, para ele, “o vínculo de correlação lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade de disciplina entre eles”¹⁷.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO não aceita a distinção entre as discriminações vedadas constitucionalmente e aquelas nas quais as diferenças de tratamento são justificáveis perante a Constituição. Sustenta a possibilidade desses caracteres - raça, sexo e convicção religiosa, não obstante a proibição constitucional expressa, serem determinantes de desequiparação, sem qualquer ofensa ao princípio da isonomia. Afirma que a igualdade é agredida “quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto”¹⁸. Sua posição doutrinária muito influenciou a delimitação do controle jurisprudencial do princípio da igualdade no Brasil.

Na mesma linha, o julgamento, em 24.08.93 (IN DJ de 01.10.93), do RE 156.404-1/BA, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, do qual resultou a seguinte ementa:

CONCURSO PÚBLICO: INDEFERIMENTO DE INSCRIÇÃO
FUNDADA EM IMPOSIÇÃO LEGAL DE LIMITE DE IDADE
QUE CONFIGURA, NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO, DIS-

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO - ob. cit., p. 15 e 38.

¹⁸ *Idem.*, *ibidem*, p. 15.

**CRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL (CF, arts. 5º e 7º, XXX);
SEGURANÇA CONCEDIDA.**

A vedação constitucional de diferenciação de critério de admissão por motivo de idade (CF, art. 7º, XXX, é corolário na esfera das relações de trabalho, do princípio fundamental de igualdade (CF, art. 5º), que se estende à falta de exclusão constitucional inequívoca, como ocorre em relação aos militares - CF, art. 42, par. 11), a todo o sistema de pessoal civil.

É ponderável, não obstante, a ressalva das hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição da natureza e das atribuições do cargo a preencher.

Esse não é o caso, porém, quando como se dá na espécie. A lei dispensa do limite os que já sejam servidores públicos, a evidenciar que não se cuida de discriminação ditada por exigências etárias das funções do cargo considerado.

Precedentes: RMS 21.046, 14.12.90, Pertence; RMS 21.033, 1.3.91, Velloso.

Ainda relativamente aos requisitos, outras polêmicas tem ocupado juízes e tribunais, destacando-se aquela concernente a exigibilidade de aprovação em exame psicotécnico como condição de acesso ao serviço público.

A exigência de exame psicotécnico, por razões de conveniência administrativa, vem sendo feita somente após o encerramento das fases do procedimento do concurso, quase sempre concomitantemente a exigência de exames médicos.

Trata-se, no entanto, de requisito de acesso a cargos, empregos e funções públicas. Há de ser, assim, por força do inciso I do artigo 37 da Constituição Federal, necessariamente, previsto em lei.

Incorre qualquer outro vício de inconstitucionalidade a previsão editalícia a exigência de exame psicotécnico para provimento de cargos, empregos e funções públicos, se for ela contemplada em lei.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Segurança 20.973, relatado por Sua Excelência, o Ministro Paulo Brossard, decidiu que 'a exigência de avaliação psicológica ou teste psicotécnico como requisito ou condição necessária ao acesso a determinados cargos públicos de carreira, somente e possível, nos termos da Constituição Federal, se houver lei que expressamente o tenha previsto.' (IN RDA 189, pp. 261-268)

3.2 REVISÃO ADMINISTRATIVA DAS PROVAS

Por conveniência da Administração Pública, não raro, os editais de concursos para provimento de cargos ou de exames vestibulares para ingresso em cursos universitários contém cláusulas proibindo a revisão administrativa das provas.

Essa proibição não se compatibiliza com a amplitude do princípio constitucional da ampla defesa, segundo o qual aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (art. 5º – LV da Constituição Federal de 1988)

Proibir a revisão administrativa das provas implica suprimir um meio de defesa perante a Administração Pública.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu ao julgar o Recurso em Mandado de Segurança nº 2.402 RJ (IN DJ de 30.06.97), relatado pelo Ministro Cid Flaquer Scartezini, que se *concede a revisão de provas em concurso público com o fito de preservar a probidade administrativa.*

3.3 CONTROLE JUDICIAL DA CORREÇÃO DE PROVAS

A diretriz jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, órgão judiciário responsável pela uniformização da jurisprudência em matéria infra constitucional, firmou-se no sentido de que *“o critério de correção de provas e atribuições de notas estabelecido pela Banca Examinadora não pode ser discutido no Judiciário, limitando-se a atuação deste ao exame da legalidade do procedimento administrativo.”* (ROMS 274/BA, Relator Ministro ANSELMO SANTIAGO)¹⁹.

No âmbito, porém, do Supremo Tribunal Federal - o guardião da Constituição, predomina o entendimento de que “os critérios adotados pela

¹⁹ IN DJ de 12.9.94, p. 23787. Idêntica orientação se encontra nos seguintes julgados: RE 11.211-0-PE - Relator Ministro Luiz Pereira, IN DJ de 27.9.94 “ADMINISTRATIVO. AUDITOR FISCAL DO TESOUREIRO NACIONAL. EDITAL ESAF/CRS/DMPF/NO 35/84) CONCURSO PÚBLICO. CRITÉRIOS E CONTEÚDO DOS QUESITOS. COMPETÊNCIA DA BANCA EXAMINADORA. ALCANCE DA APRECIÇÃO JUDICIAL. 1. Em tema de concurso público de provas, é cediço que o Poder Judiciário, aprisionado à verificação da legalidade, não deve substituir os examinadores quanto aos objetivos, fontes e bases de avaliação das questões. As comissões examinadoras organizam e avaliam as provas com discricionariedade técnica 2. Edital escoimado de ilegalidade. 3. Recurso improvido.” ROMS 367-RS - Relator Ministro ILMAR GALVÃO -“ ADMINISTRATIVO. CONCURSO. REVISÃO DE PROVAS. O critério de correção de prova e atribuições de notas estabelecido pela Comissão Examinadora não pode ser discutido pelo Poder Judiciário, limitando-se a atuação deste ao exame da legalidade do procedimento administrativo. Hipótese em que a apreciação deste implica a apreciação do mérito do ato da administração, vedado ao Juiz. Recurso denegado.” ROMS 2021-RJ, Relator Ministro César Rocha, IN DJ de 27.2.94, p. 1126 - “CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO INTERNO. ANULAÇÃO DE QUESITO. É vedado ao Judiciário interferir no critério de correção de provas e atribuições de notas estabelecidas pela Banca Examinadora. Recurso improvido.”

banca examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Poder Judiciário, *salvo se houver inconstitucionalidade ou ilegalidade.*” (MS 21.176 - Ministro Aldir Passarinho)²⁰. A Corte Suprema já vai além do mero controle da legalidade, conforme se infere de trecho de voto do eminente Ministro SÉPULVEDA PERTENCE, ao examinar a constitucionalidade de “exame e avaliação de candidatos em concursos públicos com base em critérios subjetivos” (RE 125.556-PR), no qual assenta que a garantia constitucional de apreciação pelo Poder Judiciário de eventuais violações de direito (artigo 5º - XXXV da Lei Maior) “não cessa com a eventual discricionariedade do juízo recomendado à Administração, porque o Judiciário pode, ainda no controle dos atos decorrentes da competência discricionária, entender ou perquirir da existência de abuso ou desvio de poder.”²¹

A exegese do Supremo Tribunal Federal acerca da extensão do princípio constitucional do amplo acesso à jurisdição (artigo 5º - XXXV da Lei Maior), com respeito ao chamado “direito dos exames” autoriza a concluir pela possibilidade jurídica do exame judicial da *constitucionalidade* do procedimento de correção das provas, inclusive daquelas subjetivas, o que, de modo algum, se confunde com a valoração pedagógico-científica das respostas.

O posicionamento tradicional que veda ao Poder Judiciário substituir-se à banca examinadora na valoração das respostas, em termos a discutir com os próprios examinadores, remonta à orientação do antigo extinto Tribunal Federal de Recursos, onde se entendia que “se admissível abrir-se exceção à regra, inclusive quanto à forma de julgar as questões da prova, tão-somente em relação ao candidato-autor, constituiria quebra ao princípio da igualdade de todos os candidatos” (EAC 25.695)²²

Paulatinamente, o Supremo Tribunal Federal vem identificando em vários julgamentos relacionados à revisão das avaliações de provas, sobretudo daquelas aplicadas em processos seletivos de recrutamento de servidores públicos, vícios de inconstitucionalidade, cuja fiscalização judicial se faz sem o comprometimento do princípio da igualdade.

²⁰ IN RDA 187/176-179.

²¹ IN RDA 190/152.

²² IN DJ de 15.12.76, p. 9406.

Em 1987, ainda antes da vigência da atual Constituição Brasileira, considerou inaceitável a norma editalícia de concurso para magistratura que submetia os candidatos a julgamento secreto e subjetivo de idoneidade, culminando com veto arbitrário (RE 111.400 - Revista Trimestral de Jurisprudência, 122/130). Já sob a égide da nova Carta Constitucional, ao reexaminar a reprovação no exame de investigação sigilosa de conduta de candidato em Concurso Público para provimento de cargo de Delegado de Polícia, decidiu pela ilegitimidade de verificação secreta sobre a conduta pública e privada do candidato, excluindo-o do concurso, sem que lhe fossem fornecidos os motivos, o que atenta contra o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito. Segundo o eminente Ministro MOREIRA ALVES, Relator do processo, “se a lesão é praticada com base em critérios subjetivos, ou em critérios não revelados, fica o Poder Judiciário impossibilitado de prestar a tutela jurisdicional, porque não terá como verificar o acerto ou desacerto de tais critérios e, por via oblíqua, estaria sendo afastada da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito” (RE 125.556-BA).²³

O Supremo Tribunal Federal remanesce inflexível, contudo, quanto à impossibilidade de discussão judicial dos critérios de avaliação eleitos pela Comissão Examinadora. Tanto é assim que no paradigmático julgamento do MS 21.176-RJ, considerou imune ao controle do Poder Judiciário a técnica de dupla penalização adotada na correção das provas e contestada em Juízo. Nos fundamentos de seu voto, consignou o eminente Ministro ALDIR PASSARINHO: “Se o concurso estabeleceu que a prova discutida seria dividida em três partes, referindo-se cada uma a um grupo de disciplinas, devendo o candidato, em cada uma delas, obter um grau mínimo para que pudesse ser habilitado e, assim, prosseguir no concurso, tal critério é imune ao controle do Poder Judiciário, posto que inexistente nele qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade”. Deste julgamento resultou a seguinte ementa:

**MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO.
RESULTADO DE JULGAMENTO.**

Incabível, em Mandado de Segurança, discutir-se o critério fixado pela Banca Examinadora para a habilitação dos candidatos.

²³ IN RDA 190/147-153.

A penalização, nas questões de múltipla escolha, com penalização consistente no cancelamento da resposta certa para questão ou questões erradas, é questão de técnica de correção para tal tipo de provas, não havendo nisso qualquer ilegalidade.

Incabível, outrossim, reexame das questões formuladas pela Banca Examinadora e das respostas oferecidas pelos candidatos.”²⁴

A insindicabilidade judicial da substância dos critérios, em si, de correção dos exames e da justeza das notas atribuídas, não exclui a verificação pelo Poder Judiciário da observância dos princípios constitucionais da Administração Pública. Além de vícios de ilegalidade, como por exemplo, quando a questão formulada na prova se afasta do conteúdo das matérias relacionadas no Regulamento do Concurso, é possível a existência de vícios de inconstitucionalidade, questionáveis em Juízo, *v.g.*, a desatenção ao princípio da publicidade, a falta de fundamentos do ato de correção; o desacato ao princípio da igualdade, por causa da utilização, no caso concreto, de critérios diferenciados de correção para os candidatos; a preterição do princípio da razoabilidade, evidenciado pela desconsideração das respostas dos exames que deveriam ter sido levadas em conta; ou do princípio da proporcionalidade, em virtude de atribuição de nota zero, quando, à evidência, a resposta, de acordo com as normas pedagógicas, seria merecedora de maior pontuação.

Tome-se o exemplo do estudante universitário, que, irrisignado com a atribuição de pontuação zero a quesito formulado em prova de Direito, sobre assunto doutrinário controvertido, cuja resposta oferecida dissentia da opinião pessoal do professor examinador, recorreu ao Poder Judiciário, postulando o reexame do ato de correção de sua prova, anexando ao pedido pareceres de especialistas na matéria a sustentar o acerto de sua resposta. Neste caso, comprovando-se a sustentabilidade ou plausibilidade da solução dada ao problema, o examinador não poderá simplesmente desconsiderar por completo a resposta dada, sob pena de cometer grave atropelo à lógica e ao bom senso, malferindo o axioma da razoabilidade, além de ser-lhe vedado impor o julgamento mais severo possível, em desfavor do examinando, sob pena de contrariar o princípio da proporcionalidade.

²⁴ IN RDA 187/177.

A propósito do acerto da decisão tecnicamente sustentável, na Alemanha, a partir do início desta década de 1990, começou a delinear-se nova e avançada orientação jurisprudencial, assegurando-se ao candidato, quando se cuida de provas relativas ao exercício da profissão, o direito a uma proteção jurídica efetiva e a uma “*margem de resposta*”, de modo que uma resposta sustentável não deve ser avaliada como falsa.²⁵

Segundo noticia ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUSA, a atual jurisprudência administrativa alemã, no que concerne ao direito dos exames, está sintetizada na seguinte passagem do acórdão do BVerwGE de 9.12.92: “A valoração dos trabalhos de exame só pode ser controlada nos limites exigidos pelo BVerfG se os motivos que condicionaram o examinador puderem ser suficientemente descortináveis. Tal só é possível a partir dos fundamentos de que o examinador se serviu para chegar ao resultado da sua valoração. Certamente que o tribunal não deve, ele próprio, proceder à valoração do trabalho do exame; isto não é permitido especialmente devido à parcialmente sobrevivente margem de apreciação a favor dos examinadores (BVerfGE 84, 34 (52)=NJW 1991, 2005). No entanto, se esse espaço de actuação é violado, isto é, deverá haver correção jurisdicional, quando o órgão administrativo cometeu vícios de procedimento, desconheceu o direito aplicável, partiu de uma situação de facto errada, violou padrões de valoração de aplicação geral, se deixou levar por considerações estranhas. A decisão de exame também deve ser anulada no caso de uma resposta (solução) técnica sustentável e suficientemente fundamentada com argumentos relevantes vir a ser considerada falsa (BVerfGE 84, 34 (55)+ NJW 1991, 2005). A questão de saber se a valoração do trabalho do exame se contém neste espaço de

²⁵ Inaugurou-se essa tendência no Tribunal Constitucional alemão em duas decisões de 17.4.91, quando considerou que o direito de acesso à Justiça não deve ser negado a pretexto de ser a valoração de uma prova (por exemplo, de Medicina ou de Direito) da competência exclusiva da Banca Examinadora. Com fundamento no direito constitucional da liberdade de exercício das profissões, ampliou o espectro de controle jurisdicional do direito dos exames, admitindo que uma resposta sustentável do ponto de vista técnico não pode ser considerada errada pelos examinadores.

Neste diapasão, a diretriz do Tribunal Constitucional projetou-se sobre a jurisprudência administrativa germânica, que também caminha rumo ao estreitamento das fronteiras da margem de apreciação ou de valoração da Administração Pública. Os Tribunais administrativos tedescos vem reconhecendo ao examinando, quando se trata de provas com questionários de múltipla escolha, uma adequada margem de resposta, porque “uma tomada de decisão sustentável baseada em bons motivos sobre uma questão técnica controversa não deve conduzir a desvantagens profissionais só porque uma comissão examinadora tem uma opinião diferente da do examinando”, sendo suficiente que a resposta assinalada vá ao encontro de conhecimentos seguros já publicados na literatura da especialidade antes do exame e que em condições normais fossem acessíveis, sem dificuldade especial, aos candidatos. A esse propósito, consultar, “Controle jurisdicional da Administração Pública”, SP, Dialéctica, 1999, pp. 173-174.

actuação e se em geral não padece de vícios é uma questão que só pode ser respondida com base na fundamentação do acto de atribuição da nota. Por outro lado, também a questão de saber se a deficiências do tipo referido se podem reflectir no acto de atribuição da nota e no resultado do exame, o que é pressuposto da legitimidade de uma correção jurisdicional da decisão de exame (BVerfGE 84, 34 (55) + NJW 1991, 2005), só pode ser, em regra, averiguado, se estiver fundamentada a razão pela qual o trabalho recebe essa valoração.”²⁶

De volta ao Direito Brasileiro, consoante a jurisprudência constitucional firmada pelo Supremo Tribunal Federal, o procedimento de correção de provas pela Banca Examinadora pode encerrar vícios de ilegalidade ou vícios de inconstitucionalidade.

Observa-se que, em muitas ocasiões, para saber se há ou não vício de inconstitucionalidade, é preciso examinar o acerto tanto das perguntas, quanto das respostas dos quesitos dadas como certas pela Comissão Examinadora. Isso pode ser feito sem prejuízo do direito dos demais concorrentes em concursos públicos, e precisamente para prevenir lesão aos direitos dos competidores que, nas ações judiciais com esse conteúdo, os Tribunais Brasileiros têm considerado indispensável ao processamento da causa a citação de todos os candidatos do concurso, o que viabiliza a restauração de equilíbrio que possa ser eventualmente comprometido.

A impugnação judicial da correção dos exames é feita com o propósito imediato de alterar a nota atribuída pela comissão examinadora, e o fim remoto de obter a aprovação necessária em cursos ou em processos seletivos públicos. Pode também produzir o efeito, tratando-se de concursos públicos, de anular alguns quesitos da prova ou ainda de contaminar todo o processo seletivo.

Na hipótese de anulação de quesitos, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, em 28.04.97, o Recurso em Mandado de Segurança 6.386-RS, relatado pelo Ministro Gilson Dipp decidiu que os pontos referentes a questões anuladas devem ser atribuídos a todos os participantes do certame.

A verificação judicial do acerto ou desacerto das respostas produzirá reflexos na nota final do candidato, do que emerge novo problema; saber se o Poder Judiciário, ele mesmo, deverá proceder, a reavaliação das respos-

²⁶ SOUSA, ANTÔNIO FRANCISCO DE - ‘Margem de apreciação e Estado de Direito’, IN *Revista Polis* nº 2, Janeiro-Março 1995, p. 7-28.

tas do exame ou determinar que a Banca examinadora proceda à reavaliação.

O controle jurisdicional, na grande maioria das vezes, somente pode ir a ponto de, reconhecido o vício de inconstitucionalidade, determinar à Banca Examinadora que proceda à reavaliação da prova, encontrando-se, no entanto, impossibilitado, ele mesmo de o fazer, por si ou com auxílio de técnicos especialistas, porque somente assim se salvaguardaria a igualdade de oportunidades aos concorrentes, cânone orientador de todo procedimento de exames. As provas de todos os candidatos seriam, assim, avaliadas pelos mesmos examinadores, sem que um ou outro possa beneficiar-se ou prejudicar-se pela diferença entre aqueles que os avaliam.

O Tribunal Regional Federal da 5ª. Região tem entendido que a avaliação ou correção de provas, bem como a atribuição de notas, e incumbência exclusiva da banca examinadora, para esse fim constituída e que somente cabe a intervenção do Judiciário nos casos em a flagrante ilegalidade decorre da utilização de critérios de absurda incompatibilidade lógica. (AC n o 173650-CE, Relator Juiz Castro Meira, IN DJ de 24.12.99) Observa-se neste julgamento a aplicação do princípio da razoabilidade no sentido de racionalidade.

Para aperfeiçoar-se a revisão pelos órgãos judiciais das avaliações feitas por comissões administrativas de exames, sejam avaliações de alunos, sejam aqueles prestados em concursos públicos realizados para selecionar candidatos que pretendem ingressar em estabelecimentos de ensino oficiais ou para recrutar servidores públicos, torna-se imprescindível, primeiro, que a Comissão examinadora expeça um regulamento, para informar previamente acerca do conteúdo dos exames, da metodologia a ser adotada nas provas - se escritas ou orais, se de múltipla escolha ou subjetiva. Depois, é indispensável que a Banca examinadora apresente, ainda que posteriormente, os fundamentos da correção, o que viabilizará o posterior controle judicial. Finalmente, o regulamento do concurso deverá prever a possibilidade de revisão administrativa da avaliação e das notas.

3.4 DIREITO DO CONCURSADO À CONVOCAÇÃO

Em importante decisão de mérito do Recurso Extraordinário 192.568, relatado pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO DE MELLO FARIAS, o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, em 23 de abril de 1996 (IN D.J.

de 13.9.96), decidiu que, se a autoridade administrativa recusasse o pedido de prorrogação da validade do concurso público para provimento de cargos de magistrados, estaria ofendendo o princípio da razoabilidade, e determinou, por conseguinte, que fosse prorrogada a validade do certame, para fins de admissão de candidatos aprovados, conforme se verifica partir da leitura da ementa a seguir:

Concurso Público. Vagas - Nomeação. O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade. “Como o inciso IV (do artigo 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na seqüência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em períodos subsequentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia a letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias”(Celso Antônio Bandeira de Mello, ‘Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta’, página 56)²⁷

Trata-se de decisão paradigmática em matéria de direito de convocação de concursados, a qual, além de rever o conteúdo da Súmula 15 do Supremo Tribunal Federal, configura uma das raras hipóteses de redução da discricionariedade a zero que enseja, por isso mesmo, a possibilidade de o Tribunal “substituir-se” à decisão da Administração Pública, ainda que, em tese, a lei lhe tenha conferido competência discricionária. Trata-se de relevante precedente de exercício do controle pelo Poder Judiciário da compatibilidade dos atos administrativos com os princípios constitucionais. Em seu voto o relator Ministro Marco Aurélio assentou que “o artigo 37 da Carta de 1988 é categórico ao revelar que a administração pública observará os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. No caso dos autos” – continuou, “o da legalidade foi menosprezado, já que

²⁷ RDA 206/185-269.

olvidados os parâmetros do edital de concurso e o resultado deste último; o da impessoalidade, no que conhecidos os aprovados e classificados para as vagas, resolveu-se, partir para a nomeação parcial, colocando-se em plano secundário, até mesmo, as necessidades existentes; o da moralidade, no que, espezzinhado o primeiro, deixou-se de proceder, até mesmo, à prorrogação do concurso, abrindo-se margem à convocação de outro tão logo esgotado o prazo de dois anos; por último, o da publicidade, no que as regras insculpidas no edital serviram de estímulo à inscrição de candidatos, restando ignoradas.” Destaque-se, ainda, o reconhecimento da preterição do princípio da razoabilidade, segundo o relator, “conducente a presumir-se, como objeto do concurso o preenchimento das vagas existentes”.

JULGAMENTO ANTECIPADO DA AÇÃO PENAL

Agapito Machado

Juiz Federal da 4ª Vara da SJ/CE

SUMÁRIO: 1 - Em que consiste o julgamento antecipado de um processo. 2 - Da Jurisdição penal e extrapenal. 3 - É possível o julgamento antecipado da ação penal se a Constituição Federal de 1988 assegura ao réu um processo legal que tenha início, meio e fim? 4 - O tema, aparentemente novo, já foi enfrentado desde o final da década de 80. 5 - Fundamento do julgamento antecipado da ação penal: analogia ao caput do art. 330 do CPC, notadamente o art. 3º do CPP e ainda art. 6º da lei 8.038/90 e 8.658/93. 6 - Casos concretos em que o julgamento penal pode ocorrer antes mesmo do final do processo judicial e por isso considerados antecipados sem que ocorra violação ao devido processo legal. 7 - O mais novo instrumento de defesa: prescrição antecipada ou em perspectiva ou ainda projetada ou virtual. Polêmica existente na Doutrina e na Jurisprudência. 8 - É evidente a possibilidade de julgamento antecipado da ação.

1. EM QUE CONSISTE O JULGAMENTO ANTECIPADO DE UM PROCESSO?

O processo é como um ser humano: nasce, cresce, se desenvolve, tem seus problemas e um dia morre, vale dizer, tem início, meio e fim.

O **nascimento** do processo, ou seja, o seu início se dá com o exercício do direito de ação pelo respectivo titular ou de seu representante legal, seja esse direito civil ou penal.

Se **desenvolve** com os atos de citação, defesa e instrução.

Tem seus **problemas** com os incidentes processuais de toda natureza, entre os quais se menciona no Código de Processo Penal: o de falsidade (art.145); de insanidade mental do acusado (art.149), além das questões incidentes (art.92 e seguintes).

Morre, ou seja, **tem fim**, com a sentença, vale dizer, em face de um pronunciamento definitivo por parte do Estado-Juiz que, em regra, é pela absolvição ou condenação do autor do fato e, destarte, fazendo coisa julgada formal e material..

É possível, todavia, que a **morte do processo** se dê prematuramente, ou seja, de modo antecipado.

O processo judicial, em alguns casos, bem sabemos, não necessita ultrapassar todas as suas fases e atos, até final sentença, até porque a morosidade depõe contra o Poder Judiciário que não elabora as leis, não instaura inquérito policial e nem oferece denúncia..

A morte antecipada do processo civil não é novidade em nosso Direito, eis que o Código de Processo Civil admite o julgamento antecipado na ação demarcatória não contestada (art. 955); na ação de prestação de contas (art. 915, parágrafo 2º) e mais comumente no art. 330 “*verbis*”:

“O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I – quando a questão for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II – quando ocorrer a revelia (art.319).

Diferentemente do processo penal em que ocorre várias vezes, no processo civil a revelia só ocorre uma vez e envolve matéria fática. E, mesmo assim, nos termos do art. 320, do referido Código de Processo Civil, a revelia não produz seus efeitos se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; se o litígio versar sobre direitos indisponíveis e se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.

No tocante aos direitos chamados indisponíveis, temos os privilégios das pessoas jurídicas de direito público, vale dizer, se um Procurador desses entes não oferecer resposta a uma demanda, não ocorrem os efeitos da revelia, devendo o Juiz determinar o prosseguimento do feito com as provas a serem produzidas pelo autor.

2. DA JURISDIÇÃO PENAL E EXTRAPENAL.

No Brasil, temos dois (2) tipos de jurisdição judicial: a penal e a extrapenal.

Tudo que não for penal é direcionado para a jurisdição extrapenal (civil, administrativo, processual civil, trabalho, civil, previdenciário etc).

O juiz brasileiro só atua como legislador negativo (RTJ 146/461, rel. Min. Celso de Melo), (RE n. 183.393-9,SP, STF, Rel. Min.Celso de Mello, DJU de 16.6.95,pg.18265), ou seja, afastando, no caso concreto, a incidência da lei inconstitucional ou não recebida pela Constituição Federal seguinte. Excepcionalmente atua como legislador positivo.

A bem da verdade, se o legislador brasileiro (Deputado e Senador) se omitir, vale dizer, deixar de elaborar as leis no âmbito da chamada jurisdição extrapenal, não haverá qualquer problema, eis que o Juiz, quando acionado, suprir-lhe-á a omissão, agindo como legislador positivo, vale dizer, aplicando, ao caso concreto, o chamado processo integrativo do direito (analogia, costumes e princípios gerais do direito).

Entretanto, em se tratando de jurisdição penal incriminadora, se o legislador pátrio (Deputado e Senador) for omissivo, não regulamentando a Constituição, o Juiz não poderá suprir-lhe a ausência, na medida em que é a própria Constituição que instituiu como cláusula pétrea o princípio da reserva absoluta da lei que cria um tipo penal, o exacerba ou atinge as liberdades públicas.

O maior exemplo de que a ausência da lei, em sentido material e formal, impede o Poder Judiciário de substituir o Legislador, foi o problema da chamada “escuta telefônica” clandestina.

Portanto, no caso das “comunicações telefônicas” quando não existia a Lei 6.296/96, nenhum Juiz poderia autorizá-la, sendo pois prova obtida ilicitamente, além de ser crime para quem a praticasse (art. 151, § 1º, II, do Código Penal). Quer dizer: a escuta telefônica além de ter sido, desde 1988 até 1996, uma prova ilícita que não servia para condenar ninguém, nem mesmo o pior dos criminosos, constituía crime para quem a fizesse, crime esse previsto no art. 151, § 1º, II do Código Penal.

Sem que o Congresso Nacional, através dos Deputados e Senadores, cumprisse com o seu dever elaborando a Lei a que se refere o art. 5º, XII, da C.F./88, a “escuta telefônica” só poderia ser autorizada em casos excepcionais, como no Estado de Defesa (art. 136, § 1º, “c” da CF/88)), para salvar por exemplo um seqüestrado ou absolver um inocente. Nem mesmo no estado de sítio poderia ser autorizada a sua quebra, sem que existisse lei vinda do Congresso Nacional.

O Supremo Tribunal Federal, no Acórdão 69.912,Rel.Min.Pertence decidiu definitivamente e por 10(dez) votos a 1(um), quanto ao mérito, que

enquanto o Legislador (Deputado e Senador) não elaborasse a Lei a que se refere o art.5º,XII da CF/88, a “escuta telefônica” era uma prova ilícita e , como tal, nenhum Juiz poderia autorizá-la, o que reafirmou quando do Julgamento do ex-Presidente Fernando Collor de Melo (Ação Penal n. 307-3, DF,Rel.Min. Ilmar Galvão,DJU de 13.10.95, pg.34247).

Como bem lembrou Luís Roberto Barroso em Parecer de 26 de janeiro de 1995, publicado na Revista de Direito Administrativo nº 200(abril/junho/1995), pg.325/327, a decisão do STF no Acórdão 69912, no sentido de que enquanto o Congresso Nacional não elaborasse a lei da escuta telefônica nenhum juiz poderia autorizá-la, foi praticamente unânime, exceto o voto do então Ministro Paulo Brossard:”...no que diz respeito à ilicitude de interceptação telefônica, ainda que mediante autorização judicial, mas antes da edição da lei prevista no art. 5º, XII, da Constituição, houve praticamente consenso. Com exceção do Ministro Paulo Brossard, todos os demais - Os Ministros Pertence, Velloso, Rezek, Celso Mello, Marco Aurélio, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Moreira Alves e Gallotti - a maioria deles de forma explícita, remarcou a inadmissibilidade da gravação telefônica como prova. Escuta telefônica, ainda que autorizada pelo juiz, constitui, ante a ausência da lei reclamada pelo art. 5º, XII, da Carta Política, prova materialmente ilícita. A Lei Fundamental da República impõe, para efeito de atuação da norma que excepcionalmente autoriza a interceptação das conversações telefônicas, a edição - necessária e ineliminável - de ato legislativo que, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, indique as hipóteses e defina a forma como que se executará essa grave providência”.

Se, por exemplo, antes de 1996, ano da Lei nº 9.296, a Polícia prendesse alguém em flagrante, prova essa normalmente lícita, mas se essa prisão decorrer de uma ilicitude inicial (escuta telefônica clandestina), estaria também contaminado de nulidade esse flagrante, porque a prova nesse caso é ilícita por derivação. O STF acolheu também a chamada prova ilícita por derivação (teoria da árvore dos frutos envenenados).

O TRF da 5a. Região, por uma de suas turmas composta dos Juízes Lázaro Guimarães (Relator), Petrócio Ferreira e Nereu Santos, chegou a admitir como válida escuta telefônica resultando em prova derivada ilícita (caso dos “inhames”) e, pouco tempo depois, em 01.II.94, o mesmo TRF, no HC n. 449-PE, em que foi Rel. José Delgado resolveu, desta feita, quando não mais existia pressão da mídia, determinar o trancamento de ação penal proposta contra Antônio Cardoso da Ponte Neto, acusado de crime de fa-

vorecimento pessoal, por esconder Paulo César Farias, porque a polícia federal, da mesmíssima forma como fez no caso dos “inhames” teria montado escuta telefônica na residência do acusado.

Talvez o leigo não consiga entender como e porque um mesmo Tribunal julga diferentemente um mesmo caso, embora em momentos tão próximos, mas certamente compreenderá que a opinião pública às vezes pode influenciar em um julgamento judicial, como tem acontecido em todo mundo, até mesmo nos EUA.

No Brasil, não poderia ser diferente. É normal um Juiz mais corajoso no aplicar a Constituição de seu País, em situação na qual a opinião pública não quer aquela aplicação.

O importante de tudo é que, às vezes, decisões de juízes de primeiro grau (aqueles que assumem o cargo somente pela via do competente concurso público de provas e títulos e não pelas mãos de Políticos e até de Presidente cassado por corrupção, como gosta sempre de afirmar o Presidente do Senado Antônio Carlos Magalhães) são reformadas pelo Tribunal a que estão administrativamente vinculados e depois, em grau de recurso especial ou extraordinário, são restabelecidas na íntegra pelo STJ e STF, como os casos, entre tantos outros, por mim julgados como Juiz Federal da 4a. Vara e mencionados no M.S. nº93.0016954-8, Classe, Impetrante: Manuela Ariane Sampaio Maciel e impetrado: Reitor da Universidade Federal do Ceará e Presidente da Comissão Permanente de Transferência da UFC “*verbis*”:

“08. O chamado livre convencimento do juiz de 1º grau pode não corresponder ao mesmo do dos Tribunais que lhe reforme a sentença e nem por isso se pode dizer que um deles errou (o Juiz ou o Tribunal). Hans Kelsen bem explica o assunto ao dizer que a norma jurídica pode ensejar várias interpretações embora que uma só delas, segundo Vicente Greco Filho, seja o direito objetivo. E cumprir a Constituição não é favor, é obrigação do verdadeiro Magistrado. 09. Várias decisões (teses) deste Juiz (Agapito Machado) foram reformadas pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 5a. Região e, depois, mantidas no Superior Tribunal de Justiça e até no Supremo Tribunal Federal. Relembremos apenas alguns casos: 1) No julgamento do M.S. promovido pela Construtora Mendes Júnior envolvendo a construção do Açude Castanhão (Concorrência nº 08/89 -

DGO/CT, do DNOCS), neguei a segurança para que ela, sozinha, fosse a vencedora e, portanto, permiti que todas as concorrentes participassem da concorrência, argumentando com a CF/88 e o próprio Estado Democrático de Direito. O Tribunal Regional Federal da 5a. Região, todavia, por MAIORIA, através do voto condutor do então Juiz e hoje Ministro do STJ JOSÉ AUGUSTO DELGADO, reformou minha sentença para assegurar a apenas uma empresa, no caso, a Construtora Mendes Júnior, a construção da estrondosa obra (“Castanhão”), conforme AMS 2.039-CE. Interposto recurso por uma Construtora julgada prejudicada, o Superior Tribunal de Justiça, no Acórdão no RESP 11.937-CE, Rel. Min. Américo Luz, por unanimidade, reformou a decisão do Tribunal Regional Federal da 5a. Região e restabeleceu na íntegra a minha decisão, denegando a segurança, portanto, tal como a havia denegado; 2) Desde o início da vigência da CF/88, sustentei que os processos imorais de ascensão e progressão funcionais eram inconstitucionais e o TRF da 5a.Região entendia que eram constitucionais e internamente, realizou esse tipo de seleção.O S.T.F, no Acórdão ADIN 213-7-RJ,Rel. Min.Moreira Alves, manteve meu ponto de vista pela inconstitucionalidade. Afirmou também que todo concurso é público; 3) Sobre mensalidade escolar, o Tribunal Regional Federal da 5a.Região reformou também sentença que proferi a favor dos alunos para se conterem os absurdos preços das mensalidades. O STF, no Acórdão proferido pelo Min.Moreira Alves, na ADIN proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, reafirmou meu ponto de vista de que é legal o controle de preços das mensalidades escolares; 4) Logo no início do Plano Collor, muitos especialistas, inclusive membro do TRF da 5a.Região, em palestra proferida na UFC, admitia que poderia ser legal a retenção dos cruzados. Proferi a la. sentença sobre o assunto no Ceará e talvez na 5ª Região, dando pela inconstitucionalidade do bloqueio, o que foi depois confirmado por todos os Tribunais; 5) Defendi que o COFINS (LC 70/90) era constitucional, e o Supremo Tribunal Federal assim também decidiu; 6) Muitos defendiam que as causas de estatutários seriam julgadas pela Justiça do Trabalho. Escrevi em revista como a LTr, entre outras, e como magistrado julguei que a competência era da Justiça Federal (art.240 da Lei 8.112/90-se o servidor era federal), tese que foi con-

firmada pelo STF no ADIN 492-I; 7) Quando julguei o caso dos “inhames”, sustentei que as provas contra os réus haviam sido obtidas ilicitamente (prisão em flagrante apenas do motorista, confissão na polícia sob tortura e sem a indispensável assistência de advogado, garantida pelo art. LXIII do art. 5º da CF/88), bem como que as provas também colhidas pela Polícia através de escuta telefônica e ambiente, e que desencadearam as prisões, eram igualmente ilícitas (art.5º LVI da Cf/88), porque o legislador não havia ainda elaborado a lei a que se refere o art. 5º, item XII da CF/88. Mesmo assim, o Tribunal Regional Federal da 5a.Região, no Acórdão em que foi Relator o Juiz Lázaro Guimarães, acompanhado por Petrúcio Ferreira e Nereu Santos, reformou parcialmente minha sentença. E agora o Supremo Tribunal Federal liquidou o assunto no Acórdão nº 69.912-0-RS, de 30.06.93, reafirmando o que sustentei, ou seja: enquanto o Legislativo não editar a Lei a que se refere o inciso XII, do art. 5º da CF/88, a escuta telefônica, além de constituir prova obtida ilicitamente, não servindo para condenar ninguém, mesmo que autorizada por Juiz, poderá constituir crime previsto no art. 151, § 1º, II, do Código Penal, por quem a fizer. 10. Não será ocioso lembrar que, quem tem experiência de convivência em Colegiado (Tribunais), como o signatário desta, sabe muito bem que nos Tribunais (colegiados) o Relator do processo ou recurso (muitas das vezes) termina, sozinho, decidindo a questão, na medida em que os outros membros, já bastante preocupados com outros processos em que são relatores, terminam votando simplesmente “com o relator”. Isso implica dizer que a decisão de um Juiz monocrático (1º grau), termina mesmo, em alguns casos, sendo reformada por um único Juiz, ainda que de 2º grau, no caso, pelo Relator”, e, às vezes, com base mesmo em voto elaborado pelo seu assessor. Os exemplos aqui mencionados se referem ao eg.TRF da 5a. Região unicamente porque é àquela Corte Regional que este Juiz é administrativamente vinculado, sendo ela, portanto, em grau de recurso, a primeira a examinar as decisões deste Juiz”.

Antes de 1996, quando não existia a Lei nº 9.296, havia quem defendesse que, enquanto o Poder Legislativo não elaborasse a Lei da Escuta Telefônica, omissão essa injustificada e que demorou cerca de quase 8 (oito) anos (a Constituição Federal de 1988 foi promulgada em 05.10.88, e a Lei

nº 9.296 só surgiu em 1996), a Polícia teria de trabalhar com maior competência colhendo-a (a escuta telefônica), como sempre fez, mas não a levando para dentro dos autos para não acarretar a sua invalidade bem como das demais provas que dela derivassem. Isso bem mostra que a Polícia embora querendo trabalhar, o Congresso Nacional não lhe dava o instrumento legal, no caso a Lei, tendo ela (Polícia) de esconder do Juiz do processo, a prova colhida ilicitamente. E, quando não escondia a escuta do devido processo legal, a contaminava.

Em que pese fosse uma situação em que a Polícia atenderia aos anseios da sociedade e principalmente da mídia, o Min. Rel. Sepúlveda Pertence, do STF, ao apreciar o assunto no Acórdão 69.912-RS, já referido, condenou esse procedimento policial afirmando : “... 33. Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do “fruit of the poisonous tree” é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita. 34. De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria “gravação” das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas. 35. Nossa experiência histórica, a que já aludi, em que a escuta telefônica era notória, mas não vinha nos autos, servia apenas para orientar a investigação, é a palmar evidência de que, ou se leva às últimas conseqüências a garantia constitucional ou ela será facilmente contornada pelos frutos da informação ilicitamente obtida. 36. Na espécie, é inegável que só as informações extraídas da escuta telefônica indevidamente autorizada é que viabilizaram o flagrante e a apreensão da droga, elementos também decisivos, de sua vez, na construção lógica da imputação formulada na denúncia, assim como na fundamentação das decisões condenatórias”.

No XV Congresso Internacional de Direito Penal realizado no Rio de Janeiro, no início de setembro de 1994 “reafirmou-se que qualquer prova obtida através da violação de um direito fundamental do cidadão, sem autorização dos legisladores, é processualmente nula. Ou seja, a escuta telefônica e os tão comuns “flagrantes armados” pela Polícia, não têm valor legal” (in Jornal do Comércio, Cidades, Recife, edição de 02 de outubro de 1994, domingo).

Em se tratando de caso envolvendo matéria penal incriminadora a atingir as liberdades públicas, em que o juiz não pode se substituir ao le-

gislador (o juiz não elabora a Constituição nem as leis, não instaura Inquérito Policial e nem oferece Denúncia), era necessário que os Parlamentares votassem logo o Projeto de Lei de escuta telefônica nº 3.514, do Deputado Miro Teixeira, que desde 1989 “dormia” entre a Câmara e o Senado. Todavia, somente por força do escândalo SIVAN, quando então não havia mais saída para tão gritante omissão, aprovaram rapidamente projeto do Governo que resultou finalmente na Lei nº 9.296/96.

Parlamentares que se intitulavam combatadores da grande criminalidade, mormente do tráfico ilícito de droga, com suas omissões em não lutarem pela rápida aprovação da Lei da Escuta Telefônica, terminaram, ao contrário, dando uma grande ajuda a essa criminalidade, na medida em que o Juiz, sem a referida Lei, não poderia condenar ninguém.

Enquanto não concretizada a regulamentação da escuta telefônica, a Polícia deveria usar de mais inteligência para não trazer para o processo tais escutas, encontrando outra maneira de legitimar os flagrantes.

O que mais entristece o juiz é saber que a prova mais eficiente para combate à grande criminalidade ficou durante quase 8(oito) anos (de 1988 até 1996) dependendo unicamente da vontade dos políticos (Deputados e Senadores): a elaboração da lei da escuta telefônica nº 9.296/96 e que a mídia, ao invés de deles cobrar, agredia o Judiciário que não ostenta poderes para elaborar as leis nem a Constituição e muito menos pode instaurar inquérito policial ou oferecer denúncia.

Como se vê, seja porque o art. 57, inciso II, letra “e”, da Lei 4.117, de 21 de agosto de 1962 (Código de Telecomunicações) que admitia, na vigência da Constituição de 1946, a escuta telefônica por ordem judicial, já não havia sido recebido sequer pela Constituição Federal de 1967, seja porque ainda, desde junho de 1992 o STF decidira o assunto no Acórdão 69.912, não tem razão “data vênica” o eminente Desembargador do Tribunal de São Paulo, Marcelo Fortes Barbosa, ao admitir em seu excelente Livro “Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal na Constituição de 1988”, ed. Malheiros, pg. 63, publicado em 1993, portanto, já depois da decisão do STF, insistindo em que antes da de nº 9.296/96 já existia lei admitindo a quebra do sigilo telefônico no caso a Lei nº 4.117/62 que teria sido recebida pela Constituição Federal de 1988 e até fazendo uma injusta crítica a um Juiz Federal no Ceará de que, a “pretexto” de que o art.5º, XII da CF/88 não havia sido regulamentado, ter absolvido traficantes de drogas.

Podemos até não gostar. Mas é preciso se entender, de uma vez por todas, que a lei e a Constituição são, no Brasil, aquilo que o STF diz que é. O resto é conversa para “boi dormir”. E o STF, como público e notório, antes da Lei nº 9.296/96, anulou todas as decisões, inclusive do Tribunal de Justiça de São Paulo, do qual faz parte o ilustre Desembargador Marcelo Fortes Barbosa, afirmando que nenhum Juiz ou Tribunal poderia condenar quem quer que fosse mediante prova resultante unicamente de escuta telefônica, enquanto o Congresso Nacional não cumprisse sua missão regulamentando o art. 5º, XII da Constituição Federal.

É também público e notório que o STF, através de seu ilustre Ministro, então Presidente Sepúlveda Pertence, insistiu bastante com os parlamentares e em especial junto ao Presidente do Senado, para que apressassem a regulamentação da escuta telefônica, eis que aquela Corte Suprema estava constrangida em ter de liberar traficantes de drogas que foram condenados unicamente com base nessa prova ilícita (escuta telefônica), mas consciente de cumprir a Constituição Brasileira que não foi elaborada pelo Poder Judiciário.

Portanto, não foi só um Juiz Federal no Ceará que absolveu traficantes de drogas a “pretexto” de que o art. 5º, XII da CF/88 não haver sido regulamentado, mas a nossa maior Corte Judicante - S.T.F. - que paira acima dos juízes federais, dos Desembargadores e demais magistrados.

E mais: o STF anulou todos os processos de réus condenados com base unicamente em escuta telefônica efetuada antes da Lei nº 9.296/96, ainda que com autorização judicial.

Destarte, nenhum Magistrado no Brasil, poderá condenar o pior dos criminosos com base unicamente em provas ilícitas ou obtidas ilicitamente, a não ser que se trate de um covarde, bajulador, rastejante ou fazedor de média com a opinião pública leiga. Alguém duvida que exista Juiz com esse perfil? Duvidem não.

A propósito, quando do julgamento do ex-Presidente Collor de Mello (Apelação Criminal 307-3, DF, DJU de 13.10.95, Ementário nº 1804-11), o Min. do STF, Ilmar Galvão afirmou: “é indubitável que a prova ilícita entre nós, não se reveste de necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é

representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em estado de direito democrático”.

É interessante a diferença entre Interceptações e Gravações como meios eletrônicos de captação de prova, como bem demonstra Ada Pellegrini Grinover in “ As nulidades no Processo Penal, Editora Malheiros, 1984, pg.141”verbis”

“Entende-se por interceptação telefônica a captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos dois interlocutores ou com conhecimento de um só deles. Quando um dos interlocutores grava a sua própria conversa, telefônica ou não, com o outro, sem o conhecimento deste, tem-se a gravação clandestina. Existem, portanto, várias modalidades de captação eletrônica da prova; a) a interceptação da conversa telefônica por terceiro, sem o conhecimento dos dois interlocutores; b) a interceptação da conversa telefônica por terceiro, com anuência de um dos interlocutores; c) gravação da conversa telefônica por um dos sujeitos, sem o conhecimento do outro; d) gravação entre presentes, da conversa pessoal e direta, sem o conhecimento dos interlocutores, por um terceiro; e) gravação, entre presentes, da conversa pessoal ou direta, sem o conhecimento de um dos interlocutores, feita pelo outro ou por terceiro. Vê-se daí que se entende por interceptação telefônica em sentido próprio, a operação técnica efetuada por terceiro, enquanto a conversa se desenvolve. Há quem distinga, falando em interceptação quando nenhum dos interlocutores está a par da sua ocorrência em escuta telefônica, quando a interceptação é realizada com o consentimento de um dos interlocutores. Os demais casos - inclusive o de um interlocutor que grava sub-repticiamente sua conversa telefônica com terceiro, sem o conhecimento deste - não configuram tecnicamente interceptações, mas sim gravações telefônicas. As gravações clandestinas clandestinas sub-reptícias de conversas entre presentes, efetuadas por terceiros, com o desconhecimento dos interlocutores, ou por um deles, sem o conhecimento do outro, não se enquadra na regulamentação do art. 5º XII da CF...No Brasil, divide-se a doutrina quanto à licitude da captação clandestina de conversas próprias, telefônicas ou entre presentes, sendo contudo, evidente a tendência de conferir-lhes tratamento diverso do destinado às interceptações telefônicas”.

Em resumo: na chamada jurisdição extrapenal, mesmo havendo omissão do legislador na feitura da lei, o Juiz brasileiro não fica impedido de decidir os casos concretos que lhe são submetidos, resolvendo-os aplicando a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, agindo, destarte, excepcionalmente, como legislador positivo. Na jurisdição penal incriminadora, todavia, a omissão do legislador em não editar a norma, impedirá que o Juiz o substitua, já que não pode aplicar a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, para criar um tipo penal, exacerbar o que existe ou criar obstáculos às liberdades públicas.

3. É POSSÍVEL O JULGAMENTO ANTECIPADO DA AÇÃO PENAL SE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 ASSEGURA AO RÉU UM PROCESSO LEGAL QUE TENHA INÍCIO, MEIO E FIM?

A CF/88, notadamente em seu art.5º assegura ao réu, entre outras garantias tipicamente penais:

- a não submissão à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (III);
- vedação ao anonimato (IV);
- direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (V);
- a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (X);
- a inviolabilidade da casa, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial (XI);
- a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução penal (XII);
- o direito de petição e certidão (XXXIV);
- a não exclusão de apreciação pelo Poder Judiciário a qualquer lesão ou ameaça a direito (XXXV);
- não haverá juízo ou tribunal de exceção (XXXVII);
- o reconhecimento da instituição do júri (XXXVIII);
- o princípio da legalidade penal (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal)- XXXIX;
- a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (XL);

- individualização da pena (XLV e XLVI);
- não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra externa; de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, cruéis (XLVII);
- a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (XLVIII);
- é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (XLIX);
- às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (L)
- nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei (LD);
- não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (LII);
- ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (LIII);
- ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (LIV);
- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (LV);
- são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (LVI);
- ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (LVII);
- o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (VIII);
- ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (LXI);
- a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (LXII);
- o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (LXIII);
- o preso tem o direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (LXIV);

- a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (LXV);
- ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (LXVI);
- não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (LXVII);
- conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (LXVIII);

Temos, ainda, fora do art. 5º a maioria penal que começa aos 18 (dezoito) anos (art.228 da CF/88), ficando, os menores dessa idade, sujeitos às normas da legislação especial (Lei 8.069/90).

Bem se vê que, notadamente o processo penal – *due process of law* – é instituído em benefício do réu, contra a prepotência do Estado.

“Os preceitos constitucionais com relevância processual têm a natureza de normas de garantia, ou seja, de normas colocadas pela Constituição como garantia das partes e do próprio processo.

Da idéia individualista das garantias constitucionais-processuais, na ótica exclusiva de direitos subjetivos das partes, passou-se, em épocas mais recentes, ao enfoque das garantias do “devido processo legal” como sendo qualidade do próprio processo, objetivamente considerado, e fator legitimante do exercício da função jurisdicional. Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade, etc, constituem, é certo, direitos subjetivos das partes, mas são, antes de mais nada, características de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo, não só em benefício das partes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional. Isso representa um direito de todo o corpo social, interessa ao próprio processo para além das expectativas das partes e é condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa”(in *As Nulidades No Processo Penal*, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, 3ª edição, Editora Malheiros, pg. 19/20,SP).

Somente um Judiciário forte e verdadeiramente independente pode assegurar as garantias constitucionais e manter um Estado Democrático de Direito.

De nada valeriam aos cidadãos, as garantias constitucionais, se existissem Juízes descomprometidos com o Estado de Direito, covardes, rastejantes, bajuladores, carreiristas e principalmente “fazedores de média” para pousarem na mídia. O Juiz só se ajoelha diante de Deus.

Desde logo afirmamos ser perfeitamente possível o julgamento antecipado da ação penal, fazendo coisa julgada tanto formal quanto material, se isso, note-se bem, for de interesse do réu (autor do fato), em benefício de quem, repita-se, as Constituições Brasileiras e notadamente a de 1988, asseguram o devido processo legal, ainda que o Supremo Tribunal Federal, sob o tênue argumento de que o processo tem de chegar ao seu fim, seja contrário a esse tipo de julgamento.

4. O TEMA, APARENTEMENTE NOVO, JÁ FOI ENFRENTADO DESDE O FINAL DA DÉCADA DE 80.

Desde o ano de 1987, quando iniciávamos a difícil missão como Juiz Federal, na inesquecível Seção Judiciária do Piauí e nos tempos do saudoso Tribunal Federal de Recursos, após concurso de âmbito nacional e também quando sequer se cogitava do assunto – julgamento antecipado da ação penal e prescrição antecipada ou em perspectiva ou ainda projetada ou virtual - já decidíamos pela possibilidade desse tipo de julgamento, em casos de sonegação fiscal, quando vigia a Lei n. 4.729/65. Já no Ceará, proferi sentença que, para minha surpresa, foi integralmente confirmada pelo TRF da 5ª Região, em Acórdão que teve com o Relator o ilustre colega Dr. Castro Meira, conforme publicação na RTJE, vol. 80, da Editora Jurid Vellenich Ltda, “*verbis*”:

EMENTA. 1. Penal. Sonegação Fiscal. Réu primário, passível unicamente de pena de multa (art. 1º, § 1º, da Lei nº 4.729/65 c/c art. 114 do Código Penal). Prescrição, em dois (2) anos, já consumada. Primariedade comprovada e aferível desde o início do devido processo legal. 2. Polêmica em torno da impossibilidade de decretação da extinção da punibilidade pela prescrição, antes de proferida decisão dando pela procedência da acusação, em face do cômodo entendimento firmado pelo extinto Tribunal Federal de Recurso, através

da Súmula nº 241. 3. O poder Judiciário, de quem tanto esperam os jurisdicionados, não deve, embora possa, se prestar à prática de atos absolutamente inúteis. 4. Se se concorda: a) com o cômodo entendimento firmado pela Súmula 241, do extinto TFR; b) que o fato delituoso data de mais de dois (2) anos, a prescrição deve ser decretada independentemente de decisão dando pela procedência da acusação (art.61 do CPP). 5. A virtude do jurista e do magistrado está em mudar de opinião na procura incessante de resdescobrir o Direito, que se não confunde com a lei, produto da falibilidade humana. 6. “E aqui vai um conselho da experiência: não tenha o juiz a lei de cor. Se à força de manejar seu código chegar a decorar seus preceitos, busque esquecer. Sempre que tiver de aplicar uma lei, abra o código e leia o texto que entende aplicável. Leia-o em momentos diversos, em horas diferentes. Dessa leitura pode surgir inesperadamente uma nova interpretação benéfica. Durante mais de meio século os tribunais franceses leram o art. 1.382 do Código de Napoleão e o aplicavam tal como lhes soava sua letra. Um grave acidente que vitimou um grande número de operários que ficariam ao desamparo de uma necessária indenização, segundo a doutrina tirada do dito texto, levou um juiz estudioso a uma leitura do revelho artigo. E sem mudar uma só palavra do anoso texto, levou ao seu tribunal uma leitura nova, uma inteligência nova daquele versículo legal. Nesse dia, nasceu para o mundo ocidental, a teoria da responsabilidade sem culpa” (Eliezer Rosa , in A voz da Toga)

Eis o Acórdão do TRF- 5ª. Região, em que foi Relator o Juiz Castro Meira, decisão unân em 01.08.1991. PENAL. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. REUS PRIMÁRIOS. PRESCRIÇÃO . RECONHECIDA NA SENTENÇA A PRIMARIEDADE DOS RÉUS, A PENA DE MULTA TORNA-SE A ÚNICA PASSÍVEL, NOS TERMOS DO ART. PRIMEIRO, PARÁGRAFO PRIMEIRO DA LEI 4729/65. DATANDO O FATO CRIMINOSO DE MAIS DE DOIS ANOS, IMPÕE-SE O RECONHECIMENTO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PELO QUE SE TORNA DESNECESSÁRIO O EXAME DO MÉRITO. APELAÇÃO IMPROVIDA”.

**5. FUNDAMENTO DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA AÇÃO PENAL:
ANALOGIA AO CAPUT DO ART. 330, DO CPC, NOTADAMENTE
O ART.3º DO CPP E AINDA ART. 6º DA LEI 8.038,
ART. 1º 8.658/93 E ART. 516 DO CPP.**

Com exceção da Dinamarca, nenhum outro País do mundo, atualmente, segundo se tem notícia, adota o princípio da analogia em matéria penal incriminadora.

A analogia, todavia, quando for para beneficiar o réu pode ser aplicada, especialmente em matéria processual, em razão mesmo do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

Desde que seja de interesse do réu, em benefício de quem, repita-se, existe na Constituição o devido processo legal, o julgamento antecipado da ação penal tem seu fundamento de validade expresso em dois (2) dispositivos bem conhecidos nossos, a saber:

a) art.6º da Lei 8.038/90 (“ A seguir, o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas.

§1º. No julgamento de que trata este artigo, será facultada sustentação oral pelo prazo de 15 (quinze) minutos, primeiro à acusação, depois à defesa.

§ 2º. Encerrados os debates, o Tribunal passará a deliberar, determinando o Presidente as pessoas que poderão permanecer no recinto, observado o disposto no inciso II, do artigo 12, desta Lei”, e

b) art. 516 do CPP (“O juiz rejeitará a queixa ou denúncia, em despacho fundamentado, se convencido, pela resposta do acusado ou do seu defensor, da inexistência de crime ou da improcedência da ação”).

Por outro lado, o art. 3º do Código de Processo Penal pode ser invocado “*verbis*”:

“A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito”.

Também pode ser invocado o art. 330, do Código de Processo Civil “*verbis*”:

*“O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:
I – quando a questão for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;
II – quando ocorrer a revelia (art.319;”*

Embora não se apliquem na área penal o inciso II, por óbvias razões, o mesmo não se pode dizer do caput e do inciso I, do art.330 do CPC.

6. CASOS CONCRETOS EM QUE O JULGAMENTO PENAL PODE OCORRER ANTES MESMO DO FINAL DO PROCESSO JUDICIAL E POR ISSO CONSIDERADOS ANTECIPADOS SEM QUE OCORRA VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

As causas extintivas da punibilidade ocorridas antes da decisão de mérito, estão listadas no art. 107 do Código Penal: morte do agente; anistia; abolição criminis; decadência; preempção; renúncia; perdão do ofendido; reparação e prescrição.

Todavia, como a lista do referido artigo não é taxativa, temos ainda, no próprio Código Penal, como causas extintivas da punibilidade: a) o ressarcimento do dano no peculato culposo, que permanece no art. 312, parágrafo 3º; b) a hipótese de falso testemunho (art. 342 parágrafo 3º) e, citados ainda por Celso Delmanto in Código Penal Comentado, atualizado e ampliado por Roberto Delmanto, 3ª edição, RENOVAR, pg. 164), temos: c) a morte da vítima (não confundir com a do réu) nos delitos de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (CP.art.236) e de adultério (CP art.240); d) sentença absolutória estrangeira, na hipótese do CP, art. 7, II, parágrafo 2º, d, la. parte).

O saudoso Celso Delmanto não aceitava como extintivas da punibilidade outras três (3) causas indicadas pela Doutrina a saber: a) cumprimento de pena no estrangeiro, por crime lá praticado (CP.art.7º· II, parag.2º, d, última parte); b) término do período de prova do sursis; c) cumprimento do livramento condicional, eis que, para ele, o que elas extinguem é a pena, e não a punibilidade.

Previstas no **Código de Processo Penal**, temos também como causas que de certo modo extinguem a punibilidade:

a) a conciliação prevista no art. 520; b) a rejeição da denúncia ou da queixa (art.43); c) art. 516; d) art. 4II (absolvição sumária); e) absolvição imprópria, esta ultima prevista no Cod.Penal.

Previstas em leis especiais, temos como causas de extinção da punibilidade antes da decisão de mérito :

a) o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia, nos crimes definidos na Lei 8.137, de 27.12.90 (art.34 da Lei n. 9.249, de 26.12.95);

b) no caso do art.89 parágrafo 5º da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), decorrido o prazo da suspensão condicional do processo sem sua revogação;

c) Lei 8.038/90 (art. 6º) e Lei n. 8.658/93

Quando estava finalizando a última correção de livro que estarei publicando em maio próximo, pela UNIFOR, sobre JULGAMENTO ANTECIPADO DA AÇÃO PENAL, tomei conhecimento, através do ilustre colega e Juiz Federal no DF, Dr. Marcus Vinicius Reis Bastos, de que em Encontro realizado em Minas Gerais, no final do ano de 2000, pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, os Juízes Federais de MG e DF que ali estiveram presentes, aprovaram os seguintes enunciados relativamente ao JULGAMENTO ANTECIPADO DA AÇÃO PENAL:

1) Cabe julgamento antecipado da lide em matéria penal, exceto para condenar (CF, art. 5º,LIV; CPP. Art.3º c/c art.330 do CPC);

2) É admissível o julgamento antecipado da ação penal nas hipóteses de: a) estar provada a inexistência do fato; b) não constituir o fato infração penal; e c) existir circunstâncias que exclua o crime ou isente o réu de pena (CPP. Art.386,I, III e V);

3) O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado pela pena em perspectiva é causa de julgamento antecipado da lide penal;

4) Em qualquer fase do processo penal, de ofício ou mediante provocação, pode o Juiz julgar antecipadamente a ação penal” (mvbastos@dftrf.gov.br).

7. O MAIS NOVO INSTRUMENTO DE DEFESA: PRESCRIÇÃO ANTECIPADA OU EM PERSPECTIVA OU AINDA PROJETADA OU VIRTUAL. POLÊMICA EXISTENTE NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA.

O nosso direito pátrio determina que para cada crime há um prazo dentro do qual o Estado deve exercer o seu direito de punir o delinqüente, o que se denomina de prescrição. Passado tal prazo, há uma renúncia do direito estatal de punir.

O direito positivo brasileiro reconhece (arts.109 a 119 do Código Penal) diversas modalidades de prescrição a saber: prescrição da ação propriamente dita; prescrição retroativa ou intercorrente; prescrição superveniente, todas, atingindo o próprio direito de punir do Estado como se o processo não tivesse existido (Súmula 186 do extinto Tribunal Federal de Recursos e pacífica jurisprudência dos demais Tribunais), e que, conforme a inusitada Súmula 241 do extinto Tribunal Federal de Recursos “a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação criminal”.

Ainda prevista em lei (Código Penal. art.112) há a prescrição da execução da pena, onde, todavia, persistem todos os efeitos da condenação, exceto o recolhimento do preso ao cárcere.

Embora os Tribunais, notadamente o Supremo, não a acolham, mas dada à grande quantidade de processos a cargo dos Juízes (no Brasil há um juiz para cerca de 27.000 habitantes) não se pode ignorar a existência de outra modalidade: a prescrição em perspectiva ou antecipada ou ainda projetada ou virtual.

A propósito, em julgamento proferido na 4a. Vara Federal no Ceará, no Proc.94.4582-4, réus Antônio Fernandes e outros a acolhi, com os seguintes argumentos:

a) O STF, conservador que é, não vem acolhendo a chamada prescrição em perspectiva sob a tênue alegação de que inexistindo previsão legal não se pode, antes da sentença condenatória, presumir a pena frente às circunstâncias do caso concreto (RHC 66.913-DF, RTJ 135/590); RHC 76.153-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 10.2.98, cfe Boletim Informativo do STF nº 99, o que não implica dizer que nós Juízes de 1º grau, concursados, concordemos com aquela Corte, até porque diversas situações não previstas em Lei, desde que não prejudiquem o réu, são aplicadas no direito brasileiro a saber:

princípio da insignificância, inexigibilidade de conduta diversa, entre tantas outras, inclusive a prescrição pela pena abstrata, contra a qual o réu não pode se rebelar. Ademais, um Juiz Federal no Ceará conta com mais de 10.000 processos, mesmo depois de criadas 4 (quatro) Varas e redistribuídos os processos, não devendo perder tempo com atos inúteis;

b) Conforme escrevo em meu Livro “Questões Polêmicas de Direito”, Editora Del Rey, 1988, pags.219/233, a decretação da prescrição antecipada ou em perspectiva ou ainda projetada ou virtual, nenhum prejuízo causa ao réu, se este quer tal decretação;

c) O juiz brasileiro só está vinculado, ou seja, obrigado a seguir decisões do STF, conforme a própria CF/88, quando este as proferir em Ação Declaratória de Constitucionalidade. A chamada súmula vinculante, pelo menos até esta data (dezembro/2000) não passou na chamada Reforma do Judiciário;

d) quando sequer se cogitava do “nomem juris” - prescrição em perspectiva ou antecipada ou ainda projetada ou virtual, a acolhi, no início do ano de 1990, conforme sentença publicada na RTJE, vol.80, da Editora Jurid Vellenich Ltda, sentença essa que foi confirmada, por unanimidade, pelo TRF da 5a. Região, em julgamento de 01.08.1991, rel. Juiz Castro Meira, já mencionado no item 4, deste Livro;

e) O Superior Tribunal de Justiça, na turma do Ministro Edson Vidigal, e por unanimidade, também entende aplicável a prescrição ou ainda projetada ou virtual ao afirmar “...2. sendo o acusado primário e de bons antecedentes, considerando que houve, antes da ação penal, por ato voluntário, ressarcimento da coisa, hipótese em que se reduz a pena a grau máximo, decreta-se a prescrição da pretensão punitiva em perspectiva (HC nº 4795-SP, unânime, DJ de 29.10.96,pg.41670);

f) Conforme Júlio Fabbrini Mirabete, in Manual de Direito Penal, Parte Geral, Editora Atlas, pags. 415 a 416, o próprio STF, com fundamento no princípio que proíbe a reformatio in pejus indireta, tem admitido que se pode decretar a prescrição antecipada ou em perspectiva ou ainda virtual ou projetada, com base na pena fixada em sentença anulada em recurso exclusivo da defesa (RTJ 17/155, 40/474, 32/54-5; RT 607/416, 658/369, 660/371, 666/304-5, 682/304-5, 682/337, 691/379; RJDTACRIM 3/218, 6/12, 9/131; JTAERGS 67/127, 81/74, 84/52). E continua Mirabete: “Anulada a sentença em recurso exclusivo da defesa, a prescrição continua a ser contada com base na pena em concreto de decisão anulada, uma vez que,

vigindo o princípio que proíbe a reformatio in pejus, não pode ser ela aumentada (item 12.4.II, RT 605/404, 636/364)”.

Como lembrado por Fernando Capez, in Curso de Direito Penal, Parte Geral, I, Editora Saraiva, pg.569 ” Confirmando o arquivamento do inquérito policial pelo procurador-geral de Justiça, com base na prescrição virtual, não cabe ao Poder Judiciário questionar essa decisão do Ministério Público, sendo impossível o reexame do mérito (nesse sentido: STF, Inquérito n. 1.085-5/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, Seção I, 29.2.96, p.4853; STF, Inquérito n. 1.158-4/DF, rel. Min. Octávio Galloti, DJU, Seção I, 5.3.96,pg.5514).

Portanto, em circunstância como a mencionada acima, é possível ao advogado obter sucesso ao pleitear em 1º grau, em simples petição, a decretação da prescrição antecipada/perspectiva ou ainda projetada ou virtual principalmente quando mostre ao Juiz que ao réu em benefício de quem existe o devido processo legal, interessa aquela decretação.

8. É EVIDENTE A POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO ANTECIPADO DA AÇÃO PENAL, PELAS SEGUINTE RAZÕES :

8.1 - O magistrado consciente de seu papel não deve perder tempo em praticar atos inúteis;

8.2 - O devido processo legal sempre foi estabelecido pelos Constituintes, inclusive o de 1988, em benefício do réu e não do Estado;

8.3 - Se o réu manifestar desejo de que o juiz decrete a extinção de sua punibilidade.

8.4 - Se havendo condições de decretar a extinção da punibilidade pela prescrição em perspectiva, antecipada ou ainda projetada ou virtual e o juiz não o fizer, desde logo, simplesmente perderá tempo com a prática de atos inúteis, tais como interrogatório, ouvida de testemunhas, diligências, alegações finais, sentença e depois de vários anos em que a sentença condenatória transitar em julgado para a acusação, necessariamente terá de ser decretada, depois, a prescrição retroativa (outra modalidade), hipótese que, segundo a inusitada Súmula 241 do extinto Tribunal Federal de Recursos impedirá o próprio recurso apelatório do acusado, o que bem mostra que a decretação da prescrição é obrigação de ofício do Juiz, por se tratar de matéria de ordem pública, devendo o magistrado declará-la em qualquer

fase do processo (art.61 do CPP) e até mesmo contra a vontade do réu que busque sua absolvição;

8.5 - No caso de sentença anulada, o próprio STF não tem deixado de atender a pedido do chefe do Ministério Público, É que, conforme Júlio Fabbrini Mirabete, in Manual de Direito Penal, Parte Geral, Editora Atlas, pags. 415 a 416, o próprio STF, com fundamento no princípio que proíbe a reformatio in pejus indireta, tem admitido que se pode decretar a prescrição antecipada ou em perspectiva ou ainda virtual ou projetada, com base na pena fixada em sentença anulada em recurso exclusivo da defesa (RTJ 17/155, 40/474, 32/54-5; RT 607/416, 658/369, 660/371, 666/304-5, 682/304-5, 682/337, 691/379; RJDACRIM 3/218, 6/12, 9/131; JTAERGS 67/127, 81/74, 84/52). E continua Mirabete: “Anulada a sentença em recurso exclusivo da defesa, a prescrição continua a ser contada com base na pena em concreto de decisão anulada, uma vez que, vigindo o princípio que proíbe a reformatio in pejus, não pode ser ela aumentada (item 12.4.II, RT 605/404, 636/364)”.

8.6 - É incontroverso que a prescrição da pretensão punitiva sobre põe-se a qualquer outra questão e precede ao mérito da própria ação penal (cfe Celso Delmanto, in “Cod.Penal Comentado”, RJ/ Renovar, 4ª edição, 1998, p.191), e, conforme José Fernando Marreiros Sarabando (in Boletim IBCCRIM ano 8, n.89, abril 2000, pg.3) “...tratando-se de extinção da punibilidade sob a forma de jus puniendi, dá-se para o Estado a perda do direito de exigir do Judiciário a prestação jurisdicional, de sorte que fica obstaculizado o julgamento da própria lide, ou, em outras palavras, vê-se prejudicado o exame do mérito da causa...há preponderância da decisão extintiva da punibilidade sobre a que decreta a absolvição do réu....desaparecido o direito estatal de ver julgada a lide, tão somente há o juiz de declarar extinta a punibilidade, sustando de pronto o ferimento do mérito (RT 602/235, 652/312, JUTACRIMSP 19/105, 54/422, RTFR 124/195 etc), porquanto, tratando-se de matéria preliminar, impede a análise do merecimento da causa, ainda que eventualmente fosse a hipótese de absolvição do réu (RT 614/316, 646/299, etc)”.

8.7 - O juiz somente não deve decretar a prescrição antecipada ou em perspectiva ou ainda projetada ou virtual quando puder descobrir, durante a instrução processual, outro crime cuja pena, por ser maior, ainda não esteja prescrita, para dar cumprimento ao art. 40 do CPP.

(obs) - parte do Livro JULGAMENTO ANTECIPADO DA AÇÃO PENAL já entregue à UNIVERSIDADE DE FORTALEZA (UNIFOR) cuja previsão para lançamento está marcado o próximo mês de maio.

DA CURATELA DOS INTERDITOS

FRANCISCO ROBERTO MACHADO

Juiz Federal da 6ª Vara da SJ/CE

SUMÁRIO: 1 - Noções gerais. 2 - Competência. 3 - Petição inicial, citação, interrogatório e curadoria provisória; 4 - Prazo de resposta do interditando. 5 - Exame médico-pericial do interditando. 6 - Audiência de instrução e julgamento. 7 - O Ministério Público. 8 - A sentença e seus efeitos 9 - Hipoteca legal, balanço, prestação de contas e gratificação do curador. 10 - Levantamento da interdição.

1. NOÇÕES GERAIS

Os psicopatas¹, os surdos-mudos sem educação que os habilite a enunciar precisamente sua vontade, os pródigos² e os toxicômanos acometidos de perturbações mentais, pelo fato de se encontrarem, permanentemente ou de modo duradouro, impossibilitados de praticar, pessoalmente, atos da vida civil (gerir sua pessoa e/ou administrar seus bens), devem ser interditados e sujeitos a curatela (art. 5º c.c. art. 446, ambos do CC, Dec. 24.559/34, DL 891/38 e art. 1.185 do CPC).

A curatela dos interditos, portanto, destina-se a proteger pessoas cuja incapacidade não resulta da idade, daí porque, a princípio, não pode ser requerida visando a interdição de menores³. É esta a lição da jurisprudência

¹ Loucos de todo o gênero, pela nomenclatura do Código Civil (art. 5º, II).

² Pessoa cujo comportamento anormal põe em perigo de ruína seu patrimônio, em prejuízo de sua família e herdeiros necessários.

³ RT 720/111 e JTJ 174/707, apud CPC, Theotônio Negrão, 32ª edição, pág. 972, nota 1b ao art. 1.177.

que, entretanto, deve ser entendida apenas em relação aos impúberes (menores de 16 anos) porque já absolutamente incapazes (art. 5º, I, CC). Se o caso é de menor púbere, cuja idade (maior de 16 e menor de 21 anos) lhe garantiria relativa capacidade, é possível sua interdição em estando ele, de fato, enquadrado nas hipóteses dos incisos II e III do art. 5º do Código Civil⁴, incluído aí o acometido de perturbações mentais pela dependência de substâncias entorpecentes (toxicômano), daí a legitimidade do tutor para promover a demanda (art. 1.177, I, CPC), de tal sorte que, decretada a interdição do menor púbere portador de psicopatia ou de surdo-mudez sem capacidade para exprimir sua vontade, torna-se ele absolutamente incapaz para exercer, pessoalmente, atos da vida civil.

A ação, que segue o procedimento (de jurisdição voluntária) previsto nos arts. 1.177 a 1.191 do CPC, tem duplo objeto: a interdição do incapaz e a nomeação de curador. Daí a nomenclatura utilizada pelo Código: **“Da Curatela dos Interditos”** (v. CPC, Livro IV, Título II, Capítulo VIII).

São legitimadas a promover a interdição as pessoas designadas nos arts. 447 do Código Civil e 1.177 do Código de Processo Civil, quais sejam: pai, mãe, tutor, cônjuge⁵ ou companheiro⁶, parente próximo⁷, ou o Ministério Público^{8 9}. Importante atentar para a lição da jurisprudência, segundo a

⁴ Psicopatas ou surdos-mudos sem capacidade para exprimir sua vontade.

⁵ “O cônjuge separado judicialmente não tem legitimidade para requerer a interdição de seu ex-cônjuge” (RJTJESP 90/171, apud Theotônio Negrão, 32ª edição, pág. 972, nota 3 ao art. 1.177).

⁶ “Diante dos expressos termos da CF art. 226 § 3º, pode postular a interdição de seu consorte o concubino que viva em união marital estável” (Código de Processo Civil Comentado, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, RT, 2ª edição, pág. 1.321, nota II.3 ao art. 1.177).

⁷ Pelo Código Civil o parentesco colateral vai até o sexto grau (art. 331). Contudo, somente os parentes colaterais até o 4º grau, porque ligados pelo vínculo da sucessão (art. 1.612, CCiv), são considerados “parentes próximos” e, portanto, legitimados para promover a interdição (JTJ 170/111, apud CPC, Theotônio Negrão, 32ª edição, pág. 972, nota 6 ao art. 1.177).

⁸ O Ministério Público não pode promover a interdição do pródigo, restrita às pessoas indicadas no art. 460 do CCiv. Poderá sempre fazê-lo no caso de anomalia psíquica e, nos demais casos, se os outros legitimados não puderem ou não tomarem a iniciativa de promovê-la (art. 1.178, CPCiv), podendo prosseguir na ação de interdição alvo de eventual desistência da parte que a ajuizou. Vide lição in CPC comentado, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, RT, 2ª edição, 1996, pág. 1.322.

⁹ O inc. I do art. 448 do CCiv está revogado pelo inc. I do art. 1.178 do CPCiv, de tal forma que o Ministério Público pode promover a interdição em todos os casos de anomalia psíquica e não apenas nos de “loucura furiosa”, expressão atécnicamente e que só confusão gerava (CPC comentado, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, RT, 2ª edição, 1996, pág. 1.322)

qual “a preferência para promover a interdição não impede que haja alteração na ordem enumerada em lei, se ocorrer qualquer motivo que desaconselhe o exercício do ‘múnus’ por aquele a quem, normalmente, caberia o direito de invocar a tutela judicial”¹⁰. A rigor, não se deve confundir legitimidade para promover a demanda, matéria tratada no art. 1.177 do CPC, com ordem legal de preferência para o exercício da curatela, matéria regulada no art. 454 do CC. Portanto, nada obsta que a interdição seja promovida, indistintamente, por quaisquer das pessoas a tanto legitimadas, pois a curatela nem sempre será deferida ao próprio autor, podendo recair em terceira pessoa escolhida pelo juiz, conforme melhor lhe pareça consultar os interesses do interdito, até porque, consoante lição da jurisprudência, a ordem legal do art. 454 do Código Civil não é absoluta, cedendo ante os interesses da pessoa protegida, tendo em vista o princípio constante do art. 1.109 do CPC¹¹. Diga-se, por fim, que a interdição do pródigo somente pode ser promovida pelo cônjuge, ascendente ou descendente (art. 460, CC) porque a interdição/curatela, no caso, é voltada apenas para proteger seus bens, em proveito da família e de seus herdeiros necessários.

O procedimento estabelecido pelo Código de Processo Civil para a Ação de Interdição e Curatela não pode ser desobedecido. Quer dizer: o juiz não pode socorrer-se do rito de outra demanda para decidir a questão, salvo a aplicação **subsidiária** do rito ordinário (par. único, art. 272, CPC). Cuidaremos, logo adiante, em linhas gerais, de cada fase desse procedimento.

2. COMPETÊNCIA

Embora o domicílio do incapaz seja o de seu representante legal (art. 36, CC), a competência para a ação de “curatela dos interditos” é do juízo de família do foro de domicílio do interditando, inaplicando-se o art. 98 do CPC¹², restrito às demandas contra ele propostas depois de interditado, com curador já investido no múnus.

¹⁰ RTJE 114/186, apud CPC, Theotônio Negrão, 32ª edição, pág. 972, nota 5 ao art. 1.177.

¹¹ JTJ 193/233, apud Theotônio Negrão, 32ª edição, pág. 974, nota 6 ao art. 1.184.

¹² CPC, Theotônio Negrão, 27ª edição, pág. 657.

3. PETIÇÃO INICIAL, CITAÇÃO, INTERROGATÓRIO E CURADORIA PROVISÓRIA

Recebendo a inicial, com os requisitos dos arts. 282 e 1.180, ambos do CPC, o juiz mandará citar o interditando¹³ para, em local, dia e hora que designar, ser interrogado a respeito de sua vida, negócios, bens e do mais que lhe parecer necessário para ajuizar do seu estado mental (art. 1.181, CPC), o que inclui seu relacionamento com o pretense curador e o nível de confiança e amizade entre ambos, sem descurar de quaisquer outros assuntos que pareçam ao juiz necessários para aquilatar a alegada falta de capacidade de fato do interditando. Em outras palavras: sobre a anomalia de que padece e da conveniência da nomeação deste ou daquele curador. As perguntas e respostas do interrogatório serão reduzidas a auto (art. 1.181, CPC), como, de resto, faz-se nas inquirições de partes e testemunhas nos feitos judiciais. Não sabendo ou não podendo assinar, será aposta sua digital, assinando alguém a rogo dele. Caso não tenha condições de externar quaisquer manifestações (falar, ouvir, escrever etcetera), o juiz se limitará a registrar em ata o ocorrido. Não podendo comparecer na sede do foro, caberá ao juiz tomar-lhe o interrogatório na residência ou hospital onde se encontre (par. único, art. 336, CPC), ensinando a jurisprudência que somente em casos especiais, de pessoas gravemente excepcionais, inexistente qualquer sinal de risco de fraude, poder-se-á, no interesse do interditando, dispensar o interrogatório¹⁴, ato pessoal do juiz que, portanto, não admite intervenção, senão mera assistência de advogados e do órgão do Ministério Público¹⁵, cujas presenças não são indispensáveis.

A prática forense mostra que, na maioria dos casos, o interditando é absolutamente incapaz para todos os atos da vida civil, sendo possível vislumbrar-se isto, à vista de suas próprias manifestações externas, já por ocasião de seu interrogatório. Logo, especialmente hoje, depois da sistematiza-

¹³ Nos procedimentos de jurisdição voluntária a lei utiliza a nomenclatura “interessados” para referir-se às partes do processo, diferente do que ocorre na jurisdição contenciosa, cuja nomenclatura própria é de “autor”, para o agente ativo, e de “réu”, para o agente passivo da relação processual (não são próprias as nomenclaturas, utilizadas na prática forense, tais como promovente e promovido). Especificamente em relação à ação de interdição/curatela, o “interditando” e o agente passivo da relação processual, deixando-se a nomenclatura “interdito” para aquele cuja sentença já lhe impôs a interdição e a curatela.

¹⁴ JTJ 179/166, apud Theotônio Negrão, 32ª edição, pág. 973, nota 2 ao art. 1.181.

¹⁵ RT 760/377, apud Theotônio Negrão, 32ª edição, pág. 973, nota 3 ao art. 1.181.

ção, em nossa processualística civil, do instituto da antecipação da tutela (art. 273, CPC), é perfeitamente possível a designação de curador interino visando a prática de atos de urgência, que não podem aguardar a decretação da interdição e a nomeação de curador definitivo¹⁶. Nada obsta que a designação se faça, “in initio litis” e “inaudita altera pars”, desde que a inicial esteja bem instruída. Mais prudente, contudo, será fazê-lo após o interrogatório do interditando, quando o juiz, ao examiná-lo, melhor ajuizará acerca de seu estado mental (art. 1.181, CPC), oportunidade em que também melhor se informará acerca da conveniência da nomeação do autor para o múnus da curatela, pois essa nomeação, como dissemos alhures, poderá recair em terceira pessoa, por ele escolhida, conforme melhor lhe pareça consultar os interesses da pessoa que se deseja proteger com a curatela.

4. PRAZO DE RESPOSTA DO INTERDITANDO

Depois da audiência de interrogatório, os autos aguardarão, em cartório, o decurso do prazo de cinco (05) dias, durante o qual o interditando poderá impugnar o pedido de interdição. A expressão “impugnação” é sinônima de resposta (defesa), podendo o interditando constituir advogado para tanto (§ 2º, art. 1.182, CPC), faculdade igualmente deferida a qualquer parente sucessível (§ 3º, art. 1.182, CPC). O mandato, neste caso, será outorgado ao advogado pelo próprio parente, com os mesmos poderes que teria se nomeado pelo interditando. Parece-nos, salvo melhor juízo, que se trata de verdadeira hipótese de substituição processual, onde o terceiro, autorizado por lei, demanda em juízo, em nome próprio, na defesa de direitos ou interesses alheios (art. 6º, CPC)¹⁷. Em qualquer hipótese, o prazo para impugnação é o mesmo, nada obstando a habilitação de qualquer deles no curso do processo, a qualquer tempo, recebendo-o no estado em que se encontra (art. 322, CPC).

¹⁶ “Nos termos do art. 273, pode ser nomeado curador provisório ao interditando” (STJ-RT 757/144, RT 737/230, apud Theotônio Negrão, 32ª edição, pág. 972, nota 1c ao art. 1.177).

¹⁷ Trata-se de opinião isolada porque, afinal, a literalidade da lei indica apenas que o parente outorgará mandato a advogado para agir, ao que tudo indica, em nome do próprio interditando. De qualquer sorte, diga-se, um inusitado mandato, exatamente porque o mandatário, embora recebendo poderes do mandante, comparece a juízo para agir em nome de outrem. Daí nossa estranheza e opção pela figura da substituição processual, mais plausível no campo da ciência processual.

5. EXAME MÉDICO-PERICIAL DO INTERDITANDO

O exame médico-pericial é sempre **indispensável**, sob pena de nulidade do processo, não podendo ser substituído por mero laudo extrajudicial expedido pelo INSS¹⁸, ou simples atestado médico em que se indique por código a vesânia do interditando¹⁹ ²⁰, exatamente porque a interdição tem por mira o doente mental, o surdo-mudo que não pode exprimir sua vontade, o pródigo ou o toxicômano, cujas incapacidades somente podem ser avaliadas pelo juiz com o auxílio de especialista. Portanto, decorrido o prazo de resposta, com ou sem impugnação do interditando, o juiz nomeará perito de sua confiança, que apresentará laudo circunstanciado e conclusivo a respeito da capacidade ou incapacidade absoluta ou relativa do interditando para os atos da vida civil. Quer dizer: deve deixar claro se o interditando é ou não absoluta ou relativamente incapaz para gerir sua pessoa e/ou administrar seus bens. Sabe-se que os pródigos têm capacidade para gerir sua pessoa, não na tendo para administrar seus bens. Dai a necessidade de serem fixadas pelo juiz, em relação a eles, os limites da interdição e curatela. O mesmo se verificará com os toxicômanos, em que o grau de intoxicação (dependência) poderá determinar uma interdição limitada ou plena (DL nº 891/38). Daí a importância de laudo pericial e bem fundamentado.

6. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Apresentado o laudo, ouvidas sobre ele os interessados e o órgão do Ministério Público e decidido sobre a necessidade ou não da realização de uma segunda perícia (arts. 437 a 439, CPC)²¹, o juiz designará audiência de instrução e julgamento (art. 1.183, CPC), obrigatória apenas quando houver necessidade de produção de prova oral. Se a prova pericial for bastante para a demonstração da incapacidade do interditando, a audiência de instru-

¹⁸ RT 744/335, apud Theotônio Negrão, 32ª edição, pág. 973, nota 1 ao art. 1.183.

¹⁹ RJTJESP, apud Theotônio Negrão, CPCiv, 26ª edição, 1995, pág. 679.

²⁰ CPC comentado, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, RT, 2ª edição, 1996, pág. 1.325.

²¹ ex vi do disposto no parágrafo único do art. 272 do CPCiv, o procedimento ordinário é subsidiário dos demais procedimentos.

ção poderá revelar-se importante, de qualquer sorte, para aquilatar se o autor reúne condições de se lhe confiar a curatela. Importante, também, investigar sobre sua idoneidade moral e financeira, pois a falta da primeira é motivo impeditivo da nomeação para o exercício do múnus; enquanto a existência da segunda poderá garantir ao curador nomeado a dispensa de especialização de bens em hipoteca legal (art. 1.190, CPC).

7. O MINISTÉRIO PÚBLICO

O órgão do Ministério público será intimado de todos os atos do processo (art. 83, I, CPC). Quer dizer: será convocado para assistir ao interrogatório do interditando, para falar sobre o laudo pericial, assim também para a audiência de instrução e julgamento, em sendo esta necessária. Concluída a instrução ou dispensada esta, o órgão do Ministério Público receberá vista dos autos, sempre depois das partes (art. 83, I, CPC), para se manifestar sobre o mérito do pedido de interdição e curatela, tendo, inclusive, legitimidade para recorrer de qualquer decisão no curso do processo, via agravo de instrumento, ou da sentença que decretar ou deixar de decretar a interdição, via apelação.

Decretada a interdição e lhe não interessando recorrer da sentença, caberá ao órgão do Ministério Público promover a especialização de bens em hipoteca legal, se o curador não a requerer no prazo legal (par. único, art. 1.188, CPC), salvo se dispensado dessa obrigação pelo juiz, nas hipóteses legalmente permitidas, a respeito das quais cuidaremos logo adiante. Cabe-lhe, por fim, exigir que o curador apresente balanço anual e, bianualmente, as contas de sua administração, pois o art. 436 do CC, aplica-se indistintamente à tutela e à curatela (art. 453, CC).

8. A SENTENÇA E SEUS EFEITOS

A sentença que decretar a interdição nomeará curador ao interdito, fixando os limites da curatela.(arts 1.183 e 1.184, CPC). Quanto aos pródigos a curatela é limitada à administração de seus bens, sobejando-lhe capacidade para gerir sua pessoa²², tanto que, a despeito da interdição, a lei o

²² “A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado e praticar, em geral, atos que não sejam de mera administração” (art. 459, CCiv).

considera relativamente capaz (art. 6º, II, CC). Os limites da curatela dos surdos-mudos dependerão de seu desenvolvimento mental (art. 451, CC). Será ilimitada desde que comprovada a falta de educação que os habilite a enunciar precisamente a sua vontade. Relativamente aos doentes mentais, a curatela geralmente é ilimitada. Em qualquer caso, comprovada a absoluta incapacidade do interditando para gerir sua pessoa e administrar seus bens, a curatela será ilimitada e o curador representará o curatelado em todos os atos da vida civil.

A curatela, deferida em regra ao próprio autor, poderá recair em terceira pessoa escolhida pelo juiz, conforme lhe pareça melhor consultar os interesses do interdito, até porque, repita-se, a ordem legal do art. 454 do Código Civil não é absoluta, cedendo ante os interesses da pessoa protegida, em nome do princípio constante do art. 1.109 do CPC²³.

A sentença produz efeito desde logo, embora sujeita a apelação, recebida, portanto, no efeito só devolutivo (art. 1.184, CPC). Quer dizer: o curador poderá entrar de logo em exercício da curatela, prestando, antes, compromisso em livro próprio. No prazo de dez (10) dias após o compromisso, deverá especializar em hipoteca legal bens imóveis para garantir sua administração, salvo se o juiz dispensar-lhe da garantia, matéria da qual cuidaremos no capítulo seguinte.

Importante observar que a sentença será registrada, via mandado judicial, no livro “E” do Cartório do 1º Ofício de Registro de Pessoas Naturais da Comarca²⁴ (arts. 29, V, par. único do art. 33 e 92, todos da Lei nº 6.015/73). A interdição deverá ser anotada, ainda, nos assentos de nascimento e casamento do interdito (§ 1º, art. 107, Lei nº 6.015/73). Mas tais anotações dispensam a expedição de mandado, pelo juiz da interdição, aos Oficiais dos registros de nascimento e casamento do interdito, cabendo o ônus dessa comunicação ao próprio Oficial do 1º Ofício da Comarca, onde se fez o registro da interdição (art. 106, Lei nº 6.015/73). Caberá ao escrivão/diretor de secretaria a expedição do respectivo mandado, com cópia da sentença e dos dados referidos nos ns. 2º a 7º do art. 92 da Lei nº 6.015/73, dados, aliás, que permitirão a comunicação entre aqueles Oficiais. Caber-lhe-á, outrossim, expedir edital resumido, para ciência de terceiros, notici-

²³ JTJ 193/233, apud Theotônio Negrão, 32ª edição, pág. 974, nota 6 ao art. 1.184.

²⁴ A Comarca é a do juízo que decretou a interdição.

ando a decretação da interdição, constando dele os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição e os limites da curatela, quando estabelecidos na sentença, com sua publicação na imprensa local e órgão oficial, por três (03) vezes, com intervalo de dez (10) dias entre as publicações (art. 1.184, CPC)²⁵.

9. HIPOTECA LEGAL, BALANÇO, PRESTAÇÃO DE CONTAS E GRATIFICAÇÃO DO CURADOR

Impõe-se ao curador, para garantir sua administração, a obrigação de especializar bens em hipoteca legal, tanto que sua nomeação ficará sem efeito se não puder garantir sua gestão (art. 1.191, CPC). Portanto, no prazo de dez (10) dias depois de nomeado e compromissado, mas antes de entrar em exercício, o curador requererá a especialização da hipoteca legal (art. 1.188, CPC), pedido autônomo que deverá ser autuado em apenso, seguindo o rito, também de jurisdição voluntária, previsto nos arts. 1.205 e seguintes do CPC. É possível, contudo, a dispensa dessa obrigação nos seguintes casos: 1)- se o curador for de reconhecida idoneidade econômico-financeira e não apenas moral, pois a falta desta impediria a própria nomeação para o exercício do múnus (art. 413, IV e V c.c. art. 453, ambos do CC)²⁶; 2)- se o curatelado não possuir bens, ou se os bens, porventura existentes em nome do curatelado, constarem de instrumento público, devidamente registrado no Registro de Imóveis; 3)- se o curatelado não possuir rendimentos, ou se, tendo-os, forem suficientes apenas para sua manutenção, sem sobra significativa ou provável; 4)- por qualquer outro motivo relevante, segundo o prudente arbítrio do juiz, aferido em cada caso concreto. No primeiro caso, a dispensa é expressamente prevista no art. 1.190 do CPC. Nos demais, o juiz haverá de aplicar, por analogia, o art. 37 e seu par. único da Lei nº 8.069/90 (ECA), analogia, aliás, legalmente autorizada, porque o

²⁵ Há divergência na doutrina e jurisprudência acerca da interpretação do art. 1.184 do CPCiv. Para alguns, aludido dispositivo deve ser interpretado em consonância com o disposto no art. 232, III, do CPCiv, publicando-se o edital uma vez em jornal de grande circulação e duas vezes no Diário da Justiça; para outros, o art. 1.184 exigiria quatro (04) publicações, uma em jornal de grande circulação e três (03) no Diário da Justiça. Uma vírgula depois da expressão “órgão oficial” parece gerar tal divergência. Pessoalmente, estou com a primeira corrente. A publicidade estará garantida com um total de três (03) publicações.

²⁶ CPC comentado, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, RT, 2ª edição, 1996, pág. 1.328;

art. 453 do CC expressamente permite aplicar à curatela as regras atinentes à tutela²⁷. A exigência hipotecária legal ou sua dispensa, nos casos legalmente permitidos, envolve assunto que não tem recebido a atenção devida, na prática forense, a despeito da previsão legal da responsabilidade subsidiária do juiz pelos prejuízos que sofrer o incapaz (art. 420, CC c.c. art. 133, II, CPC).

Advirta-se que o curador é obrigado a prestar, bianualmente, contas de sua administração, sem prejuízo de submeter ao juiz balanço anual (art. 436 c.c. o art. 453, CC). Tratam-se de providências que a realidade forense também tem deixado na vala do esquecimento. Parece-nos que, diante da omissão do curador, caberia ao Ministério Público ou ao próprio juiz, **ex officio**, a iniciativa de exigir-lhe o cumprimento daquelas obrigações, até porque, coincidentemente, a nomeação inicial para a curatela vigora apenas por dois (02) anos²⁸ (art. 444 c.c. art. 453, ambos do CC). O art. 1.198 do CPC, aliás, melhor disciplinou a questão da recondução do curador²⁹. Essa recondução é automática, por mais dois (02) anos, salvo se o juiz o dispensar, já não cessando o exercício das funções pela só expiração do termo em que é obrigado a servir (art. 443, I, CC)³⁰. Daí a importância das iniciativas ânua e bienal, respectivamente, do balanço e prestação de contas, ocasião em que o juiz poderá dispensar ou reconduzir o curador, consoante melhor consultem a conveniência e os interesses do curatelado.

Apenas para não deixar sem registro, tem o curador o direito de perceber uma gratificação por seu trabalho, arbitrada pelo juiz em até dez por cento (10%), no máximo, da renda líquida anual de todos os bens do curatelado por ele administrados (art. 431 e seu par. único c.c. art. 453, ambos do CC). O pedido pode ser formulado, a qualquer tempo, por simples petição, nos próprios autos. Nada obsta que, fixada a gratificação, o curador possa assenhorear-se, mensalmente, de um duodécimo (1/12) do valor respectivo, para futuro confronto em sua prestação de contas.

²⁸ Na prática forense, diante do silêncio da sentença, a nomeação do tutor e do curador tem sido por prazo indeterminado. A nomeação inicial, em verdade, vigora por dois (02) anos, ocorrendo, a partir de então, sucessivas reconduções automáticas porque, arquivado o feito, essa questão e a prestação bienal de contas cai, indevida e infelizmente, no esquecimento;

²⁹ O art. 1.198 do CPCiv derogou o disposto no art. 443, I, do CCiv, que dispunha sobre a cessação das funções do tutor e curador, uma vez expirado o termo em que eram obrigados a servir;

³⁰ Theotônio Negrão, CPC, Saraiva, 27ª edição, 1996, pág. 660, nota 01 ao art. 1.198;

10. LEVANTAMENTO DA INTERDIÇÃO

Levantar-se-á a interdição, cessando a causa que a determinou (art. 1.186, CPC). Relativamente ao pródigo, importante observar que se justifica o levantamento de sua interdição pelo só fato de não mais existirem aquelas pessoas a quem a lei legitimou para promovê-la (v. arts. 460 e 461, CC).

O pedido de levantamento de interdição deduz-se via novo procedimento, também regido pela jurisdição voluntária, em autos apartados, e que tramitará em apenso aos autos da interdição (§ 1º, art. 1.186, CPC), sendo competente para a causa, por isso mesmo, o juízo que conheceu e julgou a demanda principal.

O rito é praticamente o mesmo da curatela, excluída a fase de interrogatório. Apesar da omissão da lei, indispensável a citação do curador para responder o pedido. Comprovado que o interdito recuperou a capacidade de fato, mediante exame de sanidade realizado no processo, o juiz, com ou sem instrução, decretará o levantamento da interdição, mandando publicar a sentença, em edital resumido, após o trânsito em julgado, na imprensa local e órgão oficial, por três (03) vezes, com intervalo de dez (10) dias, sem prejuízo de sua averbação do Registro de Pessoas Naturais (art. 104, Lei nº 6.015/75).

ACESSO À JUSTIÇA: BENEFÍCIO DA GRATUIDADE E ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

LUÍS PRAXEDES VIEIRA DA SILVA

Juiz Federal da 8ª Vara da SJ/CE

SUMÁRIO: 1 - Introdução. 2 - Acesso ao Judiciário. 3 - O Princípio Democrático e o Acesso à Justiça. 4 - Acesso à Justiça e Assistência Jurídica. 5 - Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita. 6 - Defensoria Pública no Brasil. 7 - Conclusões. 8 - Notas. 9 - Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário é constantemente criticado pela demora em suas decisões que passam anos, até que se tenha uma solução final. Não se nega também que a Justiça fica muito distante do povo, principalmente da população mais carente.

O que leva a se reconhecer estes fatores de distanciamento? Não resta dúvida que fatores econômicos, sociais e culturais afastam o cidadão carente da Justiça.

Com exceção da Justiça do Trabalho que sempre ofereceu a possibilidade de postulação do próprio reclamante, que reduz a termo sua reclamação em juízo, os demais segmentos do Judiciário exige capacidade postulatória própria, com advogado. Este capacitado profissional da área jurídica nem sempre é acessível à população mais necessitada. Os juizados de pequenas causas, criados pela lei 7.244, de 7 de Novembro de 1984 e posteri-

ormente os juizados especiais, criados pela lei 9.099, de 26 de Setembro de 1995 foram experiências de sucesso, aproximando o cidadão carente da Justiça.

Assim, para a população mais pobre há sempre uma grande demanda reprimida em relação ao acesso à Justiça. São causas que para o cidadão comum, talvez não tenha grande importância, mas para o cidadão mais necessitado tem um grande significado. É uma pequena quantia em dinheiro, um objeto de pequeno valor apropriado indevidamente, questões menores de vizinhança e posse etc. Causas estas que não se resolvem pelo caminho da Justiça ou se relega um direito que é certo e justo. Segundo dados do IBGE, 55% da população não procuram os tribunais, sendo que 42% resolvem seus casos por conta própria e 11,5% deixaram de exercer seus direitos por não quererem se envolver com a justiça e com medo de represálias.

Quando se estudou o valor de alçada para os juizados especiais se chegou a quantia de quarenta salários mínimos. Pois se concluiu com dados estatísticos que mais de 80% das causas que tramitam na Justiça não chegam a esta quantia de per si. Ou seja, grande parte das causas que tramitam na Justiça poderiam ter uma rápida solução, adotando-se mecanismos processuais mais céleres.

Conclui-se pois, que, a fórmula de democratização da justiça é aproximá-la do povo, principalmente dos mais carentes, que têm fome e sede de Justiça, a começar pela própria situação de extrema desigualdade que sofrem com a falta de distribuição de renda. Adotar também mecanismos de melhorar a assistência jurídica aos necessitados no Brasil reforçariam nossa frágil democracia.

Interessante o que fala Heleno Cláudio Fragoso, em um consagrado livro seu, que narra a defesa de presos políticos durante a ditadura militar, aqui faz um crítica realista da nossa Justiça: *“Assinalei que o Poder Judiciário pode e deve ser criticado. E que estamos mal habituados a uma autêntica sacralização da justiça, pela qual os advogados são, talvez, os maiores responsáveis. Dos tribunais se costuma dizer sempre que são ‘egrégios’, ‘colendos’, ‘altos sodalícios’, e do Supremo Tribunal comumente se diz que é o ‘Excelso Pretório’. Dos juízes, que são apenas funcionários do Estado encarregados de dirimir os conflitos judiciais, se diz sempre que são ‘eminentes’, ‘inclitos’, ‘meritíssimos’, ‘doutos’, ‘ilustres’, etc. As sentenças são sempre ‘venerandas’ e ‘respeitáveis’, por mais injustas e iníquas que possam ser. Nada disso tem sentido num regime democrático e*

republicano, no qual a justiça se faz em nome do povo, fonte primária de todo poder. A justiça é má, lenta, burocrática, desigual e opressiva. Os pobres não têm como reclamar os seus direitos na justiça (...) Os pobres só vão à justiça como réus. A clientela do sistema policial-judiciário é constituída apenas pelos desfavorecidos. Os ricos são praticamente imunes ao sistema repressivo, de que se livram com facilidade pelo tráfico de influências, pela corrupção ou pela contratação de bons advogados. Por outro lado, o corpo judiciário revela comumente espírito conservador e demasiadamente repressivo, realizando com fidelidade o papel que o sistema lhe atribui”(1)

2 ACESSO AO JUDICIÁRIO

Tem-se afirmado que um Judiciário independente é a maior garantia de um povo, na salvaguarda de seus direitos.

Na clássica concepção do Estado constitucional, a separação dos Poderes foi concebida para que fosse possível, em seu mútuo relacionamento, que o poder controlasse o poder.

Assim como escreveu Montesquieu, em *O espírito das leis*:

“Para que não se possa abusar do poder é necessário que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”.

No equilíbrio entre os Poderes do Estado, a noção fundamental de que o poder freia o poder deve ser tomada com certas reservas em relação à atuação do Judiciário.

O Judiciário, no exercício da jurisdição, possui especificidades que distinguem fundamentalmente sua atuação da atuação do Executivo e do Legislativo, que, no exercício do poder político, podem sempre decidir sobre a oportunidade e a conveniência do ato político.

Ao Judiciário não é dado decidir sobre a oportunidade do exercício da jurisdição. Age apenas quando provocado, e, quando provocado, não pode se negar à ação.

O Judiciário brasileiro tem jurisdição sobre a matéria social disciplinada em lei, sobre situações jurídicas concretas, sobre conflitos decorrentes de interesses divergentes dos particulares entre si, ou dos particulares com o Estado. O controle do ato do Legislativo e do Executivo, ele o possui apenas em certa medida, já que não tem jurisdição sobre matéria política, a menos que dela resulte violação de direitos ou violação da lei. E, nessa

hipótese, a matéria jurisdicionável perde o seu caráter propriamente político.

O controle da constitucionalidade das leis supõe já não mais o ato político do Legislativo ou do Executivo, mas o ato normativo, aquele que se desvincula de seu autor e ganha vida própria, integrando-se ao sistema jurídico. Mesmo esse controle o Judiciário o possui dentro de limites determinados, pois ele se faz, seja no caso concreto (controle incidental) ou em relação à lei em tese (controle abstrato), por qualquer juiz ou pelo Supremo Tribunal Federal, sempre condicionado à provocação (exceto de órgão do próprio Judiciário – juiz singular, ou juízo colegiado ou direção de Tribunal).

O princípio *nemo iudex-sine actore* vale para qualquer instância e mesmo quando se põe em questão a própria constitucionalidade da lei.

Se não houver a provocação, seja qual for a agressão a direito, individual ou coletivo, mesmo que se trate de violação da norma constitucional, mesmo que essa violação seja gritante e manifesta, o Judiciário a ela assiste inerte, pois não tem mecanismo para contê-la.

A relação entre os Poderes Executivo e Legislativo não se passa assim. A matéria política é mais maleável e permite que tanto o controle da oportunidade do ato quanto a contenção dos aspectos abusivos se passem por outras vias, que envolvem negociações e outros mecanismos de atuação dos Poderes.

O Judiciário tem poder de decisão sobre a matéria jurisdicionável *desde que submetida à sua apreciação*.

Em momentos críticos de nossa história, a matéria jurisdicionável, que hoje a Constituição define com toda lesão ou ameaça a direitos, foi subtraída à apreciação do Judiciário, por atos de exceção. Essa é ainda uma técnica utilizada em larga escala, entre povos de outras nações que vivem momentos de crise em suas instituições. Mas é também uma técnica que pode ser utilizada de maneira mais sutil, em nome de outras crises (v.g. pretender-se abolir liminar em mandado de segurança, ou restringir o alcance da tutela antecipada).

Retira-se a apreciação do Judiciário porque suas decisões poderiam contrariar a questão política. Poder-se-ia argumentar que o Judiciário não é atingido nessas circunstâncias, que violados foram os direitos dos indivíduos, dos cidadãos, que violada foi a Constituição. O argumento é, entretanto, frágil e leviano. O Poder Judiciário é vilipendiado sempre que a via de aces-

so a ele for cerceada e a matéria jurisdicionável lhe for subtraída. Seu campo de atuação, então, se restringe, se estreita, pois todo controle que ele pode exercer, na tutela de direitos, depende da possibilidade da provocação.

Essa consideração permite que se conceba o Judiciário como um poder que freia o poder apenas com a participação direta dos jurisdicionados, porquanto sua atuação é condicionada ao apelo, pelas vias próprias, dos membros da sociedade.

Chega-se, assim, a um fator extremamente relevante sem o qual o Judiciário poderá guardar uma aparência de Poder, mas será um Poder isolado e solitário, manietado e encerrado em limites que não lhe é dado romper. Esse fator é a via de acesso que leva os jurisdicionados ao Judiciário, sem a qual a matéria jurisdicionável se torna inerte.

Assim, necessário se faz que o Judiciário tenha uma maior aproximação com o povo, principalmente com uma maior reflexão sobre o nexos que se pode fazer entre o princípio democrático e o Poder Judiciário.

3 O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E O ACESSO À JUSTIÇA

A fórmula política do Estado Democrático de Direito na teoria de Pablo Lucas Verdú, ressaltada por Willis Filho se verifica que: “O Estado Democrático de Direito é o elemento caracterizador da Constituição, principal vetor de orientação para a interpretação de suas normas e, através delas, de todo o ordenamento jurídico (...) É um fator essencialmente dinâmico, pois toda ideologia pretende realizar-se mediante sua institucionalização e sua implantação na realidade social.”(2).

No Brasil, com a Constituição de 1988 se pretendeu implantar de forma substancial o princípio democrático, pois o artigo 1º, localizado no Título I, denominado justamente “DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS”, define o Brasil como um Estado Democrático de Direito. O princípio democrático quer dizer, em essência, que o exercício do poder nas diversas instituições estatais, e até não estatais, sobretudo nos Poderes do Estado que são suas organizações supremas, só é legítimo quando derivado do reconhecimento que se obtém por dois procedimentos complementares: através de eleições, com a participação de todos ou do maior número possível, em igualdade de condições, no processo de escolha dos que devem exercitar o poder; e pela regra da maioria, segundo a qual, os postos de mando devem ser ocupados pelos que obtêm o maior número de preferências.

J. J. Gomes Canotilho destaca a caracterização constitucional do princípio democrático com as seguintes observações:

“O princípio democrático, constitucionalmente consagrado, é mais do que um método ou técnica de os governados escolherem os governantes. Como princípio normativo, considerado nos seus vários aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais, ele aspira a tornar-se impulso dirigente de uma sociedade. (...) Só encarando as várias dimensões do princípio democrático (propósito das chamadas teorias complexas da democracia) se conseguirá explicar a relevância dos vários elementos que as teorias clássicas procuram unilateralmente transformar em ratio e ethos da democracia. Em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos(...) O princípio democrático não se compadece com uma compreensão estática da democracia. Antes de mais, é um processo de continuidade transpessoal, irreduzível a qualquer vinculação do processo político a determinadas pessoas.”(3).

Que o princípio democrático é cogente para toda a sociedade e Estado, não resta dúvida, mas como poderíamos direcioná-lo diretamente para o Poder Judiciário? Aplicando-se o princípio democrático ao Judiciário, verifica-se que os tribunais e juízes, enquanto instâncias de julgamento, teriam sua legitimidade democrática justificada de duas formas, uma formal e outra material. A material consistiria, em tese, em serem concebidos como órgãos de mera aplicação da lei. Como a lei seria expressão da vontade do povo, os tribunais e juízes, como aplicadores dessa vontade popular estariam indiretamente legitimados. A formal seria decorrente da observância de regras procedimentais de democracia plena em suas atividades. Este aspecto formal, resultaria dentre outros mecanismos, na adoção da eleição dos dirigentes dos Tribunais de forma direta por membros do Poder Judiciário.

Não vou me deter no aspecto formal de aplicação do princípio democrático ao Poder Judiciário neste trabalho, por se tratar de matéria referente a uma questão de política judiciária, e que resultaria em desdobramentos alheios ao objetivo desta monografia. Ressaltando porém que o nosso Judiciário de uma maneira geral é muito conservador e avesso a mudanças, foi assim por ocasião da Assembleia Nacional constituinte, entre 1987/1988 e agora na reforma constitucional do Poder Judiciário, tendo como relatora a Deputada Federal de São Paulo, Zulaiê Cobra, onde se percebe pouca aplicação efetiva do princípio democrático. Sem esquecer também que o Supremo Tribunal Federal julgou recentemente inconstitucional lei do Estado de São Paulo que adotou mecanismos de eleição direta dos dirigentes do Tribunal de Justiça por parte dos próprios membros do Poder Judiciário.

Porém sob o aspecto material da aplicação do princípio democrático, gostaria de destacar a questão do acesso à Justiça e assistência jurídica aos necessitados.

4 ACESSO À JUSTIÇA E ASSISTÊNCIA JURÍDICA

Algo que preocupa e sempre preocupou os povos civilizados em relação à Justiça é a garantia de assistência judiciária aos menos favorecidos. A Justiça é cara, manter uma estrutura física e de pessoal para garantir a prestação jurisdicional, não é barato. A Justiça custeada integralmente pelo Estado favoreceria apenas aos ricos, uma vez que os gastos com as atuações judiciais devem ser suportados por todos. Além do que, uma justiça indiscriminadamente gratuita contribuiria para aumentar significativamente o número de demandas, ou seja, de litigar por litigar.

Assim os valores cobrados para a atuação jurisdicional não podem ser muito baixos para estimular um número excessivo de demandas e nem excessivamente alto que caracterize uma indireta denegação de Justiça. Por outro lado não deve haver qualquer tipo de obstáculo ao acesso do cidadão aos juízes e tribunais, mesmo os menos favorecidos devem ter igual oportunidade de recorrerem ao Poder Judiciário.

No Brasil a garantia da assistência judiciária passou a ser regra na Constituição de 1934, art. 113, n. 32, depois na 1946, art. 141, § 35; na Constituição Federal de 1967, figurou no art. 150, § 32, e na Emenda n. 01/69, no art. 153, § 32 e por último na Constituição Federal, no inciso LXIV, do art. 5º : “*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita*

aos que comprovem insuficiência de recursos”. A lei nº 1.060, de 05.02.50 regula a prestação da assistência judiciária.

5 ASSISTÊNCIA JURÍDICA, ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E JUSTIÇA GRATUITA

Os conceitos de justiça gratuita, assistência jurídica e assistência judiciária são muitas vezes confundidos, quando na verdade demonstram conotações conceituais divergentes. Quem adverte é Augusto Tavares Rosa Marcacini (4). Para este autor o benefício da justiça gratuita é o direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídicas processual. É instituto de direito pré-processual. A assistência judiciária é a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de profissional habilitado para promover a defesa do menos favorecido. É portanto um instrumento de direito administrativo.

A justiça gratuita, deve ser entendida como a gratuidade de todas as custas e despesas, judiciais ou não, relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo. O benefício de justiça gratuita compreende a isenção de toda e qualquer despesa necessária ao pleno exercício dos direitos e das faculdades processuais, sejam tais despesas processuais ou não. Abrange, assim, não somente as custas relativas aos atos processuais a serem praticados como também todas as despesas decorrentes da efetiva participação na relação processual.

Para o mesmo autor, a assistência judiciária envolve o patrocínio gratuito da causa por advogado. A assistência judiciária é, pois, um serviço público organizado, consistente na defesa em juízo do assistido, que deve ser oferecido pelo Estado, mas que pode ser desempenhado por entidades não-estatais, conveniadas ou não com o Poder Público. Mauro Cappelletti e Bryant Garth em sua consagrada obra *Acesso a Justiça* (5) fazem referência as diversas formas de assistência judiciária, indo desde o sistema “Judicare”, onde advogados particulares são contratados pelo Estado para patrocinarem as causas dos necessitados, passando pelo Advogado remunerado pelos cofres públicos, incluindo aí a institucionalização de um órgão estatal de defesa dos carentes, indo até a inclusão dos sistemas combinados.

Augusto Tavares, na obra já citada, adverte que o conceito de assistência jurídica é bem mais amplo que o de assistência judiciária, que é mais

restrito, pois aquela envolve também serviços jurídicos não relacionados ao processo, tais como orientações individuais ou coletivas, o esclarecimento de dúvidas, e mesmo um programa de informação a toda a comunidade.

6 DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL

A Defensoria Pública é uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal. O Art. 134 assim está redigido: “A Defensoria Pública é instituição essencial a função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5, LXXIV.”. Este dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei Complementar n. 80/94 e, no Ceará, pela Lei Complementar n. 06/97.

São princípios constitucionais da Defensoria Pública:

- a) Unidade - Resulta da capacidade dos membros da Defensoria Pública de constituírem um só corpo, uma só vontade, por molde que a manifestação de qualquer deles valerá sempre, na oportunidade, como manifestação de todo o Órgão.
- b) Indivisibilidade - Que se caracteriza na medida em que os membros da Instituição podem substituir-se, reciprocamente, sem que haja prejuízo para o exercício do ministério comum.
- c) Independência funcional – Significa que os membros da Defensoria Pública não devem subordinação intelectual a quem quer que seja, nem mesmo ao superior hierárquico. Agem em nome da Instituição que encarnam de acordo com a lei e sua consciência, na defesa do necessitado, assim definido em lei.

São garantias e vedações dos defensores públicos.

Garantias:

- a) estabilidade: após três anos de efetivo exercício, não podendo perder o cargo senão em virtude de sentença judicial transitada em julgado; mediante processo administrativo em que lhe seja

assegurada ampla defesa ou procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma da lei complementar, assegurada ampla defesa.

- b) inamovibilidade, salvo se apenado: são inamovíveis, salvo se apenados com remoção compulsória, com prévio parecer do Conselho Superior, assegurada ampla defesa em processo administrativo disciplinar, na forma da Lei Complementar nº 80/94.
- c) irredutibilidade de subsídios: são irredutíveis seus subsídios, observado, quanto à remuneração, o que dispõem os artigos 37, X e XI, 150, II, 153, III, § 2º, I da Constituição da República Federativa do Brasil.

Vedações:

- a) requerer, advogar, ou praticar em juízo ou fora dele, atos que de qualquer forma, colidam com suas funções inerentes ao seu cargo, ou com os preceitos éticos de sua profissão;
- b) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições;
- c) exercer a advocacia fora das atribuições institucionais;
- d. exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista; e
- e) exercer atividades político-partidárias, enquanto atuar junto à Justiça Eleitoral.

Funções Institucionais:

- a) promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses;
- b) patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública;
- c) patrocinar ação civil;
- d) patrocinar defesa em ação penal;
- e) patrocinar defesa em ação civil e reconvir;
- f) atuar como Curador Especial, nos casos previstos em lei;

- g) exercer a defesa da criança e do adolescente;
- h) atuar junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários, visando assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;
- i) assegurar aos seus assistidos, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com recursos e meios a ela inerentes;
- j) atuar junto aos Juizados Especiais de Pequenas Causas; e
- k) patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado.

As funções institucionais da Defensoria Pública serão exercidas inclusive contra as pessoas jurídicas de direito público.

Defensoria Pública da União, exerce suas funções nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, junto à Justiça Federal e do Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União. A Defensoria Pública da União compreende:

I - órgãos de administração Superior:

- a.a) Defensoria Pública-Geral da União;
- b.a) Subdefensoria Pública-Geral da União;
- c.a) Conselho Superior da Defensoria Pública da União;
- d.a) Corregedoria-Geral da Defensoria Pública da União;

II - órgãos de atuação:

- a) As Defensorias Públicas da União nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios;
- b. os Núcleos da Defensoria Pública da União;

III - órgão de execução:

- a) Os Defensores Públicos da União nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios.

A estrutura atual e provisória da Defensoria Pública da União, porém, é representada por um quadro constituído de apenas 31 (trinta e um) Defensores, sendo 26 (vinte e seis) Defensores Públicos da União; 02 (dois)

Advogados-de-Ofício; 02 (dois) Advogados-de-Ofício Substitutos, todos concursados e 01 (um) Substituto de Advogado-de-Ofício, com estabilidade, quadro esse oriundo da Justiça Militar Federal e que, nos termos e de acordo com a Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994 foi transferido para a Defensoria Pública da União, mantidas suas atuais atribuições de origem, nos moldes da Lei nº 9.020, de 30 de março de 1995.

As demais áreas judiciárias de atuação: Justiça Federal, Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho, Tribunais Superiores e Instâncias Administrativas estão a depender da aprovação do projeto de lei disciplinando a carreira de Defensor Público da União a que se refere o art. 19 da Lei Complementar nº 80, que se encontra tramitando no Ministério da Justiça. A Lei Complementar n. 80, previa inicialmente 600 cargos de defensores públicos da União, no que jamais saiu do papel, tal previsão.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth advertem quanto as dificuldades de se implantar um serviço de defensoria pública efetivamente satisfatório em países que adotam a economia de mercado: *“A assistência judiciária baseia-se no fornecimento de serviços jurídicos relativamente caros, através de advogados que normalmente utilizam o sistema judiciário formal. Para obter os serviços de um profissional altamente treinado, é preciso pagar caro, sejam os honorários atendidos pelo cliente ou pelo Estado. Em economias de mercado, como já assinalamos, a realidade diz que, sem remuneração adequada, os serviços jurídicos para os pobres tendem a ser pobres também. Poucos advogados se interessam em assumi-los, e aqueles que o fazem tendem a desempenhá-los em níveis menos rigorosos. Tendo em vista o alto custo dos advogados, não é surpreendente que até agora muito poucas sociedades tenham sequer tentado alcançar a meta de prover um profissional para todas as pessoas para quem essa despesa represente um peso econômico excessivo.”*(6).

Estas circunstâncias apontadas acima, representam o quadro do que acontece em muitos países e particularmente no Brasil e no Estado do Ceará. Definitivamente não há o mais mínimo interesse de dotar a estrutura de uma Defensoria Pública com condições elementares mínimas de patrocinar a defesa dos necessitados. Há também o raciocínio dos que estão no poder de que uma boa estrutura de defesa das pessoas necessitadas teria como alvo principal o próprio poder público (Poder Executivo), obrigado pelo Poder Judiciário a prestar uma assistência maior a população em geral, no que diz respeito a serviços públicos, como educação, saúde, moradia etc.

Assim, no dizer popular, seria: “criar uma cobra venenosa para depois lhe picar”. Por isso, entendo, que há tanta má vontade.

A Justiça do Trabalho não possui defensores públicos. Na Justiça Federal há um sistema precário, estilo “judicare”, disciplinado pelo Provimento n. 210, de 28 de maio de 1981 do Conselho da Justiça Federal, onde os advogados que constam em um cadastro prévio, são indicados pelo Diretor do Foro, de cada Seção Judiciária, para cada causa específica em defesa de pessoa que se declare carente na forma da lei, o pagamento é feito posteriormente, tendo por base uma tabela fornecida pelo Conselho da Justiça Federal. A Justiça Militar Federal é a única que possui um quadro, já bastante defasado, de defensores públicos, os antigos “advogados de ofício”.

A Justiça Estadual possui uma Defensoria Pública, que é disciplinada pela Lei Complementar n. 06, de 28 de abril de 1997. Porém o quadro é dramático, com pouquíssimos defensores e com salários aviltantes, que não estimulam e nem atraem os bons profissionais. Segundo informação do Jornal O POVO (7) das 135 comarcas do interior do Ceará, apenas 15 (11,11%), contam com defensores públicos. Um total de 120 comarcas, ou seja 88,89%, não dispõe do serviço. Destas, 34 são de terceira entrância; 39, de segunda; e 47, de primeira entrância. Os defensores públicos do Estado do Ceará, os assim chamados “advogados dos pobres” estão sobrecarregados nas comarcas onde estão lotados. Nas duas maiores cidades do Interior cearense, os processos estão se acumulando. Em Sobral, o único defensor público tem sob sua responsabilidade 1.500 processos. Em Juazeiro do Norte são cinco mil processos para dois profissionais. Esta é uma situação mais do que dramática, pois no Interior do Estado é onde se encontram as pessoas mais carentes, e que mais precisam destes profissionais do Direito.

Assim, no Ceará, segundo a fonte jornalística citada acima, o déficit de defensores públicos é monumental. Basta dizer que existem apenas 122 para todo o Estado, que não cobre nem mesmo o número de municípios. É verdade que a solução não é simples, dada a suposta penúria de recursos financeiros no Brasil de hoje. Mas é preciso que esta questão seja colocada como uma das prioridades do Estado, se não quisermos ver o Ceará ser apontado como um exemplo de incoerência por reivindicar a imagem de modernidade e, simultaneamente, negar aos cidadãos carentes um dos instrumentos indispensáveis para o acesso à Justiça, tornando-a um privilégio dos abastados.

A existência de uma Defensoria Pública forte e eficiente é uma exigência incontornável da democracia contemporânea, cada vez mais fundada na autonomia do cidadão. Este necessita, impreterivelmente, de instrumentos que possibilitem a realização plena de seus direitos, o principal dos quais é o de acesso pleno à Justiça. Sem a universalização da Justiça, a democracia e a república vira um regime odioso, de privilégios, onde só podem defender-se os que dispõem de situação financeira confortável.

7 CONCLUSÕES

Ao Poder Judiciário é necessário que se agregue cada vez mais mecanismos que o tornem mais democrático, quer sob o aspecto formal, quer sob o aspecto material.

O Poder Judiciário atenderá aos clamores que irrompem da sociedade se esta se fizer presente. Nenhum outro Poder, para se manifestar na ação, necessita tanto como o Judiciário da conscientização do povo sobre seus direitos e sobre a necessidade de resguardá-los. A via de acesso ao Judiciário é a via técnica do processo, mas é, também, o crescimento da consciência da nação de que direitos ameaçados ou lesados são objeto de proteção. Havendo este caminho de conscientização será cada vez maior a participação do Poder Judiciário nas decisões importantes do país, da sociedade e dos indivíduos.

O princípio democrático, do Estado Democrático de Direito, adotado incondicionalmente por nossa ordem constitucional deve também se voltar para a estrutura de poder que envolve o Judiciário, seja adotando mecanismos de eleição direta para os dirigentes do Tribunais, mantendo-se no entanto o instituto do concurso público para o ingresso inicial na magistratura, bem como adotando também mecanismos processuais que facilitem o acesso à Justiça, diminuindo os privilégios processuais e os recursos protelatórios.

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, criados pela Lei 9.099/95 facilitou muito o acesso à Justiça, principalmente para as causas de pequeno conteúdo econômico, aproximando a Justiça do povo.

No Brasil a garantia da assistência judiciária passou a ser regra na Constituição de 1934, art. 113, n. 32, depois na 1946, art. 141, § 35; na Constituição Federal de 1967, figurou no art. 150, § 32, e na Emenda n. 01/69, no art. 153, § 32 e por último na Constituição Federal, no inciso LX-

XIV, do art. 5º : “**o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos**”. A lei n. 1.060, de 05.02.50 regula a prestação da assistência judiciária.

Os conceitos de justiça gratuita, assistência jurídica e assistência judiciária são muitas vezes confundidos, quando na verdade demonstram conotações conceituais divergentes. O benefício da justiça gratuita é o direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual. A assistência judiciária é a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de profissional habilitado para promover a defesa do menos favorecido. Já assistência jurídica é bem mais amplo que o de assistência judiciária, que é mais restrito, pois aquela envolve também serviços jurídicos não relacionados ao processo, tais como orientações individuais ou coletivas, o esclarecimento de dúvidas, e mesmo um programa de informação a toda a comunidade.

A Defensoria Pública é uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal. O Art. 134 assim está redigido: “A Defensoria Pública é instituição essencial a função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.”. Este dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei Complementar n. 80/94 e, no Ceará, pela Lei Complementar n. 06/97. Porém, tanto a nível nacional, quanto a nível estadual a Defensoria Pública não está adequadamente preparada para efetivar o seu desiderato constitucional que é a defesa dos menos favorecidos, já que não há disponibilidade de pessoal e de estrutura física, havendo um verdadeiro descaso do Poder Público, o que afasta o cidadão necessitado da Justiça, denegrindo os conceitos de República e de Democracia para um país que projeta para si, construir uma sociedade livre, justa e solidária (Constituição Federal, art. 3º, inciso I).

8 NOTAS

01. FRAGOSO, Heleno Cláudio – Advocacia da Liberdade, Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 199;

02. GUERRA FILHO, Willis Santiago – Processo Constitucional e Direitos Fundamentais, Celso Bastos Editor, São Paulo, 1999, pp. 23/24;

03. CANOTILHO, J. J. Gomes – Direito Constitucional, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 415/416;
04. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa – Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita, Forense, Rio de Janeiro, 1996, pp. 29/35;
05. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant – Acesso à Justiça, Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988, pp. 31/47;
06. CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant – Obra citada, pp. 47/48;
07. Jornal OPOVO, Fortaleza-CE, 09 de Outubro de 2000.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CANOTILHO, J. J. Gomes – Direito Constitucional, Almedina, Coimbra, 1993;
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant – Acesso à Justiça, Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988;
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro, Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999;
- FARIA, José Eduardo (organizador) – Direito e Justiça – A Função Social do Judiciário, Editora Ática, São Paulo, 1989;
- FRAGOSO, Heleno Cláudio – Advocacia da Liberdade, Forense, Rio de Janeiro, 1984;
- GUERRA FILHO, Willis Santiago – Processo Constitucional e Direitos Fundamentais, Celso Bastos Editor, São Paulo, 1999;
- MARCACINI, Augusto Tavares Rosa – Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita, Forense, Rio de Janeiro, 1996;
- NALINI, José Renato – Ética e Justiça, Editora Oliveira Mendes, São Paulo, 1998;
- _____ - O Juiz e o Acesso à Justiça, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994;
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio – Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Editora Saraiva, São Paulo, 1996;
- ROCHA, José de Albuquerque – Estudos Sobre o Poder Judiciário, Malheiros Editores, São Paulo, 1995;

- RODRIGUES, Horácio Wanderlei – O Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro, Editora Acadêmica, São Paulo, 1994;
WATANABE, Kazuo – Juizado Especial de Pequenas Causas, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985.

**A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO NOS PROCESSOS
JUDICIAIS DE DESAPROPRIAÇÃO
PARA REFORMA AGRÁRIA.
A LEI COMPLEMENTAR Nº 88/76**

João Bosco Medeiros de Sousa

Juiz Federal

1 INTRODUÇÃO

O vigente processo judicial de desapropriação, por interesse social, para fins de reforma agrária, tem origem normativa na Constituição Federal, art. 5º, XXIV, passa pelas regras gerais do Código de Processo Civil e encontra previsão na Lei Complementar nº 76, de 06/julho/1993, que dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário.

Posteriormente, essa LC foi alterada pela LC nº 88, de 23/dezembro/1996, que introduziu, nesse procedimento contraditório especial, a possibilidade de conciliação entre as partes, em audiência, como instrumento agilizador da fixação da prévia e justa indenização, pelo imóvel rural desapropriado.

Na hipótese, a conciliação é uma novidade. No entanto, o instituto existe no direito brasileiro desde a Constituição do Império, de 1824, arts. 161/162 (a redação do primeiro desses artigos é a seguinte: “Art. 161. Sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum.”). A propósito, referido art. 162 atribui a juízes de paz a condução daquela providência, então de caráter pré-processual.

Mais recentemente, a conciliação tem desempenhado papel importante não apenas no processo do trabalho, conforme a CLT, arts. 667, “b”, 764, 831, parágrafo único, 850, 860 e ss., mas, também, no processo civil; por exemplo, a Lei nº 968/49 estabeleceu conciliação ou acordo nos processos de despeito litigioso, enquanto a Lei nº 5.478/1968 disciplina o rito especial nas ações de alimentos.

O atual CPC, em vigor desde 1º/janeiro/1974, trata da possibilidade de conciliar nos arts. 277 (**Do procedimento sumário**) e 447/449 (**Do procedimento ordinário**).

Com isso, é possível perceber que a conciliação, teoricamente um meio de aperfeiçoamento do processo-justiça, constitui inovação apenas na legislação referente ao processo judicial de desapropriação para fins de reforma agrária.

2 GENERALIDADES

O vocábulo conciliação quer dizer “Harmonização de litigantes ou pessoas desavindas” (**Novo dicionário da língua portuguesa**/Aurélio Buarque de Hollanda Ferreira, Rio: Nova Fronteira, 2ª ed. rev. e aum., 33ª impressão, 1986, p. 446). Em linguagem jurídica o sentido é o mesmo, de forma que conciliação pode ser compreendida como o acerto entre os litigantes, no transcurso do processo, para viabilizar a solução do litígio.

Embora geralmente seja de iniciativa do juiz, nada impede que as partes acordem, em particular, e requeiram a designação de audiência para que a conciliação seja reduzida a termo, assinada pelas partes e, o que é mais importante, seja homologada pelo juiz.

Conforme registrado anteriormente, a conciliação é matéria prevista pelo CPC, cujos arts. 277, **caput**, e 447/449, dispõem o seguinte, textualmente:

“Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de 30 (trinta) dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de 10 (dez) dias e sob a advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro.”

“Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.”

“Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.”

“Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.”

“A finalidade da conciliação é a de alcançar-se, através de procedimento independente, como se o juiz se pusesse ao lado das partes, e não em frente, a decisão judicial da lide. Tal encontro entre partes e juiz está fora do princípio da publicidade e como que se afasta da linha característica da litispendência. A função do juiz é tentar que fique fora do litígio a solução da questão. (...) Todas as dúvidas sobre o direito ou sobre os direitos das partes, no plano do direito material e no plano do direito processual, ficam desfeitas. Daí a eficácia sentencial do acordo conciliatório.” (**Comentários ao Código de Processo Civil**/Pontes de Miranda. – São Paulo: Ed. Forense, 1974, tomo V, p. 15). Nessa lição, está delineada a conciliação no processo civil propriamente dito, isto é, no CPC, mas esse mesmo instituto, agora encontrado também no procedimento de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, de rito sumário, assume características particulares.

3 A CONCILIAÇÃO NO PROCESSO CIVIL-AGRÁRIO, CONFORME A LC Nº 88/76

Aqui, o instituto chegou depurado, aperfeiçoado, não sendo exagero atribuir-se-lhe a qualidade de fundamental para o rápido deslinde das ações de desapropriação, cuja conclusão aponta, no mais das vezes, para a condenação do expropriante ao pagamento do preço justo pelo bem retirado do patrimônio da parte adversa.

Mas, antes de examinar a legislação específica sobre o assunto, cabe registrar a importância dos arts. 269, III, 342 e 548, III, do CPC, os quais, em síntese, estatuem o seguinte: o **primeiro** coloca entre as hipóteses de extinção do processo, com julgamento de mérito, a transação entre as partes; o **segundo** faculta ao juiz a possibilidade de convocar, de ofício, as partes para a conciliação, independentemente da fase do processo; e o **terceiro** atribui ao termo de conciliação, lavrado em audiência e homologado pelo juiz, a natureza de sentença, em virtude do que esse termo adquire a força de título executivo.

Tais dispositivos, com certeza, geraram a possibilidade lógica de extensão da conciliação, em audiência, ao processo civil-agrário, já que se cuida de procedimento contraditório especial, de rito sumário, conforme a LC nº 76/93, cujos arts. 5º, 6º, 10 e 17 tiveram as suas redações originais alteradas pela LC nº 88/96; interessa, no caso, conhecer o teor dos §§ 3º/7º, do referido art. 6º, que é o seguinte, textualmente:

LC nº 76, de 6/julho/1993, com a redação dada pela LC nº 88/96:

“Art. 6º. (...)

§ 3º. No curso da ação poderá o Juiz designar, com o objetivo de fixar a prévia e justa indenização, audiência de conciliação, que será realizada nos dez primeiros dias a contar da citação, e na qual deverão estar presentes o autor, o réu e o Ministério Público. As partes ou seus representantes legais serão intimadas via postal.

§ 4º. Aberta a audiência, o Juiz ouvirá as partes e o Ministério Público, propondo a conciliação.

§ 5º. Se houver acordo, lavrar-se-á o respectivo termo, que será assinado pelas partes e pelo Ministério Público ou seus representantes legais.

§ 6º. Integralizado o valor acordado, nos dez dias úteis subseqüentes ao pactuado, o Juiz expedirá mandado ao registro imobiliário, determinando a matrícula do bem expropriado em nome do expropriante.

§ 7º. A audiência de conciliação não suspende o curso da ação.”

Esses dispositivos estão, apenas, em relativa sintonia com os arts. 125, IV, e 312, do CPC, o primeiro dos quais (o outro, aliás, foi anteriormente comentado) confere ao juiz o **status** de “dirigente do processo” (**caput**), permitindo-lhe “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”; a LC nº 88/93 adotou, em síntese, as seguintes providências, objetivando a celeridade processual: **a)** facultou ao juiz a designação de audiência, para tentar conciliar as partes; **b)** tal audiência, se for o caso, será realizada no decêndio posterior à citação do R.; **c)** as partes e o Ministério Público serão devidamente intimados, aquelas por via postal, este, pessoalmente, conforme o CPC, art. 236, § 2º; **d)** eventual ausência das partes à audiência não implicará sanção processual, além do ônus representado pelo prosseguimento normal do processo; **e)** o Ministério Público deverá emitir pronunciamento, na mesma audiência, sobre a conciliação proposta, limitada a sua atuação à fiscalização da lei; **f)** eventual acordo será reduzido a termo e

homologado pelo juiz; **g**) completado o pagamento do valor acordado, o juiz fará expedir, em dez dias úteis, mandado de matrícula do bem expropriado em nome do R., perante o Registro Geral de Imóveis; **h**) a simples designação da audiência de conciliação, ou mesmo a sua realização, não suspenderá o curso normal da ação de desapropriação.

Evidentemente, a proposta de conciliação (=acordo) formulada pelo juiz poderá ser rejeitada pelas partes, sem que haja necessidade de fundamentar a recusa.

4 PONDERAÇÕES

Entretanto, é possível criticar alguns pontos da legislação instituidora da conciliação nos processos judiciais de desapropriação para fins de reforma agrária, porque em descompasso com alguns dispositivos do CPC.

Assim, o art. 6º, nos seus parágrafos 3º e 4º, da LC nº 76/93, com a redação da LC nº 88/96, teria ficado melhormente adequado ao espírito do processo civil comum se: **a**) inexistisse a vinculação da possível audiência do despacho referente à petição inicial, pelo juiz, que restaria assim autorizado a propor a conciliação sempre que conveniente ao processo; **b**) não houvesse estipulação de prazo (que é decencial, contado da citação) para a realização da audiência; e **c**) tivesse sido dada a referida redação, porque mais esclarecedora, ao “§ 4º - Aberta a audiência, o juiz proporá conciliação e ouvirá, a respeito, as partes e o Ministério Público.”

Não parece que aos juízes esteja defeso aplicar os dispositivos codificados, independentemente de provocação, com a questão da hierarquia das leis, à luz dos princípios da finalidade e da instrumentalidade do processo.

A simples aplicação do CPC, especialmente seus arts. 125, **caput** e inciso IV, e 329, ao contrário do que apressadamente poder-se-ia supor, concederia maior pragmatismo à condução do processo.

Convém, pois, que a conciliação e a audiência para isso destinada, ainda que compreendidas como atos processuais preliminares, sejam vistas a partir do CPC, arts. 278, 447/449 e 584, III, subsidiariamente à legislação específica que é a LC nº 76/93 c/c a LC nº 88/96.

5 CONCLUSÕES

Procurar conciliar as partes “é dever funcional do juiz” (**Manual de Direito Processual Civil**/José Frederico Marques – São Paulo: Saraiva,

1985, vol. III, p. 8), sendo importante que o juiz, propondo a conciliação, que de resto não é ato da essência do processo, busque solução de equidade, aproximando-se tanto quanto possível da prévia e justa indenização a ser discutida pelas partes.

Portanto, a legislação vigente dá os necessários instrumentos para que a conciliação se efetive, no curso das ações de desapropriação, mas no dia-a-dia judiciário é indispensável que o Poder Público adote medidas de ordem administrativa que viabilizem as conciliações em Juízo, conferindo poderes bastantes a representantes seus para conciliarem em juízo. Nada mais desgastante para o expediente forense do que, em audiência de conciliação, o procurador do INCRA não dispor de poderes para tanto. Nesse sentido, a Lei nº 9.469, de 10/julho/1997, deveria ter excepcionado o caso das ações de desapropriação para reforma agrária.

Inobstante tal constatação, a conciliação estabelecida pela LC nº 88/96, em ações naturalmente complexas como são as ações de desapropriação para fins de reforma agrária, é um avanço em termos processuais, com a vantagem adicional de que poderá vir a contribuir para o desafogo do Poder Judiciário.

**INTERVENÇÃO ESTATAL SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO,
LIVRE INICIATIVA E PROPORCIONALIDADE
(CÉLERES CONSIDERAÇÕES)**

Edilson Pereira Nobre Júnior
Juiz Federal da 4ª Vara da SJ/RN

SUMÁRIO: 1 - Estado e ordem econômica. 2 - A base constitucional da competência para a emissão de normas de direção. 3 - A atuação por direção e o respeito à lucratividade: a proporcionalidade da medida restritiva. 4 - Palavras finais.

1 ESTADO E ORDEM ECONÔMICA

Circunstância a, na atualidade, não mais se pôr em dúvida, é a inerente à interferência estatal na seara econômica. A irrupção do Estado do bem-estar (*Welfare State*), balizada formalmente através da promulgação das Constituições do México (1917) e da Alemanha do primeiro pós-guerra (1919), fez com que essa premissa se tornasse indiscutível.

Coube à doutrina, com o seu labor sistematizante, expor as maneiras pelas quais se processa tal intervenção. Em recente escrito, Eros Roberto Grau¹ classifica as técnicas intervencionistas, dividindo-as conforme se trate de atuação **na** economia ou **sobre** a economia.

Na primeira hipótese, verificada quando a organização estatal assehora-se da condição de sujeito da atividade econômica, tem-se a: a) atuação por absorção, retratada pelo controle, em regime de monopólio, dos

¹ O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional*, Estudos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 62. Essa sistematização já constava de trabalho anterior à Constituição de 1988 (*Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 65).

meios de produção quanto a determinado setor da economia; b) atuação por participação, na qual aquela assume parcialmente, em concorrência com os demais agentes do setor privado, ou mediante a titularidade de parcela do capital, o exercício de atividade empresarial.

No particular da ação **sobre** a economia, nota-se a presença da: a) atuação por direção, verificável quando o Estado passa a desempenhar pressão sobre a economia, estatuidando normas de comportamento compulsório para os agentes econômicos; b) atuação por indução, a sobrevir quando o Poder Público dinamiza instrumentos de ingerência em consonância com as leis retoras do mercado.

Numa explicação elucidativa, a distinção entre ambas as modalidades radica em que, na atuação por direção, está-se ante comandos imperativos, notabilizados pelo seu caráter cogente, a impor determinados comportamentos aos agentes econômicos (por ex., disposição instituidora de tabelamento de preços, ou que determine a forma de comercialização de determinados produtos), ao passo que, na atuação indutiva, defrontamo-nos, de forma diferente, com normas que, embora apontem uma determinada conduta ou organização a ser seguida pelo seu destinatário, não o obrigam juridicamente a segui-la, situação que se tem na criação de estímulos, ou incentivos propiciadores da prática de um certo comportamento pelo administrado.

Não muito diversa ressaí a exposição levada a cabo por Roberto Dromi², ao descortinar a intervenção direta, na qual o Estado é um sujeito econômico que participa e dirige atividades econômicas, cujo agir traduz-se por meio de empresas públicas (intervenção direta por participação), podendo verificar-se não substitutiva dos particulares, ou, melhor dizendo, em concorrência com estes, ou em substituição aos agentes privados, quer dizer, em caráter de monopólio (intervenção direta por substituição). Da mesma maneira, vislumbra a intervenção diretiva, consubstanciando a intervenção de orientação ou de política econômica estrita, de desenrolar geralmente legislativo, e que se manifesta através de medidas de regulação, ordenação e promoção das atividades econômicas privadas, sendo seus instrumentos principais a planificação e o fomento administrativo.

É certo que, ao final do Século XX, mais precisamente a contar do início da década de 1980, tomando-se como marco o governo da Primeira-

² *Derecho administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996. p. 626.

Ministra Margaret Thatcher, a difusão do ideário neoliberal produziu um forte impacto sobre o denominado Estado do bem-estar, com a proposição de um Estado mínimo.

Juan Carlos Cassagne³, reconhecendo o quebrantamento do Estado Social de Direito, rejeita abertamente a idéia de Estado mínimo ou débil, vislumbrando um novo modelo estatal, consistente no Estado subsidiário.

Parte do pressuposto de que em todas as atividades vinculadas ao campo econômico-social, em que os particulares ou a sociedade puderem desenvolvê-las a contento, não caberá a atuação direta do Estado. Propõe, assim, de forma gradual ou acelerada, o abandono, por parte do aparato estatal, dos setores conaturais à iniciativa privada, aumentando-se o nível de participação dos particulares na economia, com a abolição dos monopólios e a gradativa desregulação legal de atividades econômicas, as quais deverão submeter-se, de forma mais intensa, a disciplinas normativas setoriais.

Mas advirta-se que tal arquétipo, independente de sua nomenclatura, longe está de implicar na total superação das estruturas anteriores. Radica-se numa combinação dos Estados Liberal e Social, tanto que tocará ao Poder Público funções indelegáveis (justiça, segurança, seguridade, relações exteriores e legislação) como outras, exercidas para cumprir uma missão de suprimento da atividade privada (educação, saúde, serviços públicos). No que pertine à esfera econômica, observa Juan Carlos Cassagne, “uma maior ênfase ainda na legislação, com o propósito declarado de assegurar o funcionamento livre dos mercados, ao tempo em que se potencializa a potestade interventora para corrigir os abusos e as práticas monopolistas”⁴. Vê-se, portanto, que subsidiariedade, indo além do Estado mínimo, não é traduzida como ausência total de intervenção estatal na economia.

³ *Derecho administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, Tomo I, p. 62-66 e 69-74.

⁴ “*un mayor énfasis aún en la legislación, con el propósito declarado de asegurar el funcionamiento libre de los mercados, al tiempo que se potencia la potestad interventora para corregir los abusos y las prácticas monopolísticas*”. (*ibid.*, p. 64). Um pouco mais adiante (p. 69-73), enuncia o autor os traços mais relevantes da transformação rumo ao Estado subsidiário, quais sejam: a) manutenção dos princípios retores do tradicional Estado de Direito (separação de poderes, garantia das liberdades e direitos individuais e submissão da Administração à lei), embora com a adaptação exigida pelo sinal dos tempos; b) preservação, no plano político, da democracia pluralista; c) ser a suplência a tônica habilitante nas searas econômica e social; d) predomínio da economia de mercado, com base na liberdade de iniciativa (devendo o Estado abster-se de atuar como agente econômico) e de concorrência, sem esquecer da proteção dos consumidores e usuários, com o que se alcança um razoável equilíbrio entre a liberdade e o bem-comum; e) ausência de política social ilimitada.

Essa percepção também fora sentida em solo pátrio. Sem aludir à designação “Estado subsidiário”, Francisco Cavalcanti sobre ela observou: “Vem-se, constatando, entretanto, nas duas últimas décadas, tendências de reversão nesse processo de crescimento da intervenção estatal na atividade econômica. Prega-se, novamente, o afastamento do Estado do cerne da atividade econômica, defende-se dever deixar o ente público de ser ente produtivo, com sensível e, em algumas situações, até drástica redução do seu papel na ordem econômica. As idéias básicas de competitividade, liberdade de mercado (inclusive e sobretudo a nível internacional) com restrições a quaisquer mecanismos protecionistas, privatização e globalização são facetas dessa nova conjuntura, que se apresenta, sobretudo após o desmoronamento da URSS, o período Thatcher no Reino Unido, a consolidação das comunidades econômicas e a formação da OMC”⁵.

Nossa Lei Maior vigente, no art. 173, *caput*, de uma maneira bem mais contida do que no art. 170, *caput*, da Constituição de 1969, já acolhe a concepção da menor participação do Estado como agente da atividade econômica, dispondo que esta compete à iniciativa privada, somente cabendo a participação estatal quando necessária aos imperativos de segurança nacional, ou a relevante interesse coletivo, nos termos de definição legal. Sem embargo, pode-se dizer haver essa nova realidade ganhado um perfil mais aprimorado com as reformas constitucionais recentemente aprovadas em nosso país⁶.

2 A BASE CONSTITUCIONAL DA COMPETÊNCIA PARA A EMISSÃO DE NORMAS DE DIREÇÃO

A despeito das transformações ocorridas nos dois últimos decênios, pode-se dizer que, nos dias atuais, persiste intensa a influência do Estado sobre a economia e que, no desenrolar desta, nítida permanece a competência para a edição de normas diretivas, tendentes à imposição, na atividade reguladora em foco, de condutas de observância intransponível.

⁵ Reflexões sobre o papel do Estado frente à atividade econômica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 20, p. 68, 1997.

⁶ Destaque-se as mudanças imprimidas pelas Emendas Constitucionais 05/95, 06/95, 08/95 e 09/95, aos arts. 25, §2º, 170, IX, 176, §1º, 21, XI e XII, e 177, §1º, da redação inaugural da Lei Maior de 1988, abrindo a participação estatal na exploração de importantes setores da economia.

Necessário investigar, de conseguinte, qual o respaldo, mais precisamente de porte constitucional, que habilita a potestade estatal a emitir tais regras jurídicas.

Interessante, à guisa de ilustração, a referência, de passagem, a alguns ordenamentos estrangeiros. O primeiro deles é o italiano. A Constituição de 1947, logo após enunciar, no art. 41.1, ser a iniciativa econômica livre, afirma, nos itens seguintes do mesmo comando, não ser admissível o desenvolvimento desta contrariamente à utilidade social, ou de modo a provocar dano à segurança, à liberdade e à dignidade humana, tocando à lei determinar os programas e controles pelos quais a atividade econômica, pública ou privada, possa ser endereçada e coordenada a fins sociais. Vê-se, portanto, legitimação da competência para a intervenção diretiva no caráter limitado, não absoluto, ostentado pela livre iniciativa.

Paolo de Carli, ao depois de assentar que a enunciação ofertada pela letra constitucional qualifica a liberdade de iniciativa como um princípio cardinal das relações econômicas, comenta: “Tal artigo contém a afirmação e os limites de tal liberdade, antes de tudo nos confrontos do Estado-administração; toma em consideração, por isso, as relações entre cidadãos e Estado-administração pública, como é tarefa própria e tradicional de toda carta constitucional, no momento no qual define o status dos direitos e das faculdades dos cidadãos. Mas ainda o artigo contém a afirmação e os limites de tal liberdade econômica nos confrontos dos outros associados e, depois, ocupa-se das limitações recíprocas da esfera de liberdade econômica dos particulares”⁷.

Abordando a temática sob o ângulo da concorrência, Vincenzo Donativi⁸ constata que a mera garantia formal da liberdade de iniciativa econômica, na forma como posta no art. 41.1 da Constituição de 1947, não é suficiente para afastar os diversos obstáculos que, de fato, na atualidade, impedem o ingresso nos mercados, tais como a necessidade de elevados investi-

⁷ “Tale articolo contiene l’affermazione e i limiti di tale libertà innanzitutto nei confronti dello Stato-amministrazione; prende in considerazione quindi i rapporti tra cittadini e Stato-pubblica amministrazione, come è compito proprio e tradizionale di ogni carta costituzionale nel momento in cui definisce lo status dei diritti e delle facoltà dei cittadini. Ma ancora l’articolo contiene l’affermazione e i limiti di tale libertà economica nei confronti degli altri consociati e quindi si occupa delle limitazioni reciproche delle sfere di libertà economica dei privati”. (*Lezioni ed Argomenti di Diritto Pubblico dell’Economia*. Pádua: CEDAM, 1995, p. 33).

⁸ Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano. *Quaderni di Guirispudenza Commerciale*, Milão, n. 119, p. 52, 1990.

mentos, a eficiência tecnológica, a presença de oligopólios, etc., representando uma proibição para outras constituições de novas empresas. Rematando, afirma constituir, por esses fatores, a disciplina normativa *antitrust* um dos institutos típicos do moderno capitalismo, voltado a controlar os comportamentos da grande empresa sobre o mercado. Tem-se, assim, que a livre iniciativa exige, para a sua manutenção, a ação reguladora da economia.

O cenário não é diverso se focalizada a Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949. Se, por um lado, assegura a apropriação privada dos meios de produção (art. 14.1) e a liberdade de empresa (art. 12.1), não se descarta, doutro modo, da cláusula do Estado Social, de adoção obrigatória pela República Federal da Alemanha (art. 20) e suas províncias (art. 28), sem olvidar a previsão, no seu art. 109.2, do encargo estatal de levar em consideração, na execução de sua política orçamentária, das exigências equilíbrio macroeconômicos.

Dessa conjuntura constitucional, emerge a visão conciliadora exposta por Juan Jorge Papier: “O Estado atende aos mencionados mandamentos constitucionais através de medidas de direção global e, neste sentido, tais recomendações constituem também diretrizes acerca da política econômica a realizar. Junto à direção global da economia, estão também instrumentos de uma gestão econômica constitucionalmente recomendada, e determinada em seus principais fundamentos, a outorga de subvenções públicas e o recurso aos impostos e contribuições para fins não fiscais (de direção). Tudo isso pressupõe a planificação econômica do Estado, é dizer, a direção estatal da economia sujeita a um plano”.

Na França, não há alusão ao princípio da liberdade de comércio ou indústria na Declaração de Direitos de 1789, no Preâmbulo da Constituição de 1946 e na Constituição de 1958, sendo a sua fonte normativa a Lei de 2-17 de março de 1791, ao prescrever: “A contar do próximo dia 1 de Abril, qualquer pessoa será livre de fazer qualquer negócio ou exercer qualquer

⁹ “El Estado atiende a los mencionados mandatos constitucionales a través de medidas de dirección global, e en este sentido tales encomiendas constituyen también directrices acerca de la política económica a realizar. Junto a la dirección global de la economía, son también instrumentos de una gestión económica constitucionalmente encomendada y determinada en sus principales fundamentos la otorgación de subvenciones públicas y el recurso a los impuestos y contribuciones para fines no fiscales (de dirección). Todo ello presupone la planificación económica del Estado, es decir, la dirección estatal de la economía sujeta a un plan”. (*Ley Fundamental y Orden Económico. In: Manual de Derecho Constitucional*. Tradução Antonio López Pina. Madri: Marcial Pons, 1996, p. 571).

profissão, arte ou ofício que lhe agradar, mas será obrigada a munir-se previamente de patente”.

Malgrado essa circunstância, noticia André de Laubadère¹⁰ haver a doutrina e jurisprudência, tomando como ponto de partida a sua condição de princípio geral do direito, outorgado à liberdade de comércio e indústria valor constitucional, o que, segundo o autor, não equivale a impedir possa o Estado impor-lhe limitações.

Outro exemplo está na Constituição Portuguesa de 1976, cujo texto, após sucessivas revisões, perfilha, no art. 80º, letra c, relativo aos princípios fundamentais da organização econômica, “a liberdade de iniciativa de organização empresarial no âmbito de uma economia mista”. No artigo seguinte (art. 81º), ao gizar as incumbências prioritárias do Estado no âmbito econômico e social, o Constituinte lusitano possibilitou o controle da atividade empresarial, nas alíneas a seguir, com vistas a: “a) Promover o aumento do bem-estar social e econômico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável; b) Promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal; e) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral; h) Garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores”.

Atento aos arts. 80 e 81 da Constituição da República de 1976, modelados com a feição que lhes conferiu a Revisão de 1997, Marcelo Rebelo de

¹⁰ *Direito Público Económico*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 234-237 e 239. O autor faz referência, em nota de rodapé, ao *arrêt Syndicat général des ingénieurs-conseils*, de 26 de junho de 1959, no qual o Conselho de Estado, conduzido pela pena do Comissário do Governo Fournier, ressaltara que “os princípios gerais do direito que, resultando especialmente do preâmbulo da Constituição, impõem-se integralmente à autoridade regulamentar, mesmo na ausência de disposições legislativas” (les principes généraux du droit qui, résultant notamment du préambule de la Constitution, s’imposent à toute autorité réglementaire même en l’absence de dispositions législatives, in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 11. ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 561). Neste julgamento, o Conselho de Estado pôs em ênfase os princípios gerais do direito referidos em textos de estatura constitucional. Não obstante, é de se ressaltar que, legando prolongamento à teoria dos princípios gerais do direito, elaborada pelo Conselho de Estado, o Conselho Constitucional reconheceu valor constitucional, no intuito de servir de confronto ao legislador no quadro do contencioso de constitucionalidade, a princípios, independente de sua ligação a um texto normativo. Foi, assim, com o da separação de poderes (*décision* n° 79-104, de 23 de maio de 1979, Rec. 27) e com o da continuidade do serviço público (*décision* n° 79-105, de 25 de julho de 1979, Rec. 33).

Sousa & José de Melo Alexandrino¹¹ acentuam a viragem lusitana para a economia de mercado, ajustada aos princípios sociais, laborais ou não. Isto significa dizer que o capitalismo então perfilhado é de color atenuado, não desprezando, de conseguinte, a presença do comando estatal na seara econômica¹².

Por seu turno, não se passa diferente com a Constituição hispânica de 1978. São reconhecidos o direito à propriedade privada (art. 33º.1) e à liberdade empresarial no âmbito da economia de mercado (art. 38º, primeira parte). Quanto a esta, porém, logo proclama que os Poderes Públicos garantirão e protegerão o seu exercício e a defesa da produtividade, de harmonia com as exigências da economia geral e, se for o caso, de acordo com a necessária planificação (art. 38º, segunda parte). Um pouco mais à frente, dispõe caber aos órgãos estatais a promoção das condições favorecedoras do progresso social e econômico e uma distribuição regional e pessoal de rendimento mais eqüitativa, nos contornos de uma política de estabilidade econômica (art. 40º.1).

Desses comandos, infere-se a competência atribuída à interferência estatal para, no interesse da consecução dos valores superiores do Estado social e democrático de direito (art. 1º.1), proceder à disciplina da província econômica.

A rápida menção ao direito de outros países não poderia olvidar o destaque ao arquétipo contemporâneo da concepção clássica de constituição e dos tempos de fastígio da política do *laisser-faire*, qual seja o norte-americano.

Nos Estados Unidos da América, embora a sua Lei Maior, promulgada em 17 de setembro de 1787, contivesse, na sua Seção VIII, competir ao Congresso regulamentar o comércio com as nações estrangeiras, os vários estados e as tribos indígenas, não se descortinou, a partir daí, um poder de

¹¹ Constituição da República Portuguesa Comentada. Lisboa: Lex, 2000, p. 194.

¹² Digna de nota a passagem do Acórdão nº 444, de 23 de julho de 1993, proferido à época da redação da Constituição da República Portuguesa posta pela Revisão de 1989, ao precisar: “O apontado princípio da subordinação do poder económico ao poder político democrático é um daqueles em que assenta a organização económico-social. O princípio em causa exige, antes de mais, que o poder económico do Estado se subordine à vontade popular. E requer, bem assim, que, na sua actuação, as organizações empresariais (públicas, privadas ou cooperativas) não posterguem nunca o interesse geral, como tal definido pelo poder político democrático”. (Disponível em <http://www.dgep.pt/225-95.html>. Acesso em 19-02-2001).

interferência estatal sobre o domínio econômico, mas tão-só norma a delimitar a competência legislativa da União.

O poder-dever de regulação da economia fora admitido através da invocação do devido processo legal, prevista nas Emendas V e XIV. A chancela da possibilidade da intervenção legislativa sobre a economia se deu com o julgado *Nebbia v. New York* (291 U.S. 502), de 1934, no qual se discutia a legitimidade de lei estadual que fixava os preços máximo e mínimo do leite, havendo, como informa Christopher Wolfe¹³, a Suprema Corte defendido a admissibilidade do controle de preços pelo Estado, acentuando que, quando entrem em choque direitos públicos e privados, estes devem ceder perante aqueles¹⁴.

No caso brasileiro, a competência para a emissão de comandos diretivos, destinados a frear eventuais abusos do mercado, é de fácil extração constitucional. Assoma, de logo, do Título I da Lei Fundamental vigente (Dos Princípios Fundamentais), cujo art. 3º, I, menciona, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem perder de vista o art. 1º, III e IV, a elencar a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, erigidos a suportes fundantes de nosso Estado Democrático de Direito.

Adiante, ao enunciar, no art. 170 da CF, os princípios gerais da atividade econômica, refere-se, inicialmente, que esta se encontra embasada tanto

¹³ *La transformación de la interpretación constitucional*. Madri: Civitas, 1991. p. 224.

¹⁴ Como conseqüências desse pronunciamento, restou consignado pela Suprema Corte americana assertivas como as seguintes: “No que se refere ao requisito do devido processo, e à falta de outra restrição constitucional, um Estado é livre de adotar a política econômica que considere razoável em favor do bem-estar público, e de fazer cumprir esta política pela legislação adaptada a esta finalidade”. (En lo que se refiere al requisito del proceso debido, y en defecto de otra restricción constitucional, un Estado es libre de adoptar la política económica que considere razonable en favor del bienestar público, y de hacer cumplir esta política por la legislación adaptada a esta finalidad, 291 U.S. 537). “O controle de preços, como qualquer outra forma de legislação, é inconstitucional somente se é arbitrário, discriminatório, ou demonstravelmente irrelevante quanto à política que a legislatura pode adotar livremente”. (el control de precios, como cualquier otra forma de legislación, es anticonstitucional sólo si es arbitrario, discriminatorio o demonstrablemente irrelevante en cuanto a la política que la legislatura puede adotar libremente, 291 U.S. 546). (*Apud* Christopher Wolfe, *La transformación de la interpretación constitucional*. Madri: Civitas, 1991. p. 224). Essa doutrina retrocedera em pouco espaço de tempo, havendo a Suprema Corte, em 1936, no julgamento *Morehead v. New York ex re Tiplado* (298 U.S. 587), declarado nula lei do Estado de New York, que fixava salário mínimo para as trabalhadoras do sexo feminino. No entanto, a partir do *case West Coast Hotel v. Parrish* (300 U.S. 397), de 1937, a Suprema Corte desferiu golpe fatal à tese do devido processo econômico, afirmando, de uma vez por todas, a possibilidade de o Estado interferir na liberdade de contratar desde que vise ao bem-estar público. Essa tomada de posição do Excelso Sodalício Americano teve origem em precedentes do último quartel do Século XIX, quais sejam os arestos *Munn v. Illinois* (94 U.S. 113) e *Mugler v. Kansas* (94 U.S. 140) de 1877 e 1887, respectivamente, onde se assentou, embora tibiamente, a possibilidade da disciplina estatal dos negócios afetados por um interesse público.

na livre iniciativa quanto na valorização do trabalho humano, tendo por finalidade assegurar a todos existência digna, consoante os ditames da justiça social. No rol dos princípios basilares da ordem econômica e financeira, inseriu o Constituinte patrial a função social da propriedade (vedou, com isto, o uso individualista e ilimitado dos meios de produção), a defesa do consumidor e a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, III, V e VII, CF).

Considerando-se o tom minudente que pautou a redação do documento promulgado em 1988, de vislumbrar ainda dispositivo específico sobre a matéria, calcado no art. 173, §4º, do seu texto, a proclamar peremptoriamente: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Tecendo comentários acerca do fundamento constitucional das restrições à livre iniciativa, Fábio Konder Comparato¹⁵, atento a que o objetivo primacial da ordenação prevista no Título VII do Diploma Básico vigente tem por alvo a realização da justiça social, aduz ser à luz desta que devem lograr compreensão, e serem concretizados, os demais princípios expressos no art. 170 daquele. Corroborando a competência para a edição de regras diretivas, o citado lente exara as seguintes palavras: “No cumprimento dessas diretrizes constitucionais, o legislador e o administrador público são obrigados a agir, na área específica de sua competência, editando normas gerais, expedindo decretos e provimentos administrativos, fiscalizando o cumprimento das normas editadas e sancionando as transgressões”¹⁶.

Os nossos tribunais respaldam essa opinião. Antes mesmo da promulgação da Lei Máxima vigente, já havia o reconhecimento de que a nossa ossatura constitucional consagrara modelo legitimador da interferência do Estado na vida econômica. Deslindando o HC 30.355¹⁷, impetrado por negociante condenado por vender carne verde além do preço constante da tabela, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, sob o império da Constituição

¹⁵ Regime constitucional do controle de preços no mercado. In: *Direito Público, Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 102-103.

¹⁶ *Ibidem*, p. 103.

¹⁷ Ac. un., rel. Min. Castro Nunes, RDA 21/134.

de 1946, denegou a ordem, rejeitando a arguição de que o Decreto-lei 9.125, de 04-04-46, responsável pela disciplina de controle de preços, tornara-se inconstitucional frente ao art. 36, §2º, da Lei Maior recém promulgada, que proibia a qualquer dos poderes estatais delegar atribuições. Na assentada, o Min. Orozimbo Nonato, reforçando as considerações tecidas pelo relator, agregou: “A Constituição vigente permite ampla intervenção estatal na ordem econômica. Há, nesse sentido, uma série de providências que marcam, inequivocamente, que ela não adotou – e nem podia adotar – o anacrônico *laissez faire, laissez passer* em face da ordem econômica”¹⁸.

Em plena operatividade da Constituição de 1988, dois acórdãos do Supremo Tribunal Federal se afiguram bastantes elucidativos. Durante a apreciação da ADIN 319 – DF, assestada contra dispositivos da Lei 8.039/90, a dispor sobre critérios de reajustes incidentes sobre as mensalidades escolares, restou destacado em trecho da ementa: “Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros”¹⁹.

O tema foi novamente agitado, desta feita na ADIN 1.081 – 6 - DF²⁰, dirigida contra a MP 524/94, cujo conteúdo se projetou a estabelecer regras para a conversão dos valores das mensalidades escolares para a Unidade Real de Valor (URV), havendo o relator, Min. Francisco Rezek, com finalidade de providencial ironia, rechaçado o argumento da impugnante, no sentido da ocorrência de violação ao postulado da livre iniciativa²¹.

¹⁸ RDA 21/138.

¹⁹ Pleno, mv, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 30-04-93, p. 7.563.

²⁰ Pleno, mv, DJU de 03-12-99.

²¹ Disse, na ocasião, S. Ex.^a: “A autora traz à consideração do plenário algumas teses que não me convenceram em absoluto. Primeiro, a inicial insiste na referência a um “princípio do liberalismo econômico” que não consigo encontrar na Constituição do Brasil. Algumas propostas da petição inicial parecem insinuar que o Estado não tem a prerrogativa de legislar a respeito; que o Estado não pode estabelecer normas num domínio a ser regido unicamente pela livre vontade das partes, quando se põem a contratar em caráter privado. Sucede que este plenário já desautorizou semelhante tese”.

Assentado, em bases incontestes, ser lícito ao Estado expedir normas de direção, restringindo ou condicionando, em caráter obrigatório, a conduta dos agentes econômicos, indaga-se: tal competência pode ser manifestada de forma imoderada, sem sujeição a quaisquer limites jurídicos? A resposta será detalhada no próximo tópico.

3 A ATUAÇÃO POR DIREÇÃO E O RESPEITO À LUCRATIVIDADE: A PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA RESTRITIVA

Com o propósito de legar solução ao questionamento esboçado, necessário reavivar que, dentre os chamados princípios fundamentais, previstos no Título I da Constituição, faz-se presente o da livre iniciativa (art. 1º, IV, segunda parte), cuja consagração é ratificada, como já anotado, no art. 170, *caput*, do mesmo diploma.

Levando-se a efeito a dissecação do seu conteúdo, deflui-se da livre iniciativa, num primeiro aspecto, a garantia da liberdade de criação de empresas, ou seja, de livre ingresso no mercado, bem como a sua continuidade neste. Doutra pórtico, assoma à baila a liberdade, conferida em favor dos particulares, de livremente exercerem atividades econômicas, com a limitação da competência administrativa incidente sobre estas.

Da assertiva pode parecer, ao primeiro passar de olhos, a inviabilidade da emissão válida de normas de contenção dos abusos do mercado, de sorte a praticamente infirmar a conclusão obtida no decorrer do tópico anterior. Isto porque a consagração da livre iniciativa, regra geral, eliminaria toda e qualquer atividade regulativa do Estado **sobre** a economia.

Esse inconveniente não ocorre visto que as Constituições hodiernas, promulgadas a partir da metade do Século XX, optaram, na sua grande maioria, pela adoção de modelos que combinam os arquétipos dos Estados Liberal e Social, de forma ser a interpretação insulada de seus dispositivos imprópria para a obtenção de resultados mais satisfatórios. A mais aconselhada maneira de interpretar-se uma norma jurídica, sobretudo quando de porte constitucional, é através da sua consideração como parte de um sistema, representado pela unidade ordenada dos princípios, institutos e regras jurídicas vigorantes em uma dada comunidade.

Constitui fenômeno de presença marcante no constitucionalismo da atualidade o da aparente contradição de princípios postos em um mesmo diploma constitucional. O labor do intérprete, tendente à eliminação de

maltrato à coerência do sistema, recairá na harmonização, quando da composição dos casos concretos, das possíveis antinomias.

Diferentemente das regras, os princípios, ao invés de se notabilizarem pela descrição de uma hipótese e de sua correspondente consequência (dualismo hipótese *versus* sanção), abrigam um valor, possuindo uma dimensão ausente nas primeiras, qual seja a do peso ou da importância. Portanto, ocorrendo uma colisão entre dois princípios, a escolha de qual deles haverá de lograr primazia atenderá ao peso a se conferir a cada uma das diretrizes conflitantes, sem que chegue a excluir qualquer delas do universo sistêmico.

Tornando-se ao objeto deste trabalho, insonegável um aparente confronto entre a livre iniciativa e a justiça social. Enquanto a liberdade de iniciativa poderá conduzir à idéia da impossibilidade de o Estado dispor qualquer restrição à atuação empresarial, a justiça social indica a permissibilidade da disciplina, pelo Poder Público, da atividade econômica, com o intento de tutelar-se o interesse coletivo.

A saída para o embate se reflete na via do balanceamento dos interesses (*bilanciamento degli interessi*), a qual, no dizer de Roberto Bin, configura técnica de “composição de **princípios** que, no caso concreto, encontram-se em contraste (por ex., no aborto, o direito à vida do feto e o direito à saúde da mãe). O balanceamento dos interesses é amplamente empregado por todas as Cortes constitucionais, compreendida a italiana: é baseado sobre critérios de razoabilidade”²².

Tocará, portanto, ao aplicador do direito, administrador ou juiz, proceder a um exame de proporcionalidade ou razoabilidade²³ da norma restritiva da liberdade de iniciativa.

²² “composizione di **principi** che nel caso concreto si torvano in contrasto (per es., nell’ aborto, il diritto alla salute della madre). Il bilanciamento degli interessi è ampiamente impiegato da tutte le Corti costituzionali, compresa quella italiana: è basato su criteri di ragionevolezza”. (*Capire la Costituzione* . 1ª ed. Roma: Editori Laterza, 1998, p. 187-188).

²³ Mesmo não constituindo o objeto central desta pesquisa, gostaria de aduzir que a doutrina, dedicada à investigação do controle dos atos estatais, ora se pronuncia pela identidade conceitual entre razoabilidade e proporcionalidade (Luís Roberto Barroso. *Interpretação e Aplicação da Constituição* . 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 219-220), ora insiste em gizar sua distinção (Maria Rosynete Oliveira Lima. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 280-287). O Supremo Tribunal Federal, no exercício da fiscalização abstrata e concreta da constitucionalidade dos atos dos organismos públicos, tem, com frequência, utilizado ambos termos como equivalentes (Pleno, ADIN 855 – PR, mv, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 01-10-93, p. 20.212; Pleno, ADIMC 1.813 – DF, ac. un., rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 05-06-98, p. 00002; 1ª T., HC 76.060 – SC, ac. un., rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 15-05-98, p. 00044). Doravante, para evitar qualquer confusão, utilizaremos apenas o vocábulo proporcionalidade.

Embora se admita que uma liberdade ilimitada é capaz de afetar outros interesses, quer de terceiros, quer da sociedade, ensejando, assim, a sua delimitação, não menos correto é o remate de que toda e qualquer limitação de direitos fundamentais, entre os quais o da liberdade empresarial, haverá também de movimentar-se mediante lindes precisos, demarcados pela sua proporcionalidade.

Cioso dessa exigência, Hesse²⁴ mostra-nos que a limitação obrigatoriamente terá de satisfazer os seguintes requisitos: a) ser adequada à obtenção do objetivo de interesse público visado; b) resultar necessária, ou seja, quando não se possa, a fim de se alcançar o fim colimado, escolher outro meio igualmente eficaz, mas que prejudique em medida sensivelmente menor o direito fundamental a ser contido; c) ser razoavelmente exigível, cotejada a dimensão da intervenção ante os seus motivos justificadores.

Essa concepção doutrinária, cujo respaldo se origina do texto do art. 19.3 da Constituição Alemã em vigor, ao proclamar que, em nenhuma hipótese, a restrição estatal poderá lesar o conteúdo essencial do direito fundamental, encontra larga possibilidade para a sua transplantação para o nosso ordenamento, em face do art. 5º, LV, e seu §1º, da Constituição de 1988.

Atentas ao problema, a doutrina e a jurisprudência estrangeiras tigram em zelar pelo respeito à imposição de conjugar as restrições à liberdade de comércio ou indústria com o princípio da proporcionalidade. Dessa maneira, mostram sem amparo jurídico aquelas limitações desmedidas e desproporcionais, capazes de inviabilizar a continuidade do negócio afetado com a medida restrigente.

Por isso, é que a Corte Constitucional italiana, como indicam Crisafulli & Paladin²⁵, tem predicado: a) não caberem aos programas e controles suprimir a iniciativa privada, mas somente tender a orientá-la e condicioná-la (*Sentenza 78/1970*); b) não deverem os limites que podem ser prescritos chegarem a tal ponto, de sorte a tornar impossível, ou extremamente difícil, a liberdade de iniciativa econômica, sendo suficiente que as restrições precisadas para orientação e coordenação desta encontrem fundamento em regras e critérios razoáveis (*Sentenza 301/1983*).

²⁴ *Significado de los derechos fundamentales. In: Manual de Derecho Constitucional.* Tradução Antonio López Pina. Madri: Marcial Pons, 1996, p. 110.

²⁵ *Commentario Breve alla Costituzione.* Pádua: CEDAM, 1990, p. 293.

Ainda quanto à aferição dos limites a serem impostos à iniciativa econômica privada, Giovanni Bognetti acentua, com propriedade, que aqueles devem ser predispostos à obtenção dos fins visados pelo constituinte e, de outra parte, à capacidade daquela em constituir a coluna principal do sistema econômico. Sob este último perfil, “trata-se de assegurar ao elemento «privado» da economia não só uma presença no sistema, prevaemente equilibrada nos confrontos com o elemento «público», mas a possibilidade de operar, no seu conjunto, segundo as exigências da produtividade e do lucro”²⁶. Isto demonstra, sem dúvida, que o direito ao lucro não poderá ser eliminado, ou reduzido drasticamente, pela providência voltada a limitar o espaço de ação no mercado.

Alinhada às posições referenciadas, Juan Jorge Papier²⁷, enfocando o tema sob as vestes do *ordo juris* tedesco, deixa claro que, ao afetar as liberdades econômicas da Lei Fundamental, o legislador haverá de respeitar, em todos os instantes de sua tarefa, os lindes demarcados pelo princípio da proporcionalidade ou da interdição de tratamento imoderado.

Tais lições alcançaram sentidas repercussões no solo patrial. Cotejando o direito fundamental da livre iniciativa ante a possibilidade de intervenção diretiva do Estado sobre a economia, Fernando Facury Scaff²⁸ encontra ponto de equilíbrio naquilo que denomina princípio da lucratividade²⁹. Este

²⁶ “si tratta di assicurare all’ elemento «privato» dell’ economia non solo una presenza nel sistema prevalente o almeno bilanciata nei confronti dell’ elemento «público», ma la possibilità di operare, nel suo insieme, secondo le esigenze della produttività e del profitto”. (*Costituzione Economica e Corte Costituzionale*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1983, p. 267).

²⁷ *Ley Fundamental y Orden Económico. In: Manual de Derecho Constitucional*. Tradução Antonio López Pina. Madri: Marcial Pons, 1996, p. 597

²⁸ Responsabilidade do Estado Intervencionista. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 93-94 e 115-116.

²⁹ Essa posição já fora defendida em comentário de Miguel Reale (Responsabilidade Civil do Estado, RDP 87/25), escrito à época da ordem constitucional pretérita, mas que permanece com inegável atualidade, onde é sustentada a responsabilização da União Federal e do extinto IAA, em virtude de prejuízos que a política dirigista destes, levadas a cabo com base no Decreto-lei 3.855/41 e na Lei 4.870/65, acarretaram a terceiros, cuja atividade se voltava à produção de açúcar e álcool. Embora o parecer, quando de sua publicação, não contenha um minucioso relato fático, percebe-se que os fatos se passaram da seguinte forma: considerada a existência de prejuízos, sofridos por cooperativa produtora de açúcar e álcool, em virtude do não satisfatório preço de tais produtos, cuja fixação competia ao Poder Público, fora a autora induzida a, na forma da Res. 63 do BACÊN, tomar empréstimo em dólar, a fim de que pudesse sanear as suas finanças. Não obstante a ocorrência de maxidesvalorização da moeda nacional, o que sobremodo contribuiu para o agravamento das finanças da requerente, bem como de outras empresas na mesma situação, o Poder Público, de forma insensível, absteve-se de permitir a elevação dos preços dos seus produtos, causando-lhe enormes danos. Enfatiza o mestre que, ao exercer sua competência de controle da economia nacional, surge para o Estado, em contrapartida, o dever de propiciar às entidades privadas controladas os meios indispensáveis ao seu sucesso econômico, tais como o justo preço das mercadorias vendidas, empenhando à responsabilidade daquele a conduta, comissiva ou omissiva, que importar em desequilíbrio econômico para os agentes que se encontravam sob o alvo da sua política cogente.

seria o diapasão, cujo respeito, proporciona a preservação da liberdade de iniciativa. Muito embora entenda ser possível a limitação do lucro que, ao invés de dano, constitui medida de ordem econômica, ditada no interesse da manutenção da ordem econômica capitalista, entende que esta condicionante não poderá conduzir os agentes econômicos a saldos negativos de balanço, inviabilizadores da continuidade de sua atuação.

Daí se pode rematar que a observância à proporcionalidade, pela legislação restritiva das liberdades econômicas, estaria em deixar intangível a possibilidade de o empresário prosseguir obtendo lucro com a sua atividade, condição indispensável para a manutenção do seu negócio. Forçar o agente econômico à consecução de prejuízos é o mesmo que violar o conteúdo essencial do direito à liberdade de empresa, enveredando a norma limitativa pela senda do excesso.

Esgrimindo ponto de vista idêntico, Fábio Konder Comparato³⁰ assevera que, a despeito de nosso sistema constitucional não se mostrar infenso à competência estatal de regulação dos mercados, tal atributo é de ser exercido com apreço pelas balizas modeladoras do Estado Democrático de Direito, entre as quais está presente a proporcionalidade³¹.

A veneração à proporcionalidade, aqui posta em realce – é importante uma vez mais frisar –, centra-se no respeito a uma margem mínima de lucro, capaz de garantir a sobrevivência da atividade desenvolvida pelos destinatários da regulação estatal.

Embora de forma paulatina, o Poder Judiciário vem propendendo à verificação de eventuais excessos, em detrimentos de direitos individuais, na edição de normas de política econômica. Num primeiro momento, coevo do conhecido plano cruzado, a 3ª Turma do então Tribunal Federal de Recursos, durante o desate do AI 52.907 – DF³², não obstante manter o despacho atacado, que concluía pelo indeferimento de liminar, chegou a assentar, de forma tímida, possuir relevância o argumento de não ser possível

³⁰ Regime constitucional do controle de preços no mercado. In: *Direito Público, Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 115.

³¹ Também Eros Grau, em recente estudo (Comercialização de cigarros. Inconstitucionalidade da restrição ao número de unidades – interpretação da Constituição, livre iniciativa e princípio da proporcionalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 160-167, 1999), susteve a tese de que as condicionantes, impostas à livre iniciativa, não se podem dissociar do princípio da proporcionalidade.

³² Ac. un., rel. Min. Assis Toledo, RTFR 162/31.

impor-se à iniciativa privada a venda de produtos abaixo do preço de produção.

Noutra ocasião, retratada no MS 1.043 – 0 – DF³³, impetrado pela Confederação Nacional da Agricultura e outros, no propósito de sanar omissão imputável aos Ministros de Estado da Economia e da Agricultura, tendente à fixação, com base no art. 2º da Lei 8.174/91, de tributação compensatória, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça chegou a esboçar uma tendência em prol da proteção à lucratividade. Cuidava-se da autorização para a importação de 700.000 toneladas de trigo dos Estados Unidos da América, cujo preço de ingresso no território nacional era inferior ao de custo dos produtores brasileiros. Os votos dos Ministros Garcia Vieira, Peçanha Martins e Gomes de Barros, a despeito de minoritários, enfatizaram que a omissão quanto à fixação do tributo adicional poria grave risco à livre concorrência, consagrada no art. 170, IV, da CF, ocasionando sérios prejuízos aos agricultores nacionais. Prevaleceu o entendimento de que, colimando a medida proteger o interesse nacional, evitando a escassez do referido produto, bem como contendo eventual reajuste do seu preço, tal ato estaria imune ao exame jurisdicional.

Os louváveis pronunciamentos vencidos, por seu turno, serviram para respaldar o remate embrionário de ser lícito aos agentes econômicos, na hipótese representados por setores da agricultura, impugnar a intervenção estatal, comissiva ou omissa, na economia quando seja hábil a conduzi-los a resultados ruinosos em sua atividade.

Passado um lustro, o Superior Tribunal de Justiça, em notável evoluir de sua jurisprudência, assentou, sem deixar pendente qualquer dúvida, ser indevido ao Estado, na execução de sua política econômica, impingir ao particular condutas que importem em prejuízos. Cuidava-se do MS 6.166 – DF, impetrado pelo Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado do Pará contra ato dos Ministros de Estado da Fazenda e de Minas e Energia, no intento de evitar os efeitos da Portaria Interministerial 324/98 que, liberando os preços de venda em varejo de combustíveis em todo o Brasil, fixara, no que concerne aos Estados sítos à Região Amazônica, preços máximos, os quais reduziram as margens de lucros dos comerciantes a valores impraticáveis. Assim, decidiu-se: “ *II – A Portaria 324/98,*

³³ Mv, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU de 21-03-94, p. 5.425.

em estabelecendo preços insuficientes à correta remuneração dos comerciantes varejistas de combustíveis sediados na Amazônia, inviabilizou a atividade econômica de tais negociantes, atingindo fim diverso daquele previsto na Lei 8.175/95”³⁴.

4 PALAVRAS FINAIS

Ultimando nossa análise, segue a mensagem de que a intervenção diretiva do Poder Público sobre a economia, manifestada no propósito de resguardar o interesse da coletividade, embora premissa irrefutável, mesmo sob a aura do denominado Estado mínimo, não assoma à ribalta irrestrita. Diversamente, haverá de pautar-se pela trilha do princípio da proporcionalidade (e suas elementares necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), não podendo privar o empresário da obtenção de uma margem mínima de lucro, indispensável à subsistência de sua atividade. Com essa não suprimível cautela, resguarda-se a contento o substrato essencial do direito ou liberdade fundamental atingida.

³⁴ 1ª Seção, ac. un., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 06-10-99. Do voto do relator, acolhendo parecer ministerial, consta a seguinte passagem: “Na hipótese, as próprias informações reconhecem que o tabelamento reduziu os lucros dos retalhistas a limites incompatíveis com a atividade econômica. Admitem mais, que em algumas situações, os preços de revenda superam os custos da mercadoria. Ora, o comércio, como atividade econômica, tem como escopo o lucro. Forçar o comerciante a vender com lucro insuficiente é condená-lo à insolvência; compeli-lo a vender abaixo do valor de custo é proibi-lo de comerciar. A Lei 8.175 outorga competência ao Ministro da Fazenda, para baixar normas reguladoras dos preços. Como bem assinala o Senhor Ministro da Fazenda, “O ato de fixar limites máximos de preços de combustíveis insere-se no poder que tem o Estado de atuar na ordem econômica, que apesar de fundada na livre iniciativa e na livre concorrência, deve assegurar também os interesses do consumidor quanto aos preços que regula a concorrência em questão de acordo com cada combustível específico e seus derivados, além de outros bens e serviços.” (fls. 66). Forçar a venda de mercadorias, mediante preços inferiores aos respectivos custos não é – *data venia* – assegurar os interesses do consumidor. Pelo contrário, é impossibilitar-lhe o abastecimento, pela falência dos comerciantes que o ministram. Não tenho dúvida em afirmar que, em fixando preços inferiores aos custos, os Senhores Ministros impetrados ultrapassaram os limites de suas atribuições. Por outro lado, a Portaria 324/98, quando estabeleceu preços insuficientes à correta remuneração dos comerciantes de combustíveis sediados na Amazônia, inviabilizou a atividade econômica de tais negociantes, atingindo fim diverso daquele previsto na Lei 8.175/95”.

A Relação Jurídica Pré-processual

Francisco Antônio de Barros e Silva Neto
Juiz Federal (Substituto) da 10ª Vara da SJ/PE

INTRODUÇÃO

O presente estudo destina-se à análise da relação jurídica pré-processual, entendida como a relação existente entre o Estado e o particular, antes da instauração do processo, mas decorrente do direito de acesso aos Tribunais (um dos aspectos do direito de acesso à justiça).

Com efeito, a doutrina reconhece que o processo surge com a apresentação da demanda, aperfeiçoando-se com a citação válida, que lhe atribui a angularidade (ou triangularidade, dependendo da teoria adotada) que lhe é característica. Representa, portanto, a relação decorrente do exercício da pretensão à tutela jurisdicional.

O direito de ação, contudo, é conferido em um momento anterior, cujo termo inicial ainda é alvo de polêmicas. Para alguns, é direito de personalidade, surgindo concomitantemente com cada pessoa física ou jurídica; para outros, depende do preenchimento de certas condições (as condições da ação: via de regra, a legitimidade *ad causam*, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido), não se confundindo com o direito de acesso aos Tribunais, este sim incondicionado e atribuído a todos indistintamente.

De qualquer modo, entre o surgimento da ação e o seu exercício há um período de latência, no qual existe uma relação jurídica (vez que preenchidos os requisitos da hipótese de incidência da norma jurídica atributiva de ação) que não se confunde com o processo. Em função de sua anterioridade, utiliza-se a terminologia “relação pré-processual”.

Se há relação jurídica e direito subjetivo (de ação ou de acesso aos Tribunais, conforme o caso), há igualmente dever jurídico, embora a doutrina processual não retire todas as consequências possíveis desta assertiva.

O presente ensaio, portanto, tem o fito de analisar a relação jurídica pré-processual do ponto de vista da Teoria Geral do Direito, utilizando as ferramentas desta disciplina geral para estabelecer a estrutura daquela relação, isolando seu polo passivo e analisando o conteúdo do dever jurídico por ela estabelecido.

1 A RELAÇÃO JURÍDICA

1.1 A PERSPECTIVA DA TEORIA GERAL DO DIREITO

“A Teoria Geral do Direito é uma parcialização metódica do conhecimento jurídico”, é “um nível de gênero supremo, mas ainda no interior do conhecimento jurídico da Ciência do Direito”, como afirma o professor Lourival Vilanova.¹

A Teoria Geral do Direito analisa as categorias jurídicas fundamentais, abstraindo os elementos específicos que lhe atribuem pertinência a determinado ramo jurídico. Não indaga, portanto, pela relação de tributação, de compra e venda, de busca e apreensão, de desapropriação, pois não invade a matéria específica do Direito Tributário, Civil, Processual, Administrativo ou qualquer outro. Atém-se aos conceitos gerais (aplicáveis a todos os ramos), ainda inclusos no universo jurídico.

Não se busca, na Teoria Geral do Direito, explicações sociológicas do fenômeno jurídico, como o faz Carnelutti.

Como cediço, parte o mestre italiano da noção de conflitos de interesses, da qual deriva o conceito de lide, fundamental para a análise de sua concepção do processo.

“Um objeto jurídico é, pois, uma porção de realidade em que se descobre um comando destinado à composição de um conflito intersubjetivo de interesses”, diz o professor de Milão.²

A realidade jurídica se decomporia em três elementos: o físico, consistente em uma pluralidade de pessoas e uma ou mais coisas; o econômico, que se traduz no conflito de interesses; e o psicológico, que corresponde a um poder ou dever das pessoas.

¹ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 17.

² CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**, trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo : LEJUS, 1999, p. 225.

A relação jurídica que se estabelece entre dois sujeitos em verdade representaria mera colisão de duas outras relações econômicas, entre cada um desses sujeitos e a coisa. E o efeito do comando jurídico se resumiria ao psicológico: fortalecer ou impedir uma manifestação da vontade.³

Não se pode negar que na base das relações jurídicas há muito de econômico (entendido em seu sentido mais amplo), nem que a norma jurídica exerce papel fundamental na *psique* de seus destinatários, por força do hábito geral de obediência. Porém o problema é metodológico: a Teoria Geral do Direito preocupa-se com o aspecto jurídico, não com o econômico ou o psicológico.

Concorda-se com Kelsen, quando este afirma que “aprender algo juridicamente não pode (...) significar senão aprender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica”.⁴

Os conhecimentos econômicos, sociológicos, psicológicos, *et coetera*, são úteis para o entendimento da dinâmica jurídica, do mecanismo auto-poiético pelo qual o sistema jurídico produz seus elementos, bem assim para o aplicador do direito, que a todo momento é chamado a interpretar determinada norma e deve fazê-lo com vistas à sua finalidade social, por força de comando expresso na Lei de Introdução ao Código Civil.

Não se nega, portanto, a relevância desse contato com outras ciências, que impede o normativismo puro e o hermetismo do universo jurídico.

Contudo, esse contato não se faz no plano da Teoria Geral do Direito, obtida por “generalização, por sucessivos graus de abstração no interior das ciências jurídicas”, não pela “sinopse de conhecimentos jurídicos, metodologicamente diversos”.⁵

1.2 A CAUSALIDADE JURÍDICA

Como afirma Pontes de Miranda, “a regra jurídica é norma com que o homem, ao querer subordinar os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, procurou distribuir os bens da vida”.⁶

³ CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, nota 2, pp. 259-63.

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 79.

⁵ VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, p. 18.

⁶ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*, t. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1970, p. 3.

A norma jurídica, deste modo, descreve abstratamente fatos, quer sejam fatos naturais, quer sejam condutas humanas, atribuindo-lhes efeitos no “mundo do direito”.

Há que se distinguir, portanto, a descrição abstrata dos fatos e os fatos concretamente existentes que se adequam àquela descrição. Aquela é a hipótese de incidência da norma jurídica, a *fattispecie*;⁷ estes são o suporte fático da norma jurídica, os fatos jurídicos *lato sensu*.

Para que os fatos sejam jurídicos é preciso que norma jurídica incida sobre eles e lhes vincule certos efeitos. Não há fato jurídico sem norma que lhe incida, nem incidência de norma que não torne jurídico determinado fato.

A incidência é infalível: ocorridos os fatos descritos na hipótese normativa, automaticamente se tornam jurídicos e produzem os efeitos estabelecidos. A esta “relação-de-implicação entre a hipótese fática e a consequência jurídica, que têm como contrapartes, na realidade, o fato jurídico e a eficácia (os efeitos)” chama-se causalidade jurídica.⁸

Não se trata de relação entre a situação jurídica preexistente e a nova situação jurídica, como pareceu a Carnelutti,⁹ mas entre o fato jurídico e seus efeitos. A situação jurídica apenas se transforma em virtude da incidência de uma norma sobre um novo fato, ainda que este novo fato seja apenas o decurso do tempo.

Por outro lado, a causalidade jurídica não se confunde com a causalidade natural. Em primeiro lugar, porque “só no interior de um sistema vale a causalidade normativa”.¹⁰

A incidência depende da validade da norma, de sua relação com determinado sistema jurídico. A existência do sistema, portanto, é um *prius* lógico em relação à incidência e à causalidade normativa.

Em segundo lugar, a causalidade normativa não se expressa por meio de um enunciado do “ser”, mas do “dever ser”. “Na proposição jurídica não

⁷ Segundo Betti, o termo deriva do latim medieval (“*facti species*”), significando, na terminologia de Teófilo, “figuras de fato” (BETTI, Emílio. **Teoría general del negocio jurídico**, trad. Martín Pérez. 2ª ed. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1959, p. 4).

⁸ VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, p. 18.

⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, nota 2, p. 323.

¹⁰ VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, p. 8.

se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja”.¹¹

Esse é o salto gnoseológico fundamental: de algo que “deve ser” não se pode necessariamente inferir algo que “é”, assim como de algo que “é” não se pode deduzir algo que “deve ser”. De um lado, em virtude de a validade da norma depender da validade de outra norma, não da eficácia sociológica; do outro, porque os enunciados deônticos não surgem de enunciados fáticos, dependendo da incidência das regras de sobredireito.

Não se quer dizer que a conduta humana seja imune à causalidade natural, de índole sociocultural. Esta existe em todo subsistema cultural e nem mesmo Kelsen a infirma.¹²

Contudo, a causalidade natural apenas adentra no mundo jurídico quando uma norma a toma como conteúdo. *Verbi gratia*, é justo que o assassino sofra a punição pelo seu ato, mas juridicamente essa proposição só é válida quando o sistema jurídico assim o determine, tipificando a conduta do criminoso e atribuindo àquela causalidade natural a eficácia jurídica.

Como afirma Pontes de Miranda, o sistema normativo escolhe algumas consequências naturais de determinado fato e as transporta para o mundo jurídico. Muitos outros efeitos jurídicos, porém, “são criações do próprio direito, por serem estranhos à causação física”. Torna-se, assim, um mecanismo “artificial, (...) técnico, mas irreduzível”.¹³

1.3 A RELAÇÃO JURÍDICA COMO EFICÁCIA DO FATO JURÍDICO

A relação jurídica é um dos conceitos jurídicos fundamentais, vez que não se pode teorizar o direito sem menção à relação jurídica. A dificuldade, porém, é que não se pode conceituá-la mediante o critério aristotélico do

¹¹ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, nota 4, p. 87.

¹² KELSEN, Hans. *Op. cit.*, nota 4, p. 85. Observe-se, porém, que Kelsen identifica no âmbito das proposições jurídicas relações de imputabilidade entre o ilícito e a consequência do ilícito, de modo que a “ciência jurídica não visa a uma explicação causal” (*op. cit.*, nota 4, p. 91). O dever ser, portanto, estaria no nível da proposição descritiva emanada da ciência do direito, não no nível prescritivo da norma jurídica (VILANOVA, Lourival. **A estrutura lógica e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 77).

¹³ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Op. cit.*, nota 6, pp. 9, 20.

gênero próximo e da diferença específica. Pode-se apenas descrevê-la mediante a indicação de suas “notas essenciais constituintes”.¹⁴

Compete à relação jurídica concretizar a norma jurídica, substituindo os sujeitos descritos abstratamente na hipótese de incidência por sujeitos concretos. Como afirma o prof. Lourival Vilanova, “a concretização importa no substituir o sujeito genérico, o objeto indeterminado, o fato jurídico típico, os poderes e os deveres inespecificados, de um ato ou negócio jurídico típico, por sujeitos individualizados, prestações especificadas, fato jurídico concreto”.¹⁵

Incidindo a norma jurídica sobre determinado fato, cria-se, altera-se ou se extingue relação jurídica ou uma nova norma jurídica. Sem esse mecanismo o Direito não cumpre sua finalidade. Se não há incidência da norma, ou seja, se os fatos não correspondem à hipótese normativa, não surge qualquer relação jurídica e o Direito não atua. A relação jurídica, portanto, é efeito dos fatos jurídicos.

Pontes de Miranda, contudo, diferencia a relação jurídica “eficacial” (efeito dos fatos jurídicos) da relação jurídica “básica”. Neste último caso há mera “juridicização” de uma relação preexistente, como a relação de parentesco. A relação não seria efeito do fato jurídico, pois lhe é anterior. Seria efeito apenas da norma jurídica que incidiu.¹⁶

Observa-se, porém, que a relação existente antes da incidência da norma jurídica é meramente fática (como o vínculo consanguíneo, para utilizar o exemplo do mestre alagoano). Essa relação apenas adquire juridicidade quando preenche os requisitos da hipótese normativa.

Neste momento, a relação fática anterior torna-se um fato jurídico, pois correspondente à hipótese de incidência de determinada norma, e dá origem a uma relação jurídica.

A relação anterior, portanto, não existe enquanto relação, no sentido jurídico, mas como fato. E é desse fato que surge a relação jurídica, que mantém seu caráter eficaz.

¹⁴ cf. VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, p. 18.

¹⁵ VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, p. 138.

¹⁶ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Op. cit.*, nota 6, p. 120.

“Relação fática pode entrar como suporte fático (...). E, também, relação já juridicizada. O efectual é sempre relação jurídica.”¹⁷

1.4 RELAÇÃO VS. SITUAÇÃO JURÍDICA

Alguns autores, porém, contestam a premissa da intersubjetividade do direito, preferindo deslocar o “centro de gravidade” do aspecto efectual da incidência para o conceito de situação jurídica.¹⁸

Betti, por exemplo, enfoca a incidência na perspectiva do surgimento de uma situação jurídica nova, proveniente do fato jurídico. Esta situação jurídica pode afetar qualificações ou relações jurídicas.¹⁹

Utilizando-se essa acepção, o conceito de situação jurídica “não suplanta o de relação jurídica”, vez que, mesmo nas qualificações, há uma relação jurídica em sentido amplo,²⁰ no quanto devam ser respeitadas pelas demais pessoas.

Partindo, porém, deste conceito de situação jurídica, há autores que defendem a relação direta entre pessoa e coisa, além de outras situações onde não há intersubjetividade.

Assim, o prof. Olímpio Costa Júnior afirma que o efeito da incidência da norma jurídica é a configuração de situações jurídicas concretas e específicas, ressaltando que o conceito de situação jurídica compreende “todas as possíveis posições dos sujeitos perante os objetos, impliquem ou não uma relação individual, direta e concreta com outros sujeitos”.²¹

Às situações que se compõem de um único sujeito, relacionado diretamente com determinado objeto, denomina situações uniposicionais, como as provenientes da atribuição de qualificações e dos direitos “absolutos”, como os de personalidade e os reais.²²

¹⁷ VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, p. 86.

¹⁸ cf. CASTRO, Torquato. “Fato e situacionalidade jurídica” in *Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco*, a. 27-8, n. 27-8. Recife: OAB/PE, 1984, pp. 9, 11-4.

¹⁹ BETTI, Emílio. *Op. cit.*, nota 7, p. 6.

²⁰ VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, p. 19.

²¹ COSTA JÚNIOR, Olímpio. *A relação jurídica obrigacional: situação, relação e obrigação em direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 11-2.

²² COSTA JÚNIOR, Olímpio. *Op. cit.*, nota 21, pp. 18-9.

Clóvis Beviláqua, em sua Teoria Geral do Direito Civil, também já se referia à relação de direito como o “laço que, sob a garantia da ordem jurídica, submete o objeto ao sujeito”. Negava, portanto, a premissa exposta por Windscheid, pela qual “todos os direitos se estabelecem entre pessoas, não entre pessoa e coisa”, afirmando que há duas categorias de relações jurídicas, uma atuando sobre os objetos, outra “ligando pessoas entre si”.²³

Alberto Trabucchi, por sua vez, destina um dos parágrafos de suas Instituições de Direito Civil à “relação jurídica da pessoa com o território”, analisando o vínculo de cidadania e o conceitos de residência e domicílio.²⁴

Entretanto, como afirma Pontes de Miranda, o direito é um processo de coexistência entre os homens, de modo que as relações jurídicas são sociais, entre pessoas.²⁵

No mesmo sentido, o prof. Lourival Vilanova preleciona que a relação imediata entre pessoa e coisa só é juridicamente relevante quando há uma relação mediata entre o sujeito e a universalidade dos demais sujeitos. Não importa a indeterminação provisória do polo passivo dessa relação mediata, que apenas se individualiza com a conduta impediante do exercício possessório.²⁶

Mesmo nos casos de “contrato consigo mesmo” ou de dupla representação, a intersubjetividade permanece, vez que a causalidade física não se confunde com a causalidade jurídica. Se fisicamente há apenas uma pessoa atuando, juridicamente os dois sujeitos da relação estão presentes.²⁷

²³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro : Livraria Francisco Alves, 1951, pp. 65-6.

²⁴ TRABUCCHI, Alberto. **Instituciones de derecho civil**, trad. Luis Martínez-Calcerrada. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1967, p. 115.

²⁵ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Op. cit.*, nota 6, p. 128.

²⁶ VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, pp. 111, 122.

²⁷ VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, pp. 152-3. Neste sentido, José Paulo Cavalcanti afirma que “sem que ocorra representação é impossível configurar-se um contrato consigo mesmo”, divergindo das opiniões de Demogue e de Cunha Gonçalves (CAVALCANTI, José Paulo. **O contrato consigo mesmo**. Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos, 1956, pp. 11-2).

2. A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

2.1 O PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA

Do ponto de vista filosófico, a identificação do processo como um contrato, derivou da tendência, típica da doutrina francesa dos séculos XVIII e XIX, de se examinarem fenômenos jurídicos e sociais sob o prisma dos contratos.²⁸

Como naquele período a convivência social, a associação, a letra de câmbio e mesmo o casamento eram explicados como contratos, igualmente o processo passou a ser visto como “contrato judicial” ou “judiciário”, por meio do qual as partes se comprometem a aceitar a decisão final sobre seu conflito.²⁹

Por esse motivo, Pothier o analisa em seu *Traité des obligations*, não no *Traité de la procédure*, retomando a concepção romana pela qual a autoridade da coisa julgada só atinge as partes, vez que os contratos não podem ser opostos a terceiros (*res inter alios acta*).³⁰

Eduardo Couture chega a afirmar que os pensamentos de Rousseau e de Pothier diferem apenas em amplitude, não em essência.³¹ Enquanto o primeiro observa macroscopicamente a realidade social, o segundo enfoca apenas o microcosmo processual, mas ambos convergem para o problema da fundamentação da autoridade estatal.

Desde a obra fundamental de von Bülow, escrita em meados do século passado (1868), porém, é notória a aceitação majoritária da teoria da relação jurídica processual.

Filosoficamente, esta teoria deita origens em Hegel, que afirmava no § 222 de sua *Filosofia do Direito*: “Perante os tribunais, o direito tem o carácter de um dever-ser demonstrado. O processo dá às partes as condi-

²⁸ MOURA ROCHA, José de. “Notas sobre a fixação da natureza da relação processual” in **Estudos sobre processo civil**, v. 3. Recife: UFPE, 1995, p. 118.

²⁹ MOURA ROCHA, José de. *Op. cit.*, nota 28, p. 117.

³⁰ cf. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1951, p. 61.

³¹ COUTURE, Eduardo J. *Op. cit.*, nota 30, p. 63.

ções para fazerem valer os seus meios de prova e motivos jurídicos e ao juiz as de conhecer o assunto. As fases do processo são elas mesmas direitos. As suas ligações também devem, por isso, ser definidas juridicamente, o que constitui uma parte essencial da ciência teórica do direito”.³²

No âmbito da Teoria Geral do Direito, porém, a contribuição de von Bülow não foi observar o processo enquanto relação jurídica, vez que, mesmo quando identificado como contrato, não perde esta natureza. O contrato também é uma relação jurídica. As “novidades” expostas em 1868 foram a autonomia e a unidade da relação jurídica processual.

Do ponto de vista da autonomia, a relação jurídica processual possui “vida e condições próprias, independentes da existência da vontade concreta de lei afirmada pelas partes”, como afirmou Chiovenda.³³ Deste modo, possui partes, objeto e pressupostos, que não se confundem com os da relação de direito material.

Quanto às partes, o processo se diferencia da relação material em face da participação do Estado-juiz, enquanto órgão encarregado de prestar a jurisdição. Ainda que incipientemente, no direito intermédio Búlgaro já havia identificado este dístico, definindo o processo como “*actus trium personarum: iudicis, actoris et rei*”, fórmula, aliás, acolhida pelas Ordenações Filipinas.³⁴ Mesmo quando a relação material ostenta natureza privada, a relação processual pertine ao Direito Público.

Com relação ao objeto, a relação de direito material contém o bem da vida sobre o qual recai o conflito de interesses (a lide), enquanto o objeto da relação jurídica processual é “o serviço jurisdicional que o Estado tem o dever de prestar, consumando-o mediante o provimento final em cada processo”.³⁵

³² HEGEL, Georg Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**, trad. Orlando Vitorino. 4ª ed. Lisboa : Guimarães Editores, 1990, pp. 205-6.

³³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, v. 1, trad. Paolo Capitanio. Campinas : Bookseller, 1998, p. 79.

³⁴ Livro Terceiro, Título 20: “Três pessoas são por direito necessárias em qualquer juízo: juiz que julgue, autor que demande e réu que se defenda” (*apud* TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1987, p. 6).

³⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13ª ed. São Paulo : Malheiros, 1997, pp. 290-1.

Alfredo Rocco bem explica a diferença entre a relação material e a processual, afirmando que, ao lado do interesse em obter certos bens da vida, por assim dizer “principal”, pode haver o interesse secundário, de retirar os obstáculos postos à satisfação daquele interesse “principal”.³⁶

Quando se permite que o particular satisfaça diretamente seus interesses principais, não surge esse interesse secundário. Mas o monopólio estatal da jurisdição, ao impedir a satisfação direta, cria uma utilidade diversa, qual seja, a retirada do obstáculo à realização da utilidade principal.

O processo, deste modo, não tem por objeto o bem da vida em discussão, mas a retirada dos obstáculos à sua fruição, que se opera por meio da decisão final.

Quanto aos pressupostos processuais, caso não houvesse a autonomia da relação jurídica processual, seus pressupostos seriam os mesmos da relação material, regulados pelo Código Civil, pela legislação administrativa *et coetera*.

“O Código Civil seria, assim, fonte subsidiária do de Processo, em matéria de capacidade, de consentimento, de efeitos da vontade etc. Uma conclusão muito natural desta atitude seria, por exemplo, a de que as disposições relativas à nulidade dos contratos fossem aplicáveis em caso de silêncio do direito processual positivo”.³⁷

Com relação ao caráter unitário da relação processual, pode-se observar certa divergência entre as concepções de von Bülow e de Hegel, que parece identificar diversas relações processuais, assemelhando-se, neste aspecto, à tese defendida por Carnelutti, de pluralidade de relações jurídicas processuais como decorrência da pluralidade de conflitos que surgem no decorrer do processo.³⁸

A doutrina majoritária, porém, segue a orientação de von Bülow. Chiovenda, por exemplo, considera “complexa” a relação processual, ao enfeixar um conjunto indefinido de direitos e deveres, todos coordenados e dirigidos ao objetivo comum. Esta complexidade consolida “numa unidade todos os atos processuais”.³⁹

³⁶ ROCCO, Alfredo. **La sentencia civil**, trad. Mariano Ovejero. México : Cardenas, 1985, p. 125.

³⁷ COUTURE, Eduardo J. *Op. cit.*, nota 30, p. 59.

³⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**, v. 2, trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 783.

³⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, nota 33, p. 79.

No mesmo sentido, Calamandrei afirma que o procedimento, enquanto série de atos processuais, forma uma unidade em face da existência de uma única relação processual. Esta, portanto, “é fórmula mediante a qual se expressa a unidade e a identidade jurídica do processo”.⁴⁰

No Brasil, defendem o caráter unitário da relação jurídica processual, entre outros, José Frederico Marques, Pontes de Miranda, Moacyr Amaral Santos, Lourival Vilanova e Machado Guimarães.⁴¹

2.2 O PROCESSO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA

A teoria do processo enquanto situação jurídica, iniciada por James Goldschmidt, surge como crítica ao entendimento de von Bülow,⁴² fundamentando-se no denominado “Direito Judicial Material”, patamar intermédio entre os planos processual e material.

A pretensão à tutela jurídica, segundo Goldschmidt, “deve sua aceitação à necessidade de contemplar a parte material da relação judicial civil, em seu caráter de tal, ou seja, independentemente de seu aspecto jurídico-privado, mas, de logo, em seu aspecto material”,⁴³ que identifica como sendo os requisitos específicos da pretensão.

A pretensão, outrossim, não se reveste de natureza processual, por preceder à interposição da demanda, nem de índole privada, posto dirigida

⁴⁰ CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**, v. 1, trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas : Bookseller, 1999, p. 273.

⁴¹ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**, v. 2. Rio de Janeiro : Forense, 1958, p. 74; PONTES DE MIRANDA, F. C. **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. 3. 4ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997, p. 261; SANTOS, Moacyr Amaral. “Relação jurídica processual” in **Enciclopédia Saraiva do direito**, v. 64. São Paulo : Saraiva, 1981, p. 415; VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, p. 218; MACHADO GUIMARÃES, Luís. “A instância e a relação processual” in **Estudos de direito processual civil**. Rio de Janeiro : Ed. Jurídica e Universitária, 1969, pp. 68-9.

⁴² Ressalte-se que alguns autores, como Hélio Tornaghi e Alcalá-Zamora y Castillo, consideram que a tese exposta por Goldschmidt é perfeitamente compatível com a de von Bülow (TORNAGHI, Hélio. *Op. cit.*, nota 34, p. 11; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso**. México : UNAM, 1991, p. 130). Em sentido contrário: PONTES DE MIRANDA, F. C. *Op. cit.*, nota 41, p. 261. A crítica à teoria da relação processual é expressamente consignada nas obras do mestre vitimado pelo nazismo (GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**, trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona : Labor, 1936, pp. 16-23).

⁴³ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho judicial material**, trad. Catalina Grossmann. Buenos Aires : EJEJA, 1959, p. 22.

ao magistrado. Trata-se de matéria afeta “ao lado material da relação judicial civil existente entre o indivíduo e o Estado”.⁴⁴

Partindo dessa conjunção entre os planos processual e material, Goldschmidt constrói a teoria do processo enquanto situação jurídica, negando a existência de direitos e obrigações puramente processuais, a ensejar uma relação autônoma.

Observe-se, como o fazem José Frederico Marques e Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, que o conceito de situação jurídica em Goldschmidt não coincide com a concepção exposta por Kohler. Para este autor, a situação jurídica é um elemento ou fase do direito subjetivo (integrando, portanto, uma regra de conduta). Goldschmidt, por outro lado, “encara a situação jurídica, sob o aspecto processual, em que as normas de direito material são concebidas, não como regras de conduta, e sim, como regras de julgamento”.⁴⁵

Não haveria obrigações processuais dos cidadãos frente ao Estado, mas apenas o estado de sujeição decorrente do *jus imperii* e os ônus processuais.⁴⁶

Por outro lado, o dever de o juiz sentenciar não seria correlato a qualquer direito das partes, mas ao direito de o Estado cobrar a atividade de seus servidores. A infração do dever de julgar conduziria o magistrado a sanções civis e criminais, mas não processuais.

“O juiz sentencia não porque isto constitua um direito das partes, mas porque é para ele um dever funcional de caráter administrativo e político: as partes não estão ligadas entre si, mas existem apenas estados de sujeição delas à ordem jurídica, em seu conjunto de possibilidades, de expectativas e de cargas. E isto não configura uma relação, mas uma situação, ou seja, como se tem dito, o estado de uma pessoa frente à sentença judicial”.⁴⁷

⁴⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Op. cit.*, nota 43, p. 45.

⁴⁵ MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, nota 41, p. 88; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Op. cit.*, nota 42, p. 128.

⁴⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Op. cit.*, nota 42, pp. 19-20. Neste tópico, segundo ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (“Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso” in **Estudios de teoría general e historia del proceso**. México: UNAM, 1992, p. 383), Kisch seria precursor da teoria de Goldschmidt, quando afirmava que as partes não detinham obrigações processuais, mas apenas “cargas”.

⁴⁷ COUTURE, Eduardo J. *Op. cit.*, nota 30, p. 71.

E indo mais além, não violaria qualquer dever o juiz que interpretasse erroneamente a norma (salvo os casos de prevaricação, corrupção etc.), vez que representa poder soberano.

As partes, portanto, possuiriam mera expectativa de sentença favorável ou desfavorável, ainda quando o ordenamento parecesse claro ao lhes estabelecer direitos subjetivos.⁴⁸

O processo se assemelharia, portanto, à guerra: “em tempo de paz o direito é estático e constitui algo assim como um reinado intocável (...). Contudo, deflagra-se a guerra e então todo o direito se põe na ponta da espada: os direitos mais intangíveis restam afetados pela luta e todo o direito, em sua plenitude, nada mais é que um conjunto de possibilidades, de cargas e de expectativas”.⁴⁹

Embora alguns tópicos dessa teoria tenham sido adotados por vários autores, não foi acolhida *in totum* por nenhum tratadista,⁵⁰ o que Eduardo Couture credita ao fato de que Goldschmidt “não descreve o processo tal como dever ser tecnicamente, mas tal como resulta de suas deformações na realidade”.⁵¹

2.3 O INÍCIO E A ESTRUTURA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

Como afirma o mestre espanhol Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, não se sabe exatamente o que é o processo, mas se sabe onde ele está.⁵² Seus termos inicial e final, no caso brasileiro, constam expressamente da legislação, radicando-se nos arts. 263, 267 e 269, do Código de Processo Civil.

Em relação ao Código de Processo Civil de 1939 (“Baptista Martins”), o atual Código inova ao suprimir a menção ao vocábulo “instância” e ao deslocar o termo inicial do processo, fixado em 1939 no ato de citação válida, para o despacho de recebimento da inicial ou, existindo pluralidade de órgãos jurisdicionais competentes, para a distribuição.

⁴⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Op. cit.*, nota 42, pp. 48-9.

⁴⁹ COUTURE, Eduardo J. *Op. cit.*, nota 30, p. 70.

⁵⁰ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Op. cit.*, nota 46, pp. 379-380.

⁵¹ COUTURE, Eduardo J. *Op. cit.*, nota 30, p. 71.

⁵² ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Op. cit.*, nota 42, p. 103.

O conceito de instância, embora defendido por autores como Costa Carvalho, sofreu as pesadas críticas expostas por Machado Guimarães em seu ensaio “A instância e a relação processual”, que o substituiu pelo conceito de “relação processual”.⁵³

Com relação ao momento de início do processo, o sistema utilizado pelo Código de 1939 não discrepa da doutrina de Chiovenda, para quem a relação processual apenas se constitui com a comunicação da demanda judicial à parte ré, “porquanto não se pode estatuir sem que se haja ouvido ou citado a parte contra quem se propôs a demanda”.⁵⁴

Pontes de Miranda, porém, embora não desdenhe o conceito de “instância”, utilizando-o como equivalente de “demanda judicial”,⁵⁵ não economiza críticas ao sistema do Código revogado, entendendo que o processo se inicia com a apresentação da petição inicial ao juiz. A citação apenas completa a angularidade da relação, existindo, inclusive, processos em que não ocorre tal angularização, em virtude de sua “morte prematura”.⁵⁶

Alguns autores preferem afirmar que a formação do processo não ocorre por um ato simples, mas mediante um ato complexo, sendo uma “formação gradual”.⁵⁷ Em verdade não se afastam do entendimento exposto por Pontes de Miranda, pois entendem que com a apresentação da demanda já existe a relação processual, embora ainda *in fieri*. Não há diferenças substanciais em se dizer que a citação exaure o *iter* de formação do processo ou que aperfeiçoa a relação processual.

⁵³ COSTA CARVALHO, Luiz Antônio da. “Instância e relação processual” in *Revista jurídica*, a. 19, n. 124, jan/mar. Rio de Janeiro : Instituto do Açúcar e do Alcool, 1974, pp. 174-182; MACHADO GUIMARÃES, Luís. *Op. cit.*, nota 41, pp. 70-5.

⁵⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, nota 33, p. 81.

⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Op. cit.*, nota 41, p. 420. Observe-se que Cândido Dinamarco, embora ressalve a acepção utilizada por Pontes de Miranda, que remonta aos antigos processualistas lusitanos, prefere definir a demanda como “ato inicial de provocação ao exercício do poder e consubstanciado na denúncia, queixa-crime, petição inicial ou mesmo formulação verbal (reclamação trabalhista, juizados especiais cíveis)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**, t. 1. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 2000, pp. 105, 168). No mesmo sentido: WAGNER, Maurílio. “Da formação do processo” in *Revista forense*, a. 77, v. 274, abr/jun. Rio de Janeiro : Forense, 1981, p. 386.

⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Op. cit.*, nota 41, pp. 419-20. Em face do Código em vigor, o mestre alagoano ressalva o início da relação processual quando da distribuição, em locais onde houver mais de uma vara (p. 424).

⁵⁷ MONIZ DE ARAGÃO, E. D. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 2. 9ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998, p. 335; WAGNER, Maurílio. *Op. cit.*, nota 55, pp. 387-8.

Questão mais tormentosa diz respeito à estrutura da relação processual, se angular ou triangular.⁵⁸ Em outros termos, se há relações diretas entre o autor e o réu, ou apenas relações entre cada uma dessas partes e o Estado-juiz.

A triangularidade é acolhida, entre outros, por Eduardo Couture, para o qual “a idéia de uma relação angular é insuficiente, já que exclui nexos e ligações processuais como as que surgem entre as partes em função da responsabilidade processual. Por exemplo, da condenação em custas surgem direitos de restituição, especificamente processuais, das partes entre si”.⁵⁹

Consoante Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, em sua conhecida obra de Teoria Geral do Processo, esta teoria prevalece na doutrina brasileira, aos argumentos de que: “a) as partes têm o dever de lealdade recíproca; b) a parte vencida tem a obrigação de reembolsar à vencedora as custas despendidas; c) podem as partes convencionar entre si a suspensão do processo (CPC, art. 256, II)”.⁶⁰

Com efeito, é a tese acolhida, entre outros, por José Frederico Marques, Moacyr Amaral Santos e Costa Carvalho.⁶¹

No polo oposto, Pontes de Miranda afirma que os “contatos entre as partes é que criam entre elas relações e situações jurídicas particulares (e. g., a respeito de prazos)”, sendo necessário que “não se confundam a relação jurídica processual, o processo, e as diversas relações e situações processuais nascidas durante o processo”.⁶²

Como afirma Calamandrei, porém, o exame dos direitos e obrigações provenientes da relação processual somente é possível “sobre a base con-

⁵⁸ Não se olvida a teoria de Kohler, pela qual o processo possui estrutura linear, ensejando relação apenas entre as partes. Contudo, trata-se de tese superada, digladiando-se a doutrina atual em torno das duas outras mencionadas visões.

⁵⁹ COUTURE, Eduardo J. *Op. cit.*, nota 30, p. 69. Neste sentido, o professor Moura Rocha defende o caráter processual das sanções decorrentes da sucumbência e da litigância de má-fé, negando sua natureza civil (MOURA ROCHA, José de. “As sanções no processo civil” in **Estudos sobre processo civil**. Recife: UFPE, 1982, p. 170).

⁶⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, nota 35, pp. 289-90.

⁶¹ MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, nota 41, p. 83; COSTA CARVALHO, Luiz Antônio da. *Op. cit.*, nota 53, p. 179; SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. cit.*, nota 41, p. 417.

⁶² PONTES DE MIRANDA, F. C. **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. XX. No mesmo sentido: VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, p. 190.

creta do direito positivo”.⁶³ A estrutura da relação processual, portanto, é contingenciada pelo sistema jurídico-positivo em referência, não existindo um modelo obtível por generalização, universalmente aplicável.

3 A RELAÇÃO JURÍDICA PRÉ-PROCESSUAL.

3.1 O DIREITO DE ACESSO AOS TRIBUNAIS (ART. 5º, XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

Consoante Cândido Rangel Dinamarco, o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, comporta dois poderes: o “direito à administração da Justiça” e a ação, propriamente dita.

O primeiro aspecto da garantia constitucional seria a atribuição de “ação” como faculdade inerente à personalidade, incondicionada portanto. Para não se utilizar do mesmo vocábulo com duas acepções díspares, sugere as denominações tradicionais na doutrina: direito de demandar e direito à administração da justiça. Observe-se apenas que, considerando a ação um poder e não um direito, posteriormente prefere a utilização do termo “poder de demandar”.⁶⁴

Fundamenta-se, neste ponto, em Botelho de Mesquita, que partindo da análise da jurisdição a considera um poder vinculado, pois não há “liberdade estatal no exercício do poder de julgar”. E a partir desta premissa, conclui pela existência de “direito ao simples ato de julgar”, pressuposto do direito de ação, mas que com ele não se confunde. Denomina-o, com base no art. 10, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, “direito à administração da Justiça”.⁶⁵

O segundo sentido da norma constitucional seria a garantia da ação não incondicionalmente, mas tal qual se apresente “segundo as normas e princípios do direito processual”. O ordenamento processual regulamentaria aquela norma constitucional, estabelecendo apenas de “garantia institucional”.⁶⁶

⁶³ CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*, nota 40, p. 269.

⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 6ª ed. São Paulo : Malheiros, 1998, pp. 367-72.

⁶⁵ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. **Da ação civil**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1975, pp. 93-5.

⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, nota 64, pp. 366-74.

A doutrina, porém, não é pacífica a esse respeito. Vicente Greco Filho, por exemplo, acolhe apenas esta segunda ótica do dispositivo constitucional em referência, afirmando que o direito de pedir a tutela jurisdicional não é incondicionado ou genérico, nascendo apenas quando a pessoa reúna as condições da ação.⁶⁷

Nélson Nery Júnior igualmente entende que compete à legislação processual especificar o *modus operandi* da garantia da inafastabilidade, não existindo dois direitos de acesso aos Tribunais. Em outros termos, afirma que o direito de ação é direito cívico e abstrato, uma vez que não assegura pronunciamento em favor do autor. Porém, sem que haja violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, depende do preenchimento de determinadas condições.⁶⁸

Igualmente não há consenso sobre a natureza jurídica das condições da ação. Na teoria de Liebman, seguida por Frederico Marques, Humberto Theodoro Júnior, entre outros, as condições da ação são o elo de ligação entre os planos processual e material, sendo requisitos para o julgamento de mérito (favorável ou não) e para a existência do direito de ação.⁶⁹

Kazuo Watanabe, por outro lado, afirma que as condições da ação não devem ser analisadas tendo-se em vista os fatos concretos que venham a ser apurados, mas *in status assertionis*, ou seja, apenas em face das afirmações do autor. E com base nesse entendimento, vai mais além para conceituar as “condições da ação” como requisitos para o exercício regular da ação, não para sua existência.⁷⁰

Deste modo, quer se reconheça a existência de um direito de demandar, autônomo em relação ao direito de ação, quer se conceituem as “condi-

⁶⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo : Saraiva, 1989, pp. 7-9.

⁶⁸ NERY JÚNIOR, Nélson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, pp. 96-7.

⁶⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. “O despacho saneador e o julgamento de mérito” in **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 1947, pp. 139, 143; MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**, v. 1. Rio de Janeiro : Forense, 1958, pp. 14, 30; THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Condições da ação” in **Digesto de processo**, v. 2. Rio de Janeiro : Forense, 1982, p. 209. Observe-se que Liebman reconhecia, ao lado do direito de ação, o direito de acesso aos Tribunais, concedido indistintamente a todos (**Manual de direito processual civil**, v. 1 trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro : Forense, 1984, p. 150).

⁷⁰ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª ed. Campinas : Bookseller, 2000, pp. 79-85, 89. No mesmo sentido: TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 1. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1974, p. 90.

ções da ação” como requisitos para o exercício regular deste direito, alcança-se a conclusão de que há um direito de acesso aos Tribunais inerente à personalidade, concedido pela Constituição Federal.

3.2 A EXISTÊNCIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PRÉ-PROCESSUAL

De tudo que foi exposto até o momento, podem-se retirar como premissas: a) a incidência da norma jurídica tem como aspecto efectual o surgimento de outra norma jurídica ou de uma relação jurídica; b) do fato jurídico da personalidade emana, entre outros direitos, o de acesso aos Tribunais; c) a relação processual apenas se inicia com o recebimento da inicial ou com a sua distribuição.

Ora, se há a incidência da norma constitucional e o surgimento do direito de acesso aos Tribunais, há necessariamente a instalação de uma relação jurídica, vez que o direito não se externa meramente como uma situação jurídica, mas sim como uma relação intersubjetiva. Esta relação, porém, não pode ser confundida com o processo, cujo termo inicial é bastante preciso.

Neste sentido, preleciona o professor Lourival Vilanova que “a pretensão, como direito público subjetivo, é direito pré-processual, advindo de regra de direito que se tenha posto como regra constitucional”.⁷¹

E complementa o referido autor: “se aquele que tem o direito à tutela (a *Rechtsschutzanspruch* de Wach), como direito pré-processual – porque distribuído isonomicamente por norma constitucional, ou outra, de direito não-processual -, exerce-o, então dá-se o suporte fáctico da relação jurídico-processual”.⁷²

Igualmente Pontes de Miranda reconhece o fenômeno da pré-processualidade, afirmando que o juiz “tem os deveres pré-processuais e os deveres nascidos do estabelecimento e permanência da relação jurídica processual”.⁷³

Justamente por ser anterior, lógica e cronologicamente ao processo, recebe, pela doutrina, a denominação de relação pré-processual.

⁷¹ VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, p. 191.

⁷² VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, p. 202.

⁷³ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Op. cit.*, nota 62, p. XXII.

Com relação às partes, é nítida a diferença entre o processo e essa relação: enquanto o processo surge entre o autor e o Estado-juiz, mas apenas se aperfeiçoa com a citação válida (que lhe atribui estrutura triangular ou angular, conforme o entendimento adotado), a relação pré-processual não se destina à participação da *altera* parte, mantendo sempre a estrutura linear.

A questão do conteúdo dessa relação, porém, deita maiores cuidados, merecendo uma atenção especial.

3.3 O CONTEÚDO DA RELAÇÃO JURÍDICA PRÉ-PROCESSUAL

Cândido Rangel Dinamarco, embora reconhecendo o direito de acesso aos Tribunais, limita seu âmbito de atuação ao dever de o Estado se pronunciar sobre a existência da ação. Embora subjetivamente universal o direito de demandar, o número de situações jurídico-processuais decorrentes da ação seria substancialmente maior.⁷⁴

Pontes de Miranda parece perfilhar idêntico entendimento, incluindo entre os deveres pré-processuais do juiz os de não poder recusar a recepção das petições, ainda que seja para as rejeitar liminarmente, e de observar as regras de competência.⁷⁵

Bidart Campos, por sua vez, define o direito à jurisdição como “o direito a pedir e provocar a administração da justiça”, tornando-o apenas uma “pretensão introdutória do serviço judicial”.⁷⁶

A prevalecer este entendimento, conforme uma expressão de paternidade desconhecida, utilizada por Walther Habscheid, *the Justice is open to all, like the Ritz Hotel* (“a justiça está aberta a todos, como o Hotel Ritz”).⁷⁷

O acesso à justiça, porém, exige uma mudança de mentalidade, de modo a privilegiar a perspectiva dos consumidores da prestação jurisdicional. Como preleciona Cappelletti, o ponto central para identificação da de-

⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, nota 64, p. 373.

⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Op. cit.*, nota 62, p. XXII.

⁷⁶ Bidart Campos *apud* ROSATTI, Horacio D. **El derecho a la jurisdicción antes del proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1984, p. 26.

⁷⁷ HABSCHEID, Walther J. “As bases do direito processual civil”, trad. Arruda Alvim, *in* **Revista de processo**, a. 3, n. 11/12, jul/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 138.

negação ou da garantia do acesso efetivo é a análise das “possibilidades das partes”.⁷⁸

No mesmo sentido, afirma Carlos Alegre que “o acesso ao direito só se consegue com o cidadão liberto de todas as restrições de natureza econômica, social, cultural e, até, psicológica. E, como o acesso ao direito constitui um estado pré-judiciário (ou para-judiciário) somente a sua realização e eficácia garantirão uma via judiciária ou um direito à justiça em pleno pé de igualdade”.⁷⁹

A relação pré-processual, portanto, apresenta como conteúdo grande parte das medidas tendentes a efetivar o acesso à justiça, exigíveis independentemente de qualquer lide concreta.

Neste aspecto, sob a influência nítida de Mauro Cappelletti, Horacio Rosatti afirma: “se compreendermos que a administração de justiça é um ‘serviço estatal’, veremos clara a importância de sua preexistência, com a mesma naturalidade com que concebemos a necessidade de um ‘corpo de bombeiros’ antes de produzido um incêndio”.⁸⁰

O direito à jurisdição restaria composto, portanto, de uma exigência “organizativo-geral”, “independente de uma lide concreta”, “apriorística e com efeitos *erga omnes*” e de uma segunda etapa, que denomina “dikeológica-particular”, “referida a um conflito singular com consequências *inter partes*”.⁸¹

Ambas as “exigências”, no plano constitucional brasileiro, podem ser dessumidas do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, o que lhes atribui a imperatividade inerente aos dispositivos constitucionais auto-aplicáveis, por força do §1º, do citado artigo (“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”).

O acesso à justiça, portanto, ao ser interpretado como programa de reformas ou método de pensamento, não significa algo “ideal” ou alheio ao

⁷⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre : SAFE, 1988, p. 21.

⁷⁹ ALEGRE, Carlos. **Acesso ao direito e aos tribunais**. Coimbra : Almedina, 1989, p. 10.

⁸⁰ ROSATTI, Horacio. *Op. cit.*, nota 76, pp. 19-20.

⁸¹ ROSATTI, Horacio. *Op. cit.*, nota 76, p. 28.

sistema jurídico-positivo. Trata-se de direito público subjetivo,⁸² ínsito à personalidade e auto-aplicável, inclusive podendo ser alegado em face das Cortes Internacionais de Direitos Humanos.⁸³

Quanto à sujeição passiva, são correlatas ao direito de acesso aos Tribunais situações jurídicas do Estado enquanto órgão encarregado de exercer a jurisdição (Estado-juiz) e igualmente enquanto órgão legiferante e enquanto Administração, vez que este direito “supõe a prévia obrigação de organizar eficientemente a prestação e de assegurar seu cumprimento concreto de acordo com critérios preestabelecidos”.⁸⁴

Neste sentido, o art. 1º, 1, do Decreto-lei n. 387-B/87, em Portugal, bem define o conteúdo da obrigação estatal decorrente do acesso à justiça: “o sistema de acesso ao direito e aos tribunais destina-se a promover que a ninguém seja dificultado ou impedido, em razão de sua condição social ou cultural, ou por insuficiência de meios econômicos, de conhecer, fazer valer ou defender seus direitos”.⁸⁵

3.4 ALGUNS ASPECTOS PRÁTICOS DECORRENTES DA RELAÇÃO JURÍDICA PRÉ-PROCESSUAL

Como afirma José Cichocki Neto, cabe ao Estado retirar as “interferências externas ao processo, que diminuem o nível de acessibilidade desejada pelo ordenamento”, e, para tanto, deve organizar um levantamento

⁸² O fato de ser embasado em um interesse difuso não retira o caráter subjetivo público do direito ao acesso aos Tribunais, nem esvazia ou diminui sua exigibilidade. Como afirma José Carlos Barbosa Moreira: “desde que previamente se convenha (...) em atribuir à palavra ‘direito’ acepção menos acanhada, quer-nos parecer que não surge aí dificuldade de monta em reconhecer legitimação concorrente aos diversos titulares, isto é, aos co-interessados, quando nada nas hipóteses de indivisibilidade do objeto, a saber, naquelas em que a satisfação do interesse de cada titular implica de modo necessário a satisfação de toda a coletividade” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo” in **Temas de direito processual**, 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 34).

⁸³ No caso americano, diversamente do modelo da Corte de Estrasburgo, não é possível o recurso direto do prejudicado à Corte, embora esse possa acionar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual detém legitimidade para instaurar a competente demanda.

⁸⁴ ROSATTI, Horacio. *Op. cit.*, nota 76, p. 18.

⁸⁵ Citado por Carlos Alegre, que comenta: “apesar da vontade do legislador manifestada neste diploma, são muitos ainda os obstáculos que os cidadãos continuam a encontrar na concretização do seu direito de acesso ao direito e aos tribunais” (ALEGRE, Carlos. *Op. cit.*, nota 79, pp. 16-7).

estatístico, “no sentido de se avaliar em níveis de utilização, pela população, dos serviços jurisdicionais ou de suas necessidades”.⁸⁶

Ademais, cumpre observar que o acesso aos Tribunais, como direito pré-processual, coordena-se com a garantia da assistência jurídica integral e gratuita, prevista no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal.⁸⁷

Em primeiro lugar, então, compete ao Estado o dever de prestar informação jurídica, superando as dificuldades culturais dos cidadãos, pois, como atenta Marinoni, “na sociedade contemporânea (...) torna-se muito difícil, principalmente aos pobres, a percepção da existência de um direito”.⁸⁸

Ada Pellegrini Grinover, inclusive, vai mais além, defendendo uma “assistência jurídica, que não é propriamente judiciária, mas é pré-processual, como orientação que o Estado deve propiciar, intervindo como mediador na solução pacífica dos conflitos e assim oferecendo alternativas ao processo”.⁸⁹

Com relação à gratuidade e à integralidade da assistência jurídica, temas que repercutem diretamente na questão do acesso ao direito, José Renato Nalini destaca, com razão, que “na verdade ainda há muita pobreza excluída dos serviços judiciais, diante da inevitabilidade de algum dispêndio: a realização de uma perícia, a obtenção de documentos, compromissos que não serão suportados pelo defensor constituído”.⁹⁰ E Marinoni exemplifica, citando o caso da prova de DNA, utilizada nos processos de investigação de paternidade e cujo custo, seguramente, a torna inviável para a grande parte da população.⁹¹

⁸⁶ CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba : Juruá, 1999, pp. 99-100.

⁸⁷ Embora descritas em incisos diferentes do art. 5º, da Constituição Federal, as garantias do acesso à Justiça e da assistência jurídica são correlatas e em vários aspectos se imiscuem. Neste sentido, pode-se afirmar, com Luigi Paolo Comoglio, que atualmente se exige uma “interpretação originária e nova das garantias constitucionais, a qual não se limite a analisá-las uma por uma, como entidades em si estanques, decompondo-as e as recompondo novamente em seus respectivos elementos textuais, mas sobretudo colher seu significado (por assim dizer) ‘relacional’ ” (COMOGLIO, Luigi Paolo. “I modelli di garanzia costituzionale del processo” in **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, a. 45, n. 3, settembre. Milano : Giuffrè, 1991, p. 679).

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 1999, p. 64.

⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. “Assistência judiciária e acesso à justiça” in **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1999, p. 245.

⁹⁰ NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 61.

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, nota 88, p. 30.

Ora, a partir do momento em que se analisa a relação pré-processual como decorrente da incidência de norma constitucional auto-aplicável, identifica-se o dever do Estado de fornecer todos os elementos necessários para o acesso aos Tribunais. A ausência de políticas públicas, dirigidas a esse fim específico, permite a qualquer pessoa, ou mesmo aos órgãos encarregados da defesa dos interesses difusos (como *primus inter pares*, o Ministério Público),⁹² ajuizar demandas destinadas ao saneamento da omissão e à responsabilização das autoridades negligentes.

Não há, do ponto de vista jurídico-positivo, grandes diferenças entre a ausência de serviço médico ou educacional adequado em determinada localidade e a ausência de serviço de assistência jurídica integral. Do mesmo modo, a falta de medicamentos ou de merenda escolar não dista da ausência de materiais ou recursos que assegurem a gratuidade das perícias e demais provas necessárias ao processo.

Indo além da assistência jurídica, também são possíveis (e necessárias, no caso do *Parquet*) ações destinadas a corrigir as falhas na organização da máquina judiciária, como em alguns casos onde se observam a nítida insuficiência de recursos humanos e materiais e, concomitantemente, o dispêndio de recursos públicos com benfeitorias voluptuárias.

O mesmo raciocínio conduz à necessidade de proximidade geográfica entre o órgão jurisdicional e a comunidade. Como afirma Rosatti, “o direito à jurisdição antes do processo é o direito de o cidadão ter acesso próximo, geograficamente imediato, ao serviço da Justiça. Corresponde esse direito à existência (em realidade, preexistência) de normas processual-institucionais que prescrevam uma adequada distribuição geográfica dos tribunais no território nacional”.⁹³

Mesmo os Códigos de Organização Judiciária são passíveis de análise de razoabilidade, em sede de controle de constitucionalidade. Se a fixação territorial dos órgãos jurisdicionais não guarda coerência com critérios técnicos e razoáveis, encontra-se eivada de ilicitude, ensejando as medidas cabíveis à sua correção.

Tudo isso, enfim, para que o cidadão, quando necessário, possa fazer valer judicialmente seus direitos, conforme a promessa estatal surgida com o monopólio da jurisdição.

⁹² Vide nota 82, *supra*.

⁹³ ROSATTI, Horacio. *Op. cit.*, nota 76, p. 75.

BIBLIOGRAFIA

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso**. 3ª ed. México : UNAM, 1991.
- _____. “Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso” *in* **Estudios de teoría general e historia del proceso**. México : UNAM, 1992, 377-452.
- ALEGRE, Carlos. **Acesso ao direito e aos tribunais**. Coimbra : Almedina, 1989.
- BETTI, Emílio. **Teoría general del negocio jurídico**, trad. Martín Pérez. 2ª ed. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1959.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo” *in* **Temas de direito processual**, 3ª série. São Paulo : Saraiva, 1984, 27-42.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro : Livraria Francisco Alves, 1951.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. **Da ação civil**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1975.
- CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**, v. 1, trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas : Bookseller, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre : SAFE, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**, trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo : LEJUS, 1999.
- _____. **Sistema de direito processual civil**, v. 2, trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo : Classic Book, 2000.
- CASTRO, Torquato. “Fato e situacionalidade jurídica” *in* **Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco**, a. 27-8, n. 27-8. Recife : OAB/PE, 1984, 9-17.
- CAVALCANTI, José Paulo. **O contrato consigo mesmo**. Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos, 1956.

- CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba : Juruá, 1999.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, v. 1, trad. Paolo Capitanio. Campinas : Bookseller, 1998.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13ª ed. São Paulo : Malheiros, 1997.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. “I modelli di garanzia costituzionale del processo” *in* **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, a. 45, n. 3, settembre. Milano : Giuffrè, 1991, 673-741.
- COSTA CARVALHO, Luiz Antônio da. “Instância e relação processual” *in* **Revista jurídica**, a. 19, n. 124, jan/mar. Rio de Janeiro : Instituto do Açúcar e do Alcool, 1974, 174-182.
- COSTA JÚNIOR, Olímpio. **A relação jurídica obrigacional: situação, relação e obrigação em direito**. São Paulo : Saraiva, 1994.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 2ª ed. Buenos Aires : Depalma, 1951.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 6ª ed. São Paulo : Malheiros, 1998.
- _____. **Fundamentos do processo civil moderno**, t. 1. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 2000.
- GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**, trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona : Labor, 1936.
- _____. **Derecho judicial material**, trad. Catalina Grossmann. Buenos Aires : EJE, 1959.
- GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo : Saraiva, 1989.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “Assistência judiciária e acesso à justiça” *in* **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1999, 243-251.
- HABSCHEID, Walther J. “As bases do direito processual civil”, trad. Arruda Alvim, *in* **Revista de processo**, a. 3, n. 11/12, jul/dez. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1978, 117-145.

- HEGEL, Georg Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**, trad. Orlando Vitorino. 4ª ed. Lisboa : Guimarães Editores, 1990.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. “O despacho saneador e o julgamento de mérito” *in* **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo : Sarai-va, 1947, 105-152.
- _____. **Manual de direito processual civil**, v. 1, trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- MACHADO GUIMARÃES, Luís. “A instância e a relação processual” *in* **Estudos de direito processual civil**. Rio de Janeiro : Ed. Jurídica e Universitária, 1969, 33-75.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 1999.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**, v. 1. Rio de Janeiro : Forense, 1958.
- _____. _____, v. 2. Rio de Janeiro : Forense, 1958.
- MONIZ DE ARAGÃO, E. D. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 2. 9ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- MOURA ROCHA, José de. “As sanções no processo civil” *in* **Estudos sobre processo civil**. Recife : UFPE, 1982, 169-197.
- _____. “Notas sobre a fixação da natureza da relação processual” *in* **Estudos sobre processo civil**, v. 3. Recife : UFPE, 1995, 111-127.
- NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.
- NERY JÚNIOR, Néilson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**, t. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1970.
- _____. **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997.
- _____. _____, t. 3. 4ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

- ROCCO, Alfredo. **La sentencia civil**, trad. Mariano Ovejero. México : Cardenas, 1985.
- ROSATTI, Horacio D. **El derecho a la jurisdicción antes del proceso**. Buenos Aires : Depalma, 1984.
- SANTOS, Moacyr Amaral. “Relação jurídica processual” in **Enciclopédia Saraiva do direito**, v. 64. São Paulo : Saraiva, 1981, 414-419.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Condições da ação” in **Digesto de processo**, v. 2. Rio de Janeiro : Forense, 1982, 206-213.
- TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 1. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1974.
- _____. **A relação processual penal**. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1987.
- TRABUCCHI, Alberto. **Instituciones de derecho civil**, trad. Luis Martínez-Calcerrada. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1967.
- VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo : Max Limonad, 1997.
- WAGNER, Maurílio. “Da formação do processo” in **Revista forense**, a. 77, v. 274, abr/jun. Rio de Janeiro : Forense, 1981, 385-389.
- WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª ed. Campinas : Bookseller, 2000.

SIGILO BANCÁRIO(*)

Joana Carolina Lins Pereira

Juíza Federal (Substituta) da 9ª Vara da SJ/PE

SUMÁRIO: 1 - Atualidade do tema. 2 - Natureza jurídica. Direito à privacidade ou à intimidade? A questão do sigilo de dados. 3 - Razão de ser do instituto. 4 - Evolução legislativa. 5 - O 145, § 1º, da Carta Magna. 6 - Quebra do sigilo bancário por ordem judicial. Imparcialidade e interesse público. 7 - CPI's do Congresso Nacional e das Assembléias Legislativas. Autorização constitucional somente quanto àquelas. Exigência de fundamentação. 8 - Ruptura do sigilo bancário pela Receita. A Lei Complementar nº 105/01. 9 - Quebra do sigilo pelo Ministério Público. O artigo 8º, § 2º, da Lei Complementar nº 73/85.

1 ATUALIDADE DO TEMA

Diante da necessidade de combater o crime organizado, a sonegação fiscal, a lavagem de dinheiro e a corrupção na Administração Pública, o sigilo bancário é um tema de indiscutível atualidade. Interessado no aumento da arrecadação e no combate aos sonegadores, o Governo Federal editou a Lei Complementar nº 105/2001.

A constitucionalidade da aduzida lei, no entanto, já é objeto de três Ações Diretas no Supremo Tribunal Federal: de nº 2.386, ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio, de nº 2.390, movida pelo Partido Social Liberal, e de nº 2.397, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria.

Rogamos perdão, desde já, pela ausência de uma pesquisa do assunto no direito comparado, o qual poderá oferecer – é certo – importantes subsídios para o desenvolvimento da temática no direito positivo e na jurisprudência pátria.

(*) Trabalho apresentado no Curso de Preparação de Magistrados.

2 NATUREZA JURÍDICA. DIREITO À PRIVACIDADE OU À INTIMIDADE? A QUESTÃO DO SIGILO DE DADOS

A natureza jurídica do sigilo bancário já foi objeto de algumas teses, como a que defendia se tratar de uso, costume arraigado na vida dos bancos e dos seus clientes; a que defendia se tratar de característica da relação contratual entre o cliente e o banco; e a que defendia constituir o sigilo bancário uma das espécies de segredo profissional, como aquele que também é próprio das atividades do advogado, do médico, do psicólogo ou do padre.

Atualmente, ao menos no direito brasileiro, pacificou-se, mormente face à dicção do artigo 5º, inciso X, da atual Carta Política, o entendimento segundo o qual constituiria o sigilo bancário uma extensão dos direitos fundamentais.

A Constituição da República, no indigitado artigo 5º, inciso X, prescreve, com efeito, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. O sigilo bancário, segundo se diz, estaria compreendido no direito à privacidade.

Poderíamos, empregando maior rigor à linguagem, conceituar o sigilo bancário como uma *garantia assecuratória* do direito fundamental individual à privacidade, valendo-nos da conhecida distinção entre garantias e direitos fundamentais.

As garantias, é cediço, constituem os “meios, instrumentos, procedimentos e instituições” destinados a assegurar o respeito, a efetividade e a exigibilidade dos direitos fundamentais, aos quais se encontram ligados nestes incisos do artigo 5º¹. O sigilo bancário, destarte, é tido como um dos instrumentos para assegurar a efetividade da fruição do direito fundamental à privacidade.

Tércio Ferraz² ratifica o entendimento aqui defendido, ao afirmar constituir o sigilo um “instrumento fundamental”, cuja essência é a assessoriedade.

¹ V., a propósito, José Afonso da Silva, *in Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 366.

² In “Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado”, *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, ano 1, outubro/dezembro de 1992, p. 144.

A garantia do sigilo bancário, observe-se, é implícita, diferentemente de outras garantias constitucionais explícitas, a exemplo do sigilo de correspondência.

Há alguns julgados, e mesmo alguns doutrinadores, que definem o sigilo como uma garantia do direito à intimidade. Ousamos discordar de tais definições, tomando por base a sutil, porém visível, distinção existente entre direito à privacidade e direito à intimidade.

Pode-se dizer que o direito à intimidade constitui espécie do gênero direito à privacidade, que a intimidade constitui o âmbito mais exclusivo desta. “No recôndito da privacidade”, segundo Tércio Ferraz, se esconde a intimidade³. A privacidade, ainda segundo o mesmo, compreenderia a vida privada, a intimidade, a imagem e a reputação. É esta, também, a opinião de José Afonso da Silva⁴.

Há apenas uma diferença *de grau* entre vida privada e intimidade. Como esclarece Tércio Ferraz, conquanto alguns comentadores não vejam diferença entre elas, existe um diferente grau de exclusividade. Seu magistério é bastante elucidativo a este respeito. De fato, esclarece, *in verbis*⁵:

“A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Não há um conceito absoluto de intimidade. Mas é possível exemplificá-lo: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange. Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de relação de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros”.

A diferença, portanto, reside na particularidade de que a intimidade exclui qualquer forma de comunicação com uma segunda pessoa. A vida

³ Ob. cit., p. 142.

⁴ Ob. cit., p. 188.

⁵ Ob. cit., p. 143.

privada, de seu turno, permite haja uma comunicação, desde que não se torne pública. A vida privada pode envolver outras pessoas (familiares e amigos, v.g.), mas exclui qualquer forma de publicidade. É o que ocorre, *verbi gratia*, com o regime de bens do casamento, questão familiar que envolve apenas os cônjuges, e com o sigilo bancário, que envolve apenas o cliente e o banco.

Não resta dúvida, portanto, à vista da autorizada lição da doutrina, que o sigilo bancário, conquanto possa ser definido como garantia do direito à *privacidade*, não é garantia do direito à *intimidade*, como equivocadamente afirmam algumas decisões judiciais. Insere-se o sigilo na *vida privada* do cidadão. Trata-se de garantia para preservação da vida privada.

Costuma-se afirmar, outrossim, que o sigilo bancário estaria compreendido no sigilo de dados, previsto no inciso XII do mesmo artigo 5º da Constituição da República. Tal afirmação afigura-se, da mesma forma, equivocada, como adiante se verá. Para melhor compreensão do raciocínio, cumpre transcrever o indigitado inciso XII do artigo 5º da Carta Magna:

“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Não é demais esclarecer, inicialmente, que os “dados” a que se reporta o dispositivo são os informáticos. A previsão não existia nas Constituições anteriores e somente foi inserto em decorrência do desenvolvimento da informática e da transmissão de dados por estes meios.

A equivocada qualificação do sigilo bancário como estando compreendido no sigilo de dados reside na compreensão – equivocada – de que o dispositivo constitucional estaria a proteger o sigilo dos dados em si, quando, em verdade, está a proteger o sigilo *das comunicações* de dados.

Basta que se analise o preceito como um todo, como um bloco único. Verificar-se-á, assim, que está o dispositivo a proteger distintas formas de comunicação – por correspondência, telegráficas, por dados e por telefone. Os dados, em si, já estariam protegidos pelo inciso X, que protege a vida privada e a intimidade.

O que se busca assegurar, através do inciso XII, é a inviolabilidade das transmissões de dados. É este o magistério de Tércio Ferraz: “o objeto

protegido no direito à inviolabilidade do sigilo, não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação⁶.

Superadas tais questões, cumpre ponderar se o sigilo bancário constituiria um direito absoluto ou relativo. Quanto a este ponto, controvérsia mais não há quanto à relatividade do direito ao sigilo bancário. Cuida-se – é bem verdade – de direito fundamental, mas que deve ceder face ao interesse público em sua ruptura.

Doutrina e jurisprudência são uníssonas a este respeito. O Supremo Tribunal Federal, *exempli gratia*, já decidiu que, “Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege no art. 5º, X, não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade (Recurso Extraordinário nº 219.780/PE, rel. Min. Carlos Velloso, julg. 13.4.1999, DJ 10.9.1999, p. 23).

De se observar, inclusive, que o acórdão, referindo-se ao sigilo bancário, faz menção apenas ao inciso X do artigo 5º da Lei Maior (não cita, corretamente, o inciso XII do mesmo artigo).

Tércio Ferraz observa que a própria Constituição já deixa entrever a relatividade dos direitos de sigilo, haja vista que, em caso de estado de defesa (artigo 136, § 1º, I, ‘b’, ‘c’) e de estado de sítio (artigo 139, inciso III), possibilita restrições ao sigilo da correspondência e das comunicações⁷. Destaca, sobretudo, a necessidade de sopesamento dos interesses em causa, interesses estes do indivíduo, da sociedade e do Estado. Assevera que a instrumentalidade do sigilo recomenda “a avaliação ponderada dos fins”.

Adiante-se que é esta necessidade de “sopesamento” que impõe a análise judicial das situações onde a quebra do sigilo é requerida, de maneira a se analisar a efetiva existência de interesse público no caso.

⁶ Ob. cit., p. 146.

⁷ Ob. cit., p. 145.

3 RAZÃO DE SER DO INSTITUTO

Efetuada esta breve análise acerca da natureza jurídica do sigilo bancário, afiguram-se interessantes alguns apontamentos em torno da sua própria razão de ser.

O sigilo bancário, segundo os estudiosos do assunto, é imprescindível à saúde do sistema financeiro de um país. O segredo bancário envolve, segundo Arnoldo Wald, interesses privados e coletivos, “que podem ser analisados sob três ângulos: o interesse do cliente na sua relação com a instituição financeira; o interesse do banco em atuar com discrição para ganhar a confiança da população e captar recursos, e o interesse social na existência de um bom e eficiente sistema bancário”⁸.

Misabel Derzi, no mesmo sentido, leciona que o sigilo se assenta em um tripé, “configurando, ao mesmo tempo:

- um direito individual do cliente, que não quer divulgar fatos comerciais, financeiros, ou familiares, reconhecidos como uma projeção de sua personalidade (direito à privacidade e à intimidade);
- dever do profissional (banqueiro) à discrição e, ao mesmo tempo, um direito à reserva quanto aos nomes dos clientes, segredo comercial que integra o seu fundo de comércio;
- garantia do interesse público, em favor do sistema bancário e de crédito, assim como de segurança do Estado ou da sociedade”⁹.

O sigilo bancário surgiu, não por força de qualquer mandamento legal, mas por força do costume. O sigilo sempre constituiu uma necessidade imposta pela prática bancária. De fato, raros seriam os clientes se não pudessem contar com a reserva dos bancos acerca de suas operações.

A quebra indiscriminada do sigilo, de acordo com Misabel Derzi, abalaria o crédito e a segurança jurídica¹⁰. Cita a autora o caso da Argentina,

⁸ In “Sigilo bancário e os direitos fundamentais”, *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, ano 6, nº 22, janeiro/março 1998, p. 15.

⁹ In Aliomar Baleeiro: *Direito Tributário Brasileiro*, 11ª edição, atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi, Editora Forense, 1999, p. 996.

¹⁰ Ob. cit., p. 993.

país este que sofreu grande evasão de divisas ao permitir de forma ampla o rompimento do sigilo bancário. Observa que a ampliação das possibilidades de quebra do sigilo não reduziu a evasão fiscal naquele país; acarretou, por outro lado, a fuga do capital para o país vizinho – o Uruguai –, fragilizando seu próprio sistema financeiro.

É interessante observar que, ao menos no Brasil, antes da edição de norma legal a explicitar o sigilo bancário e a regulamentar os casos de sua possível quebra, era o sigilo considerado um direito quase absoluto. Sérgio Covello, estudando o assunto profundamente, observou que, “Curiosamente, quando inexistia regra expressa protetora da reserva bancária, o sigilo constituía verdadeira muralha da vida pessoal e patrimonial dos cidadãos”¹¹.

O que se observa, portanto, é que, conquanto inexistisse necessidade de previsão legal expressa para assegurar a garantia ao sigilo – tendo em vista que este constitui uma exigência do mercado –, é de todo conveniente que a lei o discipline, sobretudo para fixar sua extensão e para esclarecer as situações em que pode ser rompido.

Diante desta necessidade, foi editada, no Brasil, a Lei nº 4.595, de 31.12.1964, lei esta que trata do sistema financeiro e que especifica, em seu artigo 38, os casos onde a quebra do sigilo pode ser decretada.

Ocorre, no entanto, que muitas das situações previstas na lei como de possível quebra do sigilo bancário são tidas como não recepcionadas pela Constituição da República de 1988, sobre o que trataremos adiante.

4 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Afigura-se interessante, neste momento, examinarmos as disposições legais existentes, a respeito do tema sigilo bancário, antes do advento da Lei Complementar nº 105, de 10.1.2001, que autoriza a ruptura do sigilo bancário pela própria Receita Federal (até porque não se sabe ao certo se a aludida Lei Complementar sobreviverá ao crivo do STF).

A análise de tais diplomas legais anteriores à Lei Complementar nº 105/01 demonstrará que a previsão para quebra do sigilo pela Receita, em verdade, sempre existiu, e em leis complementares. Ocorre,

¹¹ *In O Sigilo Bancário*, São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1991, p. 152.

todavia, que, com a promulgação da CF/88, a questão do sigilo adquiriu status constitucional, de maneira que a quebra do sigilo pela Receita, mesmo prevista em lei complementar, foi inteiramente desconsiderada pelo Supremo.

O dispositivo legal mais invocado a respeito do assunto era o já aludido artigo 38 da Lei nº 4.595/64. Não é demais salientar que a referida Lei nº 4.595/64, conquanto editada como lei ordinária, foi recepcionada pela Constituição da República de 1988 como lei complementar, haja vista o disposto no artigo 192 da CF, onde se estabelece que o sistema financeiro nacional será regulado por tal modalidade legislativa (lei complementar). Assim, a Lei nº 4.595/64 somente poderá, à evidência, ser alterada por norma de igual hierarquia.

Eis os termos do citado artigo 38 da Lei nº 4.595/64:

“Art 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo *Poder Judiciário*, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documento em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2º O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao *Poder Legislativo*, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

§ 3º As *Comissões Parlamentares de Inquérito*, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil.

§ 4º Os pedidos de informações a que se referem aos §§ 2º e 3º, deste artigo, deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

§ 5º Os *agentes fiscais tributários* do Ministério da Fazenda e dos

Estados somente poderão proceder a exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados se não reservadamente.

§ 7º A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.” (Grifos acrescidos.)

Observe-se que o artigo 38, malgrado consagrasse, no *caput*, o sigilo bancário, enumerava, nos seus diversos parágrafos, as autoridades que poderiam determinar a sua ruptura. Assim, autorizava, em seu § 1º, a quebra do sigilo por ordem do Poder Judiciário; em seu § 2º, autorizava a quebra por ordem do Poder Legislativo; em seu § 3º, por ordem de Comissão Parlamentar de Inquérito; e, nos §§ 5º e 6º, finalmente, autorizava a quebra do sigilo por agentes fiscais tributários.

A discussão residia em torno dos §§ 5º e 6º, toantes à quebra do sigilo pelos agentes fiscais tributários. A controvérsia residia em torno do significado do termo “autoridade”, inserto no § 5º, haja vista que, de acordo com a redação do dispositivo, as informações somente poderiam ser requeridas à instituição financeira quando houvesse processo instaurado e quando fossem consideradas indispensáveis “pela autoridade competente”.

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho defende que o termo “autoridade” somente poderia estar a se referir à autoridade fiscal. Argumenta que o dispositivo constituiria letra morta se se referisse à autoridade judicial, pois, caso assim fosse, apenas reforçaria a idéia já constante do § 1º¹². Concordamos com esta posição.

Arnoldo Wald, de seu turno, sustenta que o artigo 38 da Lei nº 4.595/64 não autorizaria a quebra do sigilo por autoridade fiscal, sendo necessária a autorização do Poder Judiciário¹³.

¹² In “Sigilo bancário e a administração tributária”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 32, nº 125, janeiro/março 1995, p. 21.

¹³ Ob. cit., p. 26.

Devemos esclarecer, no entanto, que prevaleceu a tese segundo a qual o artigo 38 não estaria a autorizar a quebra do sigilo pela Receita. Tal entendimento, inclusive, ocasionou a necessidade de edição de uma nova lei complementar (a de nº 105), para autorizar a quebra do sigilo bancário por autoridades fiscais.

Além do artigo 38 da Lei nº 4.595/64, outro dispositivo que suscitava alta controvérsia era o artigo 197 do Código Tributário Nacional, a seguir transcrito:

“Art. 197 - Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

I - ‘omissis’;

II - *os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;*

III - ‘omissis’;

VII - quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão. Parágrafo único. *A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.*” (Grifos acrescidos.)

A controvérsia girava em torno, sobretudo, da disposição contida no parágrafo único. Observe que o artigo 197 autorizava a autoridade administrativa a requerer informações a várias entidades, dentre as quais as instituições financeiras; o parágrafo único, todavia, afastava tal autorização quando houvesse obrigação legal de preservar o segredo, “em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão”.

Havia aqueles que pregavam que o sigilo bancário não estaria contido no parágrafo único, ou seja, que não se cuidaria de segredo a ser preservado “em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão”. Era a opinião de Aliomar Baleeiro. Sérgio Covello, da mesma forma, defendia, *in verbis*¹⁴:

¹⁴ Ob. cit., p. 159.

“O sigilo que o Banco deve conservar não é de mesma sorte que o sigilo de outros profissionais. O médico, o psicólogo, o advogado, o sacerdote estão obrigados a um silêncio mais rigoroso, porque importa preservar a saúde física ou a consciência do indivíduo que necessita de ajuda. Há, pois, da parte do confidente, *necessidade vital, mínimo necessário para a preservação de sua dignidade humana*. Outra é a situação dos bancos. Estes são casas de negócios. Quem a eles recorre busca o lucro, ou, ao menos, alguma vantagem, sejam juros ou grandes investimentos, seja a simples custódia de bens e valores ou, ainda, a simples utilidade da conta corrente para poder emitir cheque. O lucro está por detrás de todas as operações bancárias. *Não há nenhuma necessidade vital que possa levar o criminoso ao banco...*” (Grifos acrescidos.)

Citando outro autor, prossegue, observando que, “se o segredo bancário fosse tumular, o ladrão que deposita o dinheiro furtado ficaria livre da apreensão pela autoridade policial, com prejuízo para a vítima. O segredo não pode, assim, servir de instrumento para proteger o crime”.

A jurisprudência, capitaneada pelos nossos tribunais superiores, entendeu que, à vista da consagração do direito à privacidade pelo artigo 5º da CF/88, somente poderia ser decretada quebra do sigilo bancário por parte do Poder Judiciário e de Comissão Parlamentar de Inquérito.

Tal entendimento, em verdade, passou ao largo de todas essas discussões concernentes aos §§ do artigo 38 da Lei nº 4.595/64 e ao artigo 197 do CTN. Prendeu-se, sobretudo, aos dispositivos da Constituição Federal.

No entanto, reputamos relevante a referência aos mesmos porque não se compreende de maneira devida um instituto sem uma análise, ainda que breve, dos percalços históricos pelo mesmo enfrentados.

Consideramos importante a análise dos dispositivos, outrossim, para que fosse demonstrada que a previsão de quebra do sigilo pela Receita, em verdade, sempre existiu (ao menos segundo nosso entendimento), e que tal previsão estava prevista em leis de natureza complementar (a Lei nº 4.595/64 e o CTN). Portanto, não é o fato de estar a autorização prevista ou não em lei complementar que alterará o rumo do posicionamento adotado no Supremo Tribunal Federal a respeito.

O Supremo, da mesma forma que o próprio STJ e os demais tribunais, após o advento da CF/88, passaram a analisar a questão sempre sob o prisma do artigo 5º da Constituição da República, de maneira que não há mais como se alterar o posicionamento vigente, ou se resolver o problema, como pretende a Receita, a nível infraconstitucional.

5. O 145, § 1º, DA CARTA MAGNA

A Receita Federal, no entanto, ainda após o advento da Constituição da República de 1988, insistiu, durante bastante tempo, na tese de que a Constituição teria autorizado a quebra do sigilo por determinação de autoridade fiscal. Prendia-se tal entendimento no artigo 145, § 1º, da Carta Magna, cuja redação assim consigna:

“Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, *facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte*”. (Grifos acrescidos.)

Tal argumento, todavia, não foi aceito pela jurisprudência, máxime por não conter qualquer referência *expressa* à possibilidade de quebra do sigilo bancário. Ademais, o próprio dispositivo ressalva o respeito aos direitos individuais, dentre os quais, é cediço, se encontra o direito à privacidade.

6 QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO POR ORDEM JUDICIAL. IMPARCIALIDADE E INTERESSE PÚBLICO

A partir do presente tópico, analisar-se-á o posicionamento hoje, sobretudo jurisprudencial, a respeito da quebra do sigilo por diferentes autoridades. Iniciaremos analisando a possibilidade de decretação da quebra pelo Poder Judiciário. Em seguida, analisaremos a possibilidade de quebra por Comissão Parlamentar de Inquérito. Por último, examinaremos a questão no que diz respeito à Receita e ao Ministério Público. O trabalho, a partir do item presente, será mais voltado para análise de jurisprudência.

Adiantamos, desde já, que será interessante o exame do posicionamento do Supremo quanto à quebra do sigilo pelo Ministério Público, porquanto oferece um indicativo do que poderá ser dito a respeito da Lei Complementar nº 105/01. De se salientar, inclusive, que, se o STF, contrariando sua tendência anterior, vier a admitir a quebra do sigilo pela Receita, terá que admitir sua quebra também pelo Ministério Público, haja vista a semelhança das duas situações, máxime no que concerne ao seu tratamento legislativo.

O atual posicionamento da jurisprudência acerca da quebra do sigilo bancário pode ser sintetizado no seguinte trecho de julgado proferido no Superior Tribunal de Justiça:

“É certo que a proteção ao sigilo bancário constitui espécie do direito à intimidade [sic, privacidade] consagrado no art. 5º, X, da Constituição, direito esse que revela uma das garantias do indivíduo contra o arbítrio do Estado. Todavia, não consubstancia ele direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior. Sua relatividade, no entanto, deve guardar contornos na própria lei, sob pena de se abrir caminho para o descumprimento da garantia à intimidade [sic] constitucionalmente assegurada.” (AGINQ nº 187/DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 21.8.1996, DJ 16.9.1996, p. 33651, LEXSTJ 90/319, RDA 206/261.)

De se ressaltar, todavia, que a averiguação da presença de tal “interesse público superior”, somente o Judiciário tem a imparcialidade necessária para fazê-la. É esta a posição do Supremo Tribunal Federal, bem retratada no voto proferido pelo Min. Carlos Velloso no julgamento do RE 215.301/CE, no qual atuou como relator. Segue reprodução de excerto do aludido voto:

“No voto que proferi na Petição 577-DF, caso Magri, dissertei a respeito do tema (RTJ 148/366), asseverando que o direito ao sigilo bancário não é, na verdade, um direito absoluto - não há, aliás, direitos absolutos - devendo ceder, é certo, diante do interesse público, diante do interesse social, diante do interesse da justiça, conforme, esclareça-se, tem decidido o Supremo Tribunal Federal. Todavia,

deixei expresso no voto que proferi no MS 21.729-DF, por se tratar de um direito que tem status constitucional, a quebra não pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade. Somente a autoridade judiciária, que tem o dever de ser imparcial, por isso mesmo procederá com cautela, com prudência e com moderação, é que, provocada pelo Ministério Público, poderá autorizar a quebra do sigilo”.

Analisava-se, em tal processo, a possibilidade de quebra do sigilo por determinação do Ministério Público. Ao estudo deste mesmo voto retornamos adiante, ao tratar da quebra do sigilo pelo MP.

Observo, por oportuno, que não foi possível a leitura do voto proferido pelo Min. Carlos Velloso no julgamento do MS nº 21.729/DF, a que o mesmo se reporta no voto susotranscrito, mercê de ainda não haver sido publicado o acórdão.

O ponto crucial a ser observado em análise de quebra do sigilo é a questão da *razoabilidade*¹⁵. Há de se averiguar, consoante advertência de Arnoldo Wald, *qual seria a decisão menos gravosa*, e tal averiguação deve partir da verificação do interesse dominante: se existir efetivo interesse público em determinada situação, a decisão menos gravosa será aquela que decretar a quebra do sigilo; por outro lado, não havendo efetivo interesse público na quebra do sigilo de determinado cidadão, será menos gravosa a decisão que não a decretar.

Exige-se, portanto, a existência de um interesse público na quebra do sigilo. Neste tocante, impende observar que não se pode decretar a quebra do sigilo se no processo apenas estiverem envolvidos interesses de particulares. É torrencial a jurisprudência do STJ a este respeito: não se decreta a quebra do sigilo bancário se tal quebra for objeto, tão-somente, do interesse de um particular.

O Superior Tribunal de Justiça, com efeito, já decidiu, no julgamento do AGA 225634/SP, que “As informações sobre a movimentação bancária do executado só devem ser expostas em casos de grande relevância para a prestação jurisdicional”. No caso, a varredura dos contas em nome do executado, visando a posterior penhora, não justificava a quebra do sigilo.

¹⁵ Neste sentido, v. Recurso Extraordinário nº 219.780/PE, rel. Min. Carlos Velloso, julg. 13.4.1999, DJ 10.9.1999, p. 23.

No mesmo sentido se decidiu no RESP 144062/SP e no RESP 128461/PR. No AGA 184948 se disse que “O sigilo bancário não deve ser afastado se não em situações especiais em que se patenteie relevante interesse da administração da Justiça. *Tal não se configura quando se trate apenas de localizar bens para serem penhorados, o que é rotineiro na prática forense*” (grifos acrescidos).

Merece referência, ainda a este respeito, acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, prolatado no julgamento do AG nº 97.03.074675-6/SP (rel. Juiz Célio Benevides, julg. 7.4.1998, DJ 20.5.1998, p. 311), cuja ementa segue reproduzida:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INFORMAÇÕES SOBRE CONTAS BANCÁRIAS DO EXECUTADO. OBTENÇÃO POR OFÍCIO JUDICIAL AO BACEN. DESCABIMENTO.

1 - Não se justifica a expedição de ofício ao Banco Central com o objetivo de localizar contas bancárias em nome do executado, por se constituir em acesso privilegiado a informações protegidas pelo sigilo bancário.

2 - Agravo improvido.”

Em atenção ao princípio da razoabilidade, que deve presidir toda decisão a respeito de quebra de sigilo bancário, destaca Misabel Derzi, com supedâneo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as seguintes orientações para que possa o julgador decretá-la¹⁶ :

- princípio da objetividade material (o qual, segundo a autora, significa a exigência de início de prova quanto à existência de um delito e de sua autoria);

- princípio da pertinente adequação (que supõe a relação lógica entre o objeto investigado e os documentos pretendidos);

- princípio da proibição de excesso (que exige a imprescindibilidade da prova para o êxito da investigação e a inexistência de outros meios menos danosos ou limitativos).

No que concerne ao primeiro requisito – de exigência de início de prova quanto à existência de um delito e de sua autoria –, discordamos num

¹⁶Ob. cit., p. 1001.

ponto: não se exige mais início de prova quanto à existência de um delito, de um crime; pode se tratar de início de prova de uma irregularidade praticada contra o Fisco. É evidente que tal irregularidade fiscal pode vir a constituir crime, mas não se exige que o mesmo esteja desde já caracterizado.

A título de exemplo, podemos mencionar processo judicial no qual tivemos a oportunidade de atuar recentemente, no qual a União/Fazenda Nacional pleiteava a quebra do sigilo bancário de determinada instituição de ensino. A referida instituição gozava de imunidade tributária e, como tal, não poderia distribuir qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas a título de lucro (artigo 14, inciso I, do CTN). Ocorre, no entanto, que a fiscalização da Receita Federal, em auditoria na citada instituição de ensino, constatou a existência de vultosa importância (R\$ 1.433.000,00) cuja destinação não se pôde aferir a partir da documentação analisada.

Cuidava-se, assim, de procedimento administrativo fiscal, onde não se apurava, ainda, a prática de crime, mas, tão-somente, a prática de irregularidades contra o Fisco. A quebra do sigilo bancário se mostrou providência imprescindível, para fins de se investigar a destinação da importância desviada, importância esta que deveria ter sido inteiramente aplicada na consecução dos objetivos institucionais do colégio.

De tal exemplo se infere, portanto, que, conquanto não se apurasse, ainda, a ocorrência de crime, já se afigurava necessária a quebra do sigilo, o que demonstra não ser a existência de crime requisito para a quebra.

Portanto, poderíamos resumir os requisitos para ruptura do sigilo bancário da seguinte forma:

- exigência de prova quanto à existência de irregularidades praticadas contra o Fisco ou quanto à prática de ilícitos;
- exigência de pertinência entre as informações requisitadas e objeto da investigação;
- proibição de excesso, ou seja, demonstração da imprescindibilidade da quebra do sigilo para o êxito da investigação, requisito este intimamente relacionado ao princípio da razoabilidade.

Há um tema deveras intrigante no que concerne à requisição da quebra do sigilo bancário pelo Judiciário: trata-se da discussão acerca da medida processual a ser adotada.

Digamos que, em determinada situação, a Receita Federal, após auditoria em uma certa empresa, constate indícios de irregularidades, irregularidades estas que somente pudessem ser certificadas através da quebra do

sigilo bancário. A fim de concluir o processo administrativo, deverá ser requisitada a quebra do sigilo da empresa sob investigação.

Em se admitindo que o sigilo somente possa ser quebrado através de autorização judicial, qual será a medida processual a ser utilizada? Se se acredita seja uma medida cautelar, qual seria a ação principal? Existe contencioso no pedido de quebra de sigilo bancário?

No mesmo exemplo acima mencionado – da instituição de ensino –, a Procuradoria da Fazenda Nacional optou por ajuizar um procedimento de jurisdição graciosa. Arrimou-se na jurisprudência dos tribunais superiores, de acordo com a qual o pedido de quebra de sigilo bancário não seria um processo contencioso. Cuida-se de procedimento onde inexistente o contraditório.

Confira-se, neste tocante, a seguinte ementa do Superior Tribunal de Justiça:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA - QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO.

- Não se revestindo o pedido de caráter contencioso e não se enquadrando nos casos previstos no art. 109 e incisos da Constituição Federal de 1988, seja em razão da matéria, seja em razão das pessoas integrantes da relação processual, competente é o Juízo de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública de Belo Horizonte, Minas Gerais.

*- Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo suscitado.”
(Conflito de Competência nº 3923/MG, rel. Min. Peçanha Martins, julg. 4.5.1994, DJ 15.8.1994, p. 20272, grifos acrescentados.)*

Tal especificidade não é exclusiva, nem constitui novidade em nosso ordenamento: o próprio Min. Moreira Alves já pontificou, em julgado do STF, a existência de providências outras absolutamente impossíveis com o contraditório, como, *verbi gratia*, o pedido de bloqueio de bens e a busca e apreensão.

De se observar, neste tocante, que, em se prestando os procedimentos de jurisdição graciosa para efetivação de providências que dependam de intervenção judicial, nada mais adequado que utilizá-los para consecução de uma medida (como a quebra de sigilo bancário) que não se pode alcançar através de mera decisão administrativa, dependendo de decisão de juiz.

A Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, acolheu as razões da Fazenda Nacional. Segue, a propósito, reprodução de trecho da ementa do julgado:

“REQUERIMENTO DE QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO NÃO CONTENCIOSA.

O colendo Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a natureza não contenciosa do procedimento através do qual se busca autorização judicial para a quebra do sigilo bancário.

Desnecessária a indicação da ação principal, porquanto a pretensão da Administração Fazendária tem origem em fiscalização tributária e se destina à verificação dos requisitos legais para a imunidade postulada pela instituição de ensino”. (AGTR nº 31.411/CE, rel. Desembargador Federal Ubaldo Ataíde.)

Cumpre, finalmente, reproduzir a advertência de Alexandre de Moraes, a respeito da competência para a quebra do sigilo bancário. Sustenta o citado constitucionalista, invocando o princípio do juiz natural, que, “nos casos de competência originária dos tribunais, o juiz de 1ª instância não poderá determinar a medida”¹⁷. Este entendimento, inclusive, já foi firmado na jurisprudência do STF.

Encerradas as observações acerca da quebra do sigilo por decisão judicial, cumpre analisar a possibilidade de quebra por decisão de Comissão Parlamentar de Inquérito.

7 CPI’S DO CONGRESSO NACIONAL E DAS ASSEMBLÉIAS LEGISLATIVAS. AUTORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL SOMENTE QUANTO ÀQUELAS. EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO

A possibilidade de decretação de quebra do sigilo por Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI – decorre do artigo 58, § 3º, da Constituição da República, a seguir reproduzido:

“As Comissões Parlamentares de Inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previs-

¹⁷ *In Direito Constitucional*, São Paulo, 4ª edição, Editora Atlas, 1998, p. 85.

tos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”. (Grifos acrescentados.)

Como dito anteriormente, considera-se que os juízes – e somente eles – possuem a imparcialidade necessária ao sopesamento dos interesses envolvidos em determinado caso concreto de pedido de quebra de sigilo bancário. O Ministério Público, bem assim a Receita Federal, não possuem dita imparcialidade. Poder-se-ia indagar, assim, se as Comissões Parlamentares de Inquérito, como órgãos investigatórios que são, teriam a imparcialidade para o necessário sopesamento.

Ainda que se considere que as CPI's não possuem a imparcialidade das autoridades judiciais, deve-se entender, contudo, que a possibilidade de quebra do sigilo por CPI decorre, não necessariamente de uma característica de imparcialidade – característica esta que entendemos não possuírem –, mas em virtude de se lhe haver atribuído tal poder através de uma norma (o citado artigo 58, § 3º, da Carta Magna) de mesma hierarquia daquela que consagra o direito à privacidade.

Entendemos, destarte, que o artigo 38, § 3º, da Lei nº 4.595/64, que já atribuía às CPI's o poder de decretar a quebra do sigilo, não teria sido recepcionado pela CF/88 se não existisse a previsão constitucional que a elas atribui os poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias. As CPI's não possuem a imparcialidade das autoridades judiciárias. Destarte, o poder de decretar a quebra do sigilo decorre do fato de estar tal poder previsto em norma de mesma hierarquia daquela que consagra o direito ao sigilo (artigo 5º, inciso X, da CF, onde se consigna o direito à privacidade).

Nosso entendimento é corroborado, neste ponto, pela posição, já firmada na jurisprudência, de que as Comissões Parlamentares de Inquérito constituídas no âmbito das Assembleias Legislativas Estaduais não possuem o poder de decretar a quebra do sigilo, tendo em vista que a previsão contida no artigo 58, § 3º, da CF/88 se destina apenas as CPI's constituídas no âmbito do Congresso Nacional.

Assim, ainda que a Constituição estadual respectiva estabeleça a possibilidade de decretação da quebra do sigilo por CPI da Assembleia Legisla-

tiva, deve tal previsão ser tida como inconstitucional. As CPI's não são dotadas da necessária imparcialidade que os juízes para poderem decretar a quebra do sigilo; destarte, somente norma da mesma hierarquia daquela consignada no artigo 5º, inciso X, poderia, a exemplo do artigo 58, § 3º, atribuir a CPI tal poder para decretar a quebra.

Confira-se, a respeito da necessária autorização judicial para decretação da quebra do sigilo por CPI de Assembléia Legislativa, o seguinte precedente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO ESTADUAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO DOS INVESTIGANDOS. UTILIZAÇÃO DA VIA JURISDICIONAL.

1. Agravo regimental interposto ao objetivo de ver revogada a decisão que atribuiu efeito suspensivo ao agravo de instrumento, de modo a se restaurar a decisão do juízo planicial que ordenou à autoridade impetrada que enviasse à Comissão Parlamentar de Inquérito estadual as informações acauteladas sob o sigilo bancário, relativas a determinadas pessoas.

2. Recurso que tem o âmbito restrito à decisão recorrida, não sendo próprio a análise, nele, de preliminares argüidas, relacionadas ao não conhecimento do agravo em face da ausência de peças obrigatórias.

3. Inexistência de vício na decisão recorrida que, corretamente, entendeu que as comissões parlamentares de inquérito estaduais precisam valer-se da via jurisdicional para a obtenção de informações que impliquem na quebra de sigilo bancário e, por isso, conferiu efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Agravo regimental improvido.” (Agravo Regimental no AGTR nº 30177/PE, rel. Desembargador Federal Geraldo Apoliano, julg. 6.6.2000, DJ 30.6.2000, p. 766, grifos acrescentados.)

Sob o influxo de tal precedente jurisprudencial, dessarte, podemos afirmar que somente as CPI's constituídas no âmbito do Congresso Nacional têm poderes para decretar quebra de sigilo bancário.

Há, no entanto, uma advertência que deve ser feita relativamente às CPI's constituídas no Congresso Nacional: conforme reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal, devem as decisões de quebra do sigilo, de-

terminadas por CPI, serem devidamente fundamentadas. Neste sentido, quadra transcrever, por sintetizar com maestria as razões que impõem a fundamentação da decisão de quebra do sigilo, o seguinte excerto da ementa do MS nº 23.452/RJ (rel. Min. Celso de Mello, julg. 16.9.1999, DJ 12.5.00, p. 20):

“As Comissões Parlamentares de Inquérito, no entanto, para decretarem, legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ou do sigilo telefônico, relativamente a pessoas por elas investigadas, devem demonstrar, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera de intimidade [sic, privacidade] de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referência (CF, art. 5º, XXXV).

- As deliberações de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, à semelhança do que também ocorre com as decisões judiciais (RTJ 140/514), quando destituídas de motivação, mostram-se írritas e despojadas de eficácia jurídica, pois nenhuma medida restritiva de direitos pode ser adotada pelo Poder Público, sem que o ato que a decreta seja adequadamente fundamentado pela autoridade estatal.”
(Grifamos.)

Analisemos, a seguir, a questão da quebra do sigilo bancário por determinação de autoridade fiscal.

8 RUPTURA DO SIGILO BANCÁRIO PELA RECEITA. **A LEI COMPLEMENTAR Nº 105/01**

Discutiremos, de agora em diante, a respeito da Lei Complementar nº 105, de 10.1.1, que atribuiu à Receita Federal poderes para decretar a quebra do sigilo bancário, sem necessidade de autorização judicial. Referida lei – não é demais ressaltar – já foi regulamentada através do Decreto nº 3.724, de 10.1.1. segue reprodução do artigo 6º do indigitado diploma legal:

“Art 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária”.

Pensamos, rogando a devida vênua às posições divergentes, que o preceito susotranscrito não resiste a um confronto com o artigo 5º, inciso X, da atual Carta Política, concernente ao direito à privacidade.

Consoante exhaustivamente demonstrado no decorrer desta exposição, o sigilo bancário é uma das garantias do direito à privacidade, consagrado no artigo 5º, inciso X, como direito fundamental.

O direito à privacidade, assim como o sigilo bancário – é bem verdade –, não constituem direito absoluto. Sua relatividade já foi ressaltada na doutrina e em inúmeros precedentes jurisprudenciais, onde se ressaltou que deve ceder passo diante de um interesse público superior.

O ponto central da questão, todavia, consiste no necessário sopesamento dos interesses existentes em determinado caso concreto. Como direito fundamental que é, o direito à privacidade somente pode ceder passo, conforme salientamos, diante de um interesse público superior.

Somente uma autoridade dotada da necessária *imparcialidade* pode, face a determinado caso concreto, *sopesar* os interesses em causa. Somente o Poder Judiciário, em nosso entender, seria dotado da imparcialidade necessária ao exame do interesse predominante em determinado caso concreto.

A Receita Federal, à evidência, não possui a imparcialidade necessária ao sopesamento dos interesses, de maneira que se pode afirmar que a quebra do sigilo, por ato unilateral seu, constitui ofensa ao direito à privacidade.

Quadra invocar, a propósito, a advertência do Min. Jesus da Costa Lima¹⁸, o qual, reproduzindo as sábias palavras do Min. Assis Toledo, objetou que “*Colocar na mão de um só (...) o poder de investigar, de denunciar e de julgar levará a quê? A uma ditadura, ao arbítrio*”.

É este, diante do estudo por nós encetado na doutrina e jurisprudência, o entendimento que julgamos seja adotado no Supremo Tribunal Federal a respeito da Lei Complementar nº 105/01, caso mantida a tendência firmada nos precedentes relativos à quebra do sigilo pelo Ministério Público, ao qual adiante faremos referência.

9 QUEBRA DO SIGILO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.
O ARTIGO 8º, § 2º, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 73/85

O Ministério Público Federal, no exercício de seu mister, está autorizado, legalmente, a requisitar informações, *ex vi* do artigo 8º da Lei Complementar nº 75, de 20.5.1993, lei esta que “dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União”. Segue transcrição do aludido preceito:

“Art. 8º Para exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

I – ‘omissis’;

II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

III – ‘omissis’;

IV – requisitar informações e documentos a entidades privadas;

V a IX – ‘omissis’.

§ 2º *Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe for fornecido*”. (Grifos acrescentados.)

O trecho que mais nos interessa no dispositivo é aquele que estabelece que nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público a exceção de

¹⁸ *Apud* Arnaldo Wald, ob. cit., p. 30.

sigilo. Impende ressaltar, outrossim, que se trata de preceito contido em *lei complementar*.

Destarte, caso se considere que basta o veículo da lei complementar para autorizar determinada autoridade a decretar a quebra do sigilo bancário, força é reconhecer que o Ministério Público Federal pode fazê-lo, tendo em vista que a lei que o autoriza é da mesma hierarquia da Lei nº 4.595/64 (lei complementar).

Nada obstante, não entendeu o Supremo Tribunal Federal pudesse o Ministério Público Federal decretar a quebra do sigilo. Julgou que o Ministério Público não teria a imparcialidade necessária, haja vista ser “advogado da sociedade”.

Julgamos oportuno reproduzir o seguinte trecho do voto do relator do RECR 215301/CE – Min. Carlos Velloso:

“por se tratar de um direito que tem status constitucional, a quebra não pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade. Somente a autoridade judiciária, que tem o dever de ser imparcial, por isso mesmo procederá com cautela, com prudência e com moderação, é que, provocada pelo Ministério Público, poderá autorizar a quebra do sigilo. O Ministério Público, por mais importantes que sejam as suas funções, não tem a obrigação de ser imparcial. Sendo parte - advogado da sociedade - a parcialidade lhe é inerente. Então, como poderia a parte, que tem interesse na ação, efetivar, ela própria, a quebra de um direito inerente à privacidade, que é garantido pela Constituição? Lembro-me de que, no antigo Tribunal Federal de Recursos, um dos seus mais eminentes membros costumava afirmar que “o erro do juiz o tribunal pode corrigir, mas quem corrigirá o erro do Ministério Público?” Há órgãos e órgãos do Ministério Público, que agem individualmente, alguns, até, comprometidos com o poder político. O que não poderia ocorrer, indago, com o direito de muitos, por esses Brasis, se o direito das pessoas ao sigilo bancário pudesse ser quebrado sem maior cautela, sem a interferência da autoridade judiciária, por representantes do Ministério Público, que agem individualmente, fora do devido processo legal e que não têm os seus atos controlados mediante recursos?”

Consoante se infere do aduzido julgado, nem mesmo o Ministério Público Federal, a despeito da autorização expressa em lei complementar,

está autorizado a determinar a quebra do sigilo bancário, mercê de não possuir, segundo o próprio Supremo, a necessária imparcialidade para sopesamento da efetiva imprescindibilidade da medida.

Se tal entendimento vige com relação ao Ministério Público, aplicar-se-á, *a fortiori* (com maior razão), à Receita Federal, interessada que é, indiscutivelmente, no aumento da arrecadação que a invasão da privacidade dos cidadãos e empresas pode proporcionar.

BIBLIOGRAFIA

- ABRÃO, Carlos Henrique: “Os sigilos bancário e fiscal na cobrança da dívida ativa”, *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 30, pp. 14-20.
- BALEEIRO, Aliomar: *Direito Tributário Brasileiro*, 11ª edição, atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi, Editora Forense, 1999
- COVELLO, Sérgio: *O Sigilo Bancário*, São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1991.
- DERZI, Misabel: “O sigilo bancário, a Lei 9.613/98 e a intributabilidade do ilícito”, *Repertório IOB de Jurisprudência*, 1ª quinzena de julho de 1998, nº 13/98, pp. 273-264.
- FERRAZ, Tércio: “Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado”, *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, ano 1, outubro/dezembro de 1992, pp. 141-154.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva: “Sigilo bancário”, *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 1, outubro/1998, pp. 15-25.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira: “Sigilo bancário, direito de autodeterminação sobre as informações e princípio da proporcionalidade”, *Repertório IOB de Jurisprudência*, 2ª quinzena de dezembro de 1992, nº 24/92, pp. 438-436.
- MORAES, Alexandre: *Direito Constitucional*, São Paulo, 4ª edição, Editora Atlas, 1998.
- SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes: “Sigilo bancário e a administração tributária”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 32, nº 125, janeiro/março 1995, pp. 13-25.

SILVA, José Afonso: *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1993.

WALD, Arnaldo: “Sigilo bancário e os direitos fundamentais”, *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, ano 6, nº 22, janeiro/março 1998, pp. 15-31.

WALD, Arnaldo e MARTINS, Ives Gandra da Silva: “A Constituição e o sigilo bancário”, *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, ano 6, nº 23, abril/junho 1998, pp. 23-24.

O JUIZ FEDERAL E O MEIO AMBIENTE (*)

Raimundo Alves de Campos Júnior

Juiz Federal (Substituto) da 4ª Vara da SJ/AL

SUMÁRIO: 1 - O meio ambiente como objeto de Direito. 1.1 - O Direito Ambiental. 1.2 - Características do Direito Ambiental. 1.3 - Princípios constitucionais de proteção ao meio ambiente. 1.3.1 - Princípio do direito humano fundamental. 1.3.2 - Princípio da supremacia do interesse público na proteção do meio ambiente. 1.3.3 - Princípio da indisponibilidade do interesse público na proteção do meio ambiente. 1.3.4 - Princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal. 1.3.5 - Princípio da prevenção. 1.3.6 - Princípio da proteção da biodiversidade. 1.3.7 - Princípio da defesa do meio ambiente. 1.3.8 - Princípio da responsabilização pelo dano ambiental. 1.3.9 - Princípio da exigibilidade do estudo prévio de impacto ambiental. 1.3.10 - Princípio da educação ambiental. 1.3.11 - Princípio do desenvolvimento sustentável. 1.4 - Desenvolvimento econômico e meio ambiente (desenvolvimento sustentável). 1.5 - Natureza do meio ambiente como direito indivisível. 2 - O Poder Judiciário e o Meio Ambiente. 2.1 - O Judiciário nos tempos hodiernos. 2.2 - O papel do Juiz da defesa do meio ambiente. 3 - A tutela jurisdicional do meio ambiente. 3.1 - A tutela jurídico-civil. 3.2 - A tutela jurídico-penal. 3.2.1 - Crimes ambientais. 3.2.2 - A Constituição e os crimes ambientais. 3.2.3 - A Lei nº 9.605/98. 3.2.4 - Juizados Especiais Criminais. Instrumentos de proteção do meio ambiente. 4 - Competência jurisdicional das causas do meio ambiente. 4.1 - No âmbito administrativo. 4.2 - No âmbito civil. 4.3 - No âmbito penal. 4.3.1 - Fauna. 4.3.2 - Pesca Predatória. 4.3.3 - Poluição nuclear. 4.3.4 - Poluição de águas. 4.3.4.1 - Marítima. 4.3.4.2 - Rios e Lagos. 4.3.5 - Extração de areia. 4.3.6 - Lavra de recursos minerais. 4.3.7 - Flora. 4.3.8 - Contravenções. 4.3.9 - Crimes conexos. 5 - Conclusões. Bibliografia.

(*) Trabalho apresentado no Curso de Preparação de Magistrados.

1 O MEIO AMBIENTE COMO OBJETO DE DIREITO

1.1. O DIREITO AMBIENTAL

O meio ambiente é um dos poucos assuntos que desperta o interesse de todas as nações, independentemente do regime político ou do sistema econômico. E tal se dá porque as conseqüências dos danos ambientais não se confinam mais aos limites dos países, pois ultrapassam as fronteiras e atingem as regiões mais longínquas.

A expressão meio ambiente, afastadas as críticas sobre a aparente redundância, serve a designar a “*interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas*”, conforme ensina José Afonso da SILVA. O conceito evidencia, a abrangência de três aspectos: *o meio ambiente artificial (edifícios, equipamentos urbanos, comunitários, enfim, todos os assentamentos de reflexo urbanístico), o meio ambiente cultural (patrimônio histórico, artístico e arqueológico), e o meio ambiente natural (solo, água, ar, flora e fauna)*. O conceito apresentado pelo ilustre professor paulista tem evidente inspiração naquele expresso na Lei nº 6.938, de 31.08.81, que considera Meio Ambiente *o conjunto de condições, leis, influências e interações da ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas*”.¹

Apesar da preocupação antiga, só com a Convenção da ONU realizada em Estocolmo, em 1972, quando foi promulgada a Declaração Universal do Meio Ambiente, é que o meio ambiente ganhou notoriedade e foi alçado à categoria de direito fundamental. A Declaração do Meio Ambiente de Estocolmo, adotada pela Conferência das Nações Unidas em 1972, reconheceu esse novo direito e “*abriu caminho para que as constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado*

* Palestra apresentada em 05/02/01, na Escola de Magistratura Federal – ESMAFE, por Raimundo Alves de Campos Júnior, candidato ao IV Concurso de Juiz Federal Substituto da 5ª Região.

¹ *Apud* José Adonis Callou de ARAÚJO SÁ, *Função Social da Propriedade e Preservação Ambiental*. Artigo publicado na Internet, na Revista Teia Jurídica, pág. 6;

como um direito fundamental entre os direitos sociais do homem com sua característica de direitos a serem realizados e direitos a não serem perturbados”, na feliz expressão de José Afonso da SILVA.²

No direito brasileiro, o meio ambiente só recentemente converteu-se em objeto de direito a partir da Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Desde então, o legislativo tem sido pródigo em editar normas sobre o assunto.

A Constituição brasileira de 1988, pela primeira vez em toda a história do nosso constitucionalismo, manifestou preocupação com o tema do meio ambiente, tanto que o elevou à proteção constitucional.

Apesar de o Brasil ser conhecido, na doutrina alienígena, como detentor de uma das mais avançadas legislações do planeta sobre o meio ambiente, alguns doutrinadores pátrios não concordam com esta assertiva, pois, para estes últimos, apesar de o nosso país dispor de um grande número de normas jurídicas que dão proteção ao meio ambiente, tais normas já nasceram ultrapassadas e ineficazes.³ Polêmicas à parte, o fato é que a preocupação crescente com o direito ao meio ambiente sadio⁴ ensejou o surgimento de uma ciência específica - o Direito Ambiental - que foi definido, pela primeira vez no Brasil, por Luiz Fernando Coelho como sendo “*um sistema de normas jurídicas que, estabelecendo limitações ao direito de propriedade e ao direito de exploração econômica dos recursos da natureza, objetiva a preservação do meio ambiente com vistas a melhor qualidade da vida humana*”.⁵

Por sua vez, Michel PRIEUR define o Direito Ambiental como sendo o “*conjunto de regras jurídicas relativas à proteção da natureza e à*

² *Apud* José Adonis Callou de ARAÚJO SÁ, ob. cit., pág. 6;

³ A crítica sobre a legislação pátria é tão ferrenha que alguns juristas chegam ao ponto de afirmar que a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que trata sobre os crimes ambientais, já nasceu torta, eis que é recheada de imprecisões técnicas, de conceitos vagos e de violações à Constituição;

⁴ Por meio ambiente sadio entenda-se também o meio ambiente do trabalho. É que a degradação do ambiente de trabalho, resultante de atividades que prejudicam a saúde, a segurança e o bem-estar dos trabalhadores, ocasiona poluição no meio ambiente do trabalho, impondo ao poluidor a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos independentemente da existência de culpa (art. 4º c/c art. 14 da Lei nº 6.938/81);

⁵ *Apud* Vladimir Passos de FREITAS, *Direito Administrativo e Meio Ambiente*, Editora Juruá, Curitiba, 1993, pág. 16;

*luta contra as poluições”,*⁶ definição quase semelhante a de José Afonso da SILVA, para quem o Direito Ambiental Objetivo “*consiste no conjunto de normas jurídicas disciplinadoras da proteção da qualidade do meio ambiente*”.⁷

1.2 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO AMBIENTAL

As principais características do Direito Ambiental são a multidisciplinariedade e complexidade.

Para a solução de determinado problema que envolva o meio ambiente precisa-se, na grande maioria das vezes, lançar mão, também, dos vários conhecimentos disponíveis pelas ciências modernas, tais como: botânica, zootecnia, biologia, engenharia florestal, etc, daí sua complexidade.

A multidisciplinariedade está caracterizada pelo fato de que as normas protetoras do meio ambiente permeiam todos os ramos do Direito, dado que para a esmerada análise da matéria faz-se necessário lançar mão do Direito Internacional Público, onde os Tratados e Convenções internacionais assumem especial relevância; do Direito Constitucional, em face das constantes inserções do assunto no Texto Magno; do Penal, com a previsão de crimes e contravenções para as condutas mais graves; do Direito Civil, com as suas implicações sobre o estudo da propriedade, posse, florestas, águas, fauna, etc; do Processo Civil, regulando as ações processuais; do Trabalho, especificando as condições de insalubridade e estipulando exigências de higiene na prestação do trabalho; do Direito Administrativo, cabendo ao Poder Público impor aos infratores punições administrativas, exercer o poder de polícia, etc. É por esse motivo que, como nos ensina Michel PRIEUR, é de se observar que o Direito do Ambiente tem um caráter horizontal, que recobre os diferentes ramos clássicos do Direito, penetrando “*todos os sistemas jurídicos existentes para os orientar num sentido ambientalista*”,⁸ o que faz com que as normas protetoras do meio ambiente permeiem “*todos os ramos do Direito Positivo*”.⁹

⁶ Apud Paulo Afonso Leme MACHADO, *Direito Ambiental Brasileiro*, 5ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 1995, pág. 71;

⁷ *Direito Ambiental Constitucional*, Editora Malheiros, São Paulo, 1994, pág. 21;

⁸ Apud Paulo Afonso Leme MACHADO, *Direito Ambiental Brasileiro*, ob. cit., pág. 71;

⁹ Cf. Vladimir Passos de FREITAS, *Direito Administrativo e Meio Ambiente*, ob. cit., pág. 16;

1.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico. Os princípios constitucionais de proteção ao meio ambiente, segundo Luís Roberto GOMES,¹⁰ são os que seguem.

1.3.1 PRINCÍPIO DO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é, sem dúvida, um direito humano fundamental. A CF/88 assegura, em seu art. 225, que: *“todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”*. Depreende-se, assim, que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito essencial, fundamental, vinculado ao bem jurídico maior, qual seja, a proteção da vida.

1.3.2 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE EM RELAÇÃO AOS INTERESSES PRIVADOS

Em sendo o bem ambiental bem de natureza pública, pertencente à coletividade e voltado a uma finalidade pública, a tutela de seus interesses, conseqüentemente, deve prevalecer, quando em confronto com a dos interesses privados. Como diz Álvaro Luiz VALERY¹¹, *“o interesse na proteção do meio ambiente, por ser de natureza pública, deve prevalecer sobre os interesses dos particulares, ainda que legítimos. Até porque já se reconhece hoje em dia que a preservação do meio ambiente se tornou condição essencial para a própria existência da vida em sociedade e, conseqüentemente, para a manutenção e o exercício pleno dos direitos individuais dos particulares”*.

¹⁰ *Princípios Fundamentais do Direito Ambiental*. Revista de Direito Ambiental nº 2, RT, 1996, pág 54;

¹¹ *Princípios Constitucionais de Proteção ao Meio Ambiente*. Revista de Direito Ambiental nº 16, RT, 1998, pág. 164/191

1.3.3 PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Como consequência da natureza pública do bem ambiental, o Estado e o particular não podem dispor do bem ambiental. Sendo o meio ambiente um bem jurídico de natureza pública, que pertence à coletividade e não integra o patrimônio disponível do Estado, a indisponibilidade deve prevalecer, reforçando-se a necessidade de preservação pelas gerações atuais.

1.3.4 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA INTERVENÇÃO ESTATAL

A CF/88 posicionou-se na esteira do princípio 17 da Declaração de Estocolmo, segundo o qual deve ser confiada, às instituições nacionais competentes, a tarefa de planificar, administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente.

1.3.5 PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

Embora não expresso na CF/88, podemos considerá-lo implícito no art. 225 da mesma, no qual estão inseridos vários mecanismos preventivos lastreados na precaução, mormente a exigência de estudo de impacto ambiental, cujo procedimento administrativo exige a aprovação de órgãos públicos ambientais e prevê a participação popular em audiências públicas, permitindo a discussão da aprovação de medidas potencialmente degradadoras do meio ambiente, implicando num verdadeiro controle preventivo.

1.3.6 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA BIODIVERSIDADE

A CF, em seu art. 225, § 1º, I e II, consubstancia o lastro de proteção à biodiversidade, ou diversidade biológica, ao dispor que, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao Poder Público: preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar

as entidades ligadas dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.¹²

1.3.7 PRINCÍPIO DA DEFESA DO MEIO AMBIENTE

A CF, em seu art. 170, VI, com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, elevou a defesa do meio ambiente ao nível de princípio da ordem econômica, o que tem o efeito de condicionar a atividade produtiva ao respeito ao meio ambiente e possibilitar o Poder Público interferir drasticamente, se necessário, para que a exploração econômica preserve a ecologia. Inexiste proteção constituição à ordem econômica que sacrifique o meio ambiente.

1.3.8 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIZAÇÃO PELO DANO AMBIENTAL

Decorre da CF/88 o princípio de que cabe ao poluidor do meio ambiente reparar o dano ambiental causado. Por outro lado, a Lei 6938/81, em seu art. 4º, VI, dispõe que a Política Nacional do Meio Ambiente, entre outras coisas, visará “*a imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos*”. A responsabilização, diga-se de passagem, é objetiva, a teor do art. 14, § 1º, da referida Lei 6938/81, que dispõe que “*sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade*”.¹³

1.3.9 PRINCÍPIO DA EXIGIBILIDADE DO ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL

Visa evitar que um projeto (obra ou atividade), justificável sob o prisma econômico ou em relação aos interesses imediatos de seu proponen-

¹² Cumpre observar que o Brasil possui o maior patrimônio genético – biodiversidade – do mundo, patrimônio este que conquista paulatinamente importância estratégica e valor incalculável, diante dos avanços crescentes da biotecnologia;

¹³ O princípio do poluidor-pagador é aquele que impõe ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção, reparação e repressão da poluição. O chamado princípio do poluidor-pagador é equivocado quando se pensa que se dá o direito de poluir, desde que pague. Ele significa, tão só, que aquele que polui fica obrigado a corrigir ou recuperar o ambiente, suportando os encargos daí resultantes, não lhe sendo permitido continuar a ação poluente;

te, se revele posteriormente nefasto ou catastrófico para o meio ambiente. Como quer a Lei Maior, o estudo de impacto ambiental é pressuposto da concessão de licença para o empreendedor.

1.3.10 PRINCÍPIO DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL

A CF previu tal princípio, em seu art. 225, § VI, ao dispor que compete ao Poder Público “*promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente*”.

1.3.11 PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL ¹⁴

A CF/88 consagrou expressamente tal princípio ao dispor que se impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Tudo que puder seriamente ocasionar o esgotamento dos bens ambientais em prejuízo da atual geração ou somente da futura geração é inconstitucional.

1.4 DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E MEIO AMBIENTE (DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL)

Sem dúvida alguma, o maior desafio deste final de século consiste exatamente em buscar o equilíbrio entre o desejado desenvolvimento econômico e a preservação da sadia qualidade de vida. A preservação do meio ambiente leva atualmente todas as sociedades do planeta a uma mudança drástica das grandes referências que marcaram os modelos de desenvolvimento econômico. A degradação ambiental e o quase esgotamento dos recursos naturais exige uma mudança das políticas globais e o estabelecimento de um novo paradigma tecnológico e econômico.

O conflito entre desenvolvimento e preservação ambiental gerou um conceito mundialmente aceito desde 1972, o chamado *desenvolvimento sustentável ou ecodesenvolvimento*.

Para Paulo Roberto Pereira de SOUZA, “*A conscientização ambiental exige uma nova postura do jurista, que, no seu campo específico, se*

¹⁴De acordo com o princípio nº 03, da ECO/92, o direito ao desenvolvimento deve ser realizado de modo a satisfazer as necessidades relativas ao desenvolvimento e ao meio ambiente das gerações presentes e futuras;

*alia ao cientista, na elaboração agora não apenas de uma sociedade justa - missão principal para ele até aqui -, mas de um planeta habitável”.*¹⁵ Conclui, ainda, o referido autor, que “*Para viabilizar o crescimento sustentável, de acordo com as exigências da natureza, é necessário garantir um vínculo entre as políticas ambiental e econômica em todos os níveis de governo e em todos os setores da economia. A harmonização da expansão com a proteção ambiental exige o reconhecimento de que há benefícios ambientais para o crescimento quando há benefícios econômicos fluindo de sistemas ecológicos saudáveis*”.¹⁶

Eugene ODUM afirmou, com a proficiência que lhe é peculiar, que, “*no futuro, a sobrevivência depende de encontrar um equilíbrio entre o homem e a natureza, num mundo de recursos limitados. Isso não significa que o homem deva voltar à natureza, significa porém que será preciso voltar a algumas das coisas boas, remotas e antiquadas*”.¹⁷

Conseguir um desenvolvimento sustentável¹⁸ e equitativo continua sendo o maior desafio da raça humana. E tanto é assim que a nossa Constituição cuidou por optar por um modelo de desenvolvimento sustentável. Com efeito, a inserção do meio ambiente como princípio da ordem econômica, como se vê no artigo 170 da Constituição Federal, significa a opção por um modelo de desenvolvimento sustentável, pretendendo conciliar o desenvolvimento econômico com a preservação dos recursos ambientais. Percebe-se que o comando constitucional tem o sentido de exigir a conciliação de dois valores fundamentais aparentemente conflitantes: *desenvolvimento e preservação do meio ambiente*.

1.5 NATUREZA DO MEIO AMBIENTE COMO DIREITO INDIVISÍVEL

O meio ambiente, como objeto de direito, passou por diversas concepções.

¹⁵ *O Direito Brasileiro, a prevenção de passivo ambiental e seus efeitos no Mercosul*. Artigo publicado na Internet, na Revista Teia Jurídica. Endereço: <http://www.teiajuridica.com/m/meiambie.htm>, pág. 5;

¹⁶ *Idem*, *ibidem*, pág. 4;

¹⁷ *Apud* Vladimir Passos de Freitas, *Direito Administrativo e Meio Ambiente*, *ob. cit.*, pág. 15;

¹⁸ Vale lembrar que o conceito de *sustentabilidade* surgiu associado à expressão *desenvolvimento sustentável*, introduzido em 1980 por um documento da UICN (União Internacional para a Conservação da Natureza) que recebeu apoio do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA).

Pietro PERLINGIERI entende que, por ser o meio ambiente essencial ao desenvolvimento da pessoa humana, cada indivíduo, no seu *status personae*, tem direito a um *habitat* que lhe garanta a qualidade da vida, devendo-se reconhecer a cada um o direito de agir para que isso se realize. Para ele, não há que se falar em exclusividade da ação do Estado (através do Ministério Público e de algumas entidades previamente determinadas) para a defesa do meio ambiente, eis que é assegurado a cada indivíduo um Direito Individual Ambiental.¹⁹

Para Amedeo POSTIGLIONE, o direito a um ambiente sadio faz parte dos direitos de personalidade, tal como à integridade física, ao nome, à honra, à paternidade e à privacidade. Para ele, “*o direito-ambiente, sendo inerente como atributo pessoal da pessoa humana, nasceria com cada homem e se extinguiria apenas com a sua morte*”.²⁰

A Organização das Nações Unidas, em histórica assembléia realizada em 1972, em Estocolmo, elevou o meio ambiente à categoria de direito fundamental do ser humano. Nela se estabeleceu, como lembra Michel PRIEUR, que “*o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e a condições de vida satisfatórias, em um meio ambiente no qual a qualidade lhe permita viver na dignidade e bem-estar. Ele tem o dever solene de proteger e de melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras*”.²¹

Vê-se, pois, que, apesar das divergências de concepções, a grande maioria dos jurista tem entendido que a natureza do meio ambiente é de direito indivisível, devendo-se ter em mente que o sentido de indivisibilidade relaciona-se com a titularidade.

O meio ambiente é um bem de todos, não podendo ser titulável individualmente. A sua defesa e preservação é dever de cada pessoa individualmente, da sociedade como um todo e do Poder Público.

Interessante é notar, contudo, o engano em que vem incorrendo a doutrina, ao pretender classificar o direito segundo a matéria genérica, dizendo, por exemplo, que meio ambiente é direito difuso, consumidor é coletivo, etc. Na verdade, como assevera Nelson NERY JÚNIOR, “*o que*

¹⁹ *Perfil do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1997, pág. 172/173;

²⁰ *Apud* Vladimir Passos de Freitas, ob. cit., pág. 15;

²¹ *Apud* Vladimir Passos de Freitas, ob. cit., pág. 15;

*determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial”.*²²

Polêmicas à parte, o fato é que não restam dúvidas que é do interesse de todos a existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, pressuposto essencial à sadia qualidade de vida e à preservação das presentes e futuras gerações. E devido a esta impossibilidade de identificar os titulares do interesse, por estarem dispersos na coletividade, o interesse ao meio ambiente sadio possui as características de transindividualidade e da internacionalização, que são algumas das características do interesse difuso, daí a razão de a doutrina considerar o meio ambiente como o maior dos chamados interesses difusos.²³ O direito à higidez do meio ambiente, dos ecossistemas em geral, goza da natureza de um direito público subjetivo, ou seja, um direito que cabe a cada um de nós, tutelável para todos e endereçado na sua cobrança de eficácia contra todos, particulares ou Poder Público.

Apesar do dissenso doutrinário existente entre os níveis da tutela de interesses contidos no texto constitucional (individual, coletivo ou difuso), o fato é que as transformações sociais têm exigido do direito e do processo civil uma nova postura. A prestação jurisdicional deve ser necessária e adequada a esse paradigma da atualidade, eis que aquela velha estruturação da teoria jurídica, que estava lançada numa preocupação estritamente individual, envolvendo necessariamente litígios entre pessoas certas e determinadas, já está há muito superada.

Extrapolando esse acanhado limite, surgiu, como fruto das evoluções e transformações sociais, a concepção de que certos direitos são de todos e não são de ninguém em particular. E por serem de todos e não serem de ninguém em particular podem ter sua tutela deflagrada por qualquer um, e por todos, se assim desejarem. Estar-se-á, agora, bastante longe da concepção clássica de direito subjetivo, consubstanciada no art. 75 do

²² *O Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor*, RePro 61(1991), pág. 25;

²³ Hugo MAZZILI, ao comentar sobre o mandado de segurança coletivo, afirma expressamente que: “*cumprir anotar que esse novel instituto não serve apenas à tutela dos interesses coletivos, mas também daquela categoria de interesses posicionados em relação à qualidade de vida, a que se dá o nome de difusos, e dentre os quais o meio ambiente é um dos mais expressivos exemplos*” (Apud Júlio César de SÁ DA ROCHA, *Direito Ambiental e meio ambiente do trabalho: papel dos sindicatos na defesa da saúde dos trabalhadores*. Artigo publicado na Internet. Endereço: <http://www.sindicato.com.br/meioambi.htm>, pág. 5);

Código Civil brasileiro, o qual preceitua que a todo direito corresponde uma ação que o assegura. Esta concepção - a de que a afetação de um direito está necessariamente ligada a alguém - é inteiramente insuficiente quando se trata de direitos que não podem ser individualizados, eis que são pertinentes a todos da coletividade, como é o caso do direito ao meio ambiente sadio.

O que particulariza o chamado interesse difuso e o direito que dele decorre é a indeterminação dos sujeitos ativos e a indivisibilidade do objeto.

Nas precisas palavras de Sérgio FERRAZ, “*o meio ambiente é coisa de todos, mas não é um bem apropriável por quem quer que seja. Ninguém tem direito subjetivo à higidez do meio ambiente, porque esse é um direito de todos e não se fraciona em cada um de nós, que aspira a uma fruição saudável daquele determinado ambiente*”.²⁴

A maioria dos direitos e interesses que envolvem a sociedade moderna é transindividual.²⁵ É uma vez que o processo deve e tem que ser instrumento de garantia dos direitos materiais envolvidos, de nada serviria o processo dissociado do escopo de efetividade do direito substancial tutelado. É por essa razão que as Constituições previram - e a prática tratou de disseminar - ações capazes de assegurar a defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos que envolvem a tutela do meio ambiente, tais como: a ação civil pública ambiental, mandado de segurança coletivo ambiental, mandado de injunção ambiental, etc.

2 O PODER JUDICIÁRIO E O MEIO AMBIENTE

2.1 O JUDICIÁRIO NOS TEMPOS HODIERNOS

Atualmente os conflitos sociais ganharam nova dimensão, reclamando novos equacionamentos, soluções mais efetivas, um processo mais ágil e eficaz e um Judiciário mais eficiente, dinâmico e participativo na preservação dos valores culturais, na defesa de um patrimônio que é de todos e

²⁴ Cf. *Meio Ambiente*, Revista de Direito Público, Vol 96, Ano 24, out/dez., RT, São Paulo, 1990, pág. 204;

²⁵ Um sistema de interesses difusos, máxime quando ligados à idéia de meio ambiente, tem um corolário necessário, que é o da responsabilização objetiva. É que se o direito a nenhum pertence e se a obrigação de manter o meio ambiente conservado a todos pertence, o sistema da responsabilização objetiva, que inverte o ônus da prova, que parte da presunção da responsabilidade e que se dirige a uma coletividade de possíveis responsabilizados é uma consequência inevitável da eleição desse tipo de esquema;

que transcende os próprios interesses individuais e de grupos para situar-se no plano dos direitos fundamentais do homem.

Como bem assinalou o Juiz do TRF da 1ª Região, Carlos Fernando MATHIAS²⁶, “*a humanidade está em plena fase da chamada terceira geração dos direitos do homem, vale dizer, dos assim designados direitos de solidariedade, como o direito ao desenvolvimento, o direito ao patrimônio comum da humanidade e o direito ao meio ambiente*”. Vê-se, assim, que, ao lado dos direitos civis e políticos (primeira geração), dos direitos sociais, econômicos e culturais (segunda geração), emergem os direitos que, além de terem por valor supremo o homem, o focalizam sob o ângulo da fraternidade.

O Poder Judiciário, como Poder ou atividade estatal, não pode mais manter-se equidistante dos debates sociais, devendo assumir seu papel de participante do processo evolutivo das nações, também responsável pelo bem comum, notadamente em temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, defesa do meio ambiente e valorização do trabalho e da livre iniciativa.

O juiz contemporâneo vai-se afastando dos modelos tradicionais. O dogma da separação dos chamados Poderes do Estado não é empecilho à participação dos Juízos na formação das leis sobre as quais serão depois chamados a julgar, nem daquelas que disciplinarão a sua conduta no exercício do poder estatal em sede jurisdicional (normas processuais). O juiz moderno sente que, antes de juiz, é cidadão; e que, como cidadão, a primeira das prerrogativas que a Democracia lhe oferece é a de participar nas decisões do Estado, inclusive quanto à elaboração das leis. Aliás ele é um cidadão altamente qualificado, treinado profissionalmente para sentir o espírito das leis, as suas deficiências e as necessidades de outras. Por outro lado, sendo ele o agente estatal que, no dia-a-dia de seu trabalho, manipula o instrumental que a lei do processo oferece, ninguém melhor que ele reúne condições de criticar e de criar.

Não é dever do juiz somente participar de cada processo em que atua, como quem não se importa com o desfecho dos dramas que é chamado a julgar; compete-lhe, ainda, voltar-se para o mundo exterior ao processo, seja quando de lá extrai elementos para julgar com fidelidade aos valores da sociedade, seja quando leva a outros centros de decisão o peso de sua

²⁶ *Correio Braziliense*, Caderno Direito e Justiça, Brasília, Junho, 1977;

voz em busca de uma ordem jurídica mais perfeita. Nas mãos dos membros do MP, assim como dos magistrados, está grande parte da responsabilidade social e política pela contenção dessa preocupante tendência devastadora do mundo em que vivemos.

O que se espera e se deseja é que o Poder Judiciário, o último e mais autorizado intérprete da lei, passe a ter uma nova postura e sensibilidade à gravidade da tarefa que lhe dá a nova ordem, de modo a desprender-se dos preconceitos do individualismo jurídico, para assumir, resolutivo, as responsabilidades que a Justiça social lhe impõe. No exercício de sua sagrada missão, o juiz não é mero aplicador do texto frio da lei, mas o protagonista da Justiça de quem se exige o mais elevado espírito público e requintada sensibilidade para perceber as mutações da sociedade contemporânea, principalmente numa questão que tão de perto diz com a qualidade de vida e o interesse das presentes e futuras gerações. Sem essa responsabilidade, de pouco ou nada serve o instrumental jurídico posto a serviço da comunidade.

2.2 O PAPEL DO JUIZ NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE

No plano ecológico, o interesse que a norma protege é a própria vida. O Juiz deve compenetrar-se que o interesse é público e de toda relevância. Deve adequar-se ao sentimento médio da comunidade em geral e, no que for pertinente, da comunidade jurídica. É preciso que não perca, jamais, o convívio humano, sob pena de perder a sensibilidade para os anseios dos cidadãos. Deve ter iniciativa e coragem para enfrentar, muitas vezes, interesses econômicos vultosos. Não deve, contudo, expor-se demasiadamente, a fim de que seu cargo não sofra os ataques resultantes da perda da confiabilidade. Em suma, o Juiz brasileiro deve não só dar à norma uma interpretação condizente com o interesse público que ela ostenta, mas ir mais além, deixando de lado o imobilismo e a omissão.

Quando se pensa no Juiz em casos de natureza ambiental, tem-se em mente primeiro o Juiz de Direito, que é o destinatário natural da maior parte das ações civis e penais, e depois o Juiz Federal. No entanto, todos os outros magistrados têm, da mesma forma, sua parcela de contribuição a dar.

Quando tiver conhecimento de ofensas ao meio ambiente, o juiz não deve hesitar em fazer uso das medidas que a lei lhe fornece. Em se tratando de infração penal, pode valer-se da regra contida no art. 40 do CPP, ordenando extração de peças e determinando a remessa à autoridade

policial. Na hipótese de ilícito civil tem em mãos a mesma possibilidade, remetendo as peças ao MP, para fins de propositura da ação civil pública, tudo na forma prevista no art. 7º da Lei nº 7347/85.

3 A TUTELA JURISDICIONAL DO MEIO AMBIENTE

No Brasil, só a partir da década de 1980 é que a legislação tutelar do ambiente passou a se desenvolver com maior celeridade. Por muito tempo predominou a desproteção total, em parte devido à concepção individualista do direito de propriedade, que sempre constituiu forte barreira à atuação do poder público na proteção ambiental. O conjunto dos diplomas legais até então não se preocupava em proteger o ambiente de forma específica e global, dele cuidando de maneira diluída e mesmo casual e na exata medida de atender sua exploração pelo homem.

Na proteção jurídica ambiental existem 3 (três) marcos que devem ser lembrados²⁷ :

- a) A edição da Lei 6.938/81, que teve o mérito de trazer para o mundo do Direito o conceito de meio ambiente, como objeto de proteção em seus múltiplos aspectos; o de propiciar o planejamento de uma ação integrada de diversos órgãos governamentais segundo uma política nacional para o setor e o de estabelecer, no art. 14, § 1º, a obrigação do poluidor de reparar os danos causados, segundo o princípio da responsabilidade objetiva (ou sem culpa) em ação movida pelo MP. Legitimando para a ação o MP objetivou o legislador aquelas dificuldades apontadas na luta do indivíduo isolado. Sim, porque o MP é instituição dotada de autonomia e independência, com uma estrutura orgânica e funcional montada. Conta com profissionais qualificados, não responde por custas de atos processuais, nem está sujeito ao ônus da sucumbência;
- b) O segundo marco foi a promulgação da Lei 7.347/85, que disciplinou a ação civil pública como instrumento processual específico para a defesa do ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, e que possibilitou que a agressão ambiental finalmente viesse a ser tornar um caso de Justiça. Através dessa lei as associações

²⁷ Cf. Édis Milaré, *Tutela Jurisdicional do Ambiente*. Justitia. São Paulo, 54 (157), jan/mar, 1992, pág. 61/62:

civis ganharam força para provocar a atividade jurisdicional e, de mãos com o MP, puderam em parte frear as inconseqüentes agressões ao meio ambiente.

c) O terceiro marco foi a edição da nova Constituição, onde o progresso se fez notável, na medida em que deu ao meio ambiente uma disciplina rica, dedicando à matéria um capítulo próprio em um dos textos mais avançados em todo o mundo.

3.1 A TUTELA JURÍDICO-CIVIL

Sendo o meio ambiente um bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*), insuscetível de apropriação por quem quer que seja, não bastava apenas erigir-se cada cidadão num fiscal da natureza, com poderes para provocar a iniciativa do MP (art. 6º e 7º da Lei da ACP), mas era de rigor assegurar-se o efetivo acesso ao Judiciário dos grupos sociais intermediários e do próprio cidadão na defesa do meio ambiente. O Constituinte Federal não fez ouvidos de mercador ao reclamo, dando largos passos no ordenamento jurídico brasileiro para a instrumentalização da tutela jurisdicional do meio ambiente na esfera civil, ei-los:

a) Ação Direta de Inconstitucionalidade - O rol dos legitimados para a ação foi ampliado, possibilitando a certos corpos intermediários como a OAB e as entidades sindicais e de classe buscarem, em nome da sociedade, a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos contrários aos princípios constitucionais de preservação do meio ambiente;

b) Ação Civil Pública (art. 129, III, CF/88 e Lei 7.347/85) - A ACP visa proteger o meio ambiente, o consumidor e os bens e interesses de valor artístico, estético, histórico, paisagístico, turístico. A propositura da ACP não ilide a ação popular, e a defesa do réu se restringe a demonstrar a inexistência do fato alegado na inicial e/ou a inocorrência de sua autoria ou co-autoria;

c) Ação Popular Constitucional (art. 5º, LXXIII, da CF/88 e Lei 4.717/65) - A AP é um remédio jurídico constitucional nascido da necessidade de se melhorar a defesa do interesse público e da moral administrativa. Inspira-se na intenção de fazer de todo cidadão um fiscal do bem comum. Consiste ela no poder de reclamar o

cidadão um provimento judiciário – uma sentença – que declare nulos ou torne nulos atos do poder público lesivos ao patrimônio público, seja do patrimônio de entidades estatais, seja das entidades de que o Estado participe. Do ponto de vista amplo, a AP também é considerada uma ação civil pública, apenas com rótulo e agente diferentes, na medida em que como esta, tem em mira, precipuamente, a defesa de um interesse público, e não a satisfação de um direito subjetivo próprio. A ação popular, conquanto basicamente vocacionada para a defesa do Erário Público, sói também ser empregada em casos de destruição iminente de bens de valor ecológico;

d) Mandado de Segurança Coletivo (art. 5º, LXX, CF/88) - Cumpre anotar que esse novel instituto não serve apenas à tutela dos interesses coletivos, mas também daquela categoria de interesses posicionados em relação à qualidade de vida, a que se dá o nome de difusos, e dentre os quais o meio ambiente é um dos mais expressivos exemplos;²⁸

e) Mandado de Injunção - Ressalte-se de logo a excelência deste remédio para a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito constitucionalmente assegurado a todos – art. 225 da CF/88 – quando dependa de uma norma regulamentadora, cuja falta está tornando inviável seu exercício;²⁹

f) Ação de responsabilidade civil por dano ecológico (art. 225, § 3, CF/88); e

g) Ação de responsabilidade civil por danos nucleares (art. 21, XXIII, CF/88), além de outras medidas administrativas, previstas nos textos constitucionais locais.

3.2 A TUTELA JURÍDICO-PENAL

No caso do meio ambiente, a conduta do agente predador ou poluidor lesa um interesse jurídico de tal importância – a saúde pública e a

²⁸ Esse é o inatacável magistério de Celso Agrícola BARBI. Para ele, o mandado de segurança coletivo pode ter por objetivo os direitos subjetivos ou os interesses legítimos, difusos ou coletivos;

²⁹ Tem predominado o entendimento de que no mandado de injunção o juiz não legisla. Apenas integra, no caso concreto, a lacuna legislativa, adotando uma medida capaz de proteger o direito do autor da demanda;

própria vida – que a ação penal pode e deve ser iniciada sem a manifestação de vontade de qualquer pessoa. Nestes casos, a titularidade da ação penal pertence ao Estado, que, por seu órgão de justiça – o MP –, assume a iniciativa do processo, estimulando o exercício da função jurisdicional e punindo pela punição dos responsáveis pelas práticas delituosas.

3.2.1 CRIMES AMBIENTAIS

O crime ambiental em nada se assemelha aos delitos comuns. O meio ambiente é bem jurídico de difícil, por vezes, impossível reparação. O sujeito passivo não é um indivíduo, como no estelionato ou nas lesões corporais. É toda a coletividade. O alcance é maior. Tudo deve ser feito para criminalizar as condutas nocivas a fim de que o bem jurídico, que é de valor incalculável na maioria das vezes, seja protegido. Com razão Antônio Herman Benjamin quando diz que *“Se o Direito Penal é, de fato, ultima ratio na proteção de bens individuais (vida, patrimônio, etc), com mais razão impõe-se sua presença quando se está diante de valores que dizem respeito a toda a coletividade, já que estreitamente conectados à complexa equação biológica que garante a vida humana no planeta”*. Agredir ou por em risco essa base de sustentação planetária é, socialmente, conduta de máxima gravidade. Os crimes contra o meio ambiente são talvez os mais repugnantes de todos os delitos de colarinho brando.

As sanções administrativas e as civis no Brasil têm se revelado insuficientes para proteger o meio ambiente. As administrativas porque, sabidamente, os órgãos ambientais contam com sérias dificuldades de estrutura. Além disso, ao contrário do que se supõe em análise teórica, o processo administrativo não é ágil como se imagina: todos os recursos, de regra com três instâncias administrativas, fazem com que anos se passem até uma decisão definitiva; depois ainda há o recurso ao Judiciário. Já a sanção civil, sem dúvida a mais eficiente, nem sempre atinge os objetivos. É que muitas empresas poluidoras embutem nos preços o valor de eventual ou certa reparação. Além disso a sanção penal intimida mais e, no caso de pessoas jurídicas, influi na imagem que possuem junto ao consumidor, resultando em queda de vendas ou mesmo na diminuição do valor das ações.

Em matéria de Direito Penal ambiental, os tipos não podem ser fechados, pois as mudanças nas condutas e a imensa variedade de casos novos fazem com que permanentemente se alterem as práticas nocivas ao

meio ambiente. Trata-se de uma situação peculiar a esse novo ramo do Direito.

3.2.2 A CONSTITUIÇÃO E OS CRIMES AMBIENTAIS

A Carta Política de 1988 trouxe uma novidade: a possibilidade de punir criminalmente a pessoa jurídica. Isto, contudo, causou grande polêmica no Brasil, onde sempre se adotou o princípio *societas delinquere non potest*.

Luiz Vicente CERNICCHIARO sustenta que o constituinte não desejou incriminar a pessoa jurídica e que os princípios da responsabilidade pessoal e da culpabilidade são restritos à pessoa física. Somente ela pratica conduta, ou seja, comportamento orientado pela vontade, portanto, inseparável do elemento subjetivo. Esta não é, contudo, a melhor exegese. É que, na verdade, se a CF/88 atribuiu responsabilidade penal à pessoa jurídica, conforme art. 225, § 3º, foi porque deu aos delitos ambientais importância incomum, de relevância excepcional.

A Lei nº 9.605 limitou-se a cumprir o que a Carta Magna considerou importância máxima, tornando possível a responsabilização penal da pessoa jurídica criminosa. Lamentavelmente, porém, a Lei 9605 não dispôs sobre o rito processual, daí porque tem-se que cumprir o rito normal da lei processual penal. Em caso de interrogatório deverá depor o representante legal da pessoa jurídica. Depois, a ação prosseguirá na forma prevista no CPP.

Essa alteração rompe com tradição secular do Direito Penal brasileiro, baseado no caráter subjetivo da responsabilidade. Não se encontrará, certamente, doutrina que a justifique. A sua grande força reside no argumento prático e real de que nos crimes ambientais mais graves jamais se chega a identificar o verdadeiro responsável.

3.2.3 A LEI Nº 9.605/98

A Lei nº 9.605/98 não é só penal, pois tem dispositivos de ordem administrativa, elaborados por outra comissão, cuja aprovação foi de todo oportuna.

A Lei dos Crimes Ambientais trouxe inúmeros benefícios: agrupou a matéria atinente ao Direito Ambiental Penal, que estava disperso em vári-

as leis, pouco conhecidas e raramente aplicadas. Fatos que outrora eram atípicos (maus-tratos em animais domésticos, poluição do mar por óleo, incluída a forma culposa, etc) agora vêm sendo julgados, forçando as indústrias poluentes a realinharem suas condutas.

Também a ausência de simetria entre os ilícitos penais era flagrante. A Lei de Proteção à Fauna era por demais severa; punia com penas altas e os crimes eram considerados inafiançáveis. Já as infrações contra as florestas e a flora eram sancionadas brandamente como contravenção.

Assim, sintetizando, as vantagens da Lei nº 9.605/98 foram: a) consolidou a legislação anterior (a imprecisão dos dispositivos dispersos levava à anulação pelo Judiciário de ações desenvolvidas pela fiscalização ou mesmo a absolvição dos acusados; b) adequou sanções (maior mérito desta lei), eis que a retribuição penal deve ser proporcional ao dano social ocasionado pelo crime; c) deu preferência às penas alternativas; e d) previu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e e) criou uma excludente de criminalidade (art. 37, I, Lei 9605); f) previu a liquidação da pessoa jurídica, no caso de ser criada ou usada para facilitar ou ocultar crime definido na Lei Ambiental (art. 24); g) tipificou o delito de dificultar ou impedir o uso público das praias (art. 54, § 2º, IV).

3.2.4 JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Vários delitos (19) têm cominadas penas privativas de liberdade até um ano, sendo infrações de *menor* potencial ofensivo (art. 61), fato que permite a transação penal, conforme art. 76 da Lei nº 9.099/95. Outros (19) são punidos com penas mínimas não superiores a um ano), sendo infrações de *médio* potencial ofensivo, admitindo suspensão do processo, conforme art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Assim, a grande maioria, na verdade a quase totalidade (apenas um delito está excluído – o do art. 41 – incêndio doloso em mata ou floresta com penas de reclusão de 2 a 4 anos e multa) das infrações contra o meio ambiente tipificadas na Lei 9.605/98 são abrangidas pela Lei dos Juizados Especiais, seja por serem infrações de menor potencial ofensivo, na sistemática de tal lei especial, com aplicação de suas regras amplamente, inclusive quanto ao procedimento, seja por admitirem a suspensão do processo introduzida pela Lei 9.099/98 (art. 89).

Nos crimes ambientais, a aplicação da Lei dos Juizados Especiais é expressamente recomendada no art. 27, mas devidamente adequada ao tipo de crime. Assim, tanto na transação quanto na suspensão, a extinção da punibilidade dependerá de laudo comprobatório de reparação do dano ambiental. Isso significa dizer que, se o infrator se compromete a fazer algo, a punibilidade só será extinta depois de verificado que ele procedeu como se havia comprometido.

É importante lembrar que as condições para gozar das regalias da lei especial só sejam concedidas se o infrator procurar reparar o mal. É dizer, se ele polui um rio, a suspensão do processo terá como condição alguma atividade relacionada diretamente com a ação reprovável: por exemplo, prestar serviços em um parque. Não deverá ser imposto algo que nada tenha a ver com o crime e em anda auxilie na conscientização e recuperação do infrator, como a doação de cestas básicas.

Em matéria ambiental, se agiganta a necessidade de pronta e efetiva tutela ao meio ambiente, sendo a reparação do dano imperiosa. De consequência, os Juizados Especiais Criminais se mostram ideais à pronta tutela do meio ambiente, seja pela instrumentalização da composição, seja da transação penal (que, pela Lei Ambiental, art. 27, tem a prévia composição do dano ambiental como condição). Ainda, a Lei dos Juizados Especiais trouxe a suspensão do processo que, tendo como condição a reparação do dano, se mostra instrumento útil à proteção do meio ambiente. Perfeita, pois, a co-relação entre as duas leis especiais.

Na Lei 9.099/95 a composição do dano não é condição para a transação. Na Lei 9.605/95, o é. Há quem aponte perversidade em tal exigência de reparação do dano, independentemente de culpa do autor do fato. Todavia, como destaca o § 1º do art. 14 da Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), já está prevista a responsabilidade objetiva por danos causados ao meio ambiente. Daí não ser perversa a exigência de prévia composição do dano à transação penal, já que responsável objetivamente é o autor do fato, no âmbito cível.

É bom que se esclareça que a submissão das ocorrências ao Juizado Especial não encontra nenhum obstáculo no fato de ele não estar implantado ou de ser a matéria da competência da Justiça Federal, devendo o rito processual ser observado também nos delitos de competência desta última. É que o cidadão infrator tem direito ao tratamento preconizado pela Lei nº 9.099/95, independentemente de qual seja a justiça competente, federal ou estadual, para conhecer e julgar.

4 COMPETÊNCIA JURISDICIONAL DAS CAUSAS DO MEIO AMBIENTE

As regras de competência jurisdicional delineiam-se na CF. Da leitura da Lei Maior, em especial os art. 109 e 125, conclui-se que as lides de natureza ambiental competem à Justiça Federal e à Justiça dos Estados. Nesta seara, faz-se imperativa a divisão em ações de natureza *penal, civil e administrativa*.

4.1 NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

A respeito da competência jurisdicional para apreciar pedidos que envolvam matéria administrativa, assevera Vladimir FREITAS: *“Se a sanção, seja ela qual for, tiver origem no órgão federal competente – o IBAMA – a competência será do juiz federal. Se for de autoridade administrativa estadual ou municipal, há que se perquirir se ela age por delegação da autoridade federal, por convênio. Nesta hipótese, a competência será, da mesma forma, do juiz federal (TFR, Súmula 60). Mas, se ditas autoridades não atuarem por delegação, o conhecimento caberá ao juiz de direito”*³⁰.

4.2 NO ÂMBITO CIVIL

No âmbito civil vigora a regra constitucional do art. 109, inciso I, da CF/88, ou seja, compete à Justiça Federal processar e julgar as ações em que a União, suas autarquias ou empresas públicas tiverem interesse, na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes.

Assim, para Rogério de Meneses Fialho MOREIRA³¹, a Justiça Federal é competente:

- 1) para as execuções fiscais promovidas pela IBAMA para cobrança do débito relativo à autuação fiscal por desrespeito à dispositivo da Lei Ambiental;
- 2) para a ação promovida pelo particular para anulação daquela mesma autuação;

³⁰ RT 659/32

³¹ *A nova lei ambiental: questões relacionadas à Justiça Federal*, artigo virtual publicado na Internet;

- 3) para o processo e julgamento de mandado de segurança contra autoridade federal (Superintendente do IBAMA, Capitão dos Portos, etc);
- 4) para a ação civil pública ambiental que figure como parte (autor ou ré), assistente ou oponente a União, empresa pública ou autarquia federal, como o IBAMA.

Há, contudo, neste último caso, uma questão especial a ser abordada. Trata-se da hipótese de o local dos fatos não ser sede da Vara Federal. É que, segundo o art. 2º da Lei 7437/85, que disciplina a ação civil pública, a ação será proposta dano foro do local onde ocorrer o dano. Pois bem, como conciliar a regra constitucional com a legal?

O art.2º, da Lei 7.347, determina que a competência para apreciar as ações dela decorrentes é de natureza *funcional*, e portanto, *absoluta*, bem assim que é fixada pelo *local do dano*, não distinguindo os casos em que direta ou indiretamente, houver interesse da União ou do MPF. Pergunta-se: funcionando o MPF como *parte* em feito cujo local do dano em município onde não existe vara federal implantada, deve-se aplicar a regra contida no art. 2º da Lei da ACP, reconhecendo-se a competência da Justiça Estadual para apreciar a conduta danosa?

Urge perquirir se, tratando-se de ação civil pública, que deve ser processada e julgada pela Justiça Federal, a expressão *local onde ocorrer o dano*, utilizada pelo legislador ordinário, deve ser compreendida no sentido amplo para compreender todo o território correspondente à Seção Judiciária (via de regra coincidente com o do Estado Membro) ou, ao contrário, pode ser entendida no sentido estrito, abrangendo tão só a área de jurisdição de determinada comarca da Justiça Estadual? A resposta a esta formulação deve ser cuidadosamente elaborada, porque, optando-se pela primeira alternativa, pode-se frustrar o objetivo do Legislador Constituinte de efetivamente proteger o meio ambiente, concretizado pelo Legislador Ordinário ao fixar como competente o Juízo mais próximo do local onde se verificou ou irá se verificar a agressão ambiental e, por via de consequência, da comunidade diretamente afetada; aderindo-se à segunda hipótese, pode-se incorrer em inconstitucionalidade na aplicação da norma ao caso em concreto por agressão ao princípio federal, subtraindo-se da Justiça Federal parcela do poder que lhe foi assegurado na Lei Maior.

O extinto TFR, no AI nº 51132, através do voto do Min. Otto Rocha, ao examinar o caso em 14/04/88, já havia decidido, no caso do ligação de reator atômico em Angra I, que *prevalece a competência da Justiça Estadual em 1º grau para o processamento do feito, nos termos do art. 2º da Lei nº 7347/85*. A partir de então, tem-se entendido reiteradas vezes que, em ação civil pública em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal tem legítimo interesse na solução da lide exposta, não há óbice constitucional à aplicação da regra contida no dispositivo infraconstitucional em comento, de forma que a competência para apreciá-la é do Juízo estabelecido no local onde se verificou o dano respectivo, porém investido da jurisdição federal, nos termos dos §§ 3º e 4º, do art. 109 da nova Carta. Disse-se de sume que não perdeu validade o art. 2º da Lei da ACP. Por compatibilidade entre ele e o disposto no art. 109, § 3º, da CF, recobrou eficácia, e até se renovou, posto mais acesos se tornaram, com o novo Estatuto Básico, os motivos que inspiraram o legislador ordinário a editar essa norma excepcional de competência, expressamente autorizado pela Carta Magna, para tornar céleres (pela facilidade de obtenção da prova testemunhal e realização de perícia que forem necessárias à comprovação do dano e expedidos os instrumentos processuais de tutela do patrimônio público, de valores e interesses difusos e coletivos, ora sob ampla garantia constitucional (art. 129, III, e 225 da CF).

Atente-se, contudo, que essa posição jurisprudencial não vem sendo mantida harmoniosamente a partir da edição da Lei nº 8.078/90 (CDC) a qual, no seu art. 93, I, estabelece que “*é competente para a causa a justiça local (...) no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local*”, porém *ressalvada a competência da Justiça Federal*, significando dizer que, em se tratando de ACP promovidas com base especificamente nessa norma inferior (defesa do consumidor), em que se discute matéria de interesse da União, de entidade autárquica ou empresa pública federal, bem assim em que esteja legitimado o MPF, a lei ordinária não permitiu que *sejam também processadas e julgadas pela Justiça Estadual*, com o recurso cabível *para o TRF na área de jurisdição do Juiz de primeiro grau* (art. 109, §§ 3º e 4º).

Assim, a controvérsia gerada, quanto à competência da Justiça Federal nas ações civis públicas intentadas em proteção a patrimônio nacional, para alguns ficou superada pelo art. 93 da Lei nº 8078/90 (CDC). Para tais autores, a competência funcional estabelecida no art 2º da LACP (7347/85)

foi alterada pela lei nova que ressalvou a competência da Justiça Federal, em qualquer situação. Esse é o entendimento de CARREIRA ALVIM³², que, com muita propriedade, assevera que “A referência à competência funcional, constante no art. 2º da LACP não autoriza a exegese que dele se tem extraído, de que a competência, em qualquer caso, deve ser atribuída ao juízo estadual local. A competência funcional, determinada pela natureza especial da função e pelas exigências especiais que o juiz é chamado a exercer num dado processo pode entrelaçar-se com o elemento territorial, dando ensejo à competência territorial-funcional, de caráter absoluto. A competência da Justiça Federal é informada pela qualidade das pessoas, sobrepujando todas as demais, mesmo que orientadas por critérios de funcionalidade ou em razão da matéria. A referência ao juízo do local do dano (art 2) não significa ponto geográfico estrategicamente localizado, porquanto pode ter conotação nacional, regional ou municipal (local), conforme a natureza e extensão do dano que se pretende prevenir ou reparar e o titular do direito lesionado. A qualidade do MPF, de parte no processo, como autor da ação civil pública, determina a competência do foro e juízos federais, em sintonia com o critério funcional, nos contornos fornecidos pela mais moderna doutrina. O MPF insere, por compreensão analógica, no contexto do art. 109, I, da CF, do mesmo modo que as fundações federais, embora não referidos expressamente. O STJ, na fixação da Súmula 183, não considerou o CDC, cuja incidência nas ações civis públicas decorre de determinação expressa do art. 117, que acrescentou o art. 21 à Lei 7347: aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que institui o Código de Defesa do Consumidor”.

Ante o exposto e considerando as circunstâncias acima mencionadas, a Súmula nº 183/STJ foi revogada, prevalecendo atualmente a opinião de CARREIRA ALVIM.

4.3 NO ÂMBITO PENAL

A competência no âmbito penal deve ser analisada em razão do sujeito passivo, nos termos do art. 109, IV, da CF. Assim, se a prática do

³² Apud Gustavo TEPEDINO, *A questão ambiental, o Ministério Público e as ações civis públicas*, Revista Forense, vol 342, pág. 104/105;

ilícito atingir bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas, a competência será do Juiz Federal.³³

Os crimes ambientais não são, necessariamente, da competência da Justiça Federal. Só a análise do caso concreto - e da legislação aplicada - é que permitirá a fixação da competência.

Para fins de apuração da competência nos ilícitos contra o meio ambiente adotar-se-á a seguir a mesma seqüência preconizada por Vladimir Passos de FREITAS³⁴

4.3.1 FAUNA

A competência nos ilícitos contra a fauna, outrora previstos na Lei nº 5.197/67, foi reconhecida como sendo da Justiça Federal porque o art. 1º daquela lei dispõe que a fauna silvestre é propriedade do Estado. Isto levou Hely Lopes Meirelles a concluir que se tratava de bem de propriedade da União. Posteriormente o STF chegou a este mesmo raciocínio e decidiu pela competência da Justiça Federal. Neste julgamento o Min. Moreira Alves pôs em dúvida se era possível considerar a União proprietária, mas reconheceu o seu interesse de modo a justificar a competência da jurisdição federal.

Com a Carta Magna de 88, o assunto voltou à tona. Sustentaram alguns que a nova Carta, no art. 225, considerava o meio ambiente como bem de uso comum do povo. Logo, a fauna não podia ser considerada bem da União Federal. No entanto, a tese não foi aceita e o STJ consolidou a sua Súmula 91.³⁵ Ressalve-se, contudo, que existem crimes (como o de maus tratos a animais domésticos) que não serão da competência federal, eis que nessa hipótese inexistente crime em detrimento do patrimônio, bens, serviços ou interesses da União, autarquia ou empresa pública federal. É por isso que a súmula 91 já foi revogada pelo STJ.

³³ Podem servir de exemplo os crimes contra a caça, cuja competência é da Justiça Federal, porque os espécimes são, pelo art. 1º da Lei 5.197/67, considerados propriedades do Estado, ou seja, da União Federal. Ressalte-se que as contravenções florestais são da competência da Justiça Estadual, porque todas as contravenções estão excluídas da competência federal (CF, art. 109, inciso IV);

³⁴ *Competência nos crimes ambientais*. Apostila do Curso de Especialização *lato sensu* em Direito Penal, Módulo VII, CEJ, 25/09/1998, Brasília;

³⁵ Súmula 91/STJ - *Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna*;

4.3.2 PESCA PREDATÓRIA

Os peixes são *res nullius*, ou seja, coisa de ninguém. Não são considerados propriedade do Estado, como os espécimes da fauna silvestre. Segundo o art. 3º do Código de Pesca (Decreto-lei nº 221/67), o Estado possui o domínio público dos animais e vegetais que se encontrem nas águas dominiais. Isso significa caber ao Estado regular a pesca, preservando-a e protegendo-a .

Em regra geral estes crimes serão de competência da Justiça Estadual. No entanto, poderão ser da atribuição federal quando o crime for praticado nas 12 milhas do mar territorial brasileiro (Lei 8.617/93), nos lagos e rios pertencentes à União (internacionais ou que dividam Estados (art. 20, II, CF) e nas unidades de conservação da União. É que nestes casos há um interesse direto da União Federal que, inclusive, exerce a fiscalização.

Não se olvide, mais, que todos os atos de controle da pesca são exercidos por uma autarquia federal. Outrora a SUDEPE (Superintendência de Desenvolvimento da Pesca), agora o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Também a Capitania dos Portos do Ministério da Marinha, por vezes, exerce a fiscalização. Os delitos envolvendo a pesca, assim, poderão resultar em ofensa aos serviços da União ou de sua autarquia, ferindo seus interesses. Nestes casos, a competência seria necessariamente da Justiça Federal.

4.3.3 POLUIÇÃO NUCLEAR

Em caso de vazamento nuclear a competência da Justiça Federal é estreme de dúvidas, pois ela detém a exclusividade da exploração dos serviços (CF, art. 21, XXIII), seu interesse é manifesto, seus serviços serão atingidos pelo fato, é civilmente responsável e os danos à coletividade poderão alcançar mais de um Estado-membro.

4.3.4 POLUIÇÃO DE ÁGUAS

Em matéria de poluição de águas, o Brasil nunca combateu tal prática com energia. É surpreendente como ao assunto nunca se deu a importância que merece. Antiga jurisprudência, baseada na tese de que é atípi-

ca a conduta de quem polui rio já poluído, resultou em várias absolvições e, mais tarde, no simples descaso para com o art. 271 do CP. Essa contudo não é a melhor exegese haja vista que a água pode possuir índices aceitáveis de poluição e ser utilizada pela população.

4.3.4.1 MARÍTIMA

A poluição do mar é um dos problemas mais graves. O despejo de óleo e de outros dejetos dos navios atinge a fauna ictiológica e causa danos graves ao meio ambiente. Por vezes afeta o turismo, fonte de renda importante para muitas comunidades. Pois bem, sua prática agora é punida, inclusive na forma culposa (Lei nº 9.605/98, art. 54, § 1º e 2º, V). Cabe à Justiça Federal julgar a ação penal, seja porque o delito é praticado a bordo de navio (CF, art. 109, IX), seja porque o mar territorial é bem da União (CF, art. 20, VI).³⁶

4.3.4.2 RIOS E LAGOS

Os rios são considerados bens públicos de uso comum do povo, nos termos do art. 66, I, do Código Civil. Todavia, segundo o art. 20, III, da CF/88, os rios – e também os lagos – que banhem mais de um Estado sirvam de limite com outro país ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, pertencem à União. Já aos Estados cabe a propriedade das águas superficiais e subterrâneas que não pertençam à União. Assim, a competência será da Justiça Federal quando houver poluição em um lago ou rio do domínio da União.³⁷ Afora as hipóteses excepcionais das águas pertencentes à União, a competência será da Justiça dos Estados.

4.3.5 EXTRAÇÃO DE AREIA

É comum a extração de areia de rios e, para tanto, é necessária autorização do DNPM (Código de Mineração, art. 5º, II). Se o curso de

³⁶ Nesse sentido a seguinte jurisprudência: *Ações relativas ao meio ambiente – Danos ecológicos provocados por vazamento de óleo combustível de navio mercante – Julgamento afeto à Justiça Federal – Inteligência do Dec. Leg. 74/76, dos Decretos 79.437/77, 83.540/77 e do art. 109, III, da CF (STJ) – 712/265;*

³⁷ Por exemplo, determinada indústria lança material poluente no Rio São Francisco, que atravessa mais de um Estado da Federação e que, portanto, pertence à União. A eventual ocorrência do crime (art. 54, Lei 9.605/98) será julgada pela Justiça Federal.

água for da União Federal, dela também será a areia, pois o domínio hídrico não compreende apenas as águas, mas as margens e o leito do rio. Há, em tal hipótese, interesse da União se alguma prática criminosa for praticada em detrimento deste bem, como a retirada irregular da areia.

Neste caso poderá ocorrer um crime ambiental não previsto na Lei nº 9605/98, mas sim no art. 2º da Lei 8.176/91. Trata-se do delito contra o patrimônio,³⁸ consistente em explorar matéria prima pertencente à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas no título autorizativo.

Se o rio não pertencer à União - que é, aliás, a hipótese mais comum - não haverá interesse da União de modo a atrair a competência federal. O STJ já decidiu que a *“extração de areia a céu aberto, em terreno particular, não configura crime da competência da JF, pois não atenta contra bens, serviços ou interesses da União Federal”*.

4.3.6 LAVRA DE RECURSOS MINERAIS

A lavra sem autorização agora é punida pelo art. 55 da Lei nº 9.605/98. O órgão encarregado de fornecer a licença é o DNPM. A competência é da Justiça Federal porque os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são de propriedade da União (CF/88, art. 20, IX). Esta competência jamais foi discutida e tal lei veio em boa hora haja vista que a garimpagem, sem as cautelas devidas, constitui uma das mais graves formas de poluição.

4.3.7 FLORA

Com a entrada em vigor do Texto Magno de 1988, inúmeras condutas tornaram-se crimes (e não mais contravenção). De conseqüência, volta à discussão a questão da competência. Em realidade, nada há que justifique a competência federal, exceto se o delito foi praticado em detrimento de bem da União, ou seja, a uma unidade de conservação federal.³⁹ E tal se dá por duas razões: primeiro, porque as árvores podem pertencer aos particulares (CC, art. 43 e 528); e segundo, porque a fiscalização não é mais

³⁸ Importante observar que o TRF da 4ª Região, através do voto do Juiz Fábio Rosa, já decidiu que no caso de extração de areia não há que se falar em crime de bagatela, pois a retirada indevida de areia é capaz de acarretar sérios prejuízos, até irreparáveis, ao meio ambiente;

³⁹ Aí incide a regra geral do art. 109, IV, da CF/88;

privativa do órgão federal, mas comum aos órgãos ambientais estaduais ou municipais (CF/88, art. 23, VI e VII).

Por fim, merece referência a regra do art. 225, § 4º, da CF, que atribui o caráter de patrimônio nacional à Floresta Amazônica, Serra do Mar, Mata Atlântica, Pantanal e Zona Costeira. Isto não quer dizer que a propriedade é da União, mas sim que se trata de patrimônio comum a todos os brasileiros, cabendo-lhes, por ele zelar. Logo, não constitui em princípio competência da JF julgar os crimes praticados contra as referidas áreas protegidas. O STF reconheceu que patrimônio nacional não se confunde com o da União.

4.3.8 CONTRAVENÇÕES

As contravenções foram excluídas da competência da Justiça Federal, mesmo sendo a União, suas autarquias ou empresas públicas as vítimas (Súmula 38, STJ).

4.3.9 CRIMES CONEXOS

Havendo conexão entre um crime ambiental da competência federal e outro da estadual aplica-se a Súmula 52 do extinto TFR. Segundo tal Súmula, “*competete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, a, do CPP*”. Portanto, a competência da Justiça Federal, por ser constitucional, atrai a remanescente da Justiça Estadual.

5 CONCLUSÕES

O Juiz, seja qual for o ramo do Poder Judiciário a que pertence ou o grau de jurisdição que ocupe, deve dar especial atenção às causas que envolvem interesses ambientais. Não deve hesitar em fazer uso dos instrumentos que a lei coloca à sua disposição. Sua ação não deve ficar confinada aos limites estreitos dos processos que lhes são submetidos.

No conflito de interesses públicos o Juiz deverá orientar-se a favor daquele que, ao seu ver, mais atenda os interesses da coletividade.

O julgamento dos crimes contra o meio ambiente vem se alterando nos últimos anos. Houve uma fase em que os precedentes eram raros e as absolvições prevaleciam. A interpretação que prevalecia à época revelava maior preocupação com a industrialização e conseqüente geração de em-

pregos do que com a preservação ambiental. Isto sem a preocupação de se conciliarem esses dois valores importantes, ou seja, sem se cogitar do que hoje se chama desenvolvimento sustentável.

O enfoque atualmente é bem diverso. Hoje, faz-se necessário que o interesse social fique atendido, sem prejuízo do progresso material, científico, tecnológico, ou de outra ordem, desde que não se firam os interesses ligados à vida, à saúde, à segurança, à cultura, à estabilidade, enfim, à paz de toda a comunidade.

A proteção ambiental não pode ser tarefa exclusiva do Estado, seja através dos órgãos do Poder Executivo, seja através do Poder Judiciário. Aos indivíduos, grupos, enfim, àqueles em que a esfera das relações se desenvolve à margem do Estado, também reservou a Carta Magna a obrigação antes aludida, destacando não só a necessidade de efetivamente garantir não só às presentes gerações usufruir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas, também, às futuras gerações.

A consciência ecológica já é visível nos nossos tribunais.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- ARAÚJO SÁ, José Adonis Callou de. *Função Social da Propriedade e Preservação Ambiental*. Artigo publicado na Internet, na Revista Teia Jurídica.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. Editora Saraiva, São Paulo, 1996.
- BENJAMIN, Antônio Herman. *Direito de Propriedade e Meio Ambiente*. Anais da XVI Conferência Nacional dos Advogados, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5ª Edição, Editora UnB, Brasília, 1994.
- _____. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Editora Campus, Rio de Janeiro, 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 1998.

- DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Editora Ariel, Barcelona, 1989. FERRAZ, Sérgio. *Meio Ambiente*. Revista de Direito Público, Vol 96, Ano 24, out/dez, pág. 201-205, RT, São Paulo, 1990.
- FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito Administrativo e Meio Ambiente*. Juruá Editora, Curitiba, 1993.
- _____. *A Competência nos crimes ambientais*. Apostila do Curso de Especialização *lato sensu* em Direito Penal, Módulo VII, CEJ, 25/09/1998, Brasília.
- _____. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Constitucionais*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.
- GOMES, Luís Roberto. *Princípios Fundamentais do Direito Ambiental*. Revista de Direito Ambiental nº 2, RT, 1996.
- GRAU, Eros Roberto. *Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. Editora RT, São Paulo, 1990.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*. Revista de Processo. São Paulo: 4(14-15):25-44, abr./set. 1979.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *O Princípio Constitucional da Proporcionalidade*. In *Ensaio de Teoria Constitucional*. Editora da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 1989.
- HESSE, Konrad. *La Interpretación Constitucional*. In *Escritos de Derecho Constitucional*. Tradución de Pedro Cruz Villalon. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pág. 31/54.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, Editora Companhia das Letras, São Paulo, 1988.
- LUÑO, Antônio Enrique Perez, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 3ª Edición, Editora Tecnos, Madrid, 1990.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 5ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 1995.
- _____. *Estudos de Direito Ambiental*. Editora Malheiros, São Paulo, 1994.
- MANCUSO, R. *Interesses difusos: Conceito e Legitimação para Agir*. 2ª Edição, Editora RT, São Paulo, 1988.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 8ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1996.

- MOREIRA, Rogério de Meneses Fialho. *A nova lei ambiental: questões relacionadas à Justiça Federal*, artigo virtual publicado na Internet.
- MILARÉ, Édís. *Processo coletivo ambiental*, in *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão* (Coordenação Antônio Herman V. Benjamin). Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.
- _____. *Tutela Jurisdicional do Ambiente*. *Justitia*. São Paulo, 54 (157), jan./mar, 1992.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 4ª Edição, Editora Forense Universitária, São Paulo, 1995.
- _____. *A ação civil pública*. *Revista Justitia*. São Paulo: 45 (120):79-88, jan./mar. 1983.
- _____. *O Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor*”, *RePro* 61(1991).
- SÁ DA ROCHA, Júlio César de. *Direito Ambiental e meio ambiente do trabalho: papel dos sindicatos na defesa da saúde dos trabalhadores*. Artigo publicado na Internet. Endereço: <http://www.sindicato.com.br/meioambi.htm>.
- SAMPAIO, Francisco José Marques. *Meio ambiente no direito brasileiro atual*. Juruá Editora, Curitiba, 1993.
- SEGADO, Francisco Fernandez. *Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 31 n° 12.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Ambiental*. 4ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 1995.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 1991.
- _____. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 1995.
- SOUZA, Paulo Roberto de. *O Direito Brasileiro, a prevenção de passivo ambiental e seus efeitos no Mercosul*. Artigo publicado na Internet, na Revista Teia Jurídica. Endereço: <http://www.teiajuridica.com/m/meiambie.htm>.

VALERY, Álvaro Luiz. *Princípios Constitucionais de Proteção ao Meio Ambiente*. Revista de Direito Ambiental nº 16, RT, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*. Revista de Direito Comparado, Vol 2, nº 2, mar. 1998, pág. 239-257, Belo Horizonte, 1998.

_____. *A questão ambiental, o Ministério Público e as ações civis públicas*, Revista Forense, vol 342, pág. 104/105.

TEPEDINO, Maria Celina. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. Revista de Direito Civil Vol 65, Ano 17, jul/set., pág. 21-32, 1993.

ARQUEOLOGIA E DIREITO CRIMINAL (*)
(Apresentações preliminares)

IVALDO OLÍMPIO DE LIMA
Procurador Regional da República – PE

Na abordagem do tema em epígrafe, dentre outros submetidos à apreciação da 2ª Câmara Criminal do Ministério Público Federal e aos demais membros do *Parquet*, acode-nos a idéia de nos deixarmos levar pela mão do interlocutor platônico e nos adentrar no “Mito da Caverna”, muito embora a palestra não trate exclusivamente de espeleologia. Descartado do aludido mito o envolvente aspecto pertinente à Teoria do Conhecimento, deixemos introduzir no interior da espelunca, enquanto pessoas desprovidas de conhecimentos acerca de determinados campos específicos das ciências, para que sejamos induzidos pelo interlocutor a dar respostas corretas mediante proposições lógicas. V ou F. Verdade ou falsidade. Outras vezes, respostas válidas no âmbito das proposições enquanto apenas epifanias da norma jurídica. O “sein” e o “solen”.

O escravo no interior da caverna falava a mesma linguagem do seu interlocutor, segundo Platão ao descrever o diálogo entre ambos. Entre nós esta afinidade no discurso está evidenciada no emprego da linguagem, convencionalmente chamada natural, pois nem o Direito nem a Arqueologia utilizam uma linguagem formalizada, o que não significa inexistirem termos técnicos e categorias em ambas as aludidas ciências.

Embora sua linguagem não seja o número, como asseverou Paracelsus referindo-se à natureza, nem por isso a comunicação e o relacionamento entre Arqueologia e Direito ficam mais facilmente compreensíveis. A linguagem de ambas não é a mesma utilizada pelas ciências numerais como as

(*) Palestra proferida por ocasião do Encontro da Câmara Criminal realizado no Auditório Pedro Jorge de Melo e Silva, PRR 5ª Região.

prefere chamar Carlo Borghi, ex-professor em estudos de especialização ministrado pela UFPE, cuja revista “Estudos Universitários” publicou vários de seus artigos a esse respeito ao discorrer sobre Filosofia das Ciências.

Desprovidas de uma linguagem formalizada, a Arqueologia e o Direito, independentemente das escolas que os têm como objetos de estudo e os concebe de maneira diversa com definições díspares, vêem-se às voltas com palavras equívocas, vagas e com a textura aberta da linguagem, pois “nenhum conceito está totalmente delimitado a ponto de ficar imune a quaisquer dúvidas”, segundo o mestre Sérgio Nojiri (“O Dever de Fundamentar as Decisões Judiciais”, Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág.93).

A propósito, do texto constitucional é oportuno mencionarmos o disposto no art. 20 inciso X da Carta Política de 1988, haja vista ser qualificadora do crime de dano o sujeito ativo praticar a ação delituosa de destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia integrante do patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios (art.163 parágrafo único inciso III do CPB de 1940).

Entre os bens da União Federal, o referido inciso X do art. 20 da Carta Constitucional preceitua como tais “os sítios arqueológicos e pré-históricos”, o que ensejou o entendimento, esposado por Celso Ribeiro Bastos e por Ives Gandra Martins, segundo o qual todo o território nacional é pré-histórico. Daí porque sustentam uma interpretação restritiva (“Comentários à Constituição do Brasil”, Editora Saraiva, 1992, 3º vol, tomo I, pág.90).Para tanto sequer procuraram amparo no art.2º da Lei nº 3.924, de 26.07.61, cujas alíneas do referido dispositivo recepcionado pela CF de 1988, tem como “Monumentos Arqueológicos ou Pré-históricos” os seguintes:

- a) “as jazidas de qualquer natureza, origem ou finalidade, que representem testemunhos da cultura dos paleoameríndios do Brasil, tais como sambaquis, montes artificiais ou tesos, poços sepulcrais, jazigos, aterrados, estearias e quaisquer outras especificadas aqui, mas de significado idêntico, a juízo da autoridade competente;
- b) Os sítios nos quais se encontram vestígios positivos de ocupação pelos paleoameríndios, tais como grutas, lapas e abrigos sob rochas;
- c) Os sítios identificados como cemitérios, sepulturas ou locais de repouso prolongado ou de aldeamento, “estações” e “cerâmicos”, nos quais se encontrem vestígios humanos de interesse arqueológico ou paleoetnográfico;

- d) As inscrições rupestres ou locais como sulcos de polimentos de utensílios e outros vestígios de atividade de paleoameríndeos.

Merece destacarmos a difícil tarefa de se definirem os objetos após a obtenção de seu conceito respectivo. Poderíamos afastar o anseio por definições ao tangenciá-las, para que sejamos receptivos a conceber os objetos de forma a percebermos e identificarmos os bens arqueológicos, referidos no art. 163 caput do CPB e nas leis extravagantes(arts.1º, 2º, 3º, 4º, 7º, 8º, 13,15, 16, 17,18, 20, 23-28 da Lei nº 3.924, de 26.07.61; arts. 63-64 da Lei nº 9.605, de 12.02.98), sem que simplesmente digamos ser a Arqueologia aquilo pelo que os arqueólogos se interessam.

O próprio legislador lançou mão de diferentes expressões quer se considere uma lei em relação a si própria, quer em cotejo com leis posteriores.

A expressão “arqueológicos ou pré-históricos” é empregada nos arts. 1º- 4º; 7º; 16-18; 20; 23-28 da Lei nº 3.924, de 26.07.61, cujos arts. 5º e 29 têm os infratores da referida lei como sujeitos ativos de crime contra o Patrimônio Nacional aos quais são aplicáveis as sanções das leis penais e as dos arts. 163 usque 167 do CPB.

O art. 8º da aludida lei vale-se da expressão “para fins arqueológicos”, enquanto seu art. 27 socorre-se dos termos “monumentos arqueológicos do Brasil”. O art. 13 ainda se refere textualmente as “escavações e pesquisas, no interesse da arqueologia e da pré-história”, enquanto o art.15 da nominada lei encontra-se “ipsis litteris” assim redigido: “em face do significado arqueológico excepcional das jazidas”, cujo precedente redacional remonta ao art.1º do Decreto-Lei nº 25/37 em que se refere literalmente a “excepcional valor arqueológico ou etnográfico”, no que foi suplantado pelo art. 216 da CF de 1988 por não se restringir ao “patrimônio histórico e artístico nacional”, pois ele se inclui no patrimônio cultural brasileiro, constituído também pelos “sítios de valor... arqueológico” (art. 216, V da CF de 1988) sem relevar excepcionalidade alguma.

Na vigência da Carta Política de 1988, ressaltamos os arts. 63 e 64 além do parágrafo único do art. 65 da Lei nº 9.605, de 12.02.98, cujos crimes estão hipoteticamente descritos da maneira seguinte:

“Art. 63 Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, *em*

razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena: reclusão, de um a três anos, e multa.

Art. 64 Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado *em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental*, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena: detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Art. 65 Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano:

Pena: detenção, de três meses a um ano, e multa.

Parágrafo único. Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada *em virtude de seu valor artístico, arqueológico ou histórico*, a pena é de seis meses a um ano de detenção, e multa” (sem grifos no original).

Nos três artigos acima transcritos há referências típicas ao objeto jurídico do crime, conforme magistral lição “ex cathedra” do criminalista Everardo Luna em “Teoria Jurídica do Crime”, que é aplicável aos três referidos tipos penais.

Os objetos culturais de valor arqueológico, entre outros, são os bens culturais protegidos pelo Direito. São alguns dos objetos jurídicos dos crimes contra o patrimônio cultural nas previsões legais na seção IV da Lei nº 9.605/98.

Para melhor e mais facilmente identificarmos o objeto jurídico dos crimes constituído por bens culturais e arqueológicos, cuja necessária materialidade vem configurar o objeto material de tais crimes, nada mais conveniente do que lançarmos mão da interdisciplinariedade e da integração entre as instituições para o aprimoramento do nosso trabalho perante à Justiça, ou fora dela, no desempenho da função institucional de promover a ação

penal pública requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (art. 129, I e VIII da CF).

Mais uma vez o discurso com seus signos não formalizados tanto no Direito como na Arqueologia permite a intelecção de uma metalinguagem na palavra da professora Gabriela Martin Ávila, como a linguagem em que ela passa a falar da linguagem objeto de sua palestra, como até agora procedemos acerca da linguagem do Direito positivo aqui tomada como linguagem objeto. Inconfundível a linguagem do Direito e a da Arqueologia com aquelas acerca do Direito e acerca da Arqueologia.

Doutora pela Universidade de Valença (Espanha), ex-presidente da Sociedade Brasileira de Arqueologia, fundadora do Núcleo de Estudos Arqueológicos – NEA, coordenadora do programa de pós-graduação em História na UFPE, autora do livro “Pré- história do Nordeste do Brasil”, a professora Gabriela Martin veio pessoalmente até aqui iniciar o diálogo entre o Parquet e a UFPE, aceitou nosso convite para discorrer sobre matéria de seu específico interesse e de interesse comum a ambas as instituições, como fará dentro de instantes.

Nossos agradecimentos pela sua honrosa e autorizada palavra, bem como, pela nossa participação na X Reunião Científica da Sociedade de Arqueologia Brasileira quando do Seminário sobre “Arqueologia e Preservação do Meio Ambiente: a participação e responsabilidade das empresas e do Poder Público”, evento ocorrido no mês em curso na UFPE.

Foram, destarte, dados os primeiros passos visando a integração das instituições em defesa do patrimônio cultural do Brasil. Com a palavra portanto, a professora Gabriela Martin para dar seqüência a este diálogo, que seguramente começará com letra maiúscula e findará com ponto final permeado pelo seu talento.

**JUIZ INSTRUTOR:
Uma tendência de ampliação da atividade instrutória oficial
em face dos valores consagrados pelo
Estado Social Democrático**

Katarine Keit Guimarães Fonseca de Faria

Mestranda em Direito Público – UFPE

SUMÁRIO: 1 - Introdução. 2 - As diversas concepções sócio-políticas do Estado e o seu reflexo na atuação jurisdicional. 2.1 - O papel do juiz no Estado liberal. 2.2 - O papel do juiz no Estado social. 3 - Publicização do processo e as novas tendências de ampliação da atividade instrutória do juiz. 3.1 - Aplicação dos princípios processuais conforme sua nova função social. 3.1.1 - Atenuação do princípio dispositivo em face da busca da verdade real. 3.1.2 - Conciliação da imparcialidade com a publicização. 3.1.3 - A igualdade substancial das partes – “niveação social do processo 4 - O juiz instrutor: aspectos fundamentais da atividade instrutória do juiz no CPC brasileiro. 4.1 - Poderes instrutórios do juiz e os arts. 130 e 330 do CPC. 4.2 - O dinamismo do juiz na instrução probatória das ações de investigação de paternidade. 5 - Conclusão. 6 - Referências bibliográficas

1 INTRODUÇÃO

Há muitos anos atrás Piero Calamandrei já havia utilizado a expressão “juiz instrutor” para designar a nova postura que deveria adotar o juiz, instituída pelo Código de Processo civil italiano de 1942, o qual, segundo ele,

“deve ser um estimulador das partes, um buscador ativo da verdade, mesmo quando as partes não saibam ou não queiram descobri-la¹”.

Em virtude disto, Calamandrei também se preocupou com o problema do formalismo e comodismo que os magistrados italianos apresentavam naquela época, tendo uma vez declarado que *“a realidade é que muitos juízes instrutores, por timidez ou por comodidade, não se servem sequer dos poderes de que dispõem”*, e completa dizendo que, *“se tivessem a coragem de se servir deles, o processo funcionaria melhor do que funciona hoje²”*.

É justamente sobre essa questão a respeito da necessidade de se instituir uma postura mais ativa do juiz no processo, mormente no que tange à atividade instrutória oficial deste, que visa o estudo da presente monografia. Pretende-se fazer uma análise crítica a respeito da atividade instrutória do juiz no processo civil moderno e dos seus possíveis obstáculos e limitações.

Desta forma, o trabalho se dividirá em três partes: a primeira que tratará, de forma sucinta, a respeito das características das duas principais concepções do Estado - o liberal e social democrático, e as suas respectivas influências no modo de exercer o poder jurisdicional. A segunda parte buscará justamente fazer uma análise, por um ângulo publicista, dos princípios processuais que norteiam a atividade instrutória do juiz. E a terceira e última parte irá tratar do estudo propriamente dito dos poderes instrutórios do juiz: sua extensão, sua compatibilidade com as regras do ônus da prova e sua efetiva utilização nas ações que versam sobre direitos indisponíveis, mais especificamente, nas ações de investigação de paternidade.

2 AS DIVERSAS CONCEPÇÕES SOCIO-POLÍTICAS DO ESTADO E O SEU REFLEXO NA ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Norberto Bobbio já afirmara que uma concepção do Estado pode se distinguir das outras concepções segundo o fim a que as atividades deste Estado buscam atender³. Desta forma, basta identificar quais os fins visados

¹ *Direito Processual civil*, tradução Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez, Campinas: Bookseller, v.I, 1999, 307.

² *Idem*, p.308.

³ *“Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant”*, São Paulo: Mandarim, 2000 p. 212.

pelo poder estatal num dado período histórico para que se possa relacionar quais são os valores vigentes no seu contexto jurídico-político e social.

São esses valores políticos, jurídicos e sociais predominantes num dado momento histórico que irão orientar e determinar o exercício das funções vitais do Estado, e o Poder Judiciário, como elemento constitutivo do poder estatal que é, não poderia deixar de ser analisado de acordo com essas ideologias predominantes.

Em consequência disto, o modo de exercer o poder jurisdicional também variará de acordo com essas diversas concepções do Estado, o que nos faz acreditar que é imprescindível para o nosso estudo a realização de um breve exame a respeito das principais formas de se manifestar do poder estatal, para que se possa ter uma melhor compreensão dos diversos papéis que o Poder Judiciário venha a desempenhar.

2.1 O PAPEL DO JUIZ NO ESTADO LIBERAL

Com a decadência do Absolutismo e com os ideais burgueses consagrados após a Revolução Francesa, nasce um Estado cuja função única é proteger e guardar a liberdade individual, configurando o que se pode chamar de Estado mínimo, ou seja, um Estado sem um fim próprio, preocupado apenas em garantir aos seus cidadãos as devidas condições para que estes possam alcançar, através de suas próprias capacidades, os seus objetivos individuais.

Conforme explicita Alexandre da Maia⁴, o Estado liberal clássico se limitava apenas a regular de maneira genérica a estruturação do poder estatal e os limites de seu exercício, deixando os indivíduos praticamente livres para estipular quaisquer condições e normas em um negócio jurídico, o que fez surgir o chamado princípio da autonomia privada.

Metaforicamente Norberto Bobbio comparou o Estado liberal a um guarda de trânsito que tem a função não de ordenar imperativamente qual a direção a ser tomada pelos motoristas, mas sim a de ordenar o sistema de trânsito de maneira a tornar possível a circulação de todos os carros de acordo com o desejo individual de seus respectivos motoristas⁵.

⁴ *Ontologia Jurídica: o problema de sua fixação teórica com relação ao garantismo jurídico*, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000, p.54.

⁵ *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, São Paulo: Mandarim, 2000, p.213.

Há, na concepção liberal do Estado, uma nítida separação da esfera pública da privada, na qual a política e a economia são setores totalmente independentes e sem vinculação, não devendo o Estado interferir nos assuntos concernentes à esfera privada, uma vez que nesta vigoraria o princípio da autonomia da vontade privada. O Estado liberal se preocupava apenas em promover o bem estar individual e não o bem estar social ou geral.

Em decorrência dessa exacerbada proteção da liberdade individual, com a conseqüente proibição da interferência do Estado nos negócios privados, começaram a ocorrer abusos dos indivíduos pelos próprios indivíduos, na medida em que os detentores do poder econômico e político levavam sempre a vantagem de explorar os mais fracos com a total complacência do regime político estatal.

Essa garantia exagera da liberdade individual também se reflete, de certa forma, no modo de exercer o poder jurisdicional, transformando o Judiciário, conforme declara José de Albuquerque Rocha, num simples mantenedor de uma ordem espontânea, que lhe é exterior, uma vez que não proveniente da regulamentação estatal⁶.

Estaria assim resumido o papel do juiz no Estado liberal clássico: a de um mero espectador, passivo e indiferente as possíveis desigualdades sociais existentes, pretensamente neutro aos interesses individuais em jogo.

Conforme a célebre afirmação de Montesquieu, que tão bem representa o papel do juiz no Estado liberal clássico, “*os juízes da nação são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor*”⁷.

As ideologias do liberalismo influenciaram não só o papel do juiz no processo, como o próprio modo de ser do processo, que atuou, conforme afirma Humberto Theodoro Junior⁸, pelo predomínio do princípio dispositivo, reduzindo o processo à função de mero instrumento de atuação dos interesses particulares dos litigantes.

Em decorrência das idéias proclamadas pelo “Estado mínimo”, pode-se deduzir que era praticamente inexistente a atividade instrutória do juiz no

⁶ *Estudos sobre o Poder Judiciário*, São Paulo: Malheiros, 1995, p.128.

⁷ *O Espírito das leis*, São Paulo: Martins Fontes, 1996, livro XI, capítulo VI, p.175.

⁸ Os poderes do juiz em face da prova, *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, vol. 263, 1978, p. 40.

processo civil deste regime, já que não cabia ao juiz interferir na produção de provas sem que houvesse um interesse das partes nesta produção. Era a consagração da liberdade individual como valor maior do Estado liberal.

2.2 O PAPEL DO JUIZ NO ESTADO SOCIAL

Com o posterior desgaste das ideologias apregoadas pelo Estado liberal clássico, em decorrência dos excessivos abusos da liberdade pelos particulares e da acentuação das desigualdades sociais, o Estado passa a adotar um novo perfil, nascendo a partir daí uma nova forma de relacionamento entre a política e a economia⁹.

Nasce o chamado Estado social, de caráter eminentemente intervencionista e ativo, com o intuito de realizar a tutela das relações econômicas e de regulamentar as atividades privadas visando à proteção do bem estar social¹⁰.

As idéias dessa nova concepção socio-política do Estado se refletem também na função social que assume o próprio direito, conforme explicita José de Albuquerque Rocha:

“Do ponto de vista funcional, as intervenções do Estado visando a dirigir os diversos aspectos da vida sócio-econômica mudam a ‘função’ do direito que deixa de ser instrumento de ‘garantia’ do desenvolvimento espontâneo do jogo social para transformar-se em instrumento de ‘mudanças’ econômicas e sócias¹¹”.

Com a conseqüente mudança no perfil do Estado e na própria função do direito, o papel do Poder Judiciário, mais especificamente o papel do juiz no processo, também se modifica. O juiz passivo, neutro, indiferente aos problemas de desigualdades sociais produzidos principalmente pelas ideo-

⁹ ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*, São Paulo: Malheiros, 1995, p.129.

¹⁰ MAIA, Alexandre da. Obra citada, p. 56. Complementando as características do Estado social, afirma ainda que: “Os espaços público e privado na modernidade ficam cada vez mais preenchidos pela idéia de um direito social, patrocinado por um Estado social, que tem a função de zelar pelo bem-estar dos que compõem a sua estrutura, ficando cada vez mais difícil a delimitação das fronteiras, ou seja, onde começa um e termina outro”, p.59.

¹¹ *Estudos sobre o Poder Judiciário*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 131.

logias do liberalismo individual, se transforma num juiz ativo, consciente do seu novo papel de nivelador das desigualdades. Emerge com o Estado social a questão da justiça social¹².

O papel do juiz na direção do processo, no Estado de cunho social, é muito mais amplo do que o de simples “garantidor da ordem social espontânea¹³”. Aquele juiz, inerte e escravo da lei, proibido de interferir na esfera privada, passa a exercer um maior poder de direção do processo, visando agora atender aos fins socialmente desejados.

Essa ampliação dos poderes conferidos ao juiz se coaduna com a tendência publicística que vem sendo atribuída ao processo civil moderno, na qual deve prevalecer à busca pela verdade material, em vez de se contentar apenas com a verdade formal trazida ao processo.

Essa tendência de publicização do processo confere à função do juiz uma importância jamais vista, pois ele se torna um agente do processo comprometido com a realização da verdadeira justiça social.

Para que tais objetivos possam ser realizados, torna-se cada vez mais necessária a ampliação dos poderes do juiz, mais especificamente a ampliação dos poderes instrutórios do juiz, tendo em vista a busca de uma igualdade material entre as partes, não mais sendo permitido ao juiz assistir de forma inerte a vitória do “mais forte”.

Conforme se verifica do exposto acima, há uma forte relação entre a concepção social do Estado e a tendência de publicização do processo moderno, o que significa dizer que houve uma evolução simultânea do direito processual, a nível científico, e do modo de ser de do Estado, que passou do Estado de caráter liberal para o Estado de cunho social¹⁴.

Essa perspectiva publicista do processo, tão bem tratada pelo ilustre Cândido Rangel Dinamarco em sua obra “A instrumentalidade do processo”, será detalhadamente discutida no capítulo a seguir.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, São Paulo: Malheiros, 1999, p.22.

¹³ ROCHA, José de Albuquerque. Ob.cit.133.

¹⁴ Assim não pensa, no entanto, alguns doutrinadores brasileiros, como Ada Pellegrini, Antônio Carlos Cintra e Cândido Dinamarco, que em sua obra conjunta “Teoria Geral do Processo”, p.66, defendem que o sistema de livre investigação do juiz é uma tendência universal, não dependendo, portanto, da adoção de um determinado regime político, pois afirmam que o sistema de livre investigação do juiz existe em vários Estados liberais (como Áustria, França, Inglaterra). Sustentam que essa marcha para o denominado *processo civil autoritário* é consequência somente da colocação publicista, correspondendo àquilo que se convencionou denominar “socialização do direito”.

3 PUBLICIZAÇÃO DO PROCESSO EAS NOVAS TENDÊNCIAS DE AMPLIAÇÃO DA ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ

Até meados do século XIX, o direito processual civil ainda não era reconhecido como um ramo autônomo do direito, pois este era tratado como um mero acessório do direito material¹⁵, isto é, o processo era uma mera projeção da relação material discutida. O processo era concebido como um contrato ou quase contrato¹⁶, ficando à mercê da vontade das partes a sua condução e direção.

Somente a partir de 1868, com a publicação da célebre obra de Oskar Von Büllow, “Teoria das exceções dilatórias e dos pressupostos processuais”, em que o mencionado autor demonstrou, pela primeira vez, a distinção entre a relação material litigiosa e a relação jurídica processual, é que o processo foi visto como algo distinto do direito material nele contido. Foi reconhecido, portanto, a autonomia do direito processual civil, considerado, enfim, como um ramo autônomo da ciência jurídica.

Desde o reconhecimento da autonomia científica do direito processual, o processo foi sendo considerado cada vez mais um instrumento de realização do poder soberano estatal, surgindo a partir daí a concepção publicista do processo. Cândido Dinarmaco ressalta que foi a partir da obra revolucionária de Büllow que a idéia da natureza pública da relação processual começou a progredir, uma vez que a nova relação jurídica descoberta por Büllow incluía entre os seus sujeitos o juiz, órgão estatal, devendo este tomar a direção na condução do processo¹⁷.

Humberto Theodoro Junior conseguiu demonstrar com bastante eficiência a mudança na maneira de se encarar o processo, valendo a transcrição literal dos seus ensinamentos:

“A partir do momento em que se desprezou o anacrônico conceito de processo como simples apêndice do direito material, de que o particular se podia valer para defesa de seus direitos subjetivos sempre

¹⁵ GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo civil*, São Paulo: RT, 1997, p.35.

¹⁶ Para um estudo mais aprofundado a respeito da evolução das teorias sobre a natureza jurídica do processo, ver a excelente obra do processualista uruguaio Eduardo Couture, *Fundamentos do Direito Processual civil*, Campinas: RED livros, 1999, pp.88-103.

¹⁷ A instrumentalidade do processo, São Paulo: Malheiros, 2000, p.44.

que sofressem ou estivessem ameaçados de sofrer lesão, outra ideologia teve que inspirar a estrutura mestra do direito processual civil¹⁸ ”.

Foi a partir do chamado “fenômeno da publicização do processo”, juntamente influenciado pelas novas ideologias propagadas pelo Estado social intervencionista, que se vê surgir uma verdadeira “marcha do processo para sua socialização ou democratização¹⁹”, o que conduz os doutrinadores a se preocuparem cada vez mais com a chamada função social do processo. Conforme afirma Humberto Theodoro Junior, “*u ideologia social do processo é simétrica e coordenada à concepção publicística do direito processual civil*²⁰”.

Atualmente a publicização do direito processual civil e, conseqüentemente, de seus institutos e princípios basilares, é uma forte tendência metodológica, conforme ensina Cândido Dinamarco, afirmando o ilustre doutrinador que a publicização “*remonta à firme tendência central no sentido de entender e tratar o processo como ‘instrumento’ a serviço dos valores que são objeto das atenções da ordem jurídico-substancial*²¹ ”.

Do fenômeno da publicização e da preocupação cada vez maior, tanto dos doutrinadores como dos legisladores, de se atribuir uma função social ao processo, decorreu uma tendência universal de ampliação dos poderes do juiz, uma vez que este se transforma no diretor formal e material do processo, conduzindo-o sempre em busca da paz social, valor tão colimado pelos ideais do Estado social intervencionista.

O juiz, figura passiva e inerte no processo de cunho privatístico, torna-se a “figura mais importante” do processo moderno, cabendo a ele o poder-dever de pacificar os interesses das partes em conflito da maneira mais adequada aos fins do Estado social. O grau de participação do juiz no processo aumenta de maneira considerável, o que necessariamente conduz a um aumento também dos poderes a ele concedidos.

¹⁸ “Os poderes do juiz em face da prova”, *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, vol.263, 1978, p.

¹⁹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987, p.74.

²⁰ “Os poderes do juiz em face da prova”, *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, vol.263, 1978, p.41.

²¹ *Instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros, 1999, p.57.

Corroborando esse entendimento afirma Sérgio Alves Gomes que:

“O fenômeno da ‘publicização do Processo civil’ é o principal responsável pela concessão de maiores poderes ao juiz na direção do processo, incluindo nestes o de determinar a produção de provas, ainda que não requeridas pelas partes, quando necessário for para o conhecimento da verdade e a realização da justiça”²² “.

No mesmo sentido é a doutrina de Cintra, Grinover e Dinamarco em afirmar a necessidade de uma gradativa concessão de poderes ao juiz na medida em que o processo deixou de ser considerado negócio das partes²³.

Entretanto, conforme veremos em capítulo posterior, existe uma certa preocupação e desconfiança de parte da doutrina e dos próprios operadores do direito com relação a uma possível concessão exagerada de poderes ao juiz, o que poderia causar o aparecimento da figura do “juiz ditador e parcial”. Demonstraremos em momento futuro que o entendimento dessa parte da doutrina encontra-se equivocado e influenciado por valores conservadores, não condizentes com as ideologias sócio-políticas consagradas pelo Estado social, uma vez que confundem a imparcialidade do juiz (sempre necessária) com a sua inércia e indiferença.

3.1 A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONFORME A SUA NOVA FUNÇÃO SOCIAL

Conforme demonstrado acima, as progressivas preocupações com as metas políticas e sociais do processo, decorrentes da publicização do direito processual e dos valores consagrados pelo Estado social democrático,

²² *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.87.

²³ Peço vênia para transcrever o mencionado entendimento dos ilustres autores: “*Todavia, diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Afirmada a autonomia do direito processual e enquadrado com ramo do direito público, e verificada a sua finalidade preponderantemente sócio-política, a função jurisdicional evidencia-se como um poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio Estado. Assim, a partir do último quartel do século XIX, os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados: passando de espectador inerte à posição ativa, coube-lhe não só impulsionar o andamento da causa, mas também determinar provas, conhecer ‘ex officio’ de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes, dialogar com elas, reprimir-lhes eventuais condutas irregulares etc.(...)”*, Teoria Geral do processo, São Paulo, Malheiros, 1997, p.65.

enalteceram a necessidade de uma postura mais ativa do juiz, considerando-o não mais como um mero espectador, mas sim como o verdadeiro condutor do processo.

O enfoque dado ao estudo do direito processual civil se moderniza de acordo com as novas ideologias vigentes, e logicamente os seus institutos e princípios informativos também devem seguir o mesmo caminho de tendência de publicização.

A análise do conteúdo dos princípios processuais deve levar em consideração o caráter público do processo civil moderno, pois somente através dessa ótica publicista será possível realizar a aplicação desses princípios de acordo com os novos fins sociais da ciência processual.

A seguir, faremos então uma análise, por um ângulo publicista, daqueles princípios processuais que estão intimamente ligados à atividade instrutória do juiz, quais sejam: princípio dispositivo, princípio da imparcialidade do juiz, princípio da igualdade processual das partes e princípio do contraditório.

3.1.1 ATENUAÇÃO DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO EM FACE DA NECESSIDADE DA BUSCA DA VERDADE REAL

A doutrina processualista tradicional sempre vinculou o processo penal à busca de verdade real, vigorando, portanto, o princípio da livre investigação das provas; enquanto que no processo civil vigoraria predominantemente o princípio dispositivo, satisfazendo-se o juiz com a mera busca da verdade formal. Tal entendimento, além de equivocado, não se encontra em harmonia com os valores jurídicos, políticos e sociais visados pelo processo civil moderno.

Moacyr Amaral Santos, representante dessa parte da doutrina conservadora, que vê, no princípio dispositivo, um obstáculo à ampliação dos poderes instrutórios do juiz, define-o como sendo “a regra conforme a qual o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto à afirmação e prova dos fatos em que se fundam os pedidos²⁴. Afirma ainda este ilustre processualista que o princípio dispositivo sofre apenas sensíveis restrições no direito brasileiro, sendo lícito ao juiz somente determinar, de

²⁴ *Primeiras linhas de direito processual civil*, São Paulo: Saraiva, 1998, p.76.

ofício, as diligências instrutórias naqueles casos em que ainda esteja em estado de perplexidade ou incerteza com relação à verdade dos fatos cuja prova já tenha sido realizada pelas partes interessadas.

Deixa claro mais uma vez o seu pensamento conservador e arcaico ao afirmar que:

“O alargamento desmedido dos poderes do juiz, no campo da colheita da prova, ofende o princípio da igualdade das partes e poderá até mesmo quebrar a imparcialidade com que deve exercer as funções jurisdicionais²⁵ .

Esse entendimento restritivo a respeito do princípio dispositivo e sua relação com os poderes instrutórios do juiz, que infelizmente ainda é dominante nos processualistas, é uma visão equivocada do verdadeiro sentido do princípio dispositivo.

O jurista José Roberto dos Santos Bedaque tratou dessa questão com eficiente habilidade em sua obra “Poderes instrutórios do juiz”, na qual explica que o princípio dispositivo é um princípio relativo à relação material, não à processual, “o que constituiria um equívoco afirmar, por exemplo, que a impossibilidade de o juiz dar início ao processo é consequência do caráter disponível da relação material”, uma vez que persiste o princípio da inércia da jurisdição ainda que indisponível o direito material²⁶ .

A sua brilhante explanação demonstra com propriedade qual deve ser o verdadeiro conteúdo do princípio dispositivo no processo civil brasileiro, que, *data vênia*, vem-se transcrever:

“Conclui-se assim que a denominação ‘princípio dispositivo’ deve expressar apenas as limitações impostas ao juiz, em virtude da disponibilidade do direito; e que são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes voltados diretamente para o direito disponível. As demais restrições, quer no tocante ao início do processo, quer referentes à instrução da causa, não têm qualquer nexo com a relação material; não decorrem, portanto, do chamado ‘princípio dispo-

²⁵ Ibid, p. 77.

²⁶ *Poderes instrutórios do juiz*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 68-69.

sitivo'. Somente a adoção de um significado diverso para a expressão, tornaria possível sua utilização para representar tais restrições²⁷ ”

Este entendimento, de fato, representa a melhor interpretação a ser dada ao conteúdo do princípio dispositivo, restringindo a sua aplicação somente à relação de direito material.

Assim já ensinava Calamandrei, ao comentar os dispositivos do Código de Processo Civil italiano, que entrou em vigor em 1942, que:

“Na realidade, enquanto para o exercício da ação e para a concreta determinação do tema de demanda, todo poder de iniciativa reconhecido ao juiz seria incompatível com a natureza própria do direito privado, não pode-se dizer igualmente que o caráter disponível da relação substancial controvertida leve necessariamente a fazer depender da iniciativa de parte a eleição e a posta em prática dos meios de prova²⁸ ”.

No mesmo sentido pensa José Eduardo Suppioni de Aguirre, professor de Direito Processual civil da PUC de Campinas, ao afirmar que *“o direito material pode ser disponível, porém, na medida em que se solicita a intervenção do Estado, através da ação processual, para solucionar conflitos, não faz qualquer sentido tolher o Juiz dos elementos necessários à decisão, sob o argumento da disponibilidade dos bens. Mais racional que, ao invés de manter-se o processo com os custos a ele inerentes, que a parte renuncie o direito controvertido²⁹”.*

Entretanto, existem processualistas tradicionais que, apesar de não terem acompanhado o mesmo raciocínio elaborado por José Roberto Bedaque, mudaram suas posições doutrinárias conservadoras, que restringiam o poder de iniciativa do juiz somente aos casos em que este se sentisse realmente em dúvida quanto à justiça da decisão a proferir, tendo em vista a

²⁷ Obra citada, p.71.

²⁸ *Direito Processual civil*, tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez, Campinas: Bookseller, v.I, 1999, p.321.

²⁹ “O poder instrutório do juiz”, *Revista Jurídica da Faculdade de Direito da PUC/Campinas*.Campinas, v.15, 1999, p.73.

crescente valorização do princípio da verdade real no processo civil, tendência essa que está intrinsecamente ligada ao caráter publicístico do direito processual moderno.

Podemos citar, por exemplo, o ilustre processualista Humberto Theodoro Junior que, em recente artigo publicado na Revista Brasileira de Direito de Família³⁰, reformulou sua posição doutrinária a respeito do problema relativo ao caráter dispositivo do processo civil em cotejo com os poderes instrutórios do juiz.

Discorrendo acerca de seu novo entendimento em relação à questão do princípio dispositivo e a ampliação dos poderes instrutórios do juiz, afirma o festejado autor que:

“A preservação da imparcialidade do juiz com efeito exige sua permanência longe da iniciativa de instaurar o processo e definir o seu objeto, circunstância que ninguém discute ou põe em dúvida nos países democráticos de cultura humanística. O princípio dispositivo deve realmente prevalecer no debate lide. Somente às partes cabe a iniciativa de colocar em juízo o conflito jurídico dar-lhe os necessários contornos. Já a investigação do direito subjetivo controvertido, tanto nas aspectos de direito como de fato, não pode ficar na dependência da exclusiva vontade e diligência das partes. O juiz não se torna irremediavelmente parcial apenas por se ocupar da apuração da verdade, diligenciando provas por iniciativa própria³¹.”

Podemos constatar que, apesar de não identificar o princípio dispositivo como um princípio aplicável relativamente apenas às relações de direito material, o posicionamento acima tem o mérito de se coadunar com os valores que devem ser defendidos para que se consiga alcançar a verdadeira justiça social.

3.1.2 CONCILIAÇÃO DA IMPARCIALIDADE COM A PUBLICIZAÇÃO

Segundo a opinião de uma grande parte da doutrina pátria, um dos grandes obstáculos à ampliação do poderes instrutórios do juiz seria a ne-

³⁰ “Prova – princípio da verdade real- poderes do juiz- ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA)”, *Revista Brasileira de Direito de Família* . Ano I n°3, pp.5-23, outubro-dezembro/1999.

³¹ Obra citada, pp.10-11.

cessidade de se observar o princípio da imparcialidade do juiz, consagrado como um dos principais mecanismos de garantia de efetiva justiça nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Mas o que deve ser realmente entendido por “imparcialidade do juiz?” Seria a adoção de uma postura passiva e neutra com relação às “coisas do processo?” Em resposta a essa questão, a maioria da doutrina brasileira defende que a imparcialidade deve se entendida como um valor indispensavelmente presente à atuação do juiz no processo, caracterizada pelo não envolvimento do juiz no conflito trazido ao processo. Mas esse não envolvimento do juiz com as coisas do processo conduziria indubitavelmente ao surgimento da figura do “juiz espectador”, papel este que não se harmoniza com os valores perseguidos pelo processo civil moderno.

Diante dessa contradição, Sergio Alves Gomes³² afirma que a imparcialidade do juiz não significa neutralidade diante dos valores a serem protegidos por meio do processo, uma vez que cabe ao juiz conduzi-lo sempre de modo que seja transformado em efetivo instrumento de justiça, consistindo nisso a imparcialidade do juiz.

Não se deve confundir imparcialidade (sempre necessária) com passividade ou inércia, pois o papel do juiz na condução do processo não pode ser reduzido ao de mero “agente burocrático”, que observa passivamente a atuação (ou inércia) das partes, indiferente ao resultado que o processo possa chegar. No estado em que se encontra o direito processual civil hoje, tão influenciado e orientado pelos valores sociais, chegando-se até ao entendimento que se tem de “instrumentalidade do processo”, não podemos suportar este tipo de comportamento passivo do juiz.

Para José Roberto dos Santos Bedaque, uma ampliação dos poderes instrutórios do juiz não significa quebra da sua imparcialidade, uma vez que a atividade probatória deste não tem o condão de favorecer esta ou aquela parte, já que quando o juiz determina a realização de alguma prova não tem condições de prever o seu resultado e nem muito menos de saber a quem ela poderia beneficiar³³. Acrescenta ainda ao seu posicionamento, considerando os ensinamentos de Barbosa Moreira, a seguinte indagação:

³² *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.75.

³³ *Poderes instrutórios do juiz*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.80.

“Não seria parcial o juiz que, tendo conhecimento que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude acabe beneficiando a parte que não tem razão?”³⁴ ”

É importante salientar que a imparcialidade é um requisito exigido no exame da prova (no seu julgamento) e não na sua produção³⁵, o que nos leva a conclusão de que a possível atividade instrutória do juiz não conduz necessariamente à quebra de sua imparcialidade no julgamento dessas provas.

Conforme afirma José Roberto Bedaque, “juiz imparcial é aquele que aplica a norma de direito material a fatos efetivamente verificados, sem que se deixe influenciar por outros fatores que não seus conhecimentos jurídicos³⁶”, e não aquele que deixa de produzir uma determinada prova, que poderia elucidar a obscuridade de uma questão processual, apenas por medo de se tornar parcial. Esta não deve ser, definitivamente, a postura do juiz comprometido com a busca da verdade material.

Mas infelizmente o entendimento dominante tanto entre os doutrinadores como entre os próprios magistrados ainda é o de que a participação intensa do juiz na instrução da causa levaria necessariamente a quebra da sua imparcialidade.

Nota-se um posicionamento ainda um pouco temeroso por parte do ilustre Candido Rangel Dinamarco, por exemplo, que, apesar de condenar a figura do juiz espectador e defender a ativização da função jurisdicional, não admite a substituição da iniciativa instrutória das partes pelas do juiz³⁷. Já Arruda Alvim defende que cabe a um outro órgão, que no caso seria o Ministério Público, o dever de buscar a verdade material nas ações que versarem sobre direitos indisponíveis, e não ao juiz, que deve manter uma posição acima e equidistante das partes³⁸.

³⁴ Idem, p. 80.

³⁵ Assim é o pensamento de José Eduardo Suppioni Aguirre, obra citada, p.73.

³⁶ Obra citada, p.82-83.

³⁷ *A Instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros, 2000, p.287.

³⁸ *Curso de Direito Processual civil*, vol.II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p.231, *apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos, obra citada, p.81, nota nº181.

No mesmo sentido se encontra a jurisprudência de alguns tribunais, conforme se pode aferir a seguir:

“... Cabe à parte e não ao juiz escolher e produzir a prova que lhe interessar. É exceção a prova produzida pela própria iniciativa judicial, procedimento este que, usado com freqüência, poderá colocar em risco o princípio da neutralidade do julgado. (Ac. un. da 8ª Câmara. Do 1º TACivSP, no Ag 581.901-0, rel. Juiz Antônio Carlos Malheiros; RT 714/159)³⁹”.

Uma das possíveis soluções capazes de resolver o aparente choque entre a concessão de poderes instrutórios mais amplos ao juiz e a preservação da sua imparcialidade seria a aplicação dos ensinamentos de José Roberto dos Santos Bedaque, no sentido de que bastaria apenas submeter a atividade instrutória do juiz ao princípio do contraditório e impor-lhe o dever de motivar as suas decisões para ver preservado o princípio da imparcialidade⁴⁰.

Complementando esse entendimento afirma o ilustre autor:

“Para que o juiz mantenha a imparcialidade, diante de uma prova por ele determinada, é suficiente que permita às partes sobre ela se manifestar. O perfeito funcionamento do princípio do contraditório é a maior arma contra o arbítrio do julgador. Assim, a concessão de poderes instrutórios ao juiz encontra seu limite natural no contraditório, que impede a transformação da arbitragem em arbitrariedade, da discricionariedade em despotismo⁴¹”.

Diante do exposto, devemos considerar o exercício efetivo do contraditório entre as partes um fator de legitimação das atividades instrutórias do juiz no processo civil, não ocorrendo, portanto, a tão temida quebra da imparcialidade judicial.

³⁹ PAULA, Alexandre de. *Código de processo civil anotado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 1998, p.882.

⁴⁰ *Garantias constitucionais do processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 181.

⁴¹ *Poderes instrutórios do juiz*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.83.

3.1.3 A IGUALDADE SUBSTANCIAL DAS PARTES “NIVELAÇÃO SOCIAL DO PROCESSO”

Conforme dito anteriormente, vigorava no Estado liberal o princípio da autonomia da vontade individual, e como não poderia deixar de ser, isto também se refletiu no modo de ser do processo civil, no qual se garantia apenas a igualdade formal das partes.

Mas com as mudanças ideológicas ocorridas desde o surgimento da concepção de um Estado mais social, começaram a aparecer também posicionamentos no sentido de que só a garantia da igualdade formal já não era mais suficiente, tendo em vista o fim social que o processo pretende alcançar.

Essa preocupação foi bem exposta por Piero Calamandrei, quando comentava o novo CPC italiano, que tanto influenciou os dispositivos do nosso Código de processo civil, senão vejamos:

“O novo processo tem percebido que a afirmação puramente jurídica da igualdade das partes pode se transformar em letra morta, se depois, no caso concreto, a disparidade de cultura e de meios econômicos põe a uma das partes em condições de não se poder servir dessa igualdade jurídica, porque o custo e as dificuldades técnicas do processo, que a parte acaudalada e culta pode facilmente superar com os próprios meios e se fazendo assistir, sem economizar nada, por defensores competentes, cabe que constituam, por outro lado, para a parte pobre um obstáculo freqüentemente insuperável na via da justiça⁴²”

Desta forma, cabe ao Estado-juiz a promoção da igualdade substancial das partes no processo, transformando-o num instrumento de nivelção das desigualdades sociais. Alguns magistrados pensam desta forma, como por exemplo, o Dr. Francisco Wildo Lacerda Dantas, Juiz Federal em Alagoas, conforme podemos constatar a seguir:

“Assim, admitindo-se que ao Estado caiba suprir as desigualdades para transformá-las em igualdade real, entende-se que a célebre eqüi-

⁴² *Direito Processual civil*, tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez, Campinas: Bookseller, v.I, 1999, p.331.

distância do juiz no processo deva ser adequadamente temperada, atribuindo-lhe poderes mais amplos, a fim de estimular a efetiva participação das partes no contraditório, para que, mediante uma efetiva colaboração e cooperação das partes, se alcance um processo justo⁴³”.

Diante desta situação de desigualdade social e econômica vivida pela maioria dos jurisdicionados pobres, exige-se, portanto, uma nova postura do juiz em face ao processo. Segundo expõe José Roberto Bedaque, um dos mais poderosos instrumentos que os magistrados têm nas mãos e que lhe possibilita corrigir as desigualdades econômicas presentes na relação processual é reforço dos seus poderes instrutórios⁴⁴.

Corroborando a opinião de Bedaque, no sentido de que somente um comportamento mais ativo do juiz garantirá a efetiva igualdade entre as partes, vem-se transcrever os ensinamentos do ilustre magistrado José Renato Nalini:

“Além de assegurar a igualdade das partes, a ampliação dos poderes de instrução do juiz corresponde com o enfoque do processo considerado instrumento público e ofícia de realização da justiça. Uma sociedade faminta pela ética, em toda a atuação pública, não resta senão o Judiciário para o desempenho de tarefa invulnerável a pressões externas, imune ao vírus da corrupção, ao menos como regra⁴⁵”.

No entanto, Humberto Theodoro Junior não parece concordar muito com esses entendimentos, uma vez que esta postura mais ativa do juiz, que segundo ele domina o processo socialista, não se harmoniza bem com o nosso sistema processual civil, pois colocaria em risco o princípio da imparcialidade do juiz. Para ele, não se justifica que o juiz venha a ser transformar num *“inquisitor ou num investigador sem peias que pudesse sair fora dos autos em busca de pessoas, coisas ou fatos úteis à elucidação da verdade*

⁴³ “Os poderes do juiz no processo civil e a reforma do judiciário”, *Revista dos Tribunais*, vol.700, Fevereiro/94, p.35.

⁴⁴ obra citada, p.72.

⁴⁵ *O juiz e o acesso à justiça*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.127.

real”, e afirma que para se assegurar a igualdade de condições entre os sujeitos processuais bastaria que fosse garantido os benefícios da assistência judiciária, devendo o curso do processo desenvolver-se com total imparcialidade do juiz⁴⁶.

Constata-se dessas afirmações do ilustre Humberto Theodoro um certo grau de conservadorismo e uma certa confusão, mais uma vez, entre imparcialidade e passividade do juiz. Além do mais, vale ressaltar que a simples concessão dos benefícios da assistência judiciária está longe de ser um meio realmente eficaz para assegurar a igualdade de condições entre as partes. Na atual realidade brasileira, a assistência judiciária pode, às vezes, acentuar ainda mais essa desigualdade social dos litigantes.

É importante salientar, entretanto, que esse posicionamento de Humberto Theodoro foi escrito e defendido em 1978, o que nos faz acreditar que o próprio autor já tenha o modificado nos dias atuais, para que possa se encontrar em harmonia com os fins humanitários e sociais do processo civil moderno.

Por fim, citando mais uma vez o ilustre José Roberto Bedaque, é importante ressaltar que a liberdade das partes não é em nenhum momento afetada pela interferência do juiz na atividade probatória, uma vez que, conforme justifica o autor, *“se o direito debatido incluir-se no rol dos chamados ‘direitos disponíveis’, permanecem elas com plenos poderes sobre a relação material, podendo, por exemplo, renunciar, desistir, transigir”*. E completa dizendo que, *“enquanto a solução permanecer nas mãos do Estado, não pode o juiz se contentar apenas com a atividade das partes. A visão do ‘Estado-social’ não admite essa posição passiva, conformista, pautada por princípios essencialmente individualistas”*⁴⁷.

4 O JUIZ INSTRUTOR – ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

4.1 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E OS ARTS. 130 E 333 DO CPC

Muitos doutrinadores afirmam que o legislador processual, ao instituir o art. 130 do CPC⁴⁸, tratou de ampliar a atividade probatória do juiz, o

⁴⁶ “Os poderes do juiz em face da prova”, *Revista Forense*, v.263, julho-setembro/1978, p46.

⁴⁷ Obra citada, p.73.

⁴⁸ Art.130 do CPC: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

que na verdade se coaduna perfeitamente com tendência publicística da ciência processual e com a nova função social do processo.

Há, entretanto, uma divergência muito grande na doutrina processualista brasileira sobre se as regras referentes ao ônus da prova, previstas no art.333 do CPC⁴⁹, constituiriam ou não um limite ao poderes de iniciativa do juiz na produção da prova.

Para os autores que defendem a posição de que não deve haver uma superestimação da regra do art.130, em face às limitações impostas pelas regras referentes ao ônus da prova, os poderes instrutórios conferidos ao juiz pelo art.130 do CPC só devem ser aplicados nos casos em que “houver necessidade de melhor esclarecimento da verdade, sem o que não fosse possível ao juiz, de consciência tranqüila, proferir sentença⁵⁰”, sendo, portanto, considerados poderes supletivos da iniciativa probatória das partes, somente aplicáveis aos casos em que haja necessidade de afastar a perplexidade do julgador.

De acordo com este entendimento, poderíamos afirmar então que a omissão da parte na apresentação das provas que lhe competiam demonstrar levaria a improcedência do pedido, e não a incidência do art.130 do CPC. A esta conclusão chega o ilustre João Batista Lopes, por exemplo, ao afirmar que “*a interpretação atrelada ao teor literal do art.130 do CPC pode, porém, levar à conclusão equivocada de conferir ao juiz o poder de substituir as partes na instrução probatória isto é, de converter-se em investigador de fatos ou juiz instrutor⁵¹*”, o que, segundo o autor, provocaria uma premiação da omissão e descaso da parte negligente.

No mesmo sentido é o entendimento de Humberto Theodoro ao afirmar que o poder de iniciativa probatória do juiz não é ilimitado, pois, “*segundo as regras que tratam dos ônus processuais e presunções legais, na maioria das vezes a vontade ou a conduta da parte influi decisivamente sobre a prova e afasta a iniciativa do juiz nessa matéria⁵²*”.

⁹ Art.333 do CPC: “O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

⁵⁰ Esse é o entendimento, por exemplo, de Moacyr Amaral Santos, demonstrado em sua obra *Primeiras linhas de direito processual civil*, Saraiva: São Paulo, v.2, 1998,p.350.

⁵¹ *A prova no direito processual civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.68-69.

⁵² ‘Os poderes do juiz em face da prova’, *Revista Forense*, vol.26, julho-setembro/1978, p.45.

Entretanto, existe um posicionamento de uma parte da doutrina que defende que as regras referentes ao ônus da prova, previstas no art.333 do CPC, sejam consideradas regras de julgamento, ou seja, regras de técnica de decisão, destinadas a orientar o juiz no momento de julgar o mérito da causa, caso ainda haja alguma incerteza ou dúvida em relação a algum fato que não ficou suficientemente provado pelas partes ou pelo próprio juiz.

José Roberto Bedaque define as regras referentes à distribuição do ônus da prova como sendo “a última saída para o juiz, que não pode deixar de decidir”, e ensina que “*elas devem ser levadas em conta pelo juiz apenas e tão-somente no momento de decidir*”. Continua afirmando ainda que “*os princípios estabelecidos no art.333 só devem ser aplicados depois que tudo for feito no sentido de se obter a prova dos fatos. E quando isso ocorre, não importa a sua origem, isto é, quem a trouxe para os autos*⁵³”.

Bedaque ainda salienta que a ampliação da atividade instrutória do juiz não significa negar o ônus que as partes continuam tendo em deduzir os fatos com que pretendam demonstrar o seu direito. Segundo ele, compete às partes averiguar e afirmar os fatos de que se servirá o juiz para decidir, nada impedindo que a função verificadora dos meios de prova seja entregue ao juiz, uma vez que o acerto da decisão dela depende⁵⁴.

O entendimento exposto e defendido por grande parte da doutrina, entre eles José Roberto dos Santos Bedaque, tem sido aplicado por muitos tribunais pátrios, o que demonstra uma certa renovação na postura do juiz perante a instrução probatória, conforme o que se transcreve a seguir:

“O sistema brasileiro da prova, diante dos termos do art.131 do CPC, adotou o princípio inquisitivo probatório. Assim, em termos de prova, o Juiz é tanto ou mais interessado que a parte na busca da verdade real e na justa composição do litígio. Neste passo, o princípio do ônus da prova (art.333 do CPC) tem caráter supletivo. Somente após a produção de todas as provas conhecidas e possíveis pelo Juiz e pelas partes é que concluirá a quem competia provar tal ou qual fato (Ac. Un. da 5ª Câm. do TARS de 30.03.1995, na Ap 195.004.197, rel. Juiz Rui Portanova)⁵⁵”.

⁵³ Obra citada, p.86-87.

⁵⁴ Obra citada, p.90-91. O autor afirma que chegou a esta conclusão se baseando nos ensinamentos do autor Sentis Melendo.

⁵⁵ PAULA, Alexandre de. *Código de processo civil anotado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.2, 1998, p.1614.

Entretanto, apesar dessa visão inovadora a respeito da ampliação dos poderes instrutórios do juiz ser intensamente estimulada por alguns doutrinadores, chegando até a ser aplicada por alguns tribunais que tem, na sua composição, magistrados sintonizados com as idéias de realização de um processo mais justo e voltado para a busca da verdade real, na verdade ainda não há uma total aceitação por parte dos operadores do direito.

José Renato Nalini expressa muito bem esse sentimento conservador e formalista que contamina a magistratura brasileira, afirmando que *“ainda existe uma réstea de hesitação em ordenar todas as provas necessárias ao mais integral esclarecimento dos fatos ensejadores da demanda. Vinculado ao truísmo de que a imparcialidade é o bem supremo a ser conservado pelo juiz e que inclinar-se para uma das direções corresponde a trair o ofício da justiça, não é raro preferir o juiz a condição de inerte receptor de pleitos e fatos, tais como lhe são apresentados⁵⁶”*.

Mas esse pensamento formalista, predominante não só em alguns doutrinadores mais tradicionais, como também nos próprios magistrados, tem uma razão de ser. Apesar de vivermos num Estado que se diz social democrático, cuja meta é a proteção do bem estar social e no qual se eleva o princípio da isonomia a preceito constitucional, ainda prevalece o interesse das elites, ou seja, de parte da sociedade que detém o poder econômico e que muitas vezes detém também o poder político. E a essa elite interessa a manutenção desse formalismo no processo e, conseqüentemente, dessa passividade e inércia tão presentes no juiz brasileiro.

É como uma bola de neve, conforme explicita com bastante propriedade Gilberto Ferreira e Sandra Mara Flügel Assad, pois é *“essa mesma elite que impõe um ensino jurídico reacionário, que acaba por influir no pensamento de toda uma geração de operadores do direito, seja eles juízes, promotores ou advogados⁵⁷”*.

Se o primeiro passo não for dado, essa bola de neve tende a crescer e a tomar maior fôlego, o que não deve ser permitido, tendo em vista os novos caminhos que devem ser seguidos pela ciência processual em sua busca a um processo mais humano e justo, que possa, na medida do possível, transformar as desigualdades sociais em igualdades substanciais.

⁵⁶ *O juiz e o acesso à justiça*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.129.

⁵⁷ “Os poderes do juiz no processo civil moderno”, *Revista de processo*, v.86, 1997, p286.

O ilustre José dos Santos Bedaque se mostrou um jurista corajoso e bastante sintonizado com as idéias do seu tempo ao defender, com bastante brilhantismo, uma posição mais ativa do juiz na instrução do processo. Espera-se que essa nova postura ativa do juiz não seja verificada apenas na teoria.

4.2. O dinamismo do juiz na instrução probatória das ações de investigação de paternidade

Grande parte da doutrina defende a idéia de que haverá uma maior ou menor ampliação dos poderes instrutórios do juiz no processo em decorrência da disponibilidade ou não dos direitos em litígio. Esse entendimento não é unânime, uma vez que existem doutrinadores, como José Roberto Bedaque, que afirmam que é irrelevante para a atividade instrutória do juiz a natureza da relação jurídica controvertida, pois o processo será um só, independentemente da matéria discutida ser de natureza disponível ou indisponível⁵⁸, o que nos leva a conclusão de que a livre investigação do juiz poderá se dar em ambos os casos.

Constata-se do entendimento acima exposto que uma parte dos doutrinadores ainda insiste em tratar a relação jurídica processual como uma mera projeção da relação de direito material, o que não se coaduna com o caráter público que o processo civil apresenta na atualidade.

Talvez esteja aí, nesta pretensa influência direta da relação de direito material sobre a relação processual, a justificativa para a aceitação, por grande parte dos operadores do direito, da possível ampliação dos poderes instrutórios do juiz nos casos em que a lide versa sobre direitos indisponíveis, como, por exemplo, os direitos à filiação.

Neste sentido é o entendimento de João Batista Lopes que, mesmo demonstrando um certo formalismo ao afirmar a necessidade de não superestimar o comando do art.130 do CPC⁵⁹, sob pena de converter o magistrado em investigador de fatos ou 'juiz de instrução', admite, nas ações de

⁵⁸ *Podere instrutórios do juiz*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.94.

⁵⁹ Art. 130 do CPC: "caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

investigação de paternidade, a produção de prova pericial pelo juiz (inclusive o exame de DNA) ainda que as partes deixem de requerê-la⁶⁰.

Humberto Theodoro Junior chega a afirmar a possibilidade de um Tribunal, em grau de recurso, reabrir a instrução processual quando constatar que uma prova, necessária para solucionar ação de investigação de paternidade, tiver sido omitida na primeira instância⁶¹.

Já o ilustre Belmiro Pedro Welter defende que, diante da indisponibilidade do direito à paternidade biológica, ocorreria violação à literal disposição do art.130 do CPC, no caso de omissão da perícia de DNA na fase de instrução da investigatória, uma vez que estaria previsto neste dispositivo não só o poder, mas também o dever do juiz de ‘determinar todas as prova’, inclusive a pericial (DNA)⁶².

Essa maior aceitação na ampliação dos poderes instrutórios do juiz nas causas relativas a investigação de paternidade também é observada na jurisprudência dos tribunais pátrios, conforme se verifica a seguir:

Tratando-se de investigação de paternidade, na fase atual da evolução do Direito de Família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o Juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando assumir uma posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível – ações de estado -, ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda quando haja signifi-

⁶⁰ A prova no direito processual civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.69.

⁶¹ “Prova – princípio da verdade real- poderes do juiz- ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA)”. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Ano I, nº3, pp.5-23, outubro-dezembro/1999

⁶² “Coisa julgada na investigação de paternidade”, *Jornal Síntese*, nº19, maio/98, p.10, apud THEODORO JR., Humberto; obra citada, p.20.

cativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes. (Ac . un. da 4ª T. do STJ de 12.12.1995, no Resp 43.467-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira ; DJ de 18.03.1996; Adcoas, de 30.06.1996; RT 729/155)⁶³ ”.

Deve ser salientado, entretanto, que o legislador processual não estabeleceu, conforme afirma José Roberto Bedaque, “*qualquer diferença de tratamento quanto aos poderes do juiz, em função da matéria discutida no processo. A amplitude desses poderes é a mesma, qualquer que seja a natureza da relação jurídica objeto do processo, seja ela disponível ou não*”, o que nos leva a acreditar que essa postura ativa do juiz, observada na instrução probatória das ações relativas à investigação de paternidade, deve ser efetivamente exercida em todas as outras ações de direito material, sendo irrelevante a disponibilidade ou não do direito em litígio.

5 CONCLUSÃO

Chega-se, portanto, com o fim desse trabalho, à constatação das seguintes proposições:

- a) As ideologias do liberalismo influenciaram não só o papel do juiz no processo, como o próprio modo de ser do processo, no qual vigorou o princípio do dispositivo e o comportamento passivo do juiz em relação às “coisas do processo”. Com a conseqüente mudança no perfil do Estado e na própria função do direito, o papel do Poder Judiciário, mais especificamente o papel do juiz no processo, também se modificou, e aquele juiz passivo, neutro, indiferente aos problemas de desigualdades sociais produzidos principalmente pelas ideologias do liberalismo individual, se transforma num juiz ativo, consciente do seu novo papel de nivelador das desigualdades;
- b) Do fenômeno da publicização e da preocupação cada vez maior, tanto dos doutrinadores como dos legisladores, de se atribuir uma função social ao processo, decorreu uma tendência universal de

⁶³ PAULA, Alexandre de. Código de processo civil anotado, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 1998, p.878.

ampliação dos poderes do juiz. O enfoque dado ao estudo do direito processual civil se modernizou de acordo com as novas ideologias vigentes, e logicamente os seus institutos e princípios informativos também seguiram o mesmo caminho de tendência de publicização;

- c) A análise do conteúdo dos princípios processual levou em consideração o caráter público do processo civil moderno, o que resultou numa revisão do próprio conteúdo dos princípios processuais. Houve, por parte da doutrina, o entendimento de que o princípio dispositivo deveria ser atenuado em face da busca da verdade real. Já o exercício efetivo do contraditório entre as partes foi considerado um fator de legitimação das atividades instrutórias do juiz no processo civil, não ocasionando, portanto, a tão temida quebra da imparcialidade judicial. O princípio da igualdade processual das partes deve ser cada vez mais entendido como princípio da igualdade material das partes, no intuito de se promover uma nivelção social através do processo;
- d) Com relação ao suposto conflito entre as normas do art.130 e 333 do CPC, este se provou inexistente, uma vez as regras de distribuição do ônus da prova devem ser consideradas como regras técnicas de decisão, destinadas a orientar o juiz no momento de julgar o mérito da causa, caso ainda haja alguma incerteza ou dúvida em relação a algum fato que não ficou suficientemente provado pelas partes ou pelo próprio juiz. Não há, portanto, uma limitação aos poderes instrutórios do juiz, previstos na norma geral do art.130 do CPC, pelas regras de distribuição do ônus da prova, uma vez que estas devem ser levadas em consideração apenas no momento do julgamento, e não na fase de instrução probatória;
- e) Em relação às causas relativas a investigação de paternidade, demonstrou-se haver uma maior aceitação na ampliação dos poderes instrutórios do juiz tanto por parte dos doutrinadores como por parte da jurisprudência, e isso se justifica pelo fato de muitos ainda atribuírem uma relação direta entre a disponibilidade ou indisponibilidade do direito e modo do juiz atuar na instrução probatória (visando alcançar a verdade formal ou material, respectivamente);
- f) E finalmente constatou-se que, infelizmente, apesar visãõ inovadora a respeito da ampliação dos poderes instrutórios do juiz ser

intensamente estimulada por alguns doutrinadores, chegando até a ser aplicada por alguns tribunais que tem, na sua composição, magistrados sintonizados com as idéias de realização de um processo mais justo e voltado para a busca da verdade real, não há ainda uma total aderência desses valores por parte dos operadores do direito. Torna-se necessário mudar a mentalidade formalista dos operadores do direito para que se possa observar uma verdadeira consagração dos fins sociais do processo civil moderno.

Enfim, diante de tudo que foi exposto durante todo o trabalho monográfico, espera-se ter demonstrado a necessidade de mudar a mentalidade dos operadores do direito, especialmente a mentalidade dos juízes, para que um dia seja alcançado o ideal de justiça tão desejado e proclamado por os brasileiros.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. “O poder instrutório do juiz”. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas*. Campinas, v.15, pp.69-77, 1999.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2.ed; tradução: Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.
- CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, v. I e III, 1999.
- CINTRA, Antônio Carlo de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. “Os poderes do juiz no processo civil e a reforma do Judiciário”. *Revista dos Tribunais*, v.700, pp.35-39, Fevereiro/1994.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FERREIRA, Gilberto, ASSAD, Sandra Mara Flügel. “Os poderes do juiz no processo civil moderno”. *Revista de processo*, v.86, pp.285-294, 1997.
- GOMES, Sérgio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.
- MAIA, Alexandre da. *Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica com relação ao garantismo jurídico*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*; tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- PAULA, Alexandre de. *Código de processo civil anotado: Do processo de conhecimento: arts.1º a 269*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1 e 2, 1998.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, v.2, 1998.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz: a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.
- THEODORO JR., Humberto. “Os poderes do juiz em face da prova”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol.263, pp.39-47, julho-setembro/1978.

_____. “Prova – princípio da verdade real- poderes do juiz- ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA)”. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Ano I, nº3, pp.5-23, outubro-dezembro/1999.

A REVELIA NO PROCESSO CAUTELAR

Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti

Advogado – PE

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo estudar a revelia no processo cautelar regido pelo CPC de 1973, fazendo a diferenciação entre revelia e contumácia, estudando a revelia no CPC tal como a entendem os Tribunais Pátrios, analisando seus efeitos e os casos onde os seus efeitos não ocorrem para ao final extrair algumas conclusões que nos pareceram de maior importância.

O trabalho divide-se em quatro partes, que foram assim intituladas: I - Contumácia e revelia – tentativa de conciliação dos conceitos, II - A revelia no CPC de 1973, III - Efeitos da revelia no processo cautelar e IV - Não ocorrência da presunção de veracidade dos fatos.

A primeira parte do trabalho tem por objetivo dar uma noção de contumácia e revelia, mostrando que há autores que consideram as expressões sinônimas enquanto outros as distinguem.

Na segunda parte do trabalho, tentamos explicar o atual sentido dado ao instituto da revelia no CPC de 1973, mostrando a evolução que o acompanhou e procurando ressaltar o seu caráter de mecanismo acelerador do processo, não sendo mais entendido como pena aplicada ao réu que não comparece em juízo para defender-se.

Com a terceira parte a que chamamos Os efeitos da revelia no processo cautelar, analisamos sua aplicação prática ao processo, alertando sobre como o instituto da revelia apresenta-se rígido em nosso ordenamento jurídico ensejando a presunção de veracidade dos fatos entre outros efeitos.

Na quarta parte procuramos fazer breves considerações sobre os casos em que não se aplicam os efeitos da revelia, casos estes elencados no art. 320 do CPC.

Por fim, depois de passarmos pelas quatro partes acima mencionadas, listamos algumas conclusões que nos pareceram de maior importância e que completam as conclusões lançadas ao longo do texto.

I CONTUMÁCIA E REVELIA – TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO DOS CONCEITOS

O Prof. Humberto Theodoro Júnior afirma que “ocorre a revelia ou contumácia quando, regularmente citado, o réu deixa de oferecer resposta à ação, no prazo legal”¹. Vê-se, portanto, que o mestre mineiro identifica revelia e contumácia como fenômenos similares. Ressalte-se que vários doutrinadores compartilham a sua opinião como, por exemplo, Lopes da Costa, João Monteiro etc.

Calmon dos Passos é outro que considera sinônimos os termos revelia e contumácia, já o Prof. Ovídio Baptista da Silva entende “ser aconselhável reservar a palavra contumácia para indicar a omissão de qualquer das partes, tanto do autor quanto do réu, em praticar ato processual ou valer-se de certa faculdade, considerando-se revelia a contumácia total do réu, representada por sua completa omissão em defender-se”².

Entendemos ser mais correta a corrente que diferencia a revelia da contumácia. É que pretendemos demonstrar.

Diz-se que no Direito antigo o réu era obrigado a comparecer em juízo mesmo contra a sua vontade e que quando intimado de determinado ato processual se deixasse de praticá-lo, era considerado revel, que vem de *rebellis*, rebelde, tanto quanto *rebellare*. A revelia era considerada uma pena, pois o réu tinha a obrigação de comparecer a juízo para completar a relação jurídica processual.

Num momento posterior a revelia passou a ser entendida como uma liberdade, “uma liberação do espírito angustiado; é um comportamento e uma forma de liberdade. A revelia é uma dimensão da liberdade humana dentro do processo, em choque com a oportunidade. O processo entendido

¹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil, vol. I*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 30ª Edição, p.395.

² SILVA, Ovídio Baptista. *Curso de Direito Processual Civil, vol. I – processo de conhecimento*. São Paulo, RT, 4ª Edição, p.331.

como atividade de seres livres, responsáveis e interessados no seu resultado, deve contar com essa possibilidade da revelia como comportamento omissivo, deve contar com esse não fazer voluntário, com o qual o homem se libera temporariamente do sentido de opressão processual. Pela revelia o homem recobra a consciência da liberdade, e se sente vingador, ainda que por instantes, da tirania do Estado dentro do processo”³.

A revelia deixa de ser encarada como pena e passa a ser entendida como uma liberdade conferida ao réu, liberdade esta decorrência do princípio dispositivo que confere às partes o direito de só acionar a máquina judiciária estatal quando for do seu interesse.

Pode-se afirmar com Moacyr Amaral Santos que “invocada a jurisdição, constituída a relação jurídica processual, o processo se desenvolve sob a direção do juiz, por forma que lhe assegure andamento rápido. A marcha do processo, entretanto, solicita a colaboração das partes. Estas, conquanto possam manter-se inativas, pois a lei não lhes impõe a obrigação de realizar as atividades que lhes cabem, carregam o ônus da colaboração. Têm, assim, as partes, o ônus de contribuir para o desenvolvimento normal do procedimento, sujeitando-se às conseqüências de sua falta de colaboração”.

“Muitas as conseqüências, e graves, são as que resultam da inobservância do ônus de comparecer continuamente em juízo, no desempenho dos seus direitos e deveres processuais. São conseqüências da inércia processual, da falta de comparecimento, da contumácia”.

“A contumácia consiste no fato do não comparecimento da parte em juízo”.

“A contumácia poder ser do autor, ou do réu, ou de ambos”⁴.

Para que as palavras do mestre Moacyr Amaral Santos sejam mais bem compreendidas deve-se fazer uma distinção. A contumácia é inércia processual de qualquer das partes, ou seja, é gênero do qual a revelia é espécie. A revelia caracteriza-se como sendo a contumácia total do réu.

Sobre este tema é lapidar a lição do Prof. Gabriel Rezende Filho, escrita ainda sob a égide do CPC de 1939, *in verbis*:

³ ROSA, Eliézer. *Conferência in Revista de Direito Processual Civil, 4ª Vol.*. São Paulo, Saraiva, p.131.

⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, vol. II.* São Paulo, Saraiva, 18ª Edição, pp. 231 e 232.

“A contumácia do réu denomina-se revelia.

(...)

A revelia não é uma penalidade imposta ao réu, por desobediência à ordem de comparecimento.

É apenas uma medida de ordem processual, destinada a impedir que o réu possa obstar o curso normal da causa; prossegue esta, sem embargo da ausência do réu, contra ele correndo os prazos, independentemente de intimação ou notificação.

Por isso, mesmo, ao revel é dado intervir no processo, qualquer que seja a sua fase, recebendo-o, porém, no estado em que se encontrar. De outro lado, a revelia do réu não exonera o autor de provar os fatos fundamentais da ação”⁵.

Há um outro ponto acerca da revelia que merece ser ressaltado. “A revelia não implica supressão do princípio do contraditório, pois este se caracteriza como a oportunidade de o réu exercer o direito de defesa, o que se dá com a citação. Desde que regularmente citado, está garantido ao réu o direito de se defender, mas a sua ausência não impede o prosseguimento do processo”⁶.

O réu não pode invocar o princípio do contraditório para tentar evitar os efeitos da revelia. O amplo acesso ao judiciário, garantido no art.5º da Constituição Federal não pode ceder ao princípio do contraditório, em especial quando a inatividade do réu tem por finalidade tão somente o retardamento da prestação jurisdicional.

II A REVELIA NO CPC DE 1973

Pontes de Miranda afirma que se dá a revelia “quando o réu, chamado a juízo, deixa que se extinga o prazo assinado para a contestação, sem a apresentar. Nos casos em que o autor fica em posição de réu, se não impugna a reconvenção, revel também é ele, porque é réu e não responde ao ataque do reconvinte”⁷.

⁵ FILHO, Gabriel José Rodrigues de Rezende. *Curso de Direito Processual Civil, vol.II*. São Paulo, Saraiva, 6ª Edição, pp. 101 e 102.

⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues e outros. *Curso Avançado de Direito Processual Civil, vol.I*. São Paulo, RT, p.440.

⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo IV*. São Paulo, RT, 3ª Edição, p.193.

O art.319 do CPC, tratando do processo de conhecimento e que regula o principal efeito da revelia, prescreve:

Art. 319 Se o réu não contestar a ação reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

Sabe-se que este dispositivo foi objeto de muitas discussões quando da análise do projeto de lei que resultou no CPC de 1973, em especial pelos efeitos atribuídos à revelia.

“O Prof. Alfredo Buzaid, porém, defendeu o princípio que ele encerra com argumentos sérios. Quem vem a juízo deve saber como comportar-se. Se o réu é negligente e não oferece a sua defesa no prazo legal, que consequência, pelo menos, poderíamos extrair, salvo as exceções do Código anterior. A consequência é a de que o réu não tendo argüido fatos, não pode produzir provas. Então o que resta ao autor, que tem o ônus respectivo de afirmar e provar, é de, na audiência, provar os fatos que alegou na petição inicial. Então, o réu não terá uma situação melhor, em nenhuma hipótese, porque ele não pode nada mais argüir contra o autor, em matéria de fato. O que o Código fez a esse respeito foi dar um passo para simplificar mais ainda o sistema. Adverte o réu de que “se não for oferecida a contestação no prazo legal serão havidos como verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”.

E segue o referido Professor: “Eu não precisaria lembrar, hoje, a famosa lição de IHERING, naquele opúsculo que é uma das jóias da literatura jurídica universal – “A luta pelo direito”. O direito, tem-se de lutar por ele, defendê-lo, bravamente, porque o Estado não pode servir de sucedâneo àqueles que têm um comportamento negligente ou omissivo”.

“Então, quando se estrutura o sistema, a prudência do legislador está em fazer todas as advertências necessárias para que ninguém seja induzido em erro. Mas, se as advertências são feitas e, malgrado a prudência do legislador em as adotar, o interessado se omite, a ele cabe imputar a si próprio – *imputet sibi* – a sua omissão, ele pagará por sua omissão”⁸.

Fica evidente que o CPC de 1973 em muito inovou ao referir-se à revelia. Os seus efeitos serão tratados mais detalhadamente no capítulo que se segue.

⁸ FADEL, Sergio Sahione. *Código de Processo Civil Comentado*. Rio de Janeiro, José Konfino Editor, 3ª Edição, pp.172, 173 e 174.

No procedimento sumário e nos Juizados Especiais Cíveis a ausência do réu à audiência caracteriza também a revelia.

Art.277, §2 do CPC e art.2º da lei 9099/95, *in verbis*:

Art. 277. O Juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de 30 (trinta) dias, citando-se o réu com antecedência mínima de 10 (dez) dias e sob a advertência prevista no §2.º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro.

(...)

§2.º Deixando-se injustificadamente o réu de comparecer à audiência, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados na petição inicial (art.319), salvo se o contrário resultar da prova dos autos, proferindo o juiz, desde logo, a sentença.

Art.20. Não comparecendo o demandado à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do juiz.

Já no processo de execução não se pode afirmar que a não impugnação aos embargos do executado enseje revelia, vez que não se confunde com a contestação. Fere a lógica do processo de execução que tem por finalidade a satisfação de direito do executante, afirmar que os fatos alegados pelo embargante sejam reputados verdadeiros pelo só fato de não terem sido impugnados pelo embargado.

Já com relação às medidas cautelares também há norma expressa quanto à revelia, o art.803. do CPC, que reza:

Art.803. Não sendo contestado o pedido, presumir-se-ão aceitos pelo requerido, como verdadeiros, os fatos alegados pelo requerente (art.285 e 319); caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias.

Edson Prata é lapidar ao tratar da revelia no processo cautelar, senão vejamos:

“No processo cautelar a revelia produz os mesmos efeitos: Não sendo contestado o pedido, presumir-se-ão aceitos pelo requerido, como verdadeiros, os fatos alegados pelo requerente (artigos 285 e 319) caso em que o juiz decidia em 5 dias – dispõe o art.803.

A linguagem dos artigos 310 e 803 é ligeiramente diferente. Um diz que os fatos afirmados pelo autor reputar-se-ão verdadeiros. O outro declara que os fatos alegados pelo requerente presumir-se-ão aceitos pelo requerido, como verdadeiros.”⁹

III EFEITOS DA REVELIA NO PROCESSO CAUTELAR

“A atividade cautelar foi preordenada a evitar que o dano oriundo da inobservância do direito fosse agravado pelo inevitável retardamento do remédio jurisdicional(*periculum in mora*). O provimento cautelar funda-se antecipadamente na hipótese de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor(*fumus boni iuris* e do *periculum in mora*), o provimento cautelar opera imediatamente, como instrumento provisório e antecipado do futuro instrumento definitivo, para que este não seja frustrado em seus efeitos.”¹⁰

“Os provimentos cautelares são *em princípio provisórios*, o provimento definitivo que coroa o processo principal ou reconhecerá a existência do direito (que será satisfeito) ou sua inexistência (revogando a medida cautelar)”¹¹.

Com as observações feitas acima, fica fácil notar que “não obstante acessório, o processo cautelar é distinto do processo de conhecimento ou execução a que acede. O desenvolvimento de um não afeta o do outro, salvo disposição especial em contrário; mas pode haver interferências recíprocas, que se explicam pela íntima vinculação entre ambos”¹². Com rela-

⁹ PRATA, Edson. *A Revelia no Direito Brasileiro*. São Paulo, LEUD, p.33.

¹⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e outro. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo, RT, 13ª edição, p.321.

¹¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e outro. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo, RT, 13ª edição, p.321.

¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 21ª Edição, p. 312.

ção aos efeitos da revelia, o fato de ser o réu revel na ação cautelar não estende tais efeitos à ação principal. Nesse sentido é a conclusão LXII do Simpósio de Curitiba, realizado em outubro de 1975, *in verbis*:

“A regra do art.803 diz respeito apenas aos fatos relativos ao próprio procedimento cautelar”¹³

Nelson Nery comentando o art. 803 do CPC afirma que “sendo o réu revel, quer porque deixou de contestar, quer porque contestou fora do prazo, quer porque, embora havendo contestado formalmente, não impugnou os fatos articulados pelo autor, ocorrem os efeitos da revelia (CPC 319), presumindo-se verdadeiros os fatos narrados pelo autor na inicial. Não havendo necessidade de produzir provas em audiência (CPC 334, IV), o juiz deverá decidir o pedido cautelar dentro de cinco dias.”¹⁴

Quanto ao julgamento antecipado da medida cautelar, ensina José Carlos Barbosa Moreira que “quando o réu deixa de oferecer contestação tempestiva, isto é, ficar revel, caso em que se reputarão aceitos por ele, como verdadeiros, os fatos narrados na petição inicial com referência *ao pedido de providência cautelar* (art.803, caput, 1ª parte, combinado com o art.319) – ressalvadas, como no processo de conhecimento, as hipóteses do art.320 e outras que decorram do sistema do Código (1ª parte, § 12, nº III,3)”¹⁵.

Tal como no processo de conhecimento, a revelia têm dois efeitos principais no processo cautelar: a presunção de veracidade dos fatos e desnecessidade de intimação do réu dos atos subseqüentes do processo, efeitos esses que ensejam o julgamento antecipado da lide. Destaque-se que revelia aqui deve ser entendida como falta de contestação e não como descumprimento de um ônus processual qualquer.

Antes de se tratar dos efeitos da revelia, deve-se destacar que “nos instrumentos citatórios deverá constar sempre, como advertência, as con-

¹³ NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. São Paulo, Saraiva, 32ª Edição, p.819, nota 2 ao art. 803.

¹⁴ JÚNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil em vigor*. São Paulo, RT, 4ª Edição, p.1227.

¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 21ª Edição, p. 309.

seqüências que decorrem da omissão da resposta(arts.223, §1º, 225, n.II, 232, n.V, e 285)”¹⁶.

Nesse sentido já se manifestou o mestre Nelson Nery júnior:

“Não constando, do ato citatório, a advertência de que a falta de contestação acarreta a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, a revelia não pode induzir os efeitos do CPC 319. Isto porque o réu é leigo e não tem a obrigação de saber que sua omissão acarretará tão graves efeitos processuais”¹⁷.

Sobre esse assunto, já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

STJ ACORDÃO

RESP N.º 0010137-91/MG

4ª TURMA – JULGAMENTO 27/06/91

DJ DE 12-08-91, P.10559

Ementa:

CITAÇÃO. VALIDADE. ADVERTENCIA A QUE ALUDE O ARTIGO 225, II, DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL. CONSEQUENCIAS DE SUA OMISSÃO.

A OMISSÃO, NO MANDADO CITATORIO, DA ADVERTENCIA PREVISTA NO ARTIGO 225, II, DO CPC, NÃO TORNA NULA A PROPRIA CITAÇÃO, EFETUADA NA PESSOA DOS CITANDOS COM A OPOSIÇÃO DO CIENTE E ENTREGA DE CONTRA-FE, MAS SIM APENAS IMPEDE QUE SE PRODUZA O EFEITO PREVISTO NO ARTIGO 285, DE QUE NO CASO DE REVELIA SE PRESUMEM ACEITOS PELO REU, COMO VERDADEIROS, OS FATOS ARTICULADOS PELO AUTOR.

RECURSO ESPECIAL CONHECIDO PELO DISSIDIO JURISPRUDENCIAL, MAS NÃO PROVIDO

Relator:

MIN:1083 - MINISTRO ATHOS CARNEIRO

¹⁶ PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II. São Paulo, RT, 7ª Edição, p.1523.

¹⁷ JÚNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil em vigor*. São Paulo, RT, 4ª Edição, p. 777.

Observações:

POR UNANIMIDADE, CONHECER DO RECURSO E NEGAR-LHE PROVIMENTO.

Não há revelia quando o réu for citado por edital ou por hora certa, pois a esse tipo de réu é dado curador especial.

Em seguida apresentar-se-ão algumas considerações quanto à presunção de veracidade dos fatos.

Os doutrinadores divergem quanto aos efeitos decorrentes dos artigos 319 e 803 do CPC, senão vejamos:

Pontes de Miranda afirma que “No sistema do Código de Processo Civil de 1973, o fato alegado por uma parte e não negado pela outra é tido como verdadeiro. Adotou-se, portanto, não mais o princípio da marcação revisível das proposições, mas sim o da marcação irreversível, mesmo se há incompatibilidade com as outras provas, marcação que inibe a produção de provas em contraste com o que foi marcado pela falta de afirmação contrária. Não negar foi feito confessar”¹⁸.

Eduardo Coutoure pensa como *Pontes de Miranda* ao declarar que “A doutrina chama “admissão” à não impugnação das alegações do adversário. Os fatos admitidos ficam fora do contraditório, e, como decorrência natural, fora da prova. É inútil, dizia o preceito justinianeu, provar os fatos irrelevantes: *‘frustra probatur quod probatur nom releval’*”.

Cabe enxergar nesta fórmula uma aplicação do princípio da economia processual, que exige que as finalidades da ação sejam realizadas com um mínimo de atos. Ao dizer-se que os fatos não impugnados se tem por admitidos, chega-se não somente à solução aconselhada pela lógica das coisas, como também à que é preconizada por um razoável princípio de economia dos esforços desnecessários. Exigir a prova de todos os fatos, mesmo os tacitamente aceitos pelo adversário, seria impor um dispêndio inútil de energias contrário às finalidades do processo”¹⁹.

¹⁸ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo IV*. São Paulo, RT, 3ª Edição, p.196.

¹⁹ COUTOURE, Eduardo. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. São Paulo, Saraiva, pp. 143 e 144.

O entendimento de Pontes de Miranda e Eduardo Coutoure não pode prevalecer. O simples fato de o réu deixar de contestar a ação não pode ser entendido como uma confissão, uma admissão ou uma presunção absoluta. A presunção de veracidade dos fatos é relativa e pode ser contrariada pelos elementos dos autos.

O Superior Tribunal de Justiça sedimentou sua jurisprudência no sentido da relatividade dos efeitos da revelia:

Número: 2846 UF: RS

Decisão:

Tipo de Decisão: POR MAIORIA, NÃO CONHECER DO RECURSO.

Data da Decisão: 02-10-1990

Código do Órgão Julgador: T4

Órgão Julgador: QUARTA TURMA

Ementa:

REVELIA. EFEITOS.

A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS PELO AUTOR EM FACE

A REVELIA DO REU E RELATIVA, PODENDO CEDER A OUTRAS CIRCUNSTANCIAS

CONSTANTES DOS AUTOS, DE ACORDO COM O PRINCÍPIO DO LIVRE

CONVENCIMENTO DO JUIZ.

RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

Relator: BARROS MONTEIRO

Já na década de 40, o Prof. Luiz Machado Guimarães referindo-se ao anteprojeto do CPC de 1939, lecionava:

“A confissão é sempre uma declaração de ciência; quem confessa, declara que um determinado fato é verdadeiro. Incluiu-a, por isso, CARNELUTTI na categoria das provas testemunhais (lato sensu), definindo-a como “um testemunho qualificado pelo sujeito”, por isso que provém necessariamente da parte (...)”

“Os dispositivos em apreço, foram sem dúvida, trazidos para o anteprojeto, do direito alemão.

Segundo prescreve o §138 do regulamento Processual Alemão, cada parte deve contestar os fatos alegados pelo adversário. Os fatos que não forem expressamente contestados, serão havidos por confessados, se do conjunto das demais declarações das partes não se depreende a intenção de contestá-los.

Não obstante os termos atenuados do dispositivo da lei germânica, essa artificiosa equiparação não foi bem aceita pela doutrina. Assim Büllow se insurgiu vigorosamente contra ela, classificando-a de absurda, porquanto quem não contesta uma afirmação de fato feita pela parte adversa, deixa, com a sua conduta, que tal afirmação permaneça tal como é, mera declaração unilateral, e não como fato incontroverso.

Ainda mais prudente é o regulamento processual Austríaco, cujos dispositivos a respeito da matéria deveriam ter servido de modelo para o legislador brasileiro. Assim é que, dispondo o §178 que cada uma das partes deve contestar com precisão as alegações de fato feitas pelo adversário, não equipara, entretanto, o silêncio da parte à admissão. Com efeito, prescreve, no §267, que somente depois de considerar cuidadosamente o conjunto material de fato trazido pela parte adversa, poderá o juiz considerá-lo como admitido pela outra parte, na ausência de uma confissão expressa desta²⁰.

Atualmente, no Brasil, parece ser Cândido Rangel Dinamarco²¹ o processualista que melhor expõe acerca das implicações e do alcance dos efeitos da revelia, é seguindo os ensinamentos do mestre Dinamarco que encerraremos o presente capítulo.

O Prof. Dinamarco afirma ser a contestação um ônus processual é não uma punição ao revel, diz também que os efeitos da revelia não se estendem às questões de direito, sendo assim, o simples fato de ser o réu revel não importa em procedência do pedido do autor.

E segue “as razões postas desde o início conduzem ainda à relativização da presunção instituída pelo art.319 do Código de Processo Civil. Isso

²⁰ GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro e São Paulo, Editora Jurídica e Universitária Ltda., pp.138 e 139.

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno, vol.II*. São Paulo, Malheiros, 2ª Edição, pp.947 e seguintes, passim.

significa, em primeiro lugar, que não se presumem fatos impossíveis ou mesmo inverossímeis. O juiz deve ser realista e não pode ser ingênuo a ponto de aceitar absurdos. Ele não acreditará, p.ex., só porque o réu não o negou formalmente, que um mágico haja realmente cortado ao meio aquela mulher que posa dentro de um caixão com ares de vítima aflita; nem que todas aquelas pombas esvoaçantes estivessem de verdade dentro da cartola do mágico. Quando se vê diante de alegações inverossímeis, o mínimo que o juiz deve fazer é exigir-lhes a prova, sob pena de dá-las por inverídicas e rejeitar a pretensão que, para ser aceita, dependa desses fatos”²².

Sobre a relativização dos efeitos da revelia é importante destacar decisão do STJ que desconsiderou os efeitos da revelia, pelo fato de a contestação ter sido endereçada para a vara errada, no caso referido, o STJ decidiu que não houve inércia processual a ensejar os efeitos drásticos da revelia.

STJ ACORDÃO

RESP N.º 0056240/PR

3ª TURMA – JULGAMENTO 07/02/95

DJ DE 13-03-95, P.05293

Ementa:

PROCESSO CIVIL. CONTESTAÇÃO. EQUIVOCO NO ENDEREÇAMENTO.

TEMPESTIVIDADE.

CONTESTAÇÃO TEMPESTIVAMENTE APRESENTADA, MAS QUE, EM VIRTUDE DE EQUIVOCO NO ENDEREÇAMENTO, SOMENTE DEU ENTRADA NO CARTORIO DA VARA EM QUE CORRE O FEITO APOS A FLUENCIA DO PRAZO LEGAL.

SACRIFICAR A GARANTIA DO CONTRADITORIO, PERMITINDO QUE SE PRODUZAM OS GRAVES EFEITOS DA REVELIA, SEM QUE TENHA HAVIDO INATIVIDADE PROCESSUAL E NÃO SE VISLUMBRANDO A POSSIBILIDADE DE MA-FE, POR TRATAR-SE DA MESMA COMARCA, NÃO SE CONFORMA A VISÃO MODERNA DO PROCESSO.

RECURSO NÃO CONHECIDO.

²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, vol. II. São Paulo, Malheiros, 2ª Edição, pp.947 e seguintes.

Relator:
MIN:0353 - MINISTRO COSTA LEITE

Observações:
POR UNANIMIDADE, NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL.

IV NÃO OCORRÊNCIA DA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS

O art.320 do CPC enumera os casos em que não ocorre a presunção de veracidade dos fatos prevista nos art.319 e 803 também do CPC, são eles:

I - se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;

O inciso I do art.320 do CPC que significar que “caso um dos litisconsortes passivos conteste a ação, não ocorrem os efeitos da revelia quanto ao outro litisconsorte revel. Essa ocorrência, entretanto, depende de os interesses do contestante serem comuns aos do revel. Caso os interesses dos litisconsortes passivos sejam opostos, há os efeitos da revelia, não incidindo o CPC art.320 I”²³.

É o caso, por exemplo, de “o autor da futura demanda reivindicatória que promove uma ação cautelar de seqüestro de imóvel cuja restituição pretende obter na ação satisfativa. Se o imóvel pertencer a dois condôminos, eles são litisconsortes passivos, na ação de seqüestro”²⁴.

II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

“Pode-se dizer que direitos indisponíveis são os direitos essenciais da personalidade, também chamados fundamentais, absolutos, personalíssimos, eis que inerentes da pessoa humana. Entre os direitos fundamentais do ser

²³ JÚNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil em vigor*. São Paulo, RT, 4ª Edição, p.819.

²⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil, vol.III*. RT, São Paulo, 2ª Edição, p.120.

humano de vem figurar, em primeiro plano, o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à honra, o direito à integridade física e psíquica... Números direitos personalíssimos podem juntar-se aos já citados, como, por exemplo, o direito ao estado civil, o direito ao nome, o direito à igualdade perante a lei, o direito à intimidade, o direito aos alimentos, o direito à inviolabilidade de correspondência... Conforme, de resto, prescreve o art.1035 do Cód. Civil, só com referência a direitos patrimoniais de caráter privado se permite transação... Conseqüentemente direitos indisponíveis são todos aqueles que não possuem um conteúdo econômico determinado”...e que não admitem renúncia ou que não comportem transação”²⁵.

Consideram-se também direitos indisponíveis, os direitos da Fazenda Pública, é uma manifestação da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Sendo assim, pode-se afirmar que contra a Fazenda Pública não se aplicam os efeitos da revelia, nem no processo de conhecimento tampouco no processo cautelar.

III - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato;

É o caso, por exemplo, de ação cautelar de busca e apreensão fundada no Decreto lei 911/69, ação esta que deve ser instruída com o contrato que constitui a alienação fiduciária devidamente registrado.

CONCLUSÕES

Sem prejuízo das conclusões parciais lançadas no curso deste trabalho, alinha o autor algumas conclusões que considerou de maior importância acerca dos temas abordados:

- 1) Contumácia e revelia não se confundem, esta é a omissão total do réu em defender-se, aquela é a inércia processual de qualquer das partes;
- 2) A revelia teve seus efeitos ampliados no CPC de 1973 e está presente no processo cautelar, no processo de conhecimento (ordiná-

²⁵ Hélio Sodré *apud* in JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 30ª Edição, p.396.

- rio e sumário), além disso, a lei 9.099 prevê a revelia nos Juizados Especiais Cíveis etc;
- 3) A revelia não pode ser entendida como penalidade aplicável ao réu, mas sim como uma medida de caráter processual que visa acelerar o processo quando o réu for omissivo, em relação ao processo cautelar os efeitos da revelia estão previstos no art.803 do CPC;
 - 4) A presunção de veracidade dos fatos é o principal efeito da revelia. Essa presunção não pode ser entendida como confissão nem tampouco como presunção absoluta, o seu efeito é relativo e com esse entendimento os Tribunais Pátrios têm minorado o rigor do texto legal;
 - 5) A revelia no processo cautelar não estende os seus efeitos ao processo principal, vez que, apesar de vinculados têm objetivos diferentes;
 - 6) Há casos em que a presunção de veracidade dos fatos não opera seus efeitos, são aqueles previstos no CPC em seu art.320, incisos, I - se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação, II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis e III - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.

BIBLIOGRAFIA

- SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil, vol.III*. RT, São Paulo, 2ª Edição.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e outro. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo, RT, 13ª edição.
- COUTORE, Eduardo. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. São Paulo, Saraiva.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno, vol.II*. São Paulo, Malheiros, 2ª Edição.
- FADEL, Sergio Sahione. *Código de Processo Civil Comentado*. Rio de Janeiro, José Konfino Editor, 3ª Edição.
- FILHO, Gabriel José Rodrigues de Rezende. *Curso de Direito Processual Civil, vol.II*. São Paulo, Saraiva, 6ª Edição.

- GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro e São Paulo, Editora Jurídica e Universitária Ltda.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil, vol. I*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 30ª Edição.
- JÚNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil em vigor*. São Paulo, RT, 4ª Edição.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo IV*. São Paulo, RT, 3ª Edição.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 21ª Edição.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. São Paulo, Saraiva, 32ª Edição.
- PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado, vol. II*. São Paulo, RT, 7ª Edição.
- PRATA, Edson. *A Revelia no Direito Brasileiro*. São Paulo, LEUD.
- ROSA, Eliézer. *Conferência in Revista de Direito Processual Civil, 4º Vol*. São Paulo, Saraiva.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, vol. II*. São Paulo, Saraiva, 18ª Edição.
- SILVA, Ovídio Baptista. *Curso de Direito Processual Civil, vol. I – processo de conhecimento*. São Paulo, RT, 4ª Edição.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues e outros. *Curso Avançado de Direito Processual Civil, vol. I*. São Paulo, RT.

TIPOLOGIA DAS ESPÉCIES RECURSAIS EM FACE DA COMPLEXA DIVERSIDADE PROCESSUAL

FLÁVIA ROMERO CAMPOS

Diretora de Secretaria da 8a. Vara – CE

SUMÁRIO: 1 - Explicação sumária sobre a diversidade recursal. 2 - O direito de recorrer, o abuso e a pletora recursal. 3 - O exercício da atividade recursal comum. 4 - O manejo dos recursos de natureza rara. Bibliografia.

1 EXPLICAÇÃO SUMÁRIA SOBRE A DIVERSIDADE RECURSAL

Não são poucos os críticos que acoimam o sistema recursal brasileiro de excessivamente amplo e farto, muito generoso mesmo, em espécies impugnativas das decisões judiciais, quer se considerem os meios disponíveis para adversar os provimentos proferidos nas instâncias primárias, quer se leve em conta os existentes para dar combate às soluções prolatadas nos Tribunais Superiores e Cortes de Justiça.

A diversidade recursal é certamente explicável por várias razões, algumas até de ordem histórica, tendo em vista que os mais diversos recursos foram sendo criados, ao longo do tempo, muitas vezes ao sabor de inovações legislativas extravagantes, sem maior ou mesmo mais demorada atenção ou preocupação com a sua desejável sistematização em corpo de doutrina, potencialmente residente no Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil (CPC), na verdade, lista (art. 496) o rol completo dos recursos processuais civis, daí se dizer que se trata de *enumera-*

ração taxativa (numerus clausus), no âmbito das relações processuais regidas pelo referido Código, mas isso não importa afirmar que estariam excluídos do sistema recursal geral outros recursos civis previstos nas leis processuais extravagantes e que pertinem às relações processuais não-regidas pelo mesmo CPC, ou regidas por ele apenas subsidiariamente.

Dir-se-á, assim, que o sistema recursal codificado é *rígido*, significando que *não há outros recursos civis no CPC, embora os haja, sem dúvida alguma, no sistema recursal geral, com a oportuna inclusão dos recursos previstos nas leis extravagantes ao Código, as leis especiais que regulam, por exemplo, o processo da ação de mandado de segurança (Lei 1.533/51), a execução fiscal (Lei 6.830/80), as ações do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 9.278/96), os feitos que tramitam nos Juízos Especiais (Lei 9.099/95), etc., dentre outros diplomas legais que poderiam ser apontados.*

Cada um dos tipos recursais tem a sua peculiar conformação e o seu específico pressuposto de utilização, efeitos, procedimento e finalidade, devendo-se sempre, em prol da melhor operatividade do sistema, limitar-se ou mesmo eliminar-se o trâmite de recurso que não se adequa, em tudo por tudo, ao seu padrão legal; a extensão dos casos de cabimento de recursos mais contribui para perturbar do que para estabilizar as relações processuais.

Também seria de valimento referir que, além dos meios impugnativos codificados no CPC e dos que lhe são extravagantes, há outras medidas processuais que, *mesmo não tendo natureza recursal*, muitas vezes são utilizadas com sucesso, à maneira de seus sucedâneos informais; seria o caso de se considerar essas medidas *como integrantes do sistema recursal, já que vêm sendo progressivamente assimiladas com essa qualidade.*

São exemplos disso: o mandado de segurança contra ato judicial (*que persiste, mesmo após a reforma do procedimento do agravo*), a ação cautelar inominada para sustar a execução de decisões judiciais, a reclamação, a correção parcial, os agravos internos ou regimentais, o pedido de reconsideração, a correção parcial e, o mais importante desses, a remessa obrigatória, dentre outros de idêntico perfil.

Ao lado desses, também têm notável expressão os recursos que são de *criação jurisprudencial*, por expansão dos recursos existentes, assim rotulados os que, não previstos em lei, são adotados na prática dos Tribunais do País, como, por exemplo, o recurso de embargos de declaração com

efeito modificativo da decisão, sejam elas de carga definitiva, ou de conteúdo interlocutório.

Entretanto, a feição aparentemente assistemática do *conjunto recursal*, mercê das várias espécies recursais de implantação não-codificada e de outras, pode dar azo à inevitável emergência de meios de impugnação repetidos, fazendo surgir, muitas vezes, alguma perplexidade quanto ao tipo de recurso a utilizar, em virtude da *sugestão de existência* de mais de um meio impugnativo, para o mesmo resultado prático, *embora nunca se descarte o valioso preceito da unirecorribilidade*.

Essa é a situação que motiva um certo desafio processual, que geralmente se resolve com a aplicação da *fungibilidade recursal*, ensejando que uma medida que seja inadequadamente interposta, possa ser *aproveitada* com os efeitos do recurso que não foi manejado, *salvo quando ocorrente erro grosseiro*.

A *qualidade* do erro, por sua vez, traz à baila um outro desafio, qual seja o de identificar-se, em cada caso, quando seria o *erro escusável*, geralmente viabilizador da fungibilidade recursal, e quando se estaria diante de um *erro grosseiro (inescusável)*, que aponta para o *não conhecimento* da inconformação; o *não conhecimento* importa em recusa pura e simples da cognição do pedido recursal, *algo similar à rejeição da petição inicial*.

Porém, deve ser assinalado que a formação complexa do sistema recursal, com a superveniência e a incorporação de leis processuais esparsas (extravagantes ao Código), faz o quadro dos recursos parecer caótico, dando a falsa idéia de que se trata de uma estrutura fragmentária e assistêmica.

A essa explicação de base essencialmente *empírica* da pluralidade dos recursos deve ser acrescentado o inegável substrato *científico* dessa pluralidade, onde avulta sobretudo a *especificidade finalística de cada tipo*, eis que não se confundem (no plano teórico) os seus objetivos processuais e jurídicos, todos realizados em prol da obtenção de melhor justiça e de maior segurança do ordenamento, de que cada espécie recursal é serviente.

Dest'arte, será correto dizer que a idéia dominante na criação de novos recursos *sempre foi e certamente continua sendo a de propiciar às partes soluções que sejam tocadas de crescentes e mais elevadas doses de justiça*, sendo lícito dizer-se que subjaz às inovações legislativas de conteúdo recursal a noção de que *a última decisão deverá ser sempre mais justa*.

Mas a diversidade de meios impugnativos não conduz e nunca conduziu à abolição de um dos mais vetustos preceitos da Ciência do Processo,

particularmente na sua província dos recursos, qual seja o de que *as decisões judiciais são impugnáveis mediante o uso de um só e único recurso, não se admitindo que a inconformação da parte com a decisão adversa ao seu interesse possa instrumentar-se em meios plurais, à livre escolha do impugnante.*

Esse princípio, que é prestigiosamente chamado pela doutrina processual de *princípio da unirecorribilidade (ou, ainda, da unicidade ou da singularidade recursal)* não se contrapõe, porém, à existência de vários recursos comuns (pluralismo recursal), no domínio ou no âmbito do sistema recursal, *mas se contrapõe frontalmente à existência de recursos simultâneos ou cumulativos, indiferentes ou concomitantes, para impugnar ou adversar, pela mesma razão, o conteúdo da decisão judicial, ou seja, pela lógica do sistema impugnam-se as decisões através de um só recurso.*

Deve ser ressaltado que um provimento judicial pode, eventualmente, conter mais de uma decisão ou conter decisões sob diferentes fundamentos ou qualidades e, nessa hipótese, *sem quebra do princípio da unirecorribilidade*, abre-se para a parte interessada a oportunidade de exercer, ao mesmo tempo, mais de uma forma impugnativa, *mas cada qual delas com a sua especificidade, tanto no nível dos seus pressupostos, quanto no nível do seu propósito (objetivo).*

São exemplos completos dessa eventualidade, ou seja, mais de uma decisão no bojo da mesma peça judicial:

- (a) o acórdão que, apreciando um processo em que se debatem mais de uma questão, contém julgamento *unânime* quanto a uma delas e *por maioria* de votos relativamente à(s) outra(s), ensejando que se impugne a parte unânime através de recurso especial ou extraordinário, conforme o caso, e a parte não-unânime do julgamento através de embargos infringentes; e
- (b) o acórdão que, no mesmo processo, decide uma questão com base na Constituição (questão constitucional) e outra fundada em norma infra-constitucional, tornando-se impugnável através dos recursos extraordinário (para o STF) e especial (para o STJ), exercitáveis ao mesmo tempo.

A interposição ulterior de um recurso contra o julgamento proferido em uma impugnação recursal precedente *não pode ser considerada como*

uma nova impugnação (ou re-impugnação) do mérito daquela primeira decisão, mas como um meio impugnativo para adversar est'outra decisão, vincando-se as suas razões nos limites do conteúdo dessa última.

Contudo, é a possibilidade de recursos contra toda e qualquer decisão (mesmo aquela que já solucionou uma prévia impugnação recursal) que parece fazer do sistema algo deformado, quiçá carente de maior racionalidade ou capaz de produzir estabilidade das lides em tempo mais curto; merece melhor reflexão, no entanto, esse aspecto pontual do sistema de impugnações das decisões judiciais.

Não há dúvida alguma de que *solucionar as lides em tempo mais curto* é um dos mais prezáveis objetivos do processo, que se estende também ao sistema recursal, *mas o atendimento aos anseios de justiça, que se pode alcançar através dos meios processuais impugnativos, é também um escopo relevante, que não deve ser sacrificado em homenagem àquel'outro.*

É certo que a amplitude impugnativa de um sistema recursal que pusesse a sua tônica na justiça poderia conduzir à *ilimitação das medidas recursórias ou à possibilidade de rediscussão de toda a causa na segunda instância, inclusive com a produção de provas novas, de modo que se dessem às partes as mais largas oportunidades de ataque e defesa*, praticamente se reabrindo a instância originária antecedente.

Mas é evidente que essa hipotética orientação (*aliás desconhecida dos sistemas recursais*) solaparia a efetivação das decisões e por outro lado *eternizaria* as demandas, com inaceitável sacrifício dos macro-interesses sociais, que também devem ser atendidos com a oportuna emissão de providimentos judiciais mais céleres, *sem que isso importe em injustiça reconhecida.*

Por tal razão, um dos maiores desafios que hoje se enfrenta na seara dos recursos pertine, sem dúvida alguma, a *conciliar* o ideal da celeridade na outorga da prestação jurisdicional, com a máxima justiça da decisão, mas sem adotar a idéia de que o sistema recursal *deva ser encurtado, acolhendo-se, antes, que deva ser racionalizado o uso dos seus vários mecanismos, com a finalidade de alcançar essa meta da conciliação entre esses dois prezáveis valores (celeridade e justiça).*

2 O DIREITO DE RECORRER, O ABUSO E A PLETORA RECURSAL

A identificação de recursos excessivos justifica e conduz ao fenômeno do *abuso do direito de recorrer*, mas esse fenômeno (indubiosamente

existente) é, na verdade, uma *prática distorsiva e indesejável* do mecanismo recursal e não uma nota imanente ao sistema dos recursos, como às vezes pode parecer, devendo ser efetivamente combatida com a maior tenacidade, *especialmente pelos Juízes dos Tribunais de Segundo Grau.*

Serão os Juízes do Segundo Grau os responsáveis pelo alargamento irracional das práticas impugnativas, *pois lhes cabe, no plano inicial, selecionar os feitos recursais procedíveis nessa instância, aplicando criteriosamente as sanções processuais, quando e se a manifestação não se enquadrar com justeza no tipo de recurso manejado.*

Ao fenômeno da multiplicação de medidas recursais se tem dado o nome de *pletora recursal*, fenômeno que efetivamente merece total repulsa, mas não se deve e nem se pode, sob a sempre elogiável intenção de esforços conscientes para extirpá-lo, pugnar-se até pela eliminação de alguns mecanismos do sistema de recursos ou pela redução das possibilidades impugnativas das decisões judiciais.

A aparente multiplicidade de recursos e o fenômeno da *pletora recursal*, embora guardem laços comuns, devem ser entendidos e analisados separadamente, pois, enquanto a multiplicidade recursal atende a uma vocação da jurisdição para efetivar a *melhor justiça*, a *pletora recursal* somente graves empecos lhe acarreta, significando mesmo um viés que tende a prolongar as soluções das demandas *e produzir uma forma de qualificada de injustiça.*

Algumas técnicas poderiam certamente ter a maior eficácia na *luta pelo depuração do direito de recorrer*, combatendo os efeitos da demora dos recursos, apontando-se, entre outras, as seguintes providências: (a) a verificação casuística das situações que caracterizam *abuso de direito recursal ou de interposição de recurso com efeito somente protelatório* e (b) a aplicação rigorosa da sanção processual do *não conhecimento e de multa pecuniária*, se ausente qualquer dos pressupostos gerais ou especiais do tipo recursal manejado pela parte.

Para tal atividade *sanadora*, não se necessitaria de norma legal nova que descrevesse essas indesejáveis figuras, pois se trata de conceitos já de longa data sedimentados na doutrina jurídica processual mais conhecida.

O *abuso de direito recursal ou de interposição de recurso com efeito somente protelatório* podem ser tidos como caracterizados quando e se a parte recorrente:

- (a) não traz argumentos juridicamente convincentes para demonstrar o alegado desacerto da decisão impugnada, deduzindo a chamada *impugnação em termos amplos e vagos*. Exemplo de argumento desse tipo: *A decisão atacada diverge dos altos roteiros jurídicos que se aplicam à espécie, dissentindo frontalmente da jurisprudência dos Tribunais, devendo por isso ser reformada.*
- (b) deduz no recurso argumentação *contra legem* ou anti-sistêmica, formulando a chama *impugnação veiculante de oposição política*. Exemplo de argumento desse tipo: *A norma legal a que a decisão deu aplicabilidade prevê o pagamento de tributo, cuja arrecadação é utilizada em fins perdulários pelo governo, por isso a referida decisão deve ser reformada.*
- (c) postula contra os enunciados de súmulas dos Tribunais, exibindo *impugnação fundada na autoridade do próprio argumento*. Exemplo: *Apesar de apoiada em súmulas do STF e do STJ, a decisão deve ser reformada, porque esses enunciados não refletem com justeza a melhor compreensão da controvérsia jurídica dos autos.*
- (d) investe contra a jurisprudência dominante nos Tribunais do País, formulando *impugnação calcada em alegação de superficialidade nos julgamentos dos casos antecedentes*. Exemplo de argumentação desse tipo: *Verifica-se que os precedentes judiciais trazidos à colação se referem a casos julgados onde não houve a devida análise vertical da situação, daí porque a decisão neles ancorada não há de prevalecer.*
- (e) contrapõe-se à doutrina jurídica consagrada ou incontroversa, vertendo *impugnação recriadora de conceitos jurídicos consolidados*. Exemplo: *Equivoca-se o prolator da decisão recorrida ao afirmar que somente as coisas corpóreas cabem no conceito de mercadoria, pois as coisas incorpóreas também podem ser objeto de compra-e-venda mercantil.*

São numerosos nos Tribunais do País, inclusive nos Tribunais Superiores, os *casos recursais idênticos*, que se concretizam com a reiteração ou repetição de recursos, sempre calcados no mesmo fundamento (ou desfundamento) jurídico, dando ensejo à *julgamentos repetitivos*, produtores de efeitos nocivos, que devem ser evitados e combatidos.

Essa prática (*a da repetição de recursos com os mesmos fundamentos de outros já anteriormente rejeitados*) é geralmente adotada (com sucesso) por órgãos do Poder Público e se identifica com a má tentativa de esquivar-se do pagamento de condenações ou protelar ao máximo dos máximos, no tempo, o desempenho de obrigações impostas por decisões judiciais.

Ademais, essas protelações acabam sendo danosas ao próprio Erário Público, pois acarretam acréscimos financeiros muitas vezes de vulto no valor das condenações.

3 O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RECURSAL COMUM

A atividade recursal, no domínio dos recursos comuns, se movimenta quando a parte defronta uma decisão judicial que lhe é adversa, *não se exigindo que essa decisão se apresente timbrada de nenhuma peculiaridade*, bastando ao exercício do direito de recorrer tão só e apenas o fato processual do sucumbimento.

No rol dos recursos listados no art. 496 do CPC (sistema recursal codificado exaustivo) são classificados de *comuns* os seguintes tipos recursais:

- (1) APELAÇÃO - Este recurso, regulado nos arts. 513 e segs. do CPC, é considerado o *recurso perfeito*, sendo com certeza o *mais antigo*, encontrando-se indicações da sua prática, incipiente, é claro, e nas condições sociais e jurídicas das respectivas épocas, mesmo nos ordenamentos processuais das civilizações mais remotas.

A completude dessa modalidade recursal advinha, inclusive, da *ilimitação prática* das questões que podiam ser agitadas no seu âmbito, o que importava no *re-julgamento completo da lide*, apreciando-se a sua inteireza, sem apriorísticas exclusões de aspectos ou temas; somente muito depois, com a evolução e sistematização do processo, é que o recurso de apelação foi sendo restringido e racionalizado, de modo a não se admitir a cognição, pelo Tribunal, de matéria que não tivesse sido impugnada no juízo originário, como se acha posto no art. 515 do CPC.

Há, contudo, resquícios da época em que a apelação era *praticamente ilimitada*, permitindo, como dito, o reexame da lide em todos os seus aspectos (*talvez até por razão de maior justiça na decisão*), como se vê no

art. 517 do CPC, ao permitir a proposição de questão factual, *desde que provando a parte que a deixou de suscitar no juízo primário por motivo de força maior.*

De todo modo, cabe no recurso de apelação o exame de toda a matéria tratada no juízo anterior, mesmo aquela que não foi objeto de decisão *por inteiro* (art. 515, parág. 1o. do CPC).

Outra nota preciosa do recurso de apelação é a de que, em regra, nele estão presentes os efeitos devolutivo e suspensivo (art. 520 do CPC), *sendo este último efeito o que dá a essa modalidade recursal a sua inestimável utilidade e faz dele o instrumento mais valioso para correção dos erros cometidos nos julgamentos de primeiro grau;* a suspensividade da execução da decisão recorrida, própria do recurso de apelação, se estende, como regra geral, a outras modalidades recursais, *somente se afastando quando a lei expressamente o determinar.*

Pelo sistema do Código de 1973 (Código Buzaid), a apelação *somente tem cabimento para impugnar decisões que sejam definitivas/terminativas do processo, isto é, decidam o pedido, deferindo-o ou indeferindo-o, ficando todas as demais decisões judiciais que se prolatem nos feitos susceptíveis de impugnação através do recurso de agravo* (arts. 513 e 522 do CPC).

Essa diretriz do CPC de 1973 encerrou a antiga dúvida reinante sobre o âmbito de recurso de apelação, muitas vezes confundido com o do agravo (de instrumento), como ocorria em relação a muitas situações do CPC de 1939 (*arts. 842, 846 e 851, por exemplo, que previam o recurso de agravo de instrumento para adversar certas decisões definitivas e terminativas*), introduzindo-se maior racionalidade no manejo dos meios impugnativos, *eliminando o complicado sistema das alçadas, do valor da causa e da natureza da lide*, como anota JOSEL MACHADO CORRÊA (Recurso de Apelação, História e Dogmática, Iglu, 2001, p. 143).

- (2) AGRAVO - O agravo de que cogitam os arts. 522 e segs. do CPC é o recurso com que se adversam as *decisões interlocutórias* dos juízos primários, cabendo no seu conceito *aquelas pelas quais o Juiz resolve questão incidente* (art. 162, parág. 2o. do CPC); contudo, não é, tarefa sem percalços deslindar ou identificar as *questões incidentes*, pelos menos em algumas situações que a prática processual engendra.

Segundo referência do mestre OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, trata-se de modalidade recursal tipicamente lusitana, advinda do Direito Medieval, quando não se admitia recurso de apelação contra as *decisões judiciais interlocutórias* (Curso de Processo Civil, Fabris, 1996, vol. II, p. 370), sendo a sua prática um meio eficaz de obviar a ocorrência de dano jurídico, em razão da condução do processo pelo Juiz, vedando algum direito à parte.

A decisão interlocutória, em geral, é de natureza *essencialmente processual*, segundo o infalível magistério de MOACIR AMARAL SANTOS (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Saraiva, 1998, vol. 3, p. 8), mas há autores, como o eminente HÉLIO TORNAGHI, que aceitam maior largueza no perfil da questão incidente e da decisão interlocutória que a resolve (Comentários ao CPC, RT, 1978, vol. II, pp. 25/26).

No sistema do CPC, o recurso de agravo é *vocacionado para adversar decisões interlocutórias dos juízos primários*, levando o seu conhecimento à instância superior, geralmente através de instrumento, contendo a reprodução das peças que ensejam a exata compreensão da questão incidente resolvida; entretanto, o agravo poderá, a pedido da parte que o interpõe, ficar *retido* nos autos, para ser conhecido como *preliminar do ulterior recurso de apelação*, se houver.

A tradição processual era no sentido de que o recurso de agravo *não tinha efeito suspensivo*, ou seja, a decisão judicial recorrida se executava de logo; mas a inconveniência que decorria do ulterior provimento do recurso fez com que se permitisse ao relator do feito, no Tribunal, suspender a execução da decisão primária ou emitir provimento substitutivo do denegado na origem (art. 527, II do CPC, introduzido pela Lei 9.139/95).

Entretanto, o agravo também é hábil para adversar outras decisões que não as oriundas dos juízos primários, tais como as prolatadas, em segundo grau, pelos Presidentes dos Tribunais em pedidos de suspensão de medidas liminares em mandado de segurança (arts. 13 da 1.533/51 e 4o. da Lei 4.348/64), em ações cautelares (art. 4o. da Lei 8.437/92) e outras, ou as emitidas pelos relatores de feitos, nas Cortes de Justiça.

Essa modalidade de recurso de agravo constitui os chamados *agravos internos*, nos quais não há a formação de instrumento e são apreciados e decididos pelo Pleno dos Tribunais (*quando se trata de pedido contra ato do Presidente da Corte ou contra ato de relator em processo da competência plenária da Casa*), ou pelos seus órgãos parcelares (Turma ou Câmara),

quando de cogita de pedido contra ato de relator em feito da competência desses mesmos órgãos.

- (3) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Elencado no rol dos recursos civis (art. 496, IV do CPC), os embargos de declaração *não visam reformar nem obter decisão substitutiva do provimento judicial contra o qual são aforados* (arts. 535 e segs. do CPC), pelo que poderiam até não ser considerados como recursos, segundo já alvitram mestres da maior nomeada, entre os quais GABRIEL DE REZENDE FILHO, LOPES DA COSTA, MACHADO GUIMARÃES, ODILON DE ANDRADE e JOÃO MONTEIRO, como mostra MOACIR AMARAL SANTOS (op. cit., p. 146).

A finalidade dos embargos de declaração é a de *excluir do julgado (seja sentença ou seja acórdão) alguma obscuridade, contradição ou omissão que neles se encontrem e que sejam objetivamente apontados pelo embargante*; pode parecer uma construção um tanto abstrata, mas a sucumbência da parte, para legitimar os embargos de declaração, reside na obscuridade, contradição ou omissão que a decisão apresente, de sorte que é necessário derivar algum prejuízo de qualquer dessas ocorrências.

Apesar de ser um *recurso incompleto*, por lhe faltar a finalidade modificativa da decisão atacada, a doutrina processual contemporânea não nega aos embargos de declaração a natureza recursal, como se vê em JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (Comentários ao CPC, Forense, 1998, vol. 5, p. 533), HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (Curso de Direito Processual Civil, Forense, 1998, vol. 1, p. 587), MOACIR AMARAL SANTOS (op. cit., p. 146) e JOSÉ FREDERICO MARQUES (Instituições de Direito Processual Civil, Millenium, 2000, vol. 4, p. 234), dentre outros mestres.

Os embargos de declaração podem, ainda, ser tidos como *mecanismo processual de integração da decisão impugnada*, mas para acolhimento desse entendimento seria mister não se admitir que por essa via *incompletamente impugnativa* se pudesse obter a reforma do ato judicial; entretanto, o efeito modificativo dos embargos de declaração *está hoje amplamente aceito* na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais do País, de sorte que parece mais um *retrocesso* ou mesmo uma atitude *saudosista* pugnar-se, a esta altura, pelo retorno dos seus limites à finalidade tradicional de *apenas expungir da decisão judicial obscuridades, contradições ou omissões*.

- (4) RECURSO ORDINÁRIO - O recurso ordinário a que aludem os arts. 539 e 540 do CPC tem fonte na Carta Magna (arts. 102, II e 105, II), daí ser chamado pela doutrina jurídica processual de *recurso ordinário constitucional* e é interponível: (a) para o STF, contra as decisões originárias dos Tribunais Superiores (decisões de única instância), quando denegatórias de pedidos de *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção; e (b) para o STJ, contra as decisões originárias ou recursais (decisões de única ou última instância) dos TRF's e dos TJ's, denegatórias de ordem de *habeas corpus* ou de mandado de segurança (letras "a" e "b" do art. 105, II da CF), e proferidas nas causas em que forem partes, de um lado Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa residente no País (letra "c" do art. 105, II da CF).

Ressalte-se que o recurso ordinário constitucional tem a mesma feição impugnativa do recurso apelatório, *podendo percutir matéria fática e jurídica, questões de direito federal, estadual e municipal, possuindo o efeito devolutivo amplo*, como é assinalado por VICENTE GRECO FILHO (Direito Processual Civil Brasileiro, Saraiva, 1996, vol. 2, p. 335); o seu espectro, como se vê das suas disposições reguladoras, envolve matéria civil e penal, interessando, assim, a ambas as searas do ramo processual do Direito.

4 O MANEJO DOS RECURSOS DE NATUREZA RARA

São denominados de *recursos raros* os que, para serem interpostos, dependem da presença de algo mais além da sucumbência processual, ou seja, *dependem do comparecimento simultâneo, na decisão judicial a impugnar, do sucumbimento e de um elemento de qualificação desse fenômeno*, que pode ser:

- (a) o impacto (positivo ou negativo) do teor da decisão impugnanda com os ditames da Carta Magna (dando azo ao recurso extraordinário para o STF);
- (b) o impacto (positivo ou negativo) do teor da decisão impugnanda com dispositivo legal federal ou norma de tratado ou dissentir do

- entendimento que à lei federal tenha atribuído outro Tribunal do País (dando azo ao recurso especial para o STJ);
- (c) a divergência ocorrida no julgamento de apelação ou de ação rescisória entre os juízes de Tribunal, acarretando a decisão *por maioria de votos* (dando azo ao recurso de embargos infringentes) ou no julgamento de recurso extraordinário (no STF) ou especial (no STJ) em relação ao entendimento que já tenha sido dado à matéria por órgão fracionário ou pelo Pleno do mesmo Tribunal (dando azo ao recurso de embargos de divergência).

Segundo o sistema do CPC (art. 496), são estes os recursos que se consideram raros, tendo em vista o elemento de qualificação que a lei exige para a sua interposição:

- (1) EMBARGOS INFRINGENTES - O recurso de embargos infringentes, cujo processamento é disciplinado nos arts. 530 e segs. do CPC, é julgado *pelo Pleno ou por outro órgão regimentalmente competente do mesmo Tribunal que proferiu a decisão embargada*, prolatada que terá sido, *por maioria de votos*, em recurso de apelação ou em ação rescisória, por um dos seus órgãos parcelares (Turma ou Câmara).

O ponto singular do tipo recursal em comento é a *desuniformidade* da votação, ou seja, na decisão deverá ter havido *pelo menos um voto divergente (vencido), cujo teor há de estar posto nos autos*; se o Juiz proferidor desse voto divergente não o tiver lançado nos autos, caberá à parte interessada provocar a sua juntada (através de embargos de declaração de efeito supridor), *sem o que o recurso não deverá, a rigor, ser conhecido*, embora uma certa liberalidade dos Tribunais mostre a tendência de admitir os infringentes, mesmo sem o voto vencido, *pelo menos quando a divergência for total*, hipótese em que o seu teor pode ser *inferido* pelo conteúdo (adverso) dos votos vencedores.

O julgamento desse recurso é, na verdade, uma extensão do julgamento anterior, mas não uma renovação do julgamento da apelação ou da rescisória, *pois a cognição do recurso é limitada ao âmbito da divergência*.

Importa dizer que uma parte da doutrina processual vem atribuindo alargamento ao cabimento do recurso de embargos infringentes, aceitando-

o quando o julgamento da *remessa de ofício* for por maioria de votos, conforme revela VICENTE GRECO FILHO (op. cit., p. 345) ou quando o julgamento do *agravo de instrumento*, por maioria de votos, puser termo ao processo, como advoga NELSON NERY JÚNIOR (CPC Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante, RT, 1977, p. 796).

A expansividade dos embargos infringentes parece uma *tendência evolutiva* nessa modalidade recursal, tanto que VICENTE GRECO FILHO, mesmo contra as súmulas 169 do STJ e 597 do STF, o admite na ação de mandado de segurança (op. cit., p. 345) e o mestre JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA o aceita em agravo regimental (agravo interno), se o seu teor equivaler ao julgamento da apelação ou da rescisória (Comentários ao CPC, Forense, 1998, vol. V, p. 510).

- (2) RECURSO EXTRAORDINÁRIO - A história do recurso extraordinário mostra que a sua criação, no Brasil, logo após a proclamação da República, através do Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, visava garantir a supremacia da Carta Magna e da legislação federal, cuidando de fazê-las aplicáveis do modo mais uniforme possível em todo o espaço da então recente Federação Brasileira, conforme análise de NELSON LUIZ PINTO (Recurso Especial para o STJ, Malheiros, 1996, p. 40).

O recurso, de nascentes constitucionais (art. 102 da Carta Magna) e disciplina nos arts. 541 e segs. do CPC, tem a macro-função estratégica de *manter a integridade e a inteireza positiva da Constituição Federal* (expressões do mestre Pinto Ferreira), valores que são cuidadosamente preservados na ordem jurídica, como expressa NELSON SALDANHA (Formação da Teoria Constitucional, Forense, 1983, p. 125); esse quadro de valores são *herança sagrada* do pensamento de HANS KELSEN e da sua insubstituível e criativa construção do escalonamento do sistema jurídico (Teoria Geral do Direito e do Estado, tradução de Luiz Carlos Borges, Martins Fontes, 192, p. 129).

Os jusfilósofos acolhem inteiramente a idéia de *formação sistêmica do Direito* (LOURIVAL VILANOVA, Causalidade e Relação no Direito, Saraiva, 1989, p. 24 e NORBERTO BOBBIO, Teoria do Ordenamento Jurídico, tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste Santos, Polis, 1989, p. 49), sendo a noção ou a necessidade de sua preservação uma correlação

que lhe é de todo indispensável (NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Estudos Temáticos de Direito Constitucional, UFC, 2000, Estudo V, pp. 163 e segs.).

A especificidade do recurso extraordinário está guardada assim: *(a) a decisão impugnanda deverá impactar a Constituição, quer afrontando diretamente alguma de suas normas, quer deixando de lhe dar inteira aplicação; (b) deverá ser proferida em única ou última instância ordinária, isto é, não poderá caber, no órgão jurisdicional inferior, nenhum recurso comum para adversar a decisão e (c) a interposição deverá exhibir, clara e cabalmente, que a matéria constitucional foi decidida na instância anterior (pré-questionamento).*

- (3) RECURSO ESPECIAL - A Carta Magna de 1988 criou o recurso especial (art. 105, II), cujo processamento está disciplinado nos arts. 541 e segs. do CPC, visando instrumentar o STJ com o meio recursal adequado para exercer em plenitude a sua função de guardião da normatividade infra-constitucional, proferindo, como bem o disse ARRUDA ALVIM, “*decisões paradigmáticas, que orientarão a jurisprudência do País e a compreensão do Direito Federal*” (Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário, RT, 1998, p. 31).

A função de *formar a orientação jurisprudencial, através de paradigmas*, é exercida, porém, somente quanto às questões de direito, não quanto às questões factuais (ainda que relevantes) residentes nos litígios; os erros de fato que eventualmente se encontrem em decisões de Tribunais são, sem dúvida alguma, produtores de indesejável instabilidade no sistema jurídico, *mas não tanto quanto os erros de direito, que se convertem em precedentes judiciais, retro-alimentando a sua própria reprodução (do erro de direito) e causando, assim, uma situação de absoluto perigo para o próprio sistema como um todo.*

É seguramente sob o prisma dessa *qualidade matricial* que as decisões dos Tribunais, máxime as do STF e do STJ, devem ser consideradas e se assim não se fizer *se estará a cada passo e em cada julgamento se reinaugurando sempre um entendimento novo, desprezando-se as construções pretorianas consolidadas e abalando um dos fundamentos da ordem jurídica, que é a compreensão jurisdicional de seus limites e de suas potencialidades.*

- (4) EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - A figura dos embargos de divergência *tem cabimento somente no STF e no STJ, nos julgamentos de recursos extraordinário e especial, pelo que se considera um tipo recursal subsequente.*

Não há, em princípio, quanto à interposição dessa modalidade de recurso, restrição de natureza material, se voltando para o propósito de *corrigir os desvios internos* dos julgamento de recursos extraordinário (STF) e especial (STJ) *e não apenas preveni-los*, nisso se distinguindo do incidente de uniformização da jurisprudência (arts. 476 e segs. do CPC).

Trata-se de tipo recursal que vem do CPC de 1939 que, no seu art. 833, previa a embargabilidade de decisões do STF, quando adotadas por suas Turmas em confronto com julgados de outra Turma Julgadora ou do Pleno da Corte.

O CPC de 1973 não acolheu, porém, essa modalidade recursal (art. 496), mas o STF a inseriu salutarmente no seu Regimento Interno (art. 330), *com supedâneo no art. 546 do CPC, que então lhe atribuía competência normativa para o processo e julgamento do recurso extraordinário*; era, portanto, os embargos de divergência um recurso de gênese regimental *e cumpria a estratégica função de evitar que no âmago da Suprema Corte se instalasse dissídios entre decisões de suas Turmas e de seu Plenário.*

É evidente a relevância dessa modalidade recursal e a sua inestimável valia para preservar a integridade e a coerência das diretrizes do STF, *já que todas carregadas da mesma nota de superioridade.*

Com a Carta Magna de 1988, se fixou o controle da supremacia da Constituição no STF (art. 102) e o da prevalência da legalidade federal (infra-constitucional) no STJ (art. 105), cisão que contribuiu para racionalizar e dinamizar essas duas magnas formas de controle; a Lei 8.038/90 (Lei de Recursos), entretanto, revogou o art. 546 do CPC e previu expressamente o tipo recursal em comento *exclusivamente no âmbito do STJ*, (art. 29), eliminando-o do âmbito do STF, *embora a Corte Suprema tenha continuado a admiti-lo, na prática processual, dada a sua manifesta*

A Lei 8.950/94, entretanto, revigorou o art. 546 do CPC, prevendo que *“é embargável a decisão da Turma que, em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra Turma ou do Plenário”* (art. 546, I do CPC), ficando a disciplina do procedimento a ser definida regimentalmente (art. 546, parág. único do CPC), como efetivamente se fez, no âmbito dos dois Tribunais Superiores (STF e STJ).

Esse recurso de embargos de divergência se aproxima da função de uniformizar a jurisprudência constitucional (no STF) e infra-constitucional (no STJ), evitando a proliferação de dissídios *entre os órgãos julgadores parcelares dos Tribunais Superiores (Turmas) ou entre estas e o seu Pleno, com desgaste e prejuízo para a exata compreensão da Constituição e do Direito Federal.*

Bibliografia

- ALVIM, Arruda, *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*, RT, 1998.
- BOBBIO, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste Santos, Polis, 1989.
- CORRÊA, Josel Machado, *Recurso de Apelação, História e Dogmática*, Iglu, 2001
- GRECO FILHO, Vicente, *Direito Processual Civil Brasileiro*, Saraiva, vol. 2, 1996.
- KELSEN, Hans, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, tradução de Luiz Carlos Borges, Martins Fontes, 1992.
- MAIA FILHO, Napoleão Nunes, *Estudos Temáticos de Direito Constitucional*, UFC, Estudo V, 2000.
- MARQUES, José Frederico, *Instituições de Direito Processual Civil*, Milenium, vol. 4, 2000.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao CPC*, Forense, vol. 5, 1998.
- NERY JÚNIOR, Nelson, *CPC Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante*, RT, 1977.
- SALDANHA, Nelson, *Formação da Teoria Constitucional*, Forense, 1983.
- SANTOS, Moacir Amaral, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, Saraiva, vol. 3, 1998.
- SILVA, Ovídio Baptista da, *Curso de Processo Civil*, Fabris, vol. II, 1996.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, Forense, vol. 1, 1998.

TORNAGHI, Hélio, *Comentários ao CPC*, RT, , vol. II, 1978.

VILANOVA, Lourival, *Causalidade e Relação no Direito*, Saraiva, 1989.

A REMESSA DE OFÍCIO E O MANDADO DE SEGURANÇA

MELISSA PEREIRA GUARÁ

Assessora de Desembargador do TRF da 5ª Região

SUMÁRIO: 1 - Introdução. 2 - A exigência do duplo grau obrigatório. 3 - A função do duplo grau obrigatório. 4 - O duplo grau obrigatório e o Mandado de Segurança ((inadmissibilidade da remessa obrigatória nos MS impetrados contra autoridade delegatária do Poder Público). 5 - Conclusões. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

Uma das questões que vem assimilando notável interesse para os estudiosos do direito processual civil é o da obrigatoriedade do reexame de algumas decisões, quais aquelas em que a Fazenda Pública é sucumbente, propondo alguns autores o problema de saber qual a natureza do provimento judicial, antes do seu reexame necessário pelo grau superior.

A prática judiciária traz muitos casos interessantes envolvendo as reapreciações de decisões, o que provoca algumas reconsiderações sobre os fundamentos e as funções dos recursos, a persistência da estrutura dúplice da jurisdição, quando a tendência da legislação parece ser no sentido de, em nome da desejável brevidade da eficácia definitiva dos decisórios, reduzir os casos de nova decisão sobre a mesma causa.

Como exemplos dessa tendência, poder-se-ia citar a Lei 9.756/99 que permite que o Relator, em decisão monocrática, resolva o recurso, se ocorrentes determinados requisitos ali previstas.

Outra questão bastante estimulante e ainda pouco apreciada pelos Tribunais diz respeito à admissibilidade da remessa oficial contra sentenças

concessivas da ordem de segurança, *quando se trata de autoridade impenetrada privada delegatária do Poder Público.*

A princípio não se destacam muitas dúvidas, mas, analisando-se com cuidado o instituto do Mandado de Segurança e a sua conseqüente finalidade, verifica-se que a possível admissão da remessa oficial pode até mesmo confrontar teleologicamente com o instituto do *writ*.

Assim, tentar-se-á dissertar, no presente trabalho, sobre algumas destas breves reflexões sobre do duplo grau obrigatório, tendo sempre como princípio fundamentante a almejada coerência do sistema jurídico, analisando-o, necessariamente, como um todo harmônico.

2 A EXIGÊNCIA DO DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO

A origem do duplo grau obrigatório remonta ao velho Direito Lusitano, através da denominada apelação *ex-offício*, tendo como finalidade o controle de poderes quase onipotentes que então tinha o Juiz, quando da vigência do sistema inquisitorial, não se tendo notícia de similar instituto no Direito Comparado; no Brasil, a prática teve mais eco do que em Portugal, tanto que nas terras lusitanas restringiu-se o seu cabimento às lides penais e, aqui, estendeu-se também a algumas causas cíveis.

Esta figura, segundo preciosa informação do Professor ALFREDO BUZAID, “*na realidade, originou-se com a consagração do processo inquisitorial penal, segundo o qual o Juiz tinha a faculdade de iniciativa, de colheita de provas e do julgamento, motivo pelo qual sua decisão tinha que ser revista por outro órgão judicante, a fim de evitar a utilização do processo como um perigoso instrumento de perseguição a inocentes.*” (Da apelação *ex-offício* no sistema do Código de Processo Civil, Saraiva, São Paulo, p. 23).

No nosso sistema jurídico, a remessa oficial surgiu com a Lei de 04.10.1831, art. 90. No CPC de 1939, localizava-se no capítulo dos recursos (art. 822), com a denominação, hoje rechaçada, de apelação *ex-offício*, daí porque muitos doutrinadores da época admitiam sua natureza recursal, posicionamento este hoje minoritário, tendo em vista a atual concepção de tê-la como um ato condicionante da formação da coisa julgada, tanto que no atual Código de Processo Civil a sua previsão está localizada no capítulo que trata da sentença e da coisa julgada, mais precisamente no art. 475.

Essa medida, no autorizado dizer de NELSON NERY JÚNIOR, “*não tem natureza jurídica recursal. Faltam-lhe a voluntariedade, a tipicidade,*

a dialeticidade, o interesse em recorrer, a legitimidade, a tempestividade e o preparo, características e pressupostos de admissibilidade dos recursos.” (Princípios Fundamentais — Teoria Geral dos Recursos, RT, São Paulo, p. 58).

A sua natureza jurídica, concordando com o eminente Professor ACIDES DE MENDONÇA LIMA, não é recursal, apesar de algumas semelhanças, tendo, ao meu ver, respeitando os entendimentos em contrário, natureza de ato condicional da eficácia da sentença, daí porque a sua falta não acarreta nulidade daquela, e sim apenas a incoerência da coisa julgada:

“A apelação necessária ou ex-offício não é propriamente um recurso. Não tem os característicos do recurso. Trata-se, antes, de uma providência imposta por lei, em casos excepcionais, dada a natureza do objeto da causa, para que a decisão do Juiz de primeira instância seja revista obrigatoriamente, por motivo de interesse de ordem pública.” (Introdução aos Recursos Cíveis, RT, São Paulo, 1976, p. 185).

Assim, no nosso atual sistema jurídico, a remessa obrigatória é uma realidade que, para alguns, deveria desaparecer e que, para outros, guarda coerência com os ditames do Direito Público e do interesse primário do Estado.

3 FINALIDADE DO DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO

O exame da finalidade do duplo grau obrigatório, remonta, necessariamente, à análise da suas origens e à possibilidade de sua permanência no Direito Processual brasileiro nos tempos atuais.

Como já analisado no item anterior, o remessa obrigatória do direito pátrio é derivada de semelhante instituto do Direito Lusitano. Lá surgiu para os feitos das injúrias, na Lei de 12.3.1355, quando os Magistrados podiam agir *ex-offício* na instauração daquelas causas criminais.

Em nossa Pátria, como bem observa o Professor ALCIDES MENDONÇA LIMA, *“a medida foi perdendo seu característico criminal, para tornar-se, sobretudo, um ato de maior garantia do Erário, pela natureza da maioria das causas em que se tornou exigível.”* (Introdução aos Recursos Cíveis, RT, São Paulo, 1976, p. 185).

A finalidade principal do instituto, foi, em nosso meio, a de conceder privilégio ao fisco, quando vencido. A sua necessidade nas causas matrimoniais somente surgiu posteriormente. Neste ponto, portanto, separamo-nos da orientação portuguesa, ainda que sufragando o instituto, mas como outras variantes bem diferentes de sua gênese.

Os processualistas que trataram do assunto da remessa obrigatória, no Brasil, dividem-se em três categorias: a) os que a apoiam; b) os que a entendem desnecessária na atual conjuntura jurídica brasileira; c) os que a ignoram.

Realmente, sob uma primeira análise, poder-se-ia concluir, corroborando com o insigne JOÃO MONTEIRO, processualista brasileiro pioneiro em rechaçar o duplo grau obrigatório no nosso Sistema Jurídico, que a remessa oficial é um instituto descartável do ordenamento pátrio, tendo em vista até a forte tendência do direito processual moderno em abreviar a efetividade dos provimentos jurisdicionais.

No entanto, o estudo aprofundado do instituto e a sua respectiva finalidade nos permite concordar com aqueles que a apoiam, porque, com as previsões atuais de seu cabimento, percebe-se, até com certa facilidade, que se trata de questões materiais de extrema importância, quais sejam as relativas ao matrimônio e aquelas em que o Poder Público tem direto interesse.

Nas causas matrimoniais, os interesses em debate são muito sérios e graves, sempre tocando profundamente os litigantes, sobretudo no lado moral, provocando a natural reação do vencido. É verdade que o conluio nas ações que versam sobre o casamento são facilmente identificáveis, sendo, no entanto, o fim do cabimento da remessa obrigatória nesse tipo de ação justamente o alto grau de relevância dos interesses em questão.

No que se refere à Fazenda Pública, a percepção do conluio é bem mais dificultosa, porque, na maioria dos casos, se trata de questões puramente de direito. Entretanto, a finalidade do duplo grau obrigatório nessa espécie de causa se justifica pelo interesse público e porque o interesse do seu representante judicial é indireto. A possível vitória ou derrota, em princípio, não o atinge. Qualquer influência externa poderá obstar a interposição do recurso voluntário.

Sugestão feliz para a adaptação da remessa oficial para a atual finalidade do processo civil foi a da Comissão de Reforma do CPC que, no anteprojeto de Lei no. 15, previu alteração para o atual art. 475 do CPC, que passará a ter a seguinte redação:

“Art. 475 – Está sujeita ao duplo grau de jurisdição a sentença:

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – que julgar procedente os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI), com julgamento de mérito.

§ 1o. – Nos casos previstos neste artigo, o Juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, poderá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2o. – Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente ao de quarenta salários mínimos, bem como nos casos de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3o. – Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver ajustada a súmula ou jurisprudência dominante no tribunal de destino ou no tribunal superior.

§ 4o. – O reexame necessário não impede o cumprimento provisório da sentença, salvo quando possa causar dano grave e de difícil reparação, caso em que, a requerimento da entidade de direito público, formulado quando da interposição de sua apelação, o Juiz ou o Relator poderá atribuir ao reexame também o efeito suspensivo.”

Concordando com CLÁUDIA SIMARDI que, em excelente artigo sobre a remessa obrigatória, afirma que *“esta é a principal alteração que pode advir com a aprovação do anteprojeto referido, eis que possibilitará a nova redação do art. 475 a produção de efeitos da sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição, e desde que expressamente requerido e deferido pelo juízo sentenciante. A remessa obrigatória, por conseguinte, apenas obstaculizará a coisa julgada, que somente poderá se formar após a análise pelo órgão jurisdicional superior.”* (Aspectos Polêmicos e atuais dos Recursos, RT, São Paulo, p. 137).

4 O DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO E A AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA

O que se estuda neste item é a possibilidade de exclusão da remessa obrigatória na ação de mandado de segurança, naturalmente nos casos de

concessão da ordem, quando no seu pólo passivo se acha o dirigente e entidade privada delegatária do Poder Público.

A Lei do Mandado de Segurança prevê, em seu art. 12, parág. único, o duplo grau obrigatório das sentenças concessivas da ordem de segurança, neste termos:

“Art. 12 – (...).

Parág. único - A sentença, que conceder o mandado, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente.”

A Lei 4.348/64 que alterou alguns dispositivos da LMS previu, em seu art. 7º., que “*o recurso voluntário ou ex-offício, interposto da decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo*”, o que evidencia a persistência do instituto da remessa oficial, na ação de mandado de segurança.

Realmente, é consentâneo com a finalidade do duplo grau obrigatório a sua previsão para o Mandado de Segurança, tendo em vista que, no *writ*, são travadas questões eminentemente públicas e estão, no pólo passivo, quase sempre, autoridades públicas.

No entanto, a jurisprudência construiu o feliz entendimento, hoje sumulado, de que, em algumas situações, cabe também o Mandado de Segurança, mesmo quando se encontra no pólo passivo representante de entidades particulares, desde que delegatárias do Poder Público. É o que se depreende da leitura da Súmula 510 do STF:

“Súmula 510 – Praticado o ato por autoridade no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.”

O exame do duplo grau obrigatório em sede de Mandado de Segurança será valorizado com um estudo sobre a própria finalidade do *mandamus*, a sua origem e o objeto jurídico que visa tutelar.

Não se olvide que o objetivo principal do *writ* é a proteção do indivíduo em face dos atos ilegais ou abusivos provenientes, em princípio, dos agentes do Poder Público.

A idéia de controle dos atos do poder estatal é uma idéia tenaz na história das sociedades humanas e se pode mesmo dizer que, em certa medida, sempre esteve presente onde quer que se tenha implantado uma estrutura governante ou desde os primeiros momentos da cultura humana.

Dessa forma, a finalidade do Mandado de Segurança é justamente esta: proteção dos indivíduos contra os desmandos do poder estatal que, na história da humanidade, sempre necessitou de limitações e controle, especialmente na era do chamado Estado de Direito, posto sob o império da Constituição.

No afã de imprimir maior eficácia a tais limitações e controles e de se alargar as possibilidades de cabimento do Mandado de Segurança, foi que se consagrou o entendimento de que seriam legitimados passivos, ou seja, estariam *assemelhados* à posição de autoridade pública, para fins de sujeição mandamental, as pessoas no exercício de função delegada, incluindo-se nesse conceito, por exemplo, os dirigentes de companhias estaduais de telecomunicações, das Juntas Comerciais Estaduais *e de estabelecimentos particulares de ensino superior, dentre outros*.

Em casos assim, o dirigente da entidade particular, no exercício da função pública delegada, *não fica na mesma posição de uma autoridade pública*, mas está fora de dúvida consistente a sua qualificação como legitimado passivo para efeito da ação mandamental.

Ressalte-se que a *finalidade* de inserção dos dirigentes de entidades privadas delegatárias do Poder Público, no pólo passivo da ação de segurança, foi maximizar a proteção aos indivíduos e imprimir maior eficácia ao princípio da legalidade, não devendo tal interpretação produzir o efeito de equiparar essas entidades a pessoas estatais e reconhecer-lhes prerrogativas inerentes aos órgãos públicos *stricto sensu*.

Poder-se-ia dizer, em oposição a esse raciocínio, que a sugestão de afastamento da aplicação da remessa oficial nesses casos afrontaria clara determinação legal, uma vez que a Lei do Mandado de Segurança expressamente prevê o instituto do duplo grau obrigatório (art. 12, parág. único).

No entanto, toda norma jurídica, apesar de válida e eficaz isoladamente, tem que receber a chancela do sistema, devendo neste ser incluída e conforme ele ser interpretada.

O argumento impressiona, mas, analogicamente, merece destaque o fato de que a suspensão da segurança, instituto também peculiar do *writ*, igualmente expressamente previsto na Lei, teve a sua aplicação desreco-

mendada nos casos de segurança contra atos de dirigentes de instituições privadas delegatárias de função pública. Assim entenderam o extinto TFR e o Tribunal Regional Federal da 3a. Região, conforme se vê nos seguintes paradigmáticos acórdãos:

“SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. De acordo com o disposto no art. 4o. da Lei 4.384/64, somente a pessoa jurídica de Direito Público tem a faculdade de requerer a suspensão da execução de liminar ou de sentença.” (AgReg na SS 8123/DF, Rel. Min. GUEIROS LEITE, DJU 15.05.89, p. 7.899).

“O art. 4o. da Lei 4.348/64, oriundo de legislação excepcional, merece interpretação restritiva, sempre que o pedido de suspensão se refira a decisão prolatada nas ações constitucionais. Nos termos do referido dispositivo, só a pessoa jurídica de Direito Público tem legitimidade ativa para formular o pedido de suspensão. À pessoa jurídica de Direito Privado, ainda que exercente de atividade delegada do Poder Público, falta autoridade para falar em nome da ordem, da saúde, da segurança e da economia públicas.” (AgReg na SS 1.372, Rel. Min. MÁRCIO MORAES, RevTRF 3a. R., vol. 17, p. 74).

É verdade que há norma expressa prevendo o duplo grau obrigatório nas ações de segurança, como já citado, mas a previsão, além de genérica, foi posta *quando o Mandado de Segurança era cabível apenas contra atos de autoridades públicas propriamente ditas*, não se tendo, à época, formado o entendimento, hoje consagrado, de que as pessoas exercentes de função pública delegada teriam, *também*, seus atos controlados pela via do *mandamus*.

Conclui-se, portanto, que a simples previsão genérica, na LMS, do duplo grau obrigatório *não vincula a sua adoção incondicional*, máxime quando confrontar com a própria finalidade do instituto e com a melhor interpretação constitucional que confere maior eficácia às garantias do indivíduo, *contra as demasias do Poder Público*.

A remessa oficial não é um dogma que esteja enraizado de forma definitiva no sistema jurídico brasileiro, tanto que não há previsão de seu cabimento nas Ações Cautelares decididas contra o Poder Público e o co-

lendo STJ já firmou entendimento no sentido de descabimento do duplo grau obrigatório nos Embargos de Devedor em que a Fazenda Pública é sucumbente.

A interpretação teleológica, assim, é rotineiramente utilizada pelos Magistrados, especialmente quando se trata de tornar mais efetivas as normas constitucionais. Tanto é assim que, apenas a título de exemplo, o colendo STJ já firmou entendimento no sentido de ser incabível os embargos infringentes contra apelação em mandado de segurança, tendo em vista a finalidade do *writ* e o seu rito célere (Súmula 169 do STJ).

Dest'arte, em termos de mandado de segurança, em que a autoridade impetrada é dirigente de entidade particular delegatária do Poder Público, o eventual provimento da Remessa de Ofício, na ausência de recurso voluntário, cometeria o desatino de preservar o interesse da instituição privada, em detrimento do interesse do impetrante, quando ambos se acham em situação de pacificação; em tal hipótese, a jurisdição, assim exercida, desatenderia ao seu escopo fundamental, *plantando discórdia onde não há, semeando lide onde há tranqüilidade e vulnerando direitos subjetivos onde há conformação e paz*.

Seria cabível argumentar com a possibilidade de ter havido conluio entre a parte impetrante e a entidade particular, daí a justificativa de não interposição do recurso de apelação, cumprindo a remessa de ofício uma função acauteladora desse indesejável efeito.

No entanto, tal argumento mereceria maior reflexão, no meu entender, porque a presença do Ministério Público, nas ações mandamentais, impediria que tal eventual colusão frutificasse; não existindo qualquer pronunciamento do *Parquet* sobre a possível existência de acerto entre as partes, visando a obtenção de resultados ilícitos, não seria o caso de pressupô-lo.

Não se deve admitir que a *probabilidade de fraude, a eventualidade de ilicitudes ou a simples impressão da ocorrência de ilícitos* sirvam para subsidiar elementos de convicção do Julgador, pois esses eventos deturpadores, quando alegados, devem ser submetidos à rigorosa verificação de efetividade, não sendo de se aceitar a sua presença apriorística e sem comprovação.

A egrégia 4a. Turma do TRF da 5a. Região já teve oportunidade de se pronunciar sobre casos em que a autoridade impetrada do Mandado de Segurança, sendo representante de entidade particular delegatária do Poder Público, deixou de interpor o recurso de apelação e aquele Órgão Julgador

não conheceu da remessa de ofício, conforme se vê neste paradigmático acórdão:

“1. O objetivo do mandamus é a proteção jurídica do indivíduo contra as demasias de agentes estatais que, na história da humanidade, sempre necessitaram de limitações. O proceder desses mesmos agentes, sendo uma das macro-características do Estado de Direito, impõe a implantação de tais limites. 2. O objetivo da inserção dos atos dos dirigentes de entidades privadas, delegatárias do Poder Público, no controle por via do Mandado de Segurança, foi maximizar a proteção aos indivíduos e imprimir maior eficácia ao princípio da legalidade, não podendo a sua interpretação produzir o efeito de equiparar essas entidades a pessoas estatais e reconhecer-lhes prerrogativas inerentes aos órgãos públicos stricto sensu. 3. Quando a Instituição de Ensino Superior particular deixa de recorrer de decisão que lhe impôs a matrícula de aluno, entende-se que o absorveu e não há razão jurídica que recomende o desfazimento desse ato. 4. Não conhecimento da Remessa de Ofício.” (REOMS 66907/CE, Rel. Des. Federal. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, julgado em 13.02.2001).

Nessas situações, não há interesse público direto ou imediato a proteger, o que haveria seria apenas uma orientação judicial de excessiva proteção ao ente privado, como se coubesse ao Juiz o dever de lhe preservar os interesses, suprindo as deficiências dos seus procuradores, quando isso não existe na função judicial, nem mesmo quando a parte é pública.

5 CONCLUSÕES

1. A origem do duplo grau obrigatório remonta ao Direito Lusitano, tendo como finalidade o controle de poderes quase onipotentes que tinha o Juiz, quando da vigência do sistema inquisitorial, denominada apelação ex-offício, não se tendo notícia de similar instituto no Direito Comparado; destaque-se que, no Brasil, o instituto teve mais eco do que em Portugal, tanto que nas terras lusitanas restringiu-se o seu cabimento às lides penais e, aqui, estendeu-se às causas cíveis.

2. *A natureza jurídica da remessa de ofício,, concordando com o Professor ALCIDES MENDONÇA LIMA, não é recursal, apesar de reais semelhanças, tendo, ao meu ver, respeitando os entendimentos em contrário, natureza de ato condicional da eficácia da sentença, daí porque a sua falta não acarreta nulidade daquela, e sim apenas a inocorrência da coisa julgada.*
3. *A finalidade principal do instituto foi, em nosso meio, a de conceder privilégio ao fisco, quando vencido. A sua necessidade nas causas matrimoniais somente surgiu posteriormente. Neste ponto, portanto, separamo-nos da orientação portuguesa, ainda que sufragando o instituto, mas como outras variantes bem diferentes de sua gênese.*
4. *No afã de imprimir maior eficácia à Constituição e de se alargar as possibilidades de cabimento do Mandado de Segurança, foi que se consagrou o entendimento de que seriam legitimados passivos, ou seja, estariam assemelhados à posição de autoridade pública, para fins de sujeição mandamental, as pessoas no exercício de função delegada, incluindo-se nesse conceito, por exemplo, os dirigentes de companhias estaduais de telecomunicações, das Juntas Comerciais Estaduais e de estabelecimentos particulares de ensino superior, dentre outros.*
5. *É verdade que há norma expressa prevendo o duplo grau obrigatório nas ações de segurança, mas a previsão, além de genérica, foi posta quando o Mandado de Segurança era cabível apenas contra atos de autoridades públicas propriamente ditas, não se tendo, à época, formado o entendimento, hoje consagrado, de que as pessoas exercentes de função pública delegada teriam, também, seus atos controlados pela via do mandamus.*
6. *A simples previsão genérica, na LMS, do duplo grau obrigatório não vincula a sua adoção incondicional, máxime quando confrontar com a própria finalidade do instituto e com a melhor interpretação constitucional que confere maior eficácia às garantias do indivíduo, contra as demasias do Poder Público.*

6. BIBLIOGRAFIA

- BUENO, Cássio Scarpinella, *Liminar em Mandado de Segurança*, RT, São Paulo, 1994.
- LIMA, Alcides Mendonça. *Introdução aos Recursos Cíveis*, RT, São Paulo, 1976.
- NERY JÚNIOR, Nelson, *Princípios Fundamentais — Teoria Geral dos Recursos*, RT, São Paulo.
- ROCHA, José Albuquerque, *Teoria Gel do Processo*, Malheiros, São Paulo, 1996.
- SIMARDI, Cláudia. *Aspectos Polêmicos e atuais dos Recursos*, RT, São Paulo.

ESTUDO INTRODUTÓRIO À APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (LEI 9.983/2000)

Patrícia Cristina Lessa Franco

Analista Judiciária do TRF da 5ª Região

1 INTRODUÇÃO

No dia 14 de julho de 2000 foi sancionada, pelo Presidente da República, a Lei 9.983/00, que define os crimes contra a Previdência Social. Tal diploma legal, além de revogar o art. 95 da Lei 8.212/91, na qual eram previstos os crimes praticados em detrimento da Previdência Social, fez inserir no corpo normativo do Código Penal Brasileiro o tipo penal denominado de *apropriação indébita previdenciária* e o tipo penal de *sonegação de contribuição previdenciária* (arts. 168-A e 313-A).

Ressalte-se, ainda, que a Lei 9.983/00 demonstra o empenho dos Poderes Legislativo e Executivo em tentar impedir, ou pelo menos diminuir, tanto a sonegação previdenciária quanto o desvio ou má utilização dos recursos, visto que, atualmente, o *déficit* da Previdência Social já está na monta de aproximadamente 48 bilhões, conforme reportagem da revista Veja, publicada em 29.03.2000, sem mencionar o fato de que a Previdência já constatou uma sonegação concreta de cerca de 60 bilhões de reais.

Recorde-se que, com a edição da Lei 8.212/91, iniciou-se a controvérsia em torno da pena aplicável para determinados crimes inculpidos no art. 95 do referido diploma legal. Para as infrações contidas nas alíneas “d”, “e” e “f” seriam aplicáveis as penas de reclusão e multa, estabelecidas no art. 5o. da Lei 7.492/86; entretanto, *para os demais delitos descritos no já mencionado art. 95, como não havia penalidade expressa, era aplicável, tão-só, a pena de multa, nos termos do art. 92 da Lei 8.212/91.*

Destarte, o sujeito ativo de alguns delitos praticados em detrimento da Previdência Social seria apenado, apenas, com a aplicação de multa, revelando, pois, um contra senso, eis que, por exemplo, o art. 171 do CP, com teor similar ao da alínea “j” do art. 95 da Lei 8.212/91, estabelece a pena de reclusão de 1 a 5 anos e multa para aquele que infringir o dispositivo legal, enquanto a citada alínea “j” por não prever penalidade expressa, sujeitaria o responsável apenas à pena de multa.

Aliás, em relação ao art. 95 da Lei 8.212/91, vigente até o advento da Lei 9.983/2000, *alguns autores afirmavam que apenas as alíneas “d” e “f” poderiam ser considerados crimes, pois possuíam os dois preceitos: o primário e o secundário, ou seja, a descrição típica e a sanção*, conforme anotou EDMUNDO DE OLIVEIRA ANDRADE FILHO (Direito Penal Tributário, RT, p. 66).

As reflexões acima revelam que, segundo os ditames da Lei 8.212/91, o agente, ao praticar crime de estelionato contra particular, é apenado mais severamente que aquele que pratica idêntica infração contra a Previdência Social, conclusão essa alvo de controvérsias, inclusive no âmbito do Poder Judiciário.

Dessa forma, a Lei 9.983/00 surgiu para por termo ao paradoxo contido no art. 95 da Lei 8.212/91, no que tange à aplicação das penas, como também para inserir no corpo normativo do CPB os crimes de *apropriação indébita* e *sonegação previdenciárias* (arts. 168-A e 313-A do CPB) perpetrados em detrimento da Previdência Social, daí o alto interesse teórico e prático de maiores estudos sobre o tema.

2 APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

Antes da edição da Lei 9.983/00, o crime de apropriação indébita já era previsto no art. 5o. do Decreto-Lei no. 65, de 14.12.37, por parte dos empregadores que efetuassem a retenção das contribuições dos seus empregados sem o devido recolhimento às caixas e institutos de aposentadorias e pensões. *A posteriori*, houve a previsão de crimes contra a Previdência Social pela Lei 3.807/60 e pelo Decreto-Lei 66, de 21.11.1966, sendo que a Lei 8.212/91, finalmente, em seu art. 95, veio a regular inteiramente a matéria.

A Lei 8.212/91, em seu art. 95, alínea “d”, assim prescrevia:

“Art. 95 – Constitui crime:

(...);

d – deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público;”

Assim, iniciou-se uma acesa discussão acerca da qualificação do crime constante no art. 95, alínea “d”, da retrocitada Lei.

Alguns magistrados se inclinaram no sentido de que tal infração seria modalidade do crime de apropriação indébita consubstanciada no art. 168 do Código Penal, o qual exige para sua caracterização *a prova inequívoca da ocorrência do dolo específico*, ou seja, seria necessária a comprovação de que o sujeito ativo tinha a intenção de não restituir aos cofres públicos a contribuição previdenciária descontada da folha de salários. Nesse sentido vejamos as seguintes decisões:

“É imprescindível à caracterização, tanto do crime de apropriação indébita como das modalidades equiparadas, no caso, a apropriação de contribuições sociais, que o agente tenha agido dolosamente. É necessária a prova inequívoca da ocorrência do dolo específico, consistente no especial fim de agir o réu com intenção de não restituir aos cofres públicos a contribuição previdenciária descontada da folha de salários. Improvido do dolo específico, não se tipifica o crime capitulado na Lei 8.212/91, art. 95, alínea “d”. Recurso improvido” (ACR 2.373/AL, Rel. Des. Fed. RIDALVO COSTA, DJU 27.11.00, p. 634).

“É imprescindível à caracterização, tanto do crime de apropriação indébita como das modalidades equiparadas, no caso, a apropriação de contribuições sociais, que o agente tenha agido dolosamente. É necessária a prova inequívoca da ocorrência do dolo específico, consistente no especial fim de agir o réu com intenção de não restituir aos cofres públicos a contribuição descontada da folha de salários. Improvado o dolo específico, não se tipifica o crime capitulado na Lei 8.137, de 27.12.90, art. 2º, II. Recurso improvido” (ACR 2.114, Rel. Juiz ALEXANDRE COSTA DE LUNA FREIRE (substituto), DJU 12.06.00, p. 466).

“Para a configuração do crime previsto na Lei 8.212/91, art. 95, “d”, é necessário o dolo, consistente na vontade de apropriar-se dos

valores não recolhidos à Previdência. Ausente o chamado “animus rem sibi habendi” o tipo penal não se perfaz. Recurso improvido” (RE 113.302/RN, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, DJU 04.08.97).

Entretanto, outro grupo de julgadores adotou o entendimento segundo o qual o crime em análise seria um crime omissivo, consumando-se no momento do não recolhimento, na época própria, de contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público, *não havendo, pois, necessidade de comprovação da ocorrência do dolo específico*. Desse modo, o sujeito ativo somente não seria apenado se era inexigível, no caso, conduta diversa, pois a inexigibilidade de conduta diversa é causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Confirmam-se as decisões dos Tribunais do País comungando esse entendimento:

“I – O não recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados é crime omissivo próprio cuja consumação ocorre com o descumprimento do dever de agir determinado pela norma legal. II – O delito de omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias não se confunde com o crime de apropriação indébita, pois este tem como antecedente lógico a posse ou detenção justa e se consuma no momento em que o agente inverte o ânimo de sua posse, passando a exercê-la como se proprietário fosse (animus rem sibi habendi). III – A inexigibilidade de conduta diversa é causa supralegal de exclusão da culpabilidade sendo, pois, imprescindível, perquirir se o agente estava efetivamente impossibilitado de recolher os valores descontados dos empregados de sua empresa. IV – Comprovação da real impossibilidade de praticar a conduta determinada pela norma é de ordem a excluir a tipicidade do delito, em razão da aplicação da causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa. V – A prova da alegação incumbe a quem a fizer, sob pena de não ser considerada pelo julgador (artigo 156 do CPP). VI – A mera referência a dificuldades financeiras não é suficiente para ilidir a responsabilidade penal do agente. A exclusão da culpabilidade requer a existência de elementos seguros, aptos a comprovar a impossibilidade do recolhimento das contribuições devidas à Previdência, sendo insuficiente a produção de prova exclusivamente testemunhal. VII – Comprovada a autoria e a materialidade delitiva

no que concerne aos apelantes, o decreto condenatório é de rigor. VIII – Recurso improvido. Pena corporal reduzida de ofício com a conseqüente substituição pela restritiva de direitos” (ACR 6.605/SP, Rel. Juiz ARICÊ AMARAL, DJU 26.07.00, p. 179).

“ 1. O crime tipificado no art. 95, “d”, da Lei 8.212/91 não se equipara, nem tampouco se trata de apropriação indébita, pois, para sua caracterização, não precisa o agente tomar para si os valores das contribuições previdenciárias, consumando-se com a simples omissão no recolhimento, nas épocas próprias, relativamente aos valores descontados dos segurados ou de terceiros. 2. O dolo independe de intenção específica de auferir proveito, pois o que se tutela não é a apropriação das importâncias, mas o seu regular recolhimento. 3. Somente a situação de absoluta insolvência da empresa, documentalmente comprovada nos autos, é capaz de acarretar um juízo absolutório, diante da gravidade do delito imputado. Alegação de dificuldades financeiras não comprovadas pela defesa – art. 156 do CPP. 4. A pena de multa, aplicada no crime continuado, escapa à norma contida no art. 72 do CP. 5. Apelação improvida” (ACR, Proc. 97.04.23080-0, Rel. FABIO ROSA, DJU 20.11.99, p. 270).

“1 – Incumbe ao recorrente a demonstração inequívoca da existência de dificuldades financeiras justificadoras da impossibilidade de recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados. A mera referência genérica a dificuldades financeiras não possibilita o afastamento do dolo do apelante, tampouco dá ensejo à incidência de causa supralegal de exclusão da culpabilidade, escorada na teoria da inexigibilidade de conduta diversa, ou mesmo à caracterização da excludente de ilicitude atinente ao estado de necessidade. 2 – O crime do artigo 95, “d”, da Lei 8.212/91, não se confunde com o delito de apropriação indébita, tipificado no artigo 168 do Código Penal, posto que não requer que o agente tome para si os valores descontados de seus empregados, a título de contribuição previdenciária, bastando unicamente a omissão no recolhimento das quantias devidas. 3 – A tipificação constante do artigo 95, “d”, da Lei 8.212/91, não implica em prisão civil por dívida, vedada pelo artigo 5o., LXVII, da Carta Magna, mas sim em

prisão criminal resultante de conduta omissiva sobejamente comprovadas. 4 – Materialidade e autoria sobejamente comprovadas. 5 – Apelação a que se dá parcial provimento” (ACR 8.498, Rel. Juiz CASEM MAZLOUM, DJU 28.09.88, p. 824).

Atualmente, o art. 95, “d”, da Lei 8.212/91, acha-se revogado pela Lei 9.983/00, que assim dispôs em seu art. 1º:

“Art. 1º - São acrescentadas à parte especial do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, os seguintes dispositivos:
APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

Art. 168–A - Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional;
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

1º - Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecada do público;

II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III – pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

§2º - É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início de ação fiscal.

§3º - É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:
I – tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administra-

tivamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.”

Com essa nova capitulação do crime constante no art. 95, alínea “d” da Lei 8.212/91, iniciou-se, de novo, uma outra discussão acerca da natureza do crime de apropriação indébita previdenciária.

Alguns julgadores continuam adotando o entendimento segundo o qual tal infração seria uma modalidade do crime de apropriação indébita comum, previsto no art. 168 do CP, *exigindo, assim, o dolo específico*, ou seja, a intenção do agente de se apropriar dos valores recolhidos dos segurados. Fundamentam tal posicionamento, ainda, nos seguintes fatos: a) como o nome do crime é ***apropriação indébita previdenciária*** torna-se nítida a necessidade, para caracterização do crime, de o sujeito ativo ter efetivamente a intenção de ficar com os valores descontados dos segurados; b) o crime de apropriação indébita previdenciária, instituído pela Lei 9.983/00, encontra-se tipificado no art. 168-A do CP, de modo que é apenas um adendo do crime tipificado no art. 168 do CP, qual seja o crime de apropriação indébita comum, assim, aplica-se àquela infração os mesmos preceitos utilizados nessa última modalidade de crime. Sobre o assunto o Desembargador Federal NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO adota o seguinte posicionamento:

“1. Inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 11 da Lei 9.635/98, por não ter sido observado o processo legislativo próprio. 2. Para a caracterização do crime de não recolhimento, no prazo próprio, das contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados, é necessário que o agente tenha agido dolosamente. Indispensável a prova inequívoca do dolo específico, de ter o agente agido com intenção de não recolher aos cofres públicos as contribuições previdenciárias descontadas da folha de salários. 3. Precedentes sobre a matéria: (REC 298-PB, Rel. Juiz PETRÚCIO FERREIRA, DJU 06.10.00, p. 301; ACR. 2373-AL, Rel. Juiz RIDALVO COSTA, DJU 27.11.00, p. 634). Apelação provida.”

Igual posicionamento adota o Juiz VALMIR PEÇANHA:

“Para que haja a infração legal, é preciso estar evidenciado o desvio das importâncias em proveito próprio ou alheio, não sendo sufi-

ciente uma simples suposição de dolo” (ACR 94.02.22976-0, TFR 2ª Região, DJU 22.07.97).

Já os Magistrados que entendem ser o crime de apropriação indébita previdenciária modalidade autônoma da infração de apropriação indébita comum, adotam o posicionamento segundo o qual o verbo da conduta é *deixar de repassar*, configurando, pois, a infração um autêntico crime omissivo, donde ser inexigível a existência, para caracterização do crime, do dolo específico. Para essa corrente de julgadores, a pena correspondente ao crime em apreço somente seria afastada se houvesse a inexigibilidade de conduta diversa, haja vista que esta é causa de exclusão da culpabilidade.

O professor e Procurador da República HENRIQUE GEAQUINTO HERKENHOFF, assim se posiciona: “*o tipo subjetivo é o dolo simples, que corresponde à vontade livre e consciente de não recolher as contribuições que sabe terem sido recolhidas do contribuinte, tenham elas sido pagas ou descontadas, não se exigindo dolo específico ou qualquer especial fim de agir.*” (Novos Crimes Previdenciários, Editora Forense, 2001, p. 11).

Destarte, uma análise do teor do art. 168-A pode nos conduzir às seguintes considerações:

- a) o tipo objetivo do crime é *deixar de repassar* aos cofres públicos, nas datas legalmente fixadas, as contribuições sociais que o agente ou a pessoa jurídica de cuja gestão ele participa recolheu do contribuinte, seja como instituição bancária ou afim, seja como terceiro responsável pelo desconto de tributo na fonte em regime de substituição tributária;
- b) o objeto jurídico é a ordem tributária, e apenas secundariamente o interesse fisco-patrimonial dos órgãos públicos gestores da Previdência Social (TRF da 4ª Região, ACR 0450547-5, Rel. Juíza TÂNIA ESCOBAR, j 12.3.98, DJ 6.5.98, p. 918);
- c) o sujeito ativo é quem tendo o dever legal de repassar à Previdência Social os valores recolhidos dos contribuintes, se omite em tal dever;
- d) o sujeito passivo é o sujeito ativo da obrigação tributária, normalmente o INSS;
- e) o tipo subjetivo é o dolo, sendo este a vontade livre e consciente de não repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos

contribuintes, constituindo o crime em apreço em um autêntico crime omissivo, de molde que para a caracterização do mesmo não é exigida a intenção de apropriar-se dos valores arrecadados e não recolhidos ou qualquer outro fim especial de agir.

- f) lugar do crime: é o domicílio fiscal do contribuinte, geralmente a matriz, salvo se os demais estabelecimentos elaborarem separadamente as suas contabilidades e tiverem gerentes com poderes e autonomia suficiente para decidir acerca do recolhimento das quantias retidas.
- g) exclusão da culpabilidade: se o agente ou a pessoa jurídica por ele dirigida estava, e permanece até a denúncia, em situação de insolvência civil ou pré-falência, não dispendo mesmo contabilmente da quantia necessária para o pagamento do tributo, é de se reconhecer a inexigibilidade de conduta diversa, mas não quando há disponibilidade financeira, embora insuficiente e agente prioriza pagamentos a fornecedores e outros credores.
- h) transação: é cabível na hipótese do parágrafo 3o.

3 CONCLUSÕES

Dessa forma, as principais inovações introduzidas pela Lei 9.983/00 acerca da apropriação indébita previdenciária, são as seguintes:

- a) até o advento da lei nova, o pagamento das contribuições previdenciárias não extinguiu a punibilidade da infração prevista no art. 95, “d”, da Lei 8.212/91. Contudo, o parágrafo 2º do art. 168-A, acrescido ao CP pela Lei 9.983/00, prevê a extinção da punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à Previdência Social, antes do início da ação fiscal;
- b) caso o agente seja primário e tenha bons antecedentes, é facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa, desde que o agente tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios ou o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabe-

lecido pela Previdência Social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. Configura o parágrafo em comento uma hipótese de perdão judicial. No que tange ao limite mínimo para o ajuizamento das execuções fiscais, a Lei 9.441/97, em seu art. 1º, prevê como limite mínimo a quantia de R\$ 1.000,00;

- c) com relação à pena para o crime de apropriação indébita previdenciária, o art. 168-A do CP prevê pena de reclusão de 2 a 5 anos e multa. A pena, portanto, é menor do que a fixada anteriormente pelo art. 95, da Lei 8.212/91, que remetia a aplicação da pena ao art. 5º da Lei 7.492/86, a qual estabelecia a mesma no patamar de 2 a 6 anos e multa, e maior do que a pena para o crime de apropriação indébita comum previsto no art. 168, do CP, onde tal sanção é a de reclusão de 1 a 4 anos e multa.